

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La rescisión por lesión de la partición hecha por el testador. Una propuesta de interpretación del art. 1.075 CCEsp

José Antonio Alcalde Santos



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència ***Reconeixement 4.0. Espanya de Creative Commons***.

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia ***Reconocimiento 4.0. España de Creative Commons***.

This doctoral thesis is licensed under the ***Creative Commons Attribution 4.0. Spain License***.



UNIVERSITAT DE BARCELONA

La rescisión por lesión de la partición hecha por el testador. Una propuesta de interpretación del art. 1.075 CCEsp

José Antonio Alcalde Santos

UNIVERSITAT DE BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política

Línea de investigación: Derecho Civil

LA RESCISIÓN POR LESIÓN DE LA PARTICIÓN HECHA POR EL TESTADOR.

UNA PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN DEL ART. 1.075 CCESP

Directora y tutora: Dra. Chantal Moll de Alba Lacuve

JOSÉ ANTONIO ALCALDE SANTOS

BARCELONA, 2024

Quiero expresar mi más sincero agradecimiento a la Dra. Chantal Moll de Alba, tutora y directora de esta tesis, por sus valiosos consejos, su infinita paciencia, su dedicación, y la confianza depositada en mí.

ABREVIATURAS EMPLEADAS

APCC 1882-1888	Anteproyecto de Código civil español de 1882-1888
art.	artículo
C	Código de Justiniano
cap.	capítulo
CCCat	Código civil catalán
CCEsp	Código civil español
CCFr	Código civil francés
CCFr 1804	Código civil francés de 1804 (*Code Napoléon*)
CCIt	Código civil italiano
CCIt 1865	Código civil italiano de 1865
CDFA	Compilación de Derecho Foral de Aragón
cfr.	confróntese
cit.	obra citada
CS	Código de Sucesiones de Cataluña de 1991
C.Th.	Código Teodosiano
CYADC	*Constitucions y altres Drets de Catalunya*
D	Digesto de Justiniano
FNN	Fuero Nuevo de Navarra
FR	Fuero Real
I	Instituciones de Justiniano
ibid.	en el mismo lugar
LDCG	Ley de Derecho Civil de Galicia de 2006
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LH	Ley Hipotecaria
marvs.	maravedís
n.	nota
Nov.	Novelas de Justiniano
NR	Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1805
P	Las Partidas
p.	página
párr.	párrafo

PCC 1851	Proyecto de Código civil español de 1851
PCCAPDC	Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil de 2018
pp.	páginas
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJC	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
TS	Tribunal Supremo
vid.	véase

ÍNDICE

RESUMEN 21

RESUM 23

ABSTRACT..... 25

INTRODUCCIÓN 27

CAPÍTULO I. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE LA RESCISIÓN DE LA PARTICIÓN HEREDITARIA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL (ARTS. 1.073 A 1.081 CCESP) 37

1. Sistemática de la Sección 4ª *De la rescisión de la partición*; Capítulo VI *De la colación y partición*; Título III *De las Sucesiones*; Libro III *De los diferentes modos de adquirir la propiedad* 37

2. El artículo 1.073 CCEsp: la remisión a las reglas de la rescisión de los contratos para la rescisión de la partición hereditaria 39

2.1. La rescisión como categoría de ineficacia de los contratos 40

2.2. Las dos subcategorías de rescisión de los contratos: la rescisión por lesión y la rescisión por fraude 42

2.3. La inclusión de los supuestos de lesión en los contratos en la regulación de la rescisión por lesión de la partición hereditaria 43

2.3.1. El ámbito objetivo de la rescisión por lesión en los contratos 43

2.3.2. La rescisión por lesión en los contratos tiene por efecto la restitución recíproca de las prestaciones realizadas 45

2.3.3. La rescisión por lesión en los contratos tiene un carácter protector de la persona menor de edad, con discapacidad o declarada ausente 46

2.3.4. El carácter residual de la rescisión por lesión en los contratos 47

2.3.5. La regulación de la rescisión por lesión en la partición hereditaria se aplica con preferencia a la de los contratos debido a su carácter de norma especial 49

2.4. La limitada aplicación de las causas de rescisión por fraude a la partición hereditaria 50

2.4.1. Los supuestos de rescisión por fraude 50

a) La rescisión de los contratos celebrados en fraude de acreedores 50

b) La rescisión de los pagos anticipados realizados por el deudor en estado de insolvencia 51

c) La rescisión de los contratos celebrados sobre bienes litigiosos 52

2.4.2. El efecto de la rescisión por fraude consiste en la inoponibilidad del negocio jurídico fraudulento frente al acreedor que lo impugna 53

2.4.3. La improbable aplicación de las causas de rescisión por fraude a la partición hereditaria 54

2.5. El uso atécnico del término *rescisión* en el art. 1.073 CCEsp 56

3. El artículo 1.074 CCEsp: la admisión de la rescisión por lesión en la partición hereditaria como regla general 58

4. El artículo 1.075 CCEsp: la prohibición de rescindir por lesión la partición hecha por el testador y sus excepciones 60

4.1. Las razones por las que el CCEsp prohíbe la rescisión por lesión en la partición hecha por el testador 61

4.1.1. La plena libertad del testador para partir sus bienes 61

4.1.2. El respeto a la tradición jurídica castellana 62

4.1.3. La prevención de conflictos entre los coherederos 63

4.1.4. El carácter revelador de la voluntad del testador de sus cláusulas de partición 64

4.2. Los supuestos excepcionales en los que el art. 1.075 CCEsp permite la rescisión por lesión de la partición hecha por el testador 64

4.2.1. Cuando la partición hecha por el testador perjudique la legítima de los herederos forzosos 65
a) Las personas legitimarias y la cuantía de la legítima 65
b) El cálculo de la cuantía de la legítima 67
c) La partición del testador que lesiona la legítima 68
4.2.2. Cuando aparezca que fue otra la voluntad del testador 69
4.2.3. Cuando racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador 71
a) La tesis de la igualdad absoluta entre los coherederos 71
b) La tesis del error en la valoración de los bienes como supuesto de presunción racional de la otra voluntad del testador 72
c) La tesis de la modificación sobrevenida en el valor de los bienes como causa de rescisión por lesión 73

5. Los artículos 1.076 a 1.078 CCEsp: el régimen de la acción de rescisión por lesión en la partición hereditaria 75
5.1. Legitimación activa y pasiva 75
5.1.1. Legitimación activa para solicitar la rescisión por lesión de la partición hereditaria: el coheredero perjudicado en más de la cuarta parte 75
5.1.2. La falta de legitimación para ejercer la acción de rescisión por lesión del heredero que enajena todo o parte de los bienes inmuebles adjudicados 75
5.1.3. La posibilidad de renunciar al ejercicio de la acción de rescisión por lesión en la misma partición hereditaria 76
5.1.4. El coheredero lesionado no va contra sus propios actos si participa en la partición y posteriormente interpone la acción de rescisión por lesión 77
5.1.5. Legitimación pasiva: la necesidad de demandar al resto de los coherederos en la partición lesiva 78
5.2. El plazo de ejercicio de la acción de rescisión por lesión 79
5.3. Las posibles consecuencias de la estimación de la acción de rescisión por lesión 81

5.3.1. La ineficacia de la partición y la necesidad de realizar una nueva 82
5.3.2. El mantenimiento de la partición mediante el pago de una indemnización al coheredero perjudicado 82

6. Los arts. 1.079 a 1.081 CCEsp: supuestos que no dan lugar a la rescisión por lesión de la partición hereditaria sino a otras consecuencias 84

6.1. El art. 1.079 CCEsp: la omisión no dolosa de un objeto o valor de la herencia da lugar a una partición complementaria 84

6.2. El art. 1.080 CCEsp: la preterición no intencional de un coheredero da lugar al pago de la parte que proporcionalmente le corresponda 86

6.3. El art. 1.081 CCEsp: la partición realizada con un heredero aparente es nula 88

7. Consideraciones de la doctrina y la jurisprudencia respecto de los artículos 1.074 a 1.081 CCEsp 89

7.1. El tratamiento específico de las consecuencias del error en la partición hereditaria 89

7.2. El principio de *favor partitionis* o de conservación de la partición hereditaria 90

7.3. La admisión de la rescisión por lesión en la partición hereditaria con carácter general salvo en la realizada por el testador 91

7.4. La rescisión por lesión en la partición hereditaria como garantía de la *equivalencia económica* entre el valor de lo adjudicado y el valor de lo que se tiene derecho a recibir según el testamento o la ley 92

7.5. La incorrecta valoración de los bienes como origen de la lesión 93

CAPÍTULO II. LA NECESARIA EQUIVALENCIA ECONÓMICA ENTRE LA CUOTA HEREDITARIA Y EL VALOR DE LO ADJUDICADO EN LA PARTICIÓN HEREDITARIA 97

1. El concepto de partición hereditaria 97

1.1. La sucesión del heredero en las posiciones jurídicas activas y pasivas del causante que no se extingan con su muerte 97

1.2. La cuota como expresión de la medida de la participación de cada coheredero en la herencia 98

1.2.1. La cuota como expresión del derecho individual de cada coheredero sobre los bienes de la herencia 98

1.2.2. La cuota hereditaria determina la responsabilidad del coheredero en las deudas hereditarias 99

1.2.3. La cuota hereditaria la establece el testador o la ley 100

1.3. La partición hereditaria convierte la cuota del heredero en la titularidad exclusiva sobre bienes concretos 100

1.4. La equivalencia entre el valor del lote adjudicado y la cuota hereditaria correspondiente al coheredero es una consecuencia lógica de la función de la partición hereditaria 102

1.5. Las definiciones de partición hereditaria ofrecidas por la doctrina española no mencionan la equivalencia como elemento definitorio de la partición 102

1.6. Las modalidades de partición hereditaria 104

1.7. Las operaciones particionales 104

1.7.1. El inventario 105

1.7.2. El avalúo 106

1.7.3. La liquidación 107

1.7.4. La división: la regla de la igualdad cualitativa en la formación de los lotes 107

1.7.5. La adjudicación 109

2. El concepto de partición hecha por el testador 109

2.1. El sujeto activo de la partición: el testador 111

2.2. Las formalidades externas de la partición hereditaria del testador: la partición testamentaria y la partición extratestamentaria 112

2.3. El contenido de la partición del testador 115

2.3.1. El testador solo puede partir los bienes que sean de su propiedad 115

2.3.2. No es necesario que la partición incluya todos los bienes del testador 116

2.3.3. No es necesario que el testador realice todas las operaciones particionales 116

2.4. La naturaleza jurídica de la partición del testador 117

2.4.1. ¿Se trata de una verdadera partición hereditaria? 117

2.4.2. Es una verdadera partición porque realiza su función típica: la conversión de la cuota hereditaria en la titularidad exclusiva sobre bienes concretos del activo hereditario 118

2.4.3. La institución de herederos y la existencia de cuotas hereditarias distinguen la partición hecha por el testador de la distribución de toda la herencia mediante legados 120

2.5. Las cláusulas de disposición y las cláusulas de partición 122

2.5.1. Las cláusulas de disposición contienen la institución de varias personas como herederas 122

2.5.2. Las cláusulas de partición contienen los lotes que adjudica a cada coheredero 124

2.6. La determinación de la cuota hereditaria correspondiente a cada coheredero 124

2.6.1. El testador puede establecer las cuotas hereditarias en las cláusulas de disposición 124

2.6.2. El testador también puede establecer las cuotas hereditarias en las cláusulas de partición 125

3. La libertad del testador para partir sus bienes 129

3.1. La no sujeción del testador a la regla de igualdad cualitativa en la formación de los lotes 129

3.2. La no sujeción del testador a la necesidad de observar la equivalencia económica en la formación de los lotes 130

4. Las soluciones a la falta de equivalencia económica en la partición hecha por el testador 131

4.1. En la partición testamentaria: cuando las cláusulas de partición no se ajustan a las cuotas hereditarias 132

4.1.1. La solución según la doctrina: reajuste de la cuota hereditaria al valor del lote adjudicado 132

4.1.2. La solución según los tribunales: reajuste de la cuota hereditaria al valor del lote adjudicado 133

4.2. En la partición extratestamentaria: cuando las cláusulas de partición no se ajustan a las cuotas hereditarias 135

4.2.1. La solución según la doctrina 135

a) La nulidad de la partición que incluye a coherederos distintos de aquellos mencionados en el testamento 135

b) La nulidad de la partición que se aparta significativamente de las cuotas hereditarias establecidas en el testamento 136

c) La disparidad de soluciones cuando la partición se aparta de las cuotas hereditarias establecidas en el testamento, pero no de manera significativa 136

4.2.2. La solución según los tribunales: la ineficacia de la partición 137

4.3. La solución a la contradicción entre las cláusulas dispositivas y las cláusulas de partición en algunos ordenamientos civiles autonómicos 138

4.4. La tendencia de la doctrina y la jurisprudencia al restablecimiento de la equivalencia económica en la partición hecha por el testador 140

5. La distinción de los casos de contradicción entre las cláusulas de disposición y de partición con el supuesto de hecho de la rescisión por lesión 142

5.1. Cuando la falta de equivalencia tiene su origen en la voluntad del testador, se aplican las normas que resuelven la contradicción entre las cláusulas de disposición y de partición 143

5.2. Cuando la falta de equivalencia no tiene su origen en la voluntad del testador, se aplica el remedio de la rescisión por lesión 143

6. La necesidad de procurar la equivalencia entre las cláusulas de disposición y de partición cuando el desajuste no es intencional por parte del testador 144

6.1. La partición hecha por el testador debería ser rescindible si la lesión proviene de un error en la valoración de los bienes 144

6.2. La partición hecha por el testador debería poder rescindirse por lesión si los bienes sufren una modificación sobrevenida en su valor 145

6.3. Las dudas interpretativas que genera la expresión *cuando racionalmente se presuma la voluntad favorable del testador* desalientan al coheredero perjudicado para impugnar la partición hecha por el testador 147

CAPÍTULO III. ANÁLISIS DEL ORIGEN HISTÓRICO DE LA RESCISIÓN POR LESIÓN: LA *LAESIO ENORMIS* 151

1. La creación de la *laesio enormis* en la Baja Edad Media (siglos XI a XV) 151

1.1. Las leyes 2ª y 8ª, *De rescindenda venditione* (C 4,44) 151

1.2. El remedio de la *laesio enormis* o *laesio ultra dimidum* 153

1.3. El fundamento de la rescisión por *laesio enormis* reside en la *aequalitas* conmutativa, que exige que cada contratante reciba tanto cuanto da 156

1.4. La extensión del remedio de la *laesio enormis* a todos los contratos onerosos 158

1.4.1. La partición hereditaria se equipara a la permuta porque se produce un intercambio de cuotas sobre los bienes entre los coherederos 160

1.4.2. La ley 3ª, Communia utriusque iudicii (C 3,38) 161

2. La aplicación de la *laesio enormis* en la partición hereditaria durante la Edad Moderna (finales del siglo XV a finales del siglo XVIII) 163

2.1. La partición hereditaria es impugnable por *laesio enormis* cuando es una partición *inaequaliter*: cuando el valor de los bienes adjudicados a un copartícipe (lo que recibe) no es igual al valor de los bienes adjudicados al resto de los copartícipes (lo que da) 165

2.2. El remedio de la *laesio enormis* asegura que lo que recibe un coheredero sea equivalente a lo que reciben los otros coherederos 167

2.3. La exigencia de un reparto igualitario de la herencia conlleva un importe menor en la lesión para rescindir la partición *inaequaliter* 168

2.4. ¿Cabe la opción de completar el precio en la partición hereditaria? 171

3. La exclusión de la partición hecha por el testador del remedio de la *laesio enormis* 172

3.1. La partición hecha por el testador se considera un conjunto de legados porque los coherederos adquieren directamente la propiedad de los bienes a la muerte del causante 172

3.2. La omisión en las obras doctrinales de la partición hecha por el testador cuando tratan la *laesio enormis* 173

3.3. ¿Se debe esta omisión a la falta de un intercambio de cuotas sobre los bienes entre los coherederos? 174

3.4. La hipótesis del deber de gratitud y obediencia hacia el testador como causa de la omisión de la partición hecha por el testador en el contexto de la *laesio enormis* 175

3.5. El respeto y la obediencia a la autoridad paterna es la base de la sociedad del Antiguo Régimen 176

3.6. La protección de la partición *inaequaliter* hecha por el padre 178

3.6.1. El empleo de la partición para romper el reparto igualitario de la herencia que establece la ley 179

3.6.2. Las leyes romanas que respaldan la protección de la partición inaequaliter del testador 181

a) Lex Parentibus arbitrium (C 3,28,8) 182

b) Lex Quotiens (C 3,36,10) 183

c) Lex Filii patris (C 3,36,16) 183

d) Lex Filia § si pater (D 10,2,20,3) 184

4. Ejemplos de particiones realizadas por el testador conforme al derecho de Castilla (siglos XV a XVIII) 185

4.1. El carácter excepcional de la partición testamentaria 186

4.2. Modelo de testamento 188

4.3. El testamento abierto de D. Alonso Díaz de Montalvo, de 4 de mayo de 1496 189

4.3.1. El contenido del testamento 189

4.3.2. La voluntad del testador de repartir sus bienes de manera igualitaria 191

4.4. El testamento abierto de D. Diego Calderón de la Barca, de 18 de noviembre de 1615 192

4.4.1. El contenido del testamento 192

4.4.2. La voluntad del testador de disponer tal y como partió 194

4.5. El testamento cerrado de D. Juan Díez Escobar, de 22 de abril de 1750 195

4.5.1. El contenido del testamento 195

4.5.2. La voluntad del testador de disponer como partió 197

5. Aspectos a destacar del análisis de los ejemplos de particiones anteriores 198

5.1. La determinación de las cuotas hereditarias en las cláusulas de partición 198

5.2. La partición del testador permite destruir el reparto igualitario que presume la ley a falta de manifestación expresa de las cuotas hereditarias 199

5.3. El deber de obediencia de los hijos hacia el testador impide a los coherederos impugnar su partición 201

CAPÍTULO IV. LA REGULACIÓN DE LA RESCISIÓN POR LESIÓN DE LA PARTICIÓN HEREDITARIA EN LA CODIFICACIÓN: LA RUPTURA CON EL PASADO 205

1. El Código civil francés de 1804: la rescisión por lesión como garantía de la equivalencia económica en la partición hereditaria 205

1.1. La naturaleza declarativa de la partición hereditaria en el antiguo Derecho civil francés: la partición concreta el derecho abstracto del coheredero sobre la herencia en la propiedad exclusiva sobre bienes específicos 205

1.2. La igualdad o equivalencia entre la cuota hereditaria y el valor del lote de bienes adjudicado: el principio esencial de la partición 206

1.3. La concepción de la naturaleza declarativa de la partición hereditaria en el Código civil francés de 1804 207

1.4. Una ruptura con el pasado: la rescisión por lesión como garantía de la equivalencia económica en la partición hereditaria 208

1.5. La partición hecha por el ascendiente también puede ser rescindida por lesión en más de la cuarta parte 211

1.6. El régimen de la acción de rescisión por lesión de la partición hereditaria 213

1.6.1. Legitimación activa y pasiva 213

a) Legitimación activa para solicitar la rescisión por lesión de la partición hereditaria: el coheredero perjudicado en más de la cuarta parte 213

b) La falta de legitimación para ejercer la acción de rescisión por lesión del heredero que enajena todo o parte de los bienes adjudicados para ejercer la acción de rescisión por lesión 214

c) Legitimación pasiva: el resto de los coherederos en la partición lesiva 215

1.6.2. El plazo de ejercicio de la acción de rescisión por lesión 215

1.6.3. Las posibles consecuencias de la estimación de la acción de rescisión por lesión 216

a) La ineficacia de la partición hereditaria y la necesidad de realizar una nueva..... 216

b) El mantenimiento de la partición mediante el pago de la diferencia hasta alcanzar lo que le corresponde al coheredero perjudicado según su cuota hereditaria 217

1.7. El Código civil francés regula específicamente las consecuencias del error en la realización de la partición hereditaria 218

2. El Proyecto de Código civil español de 1851: la incorporación de la rescisión por lesión en la partición hereditaria siguiendo al Código civil francés, y la prohibición de su aplicación a la partición hecha por el causante..... 220

2.1. La influencia del Código civil francés de 1804 y de la doctrina francesa en el Proyecto de Código civil español de 1851 221

2.2. Sistemática de la sección IV *De la rescisión de la partición*; capítulo II *De la colación y partición*; título III *Disposiciones comunes á las herencias por testamento ó sin él*; libro III *De los modos de adquirir la propiedad* 221

2.3. El Proyecto de 1851 distingue entre la anulación de la partición hereditaria por causa de dolo o violencia y la rescisión de la partición hereditaria por causa de lesión en más de la cuarta parte 224

2.4. La adopción de la regulación de la rescisión por lesión de la partición hereditaria del *Code Napoléon*, salvo la exclusión de la partición hecha por el causante de este remedio 225

2.5. La rescisión por lesión es un medio de impugnación de la partición hereditaria diferente de la antigua *laesio enormis* 227

2.5.1. El Proyecto de Código civil de 1851 excluye el remedio de la laesio enormis en los contratos onerosos 227

2.5.2. La rescisión por lesión asegura la equivalencia económica en la partición hereditaria entre la cuota hereditaria y el valor del lote adjudicado a cada coheredero 229

2.6. Las justificaciones a la prohibición de rescindir por lesión la partición hecha por el causante 230

2.6.1. Las leyes que respaldan la prohibición de la rescisión por lesión en la partición del causante 231

a) El art. 1.225 del Código de Luisiana de 1824 233

b) La lex Quotiens (C 3,36,10) 233

c) La ley de Partidas P 6,1,7 234

d) La ley 19 de Toro 235

2.6.2. La prohibición de la rescisión por lesión en la partición hecha por el testador en el Proyecto de Código civil de 1851 se justifica en la tradición, la gratitud y la obediencia 236

3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior al Código civil de 1889: la creación de la *rescisión por lesión enorme* en la partición hereditaria 238

3.1. Los supuestos en los que cabe ejercitar la acción de *rescisión por lesión enorme* 240

3.1.1. Cuando se ha realizado incorrectamente la liquidación de la sociedad de gananciales efectuada en la partición hereditaria 240

3.1.2. Cuando la partición incluye bienes que ya pertenecen a un coheredero 241

3.1.3. Cuando se omiten en la partición bienes del causante 241
3.1.4. Cuando se produce una errónea valoración de los bienes 242

3.2. El cálculo de la lesión y el importe necesario para rescindir la partición por lesión enorme 244

3.2.1. El cálculo de la lesión según sea la causa del agravio 245

a) Cuando la lesión la causa una incorrecta liquidación de la sociedad de gananciales 245

b) Cuando la lesión proviene de la falta de inclusión de un bien en el inventario de la partición 245

c) Cuando la lesión proviene de una errónea valoración de los bienes 246

3.2.2. El importe de la lesión requerido para rescindir la partición: superior a la sexta parte o a la mitad 246

3.3. La *rescisión por lesión enorme* no está orientada a proteger la equivalencia económica entre el lote adjudicado y la cuota hereditaria 248

3.4. Las posibles consecuencias de la estimación de la acción de *rescisión por lesión enorme* 251

3.4.1. La ineficacia de la partición y la necesidad de realizar una nueva 252
3.4.2. La condena al pago del valor omitido si así lo solicita el actor 253
3.4.3. La inexistencia de la opción de evitar la rescisión mediante el pago de una indemnización. 253

3.5. Las particiones excluidas de la *rescisión por lesión enorme* según el Tribunal Supremo 257

3.5.1. La partición judicial 257
3.5.2. La partición extrajudicial aprobada judicialmente cuando intervienen menores de edad, incapacitados o ausentes 261

3.5.3. La exclusión de la partición hecha por el testador se deduce de la ausencia de resoluciones sobre la rescisión por lesión enorme en esta modalidad de partición hereditaria..... 263

3.5.4. El régimen especial de la partición que perjudica a un menor de edad. La restitutio in integrum..... 264

a) Los supuestos en que cabe el beneficio de la restitutio in integrum..... 264

b) El remedio de la restitutio in integrum tiene como finalidad la protección de los menores de edad..... 266

c) Los efectos de su estimación: la vuelta al estado anterior al momento de la producción del daño..... 267

3.6. El Tribunal Supremo crea la figura de la *rescisión por lesión enorme* en la partición hereditaria, dejando obsoleta la legislación vigente (la ley 2ª, título 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación) 268

4. El Código civil de 1889: la definitiva incorporación de la rescisión por lesión en la partición hereditaria, prescindiendo de la doctrina jurisprudencial, y su prohibición en la partición hecha por el testador 269

4.1. El Anteproyecto de 1882-1888 permite la rescisión por lesión de la partición hereditaria siguiendo al Proyecto de Código civil de 1851..... 271

4.2. El Código civil de 1889 también permite la rescisión por lesión en la partición hereditaria 274

4.3. El Código civil de 1889 prescinde de la jurisprudencia en su regulación de la rescisión por lesión de la partición hereditaria..... 277

4.4. La novedad introducida por el Código civil de 1889: la prohibición de la rescisión por lesión de la partición hecha por el testador en el art. 1.075 CCEsp 279

5. La doctrina contemporánea del Código civil de 1889: la ruptura con la tradición jurídica castellana pasa inadvertida..... 283

5.1. La ausencia de debate en las Cortes Generales sobre la nueva regulación de la rescisión por lesión en la partición hereditaria tras la publicación de la primera edición del Código civil..... 283

5.2. La errónea opinión doctrinal según la cual la regulación de la rescisión por lesión de la partición hereditaria del Código civil reproduce la legislación vigente hasta el momento 284

CAPÍTULO V. ¿CÓMO INTERPRETAR A LA LUZ DEL ESTUDIO HISTÓRICO LA TERCERA EXCEPCIÓN DEL ART. 1.075 CCESP QUE PERMITE RESCINDIR POR LESIÓN LA PARTICIÓN HECHA POR EL TESTADOR? 287

1. Las tres excepciones a la prohibición de rescindir por lesión la partición hecha por el testador 287

2. Los supuestos en que cabe presumir racionalmente una voluntad favorable del testador a la rescisión por lesión de su partición 288

2.1. Cuando en la partición exista una falta de equivalencia en más de la cuarta parte entre la cuota hereditaria y el lote adjudicado, debido a una errónea valoración de los bienes 288

2.2. Cuando la partición exista una falta de equivalencia en más de la cuarta parte entre la cuota hereditaria y el lote adjudicado, por una modificación sobrevenida en el valor de los bienes partidos, difícilmente previsible para el testador y que no pudo conocer. 290

3. Los supuestos en que no cabe presumir la voluntad favorable del testador a que los coherederos rescindan por lesión su partición 292

3.1. Cuando el testador dispone los medios para corregir la falta de equivalencia económica entre la cuota hereditaria y el lote adjudicado 292

3.2. Cuando el testador prohíbe la intervención judicial en su herencia 293

3.3. Cuando el testador manifiesta su voluntad de que la partición se cumpla en todo caso..... 294

3.4. Cuando el testador establece la cuota hereditaria de cada coheredero en las cláusulas de partición, determinándose a posteriori según el valor del lote adjudicado 295

4. La aplicación de la interpretación defendida en esta tesis doctoral al Código civil de Cataluña 295

4.1. La regulación de la rescisión por lesión en la partición hereditaria del Código civil de Cataluña 295

4.2. El elevado importe de la lesión para poder rescindir por lesión la partición hereditaria 298

4.3. La prohibición de rescindir por lesión la partición hecha por el causante 299

4.4. Las excepciones a la prohibición: la posibilidad de impugnarla cuando el causante haya manifestado o sea presumible de forma clara la voluntad contraria 300

4.5. La ineficacia de la prohibición de intervención judicial en la sucesión interpuesta por el causante 301

CONCLUSIONES 303

ANEXOS 308

ANEXO A: Modelo de testamento abierto 308

ANEXO B: Testamento abierto de D. Alonso Díaz de Montalvo 310

ANEXO C: Testamento abierto de D. Diego Calderón de la Barca 316

ANEXO D: Testamento cerrado de D. Juan Díez de Escobar 324

BIBLIOGRAFÍA 336

RESUMEN

El Código civil español contempla una acción específica para asegurar que en la partición hereditaria cada coheredero reciba lo que le corresponde según el testamento o la ley: la acción de rescisión por lesión en más de la cuarta parte. En virtud de esta acción, un coheredero puede solicitar la ineficacia de la partición hereditaria cuando el valor total de los bienes relictos que se le adjudican no alcanza las tres cuartas partes de lo que debería recibir conforme al testamento o a la ley. El demandado, a su vez, puede evitar la ineficacia de la partición compensando la diferencia de valor existente entre el lote de bienes adjudicado al actor y el valor de lo que tiene derecho a percibir.

El art. 1.075 CCEsp prohíbe la aplicación del remedio de la rescisión por lesión a la partición realizada por el testador, es decir, la imposibilidad de impugnar esta modalidad de partición, aunque exista un desajuste en más de la cuarta parte entre el valor de los bienes adjudicados a un coheredero y la porción de herencia en la que el testador ha instituido a esa persona como coheredera. No obstante, este precepto admite excepcionalmente la posibilidad de rescindir por lesión la partición hecha por el testador cuando lesiona la legítima de los herederos forzosos o cuando aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador.

El presente trabajo de investigación centra su atención en el art. 1.075 CCEsp y defiende, a partir de un análisis histórico de la figura de la rescisión por lesión y de la partición hecha por el testador, una interpretación extensiva de la excepción *cuando racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador*, que permita rescindir por lesión la partición realizada por el testador cuando cause a un coheredero una lesión en más de la cuarta parte. Esta lesión puede deberse a que el testador hizo una valoración incorrecta de sus bienes o a una modificación sobrevenida en el valor de alguno de los bienes, difícilmente previsible para el testador y que no pudo conocer.

RESUM

El Codi civil espanyol contempla una acció específica per a assegurar que en la partició hereditària cada cohereu rebi el que li correspon segons el testament o la llei: l'acció de rescissió per lesió en més de la quarta part. En virtut d'aquesta acció, un cohereu pot sol·licitar la ineficàcia de la partició hereditària quan el valor total dels béns relictes que se li adjudiquen és inferior a les tres quartes parts del que hauria de rebre conforme al testament o a la llei. El demandat, al seu torn, pot evitar la ineficàcia de la partició compensant la diferència de valor existent entre el lot de béns adjudicat a l'actor i el valor del que té dret a percebre.

L'art. 1.075 CCEsp prohibeix l'aplicació del remei de la rescissió per lesió a la partició realitzada pel testador, és a dir, la impossibilitat d'impugnar aquesta modalitat de partició, encara que existeixi un desajust en més de la quarta part entre el valor dels béns adjudicats a un cohereu i la porció d'herència en la qual el testador ha instituït a aquesta persona com cohereva. No obstant això, aquest precepte admet excepcionalment la possibilitat de rescindir per lesió la partició realitzada pel testador quan lesiona la legítima dels hereus forçosos o quan aparegui, o racionalment es presumeixi, que va ser una altra la voluntat del testador.

El present treball de recerca centra la seva atenció en l'art. 1.075 CCEsp i defensa, a partir d'una anàlisi històrica de la figura de la rescissió per lesió i de la partició feta pel testador, una interpretació extensiva de l'excepció *quan racionalment es presumeixi que va ser una altra la voluntat del testador*, que permeti rescindir per lesió la partició realitzada pel testador quan causi a un cohereu una lesió en més de la quarta part. Aquesta lesió pot ser provocada pel fet que el testador hagi fet una valoració incorrecta dels seus béns o per una modificació sobrevinguda en el valor d'algun dels béns, difícilment previsible per al testador i que no va poder conèixer.

ABSTRACT

The Spanish Civil Code contemplates a specific action to ensure that in the hereditary partition each co-heir receives what corresponds to him/her according to the will or the law: the action of rescission due to injury by more than a quarter. Under this action, a co-heir may request the ineffectiveness of the hereditary partition when the total value of the surviving property awarded to him or her falls short of three-fourths of what he or she should receive under the will or the law. The defendant, in turn, can avoid the ineffectiveness of the partition by compensating the difference in value existing between the lot of assets awarded to the plaintiff and the value of what he or she is entitled to receive.

Art. 1.075 Spanish Civil Code prohibits the application of the remedy of rescission due to injury to the partition made by the testator, i.e., the impossibility of challenging this type of partition, even if there is a mismatch of more than a quarter between the value of the assets awarded to a co-heir and the portion of the estate in which the testator has instituted that person as co-heir. However, this provision exceptionally admits the possibility of rescinding this type of partition due to injury when it injures the legitimate rights of the forced heirs or when it appears, or it is rationally presumed, that the will of the testator was different.

This research work focuses its attention on Art. 1.075 Spanish Civil Code and defends, from a historical analysis of the figure of rescission due to injury and of the partition made by the testator, an extensive interpretation of the exception when it is rationally presumed that the will of the testator was different, which allows to rescind the partition made by the testator due the injury when it causes an injury to a co-heir by more than a quarter. This injury may be due to the fact that the testator made an incorrect valuation of his assets or to a supervening modification in the value of some of the assets, difficult for the testator to foresee and which he or she could not have known.

INTRODUCCIÓN

La partición hereditaria es un acto jurídico mediante el cual los coherederos se reparten los bienes de la herencia teniendo en cuenta lo que les corresponde percibir según el testamento o la ley. Si dos coherederos suceden al causante por partes iguales, cada coheredero debe recibir en la partición un valor en bienes que se corresponda con la mitad del valor total de los bienes de la herencia. Si uno de ellos recibe menos de lo que le corresponde, la partición no se ha realizado correctamente porque no se produce una equivalencia o identidad entre el valor de lo adjudicado y lo que tiene derecho a percibir.

El Código civil español contempla una acción específica para garantizar que en la partición exista esta equivalencia: la acción de rescisión por lesión en más de la cuarta parte[1], regulada en los arts. 1.074 a 1.078 CCEsp. En virtud de esta acción, si el valor de lo que percibe un coheredero no alcanza las tres cuartas partes de lo que debería recibir según el testamento o la ley, este coheredero perjudicado puede solicitar la rescisión, es decir, la ineficacia[2] de la partición

[1] Los autores que mayor atención han prestado en nuestro país a la rescisión por lesión de la partición hereditaria son: L. COSTAS RODAL, *La ineficacia de la partición de la herencia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», en *Comentario del Código Civil*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.074 CC», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. VI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La ineficacia de la partición hereditaria», en X. O'CALLAGHAN MUÑOZ (ed.) *La partición de la herencia*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006; G. GALICIA AIZPURÚA, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», en A. CAÑIZARES LASO, S. CÁMARA LAPUENTE, C. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ (eds.) *Código Civil comentado*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011; C. GARCÍA PÉREZ, *La rescisión de la partición hereditaria. Notas a los artículos 1073 a 1078 del Código Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; P. ROBLES LATORRE, *La partición convencional y su impugnación*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996; J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección cuarta. De la rescisión de la partición», en M. ALBALADEJO GARCÍA, S. DÍAZ ALABART (eds.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, vol. XIV, 2º, Ed. Edersa, Madrid, 1989.

[2] Como indica L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I, 4. ed, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 423 y 424., se considera que un negocio jurídico es *ineficaz* cuando no produce ninguna consecuencia o no produce aquellas consecuencias que normalmente se esperaría que produjera. En el mismo sentido, M. C. GETE-ALONSO CALERA, «Capítulo XXVII. Ineficacia e invalidez», en LL. PUIG I FERRIOL, J. GIL RODRÍGUEZ, J.J. HUALDE SÁNCHEZ, Mª C. GETE-ALONSO CALERA (eds.) *Manual de Derecho Civil. Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, 3. ed, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 668; J. L. LACRUZ BERDEJO; F. SANCHO REBULLIDA; A. LUNA SERRANO, *Elementos de Derecho civil. Parte general. Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, vol. I-3, 3ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2005, p. 245; C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil III. Contratos*, 14a. ed, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 136; J. A. MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato (en torno a*

hereditaria[3]. El demandado, a su vez, puede evitar[4] la ineficacia de la partición compensando la diferencia existente entre el valor del lote de bienes adjudicado al actor y el valor de lo que este tiene derecho a percibir.

i) La prohibición de la rescisión por lesion en la partición hecha por el testador

Todas las modalidades de partición hereditaria que contempla el Código civil pueden ser impugnadas mediante la acción de rescisión por lesión en más de la cuarta parte: la partición realizada entre los propios coherederos, la partición realizada por un contador-partidor, y la partición judicial. Respecto a la partición hecha por el propio testador, el Código civil le otorga una protección especial.

El testador puede realizar la partición de sus bienes, de manera que, al fallecer, sus herederos adquieran la propiedad en exclusiva de los bienes comprendidos en su lote, evitando así la formación de una comunidad hereditaria. Esta partición puede llevarse a cabo en el testamento o fuera de él, pero siempre es necesario que el testador haya instituido en testamento a las personas que serán sus herederas[5]. De manera que la partición hecha por el testador consiste en que el futuro causante instituye herederas a varias personas, estableciendo la porción de la herencia que le corresponde recibir a cada una (ya sea en partes iguales o desiguales), y determina los bienes concretos que componen el lote adjudicado a cada coheredero en pago de su haber hereditario.

---

la lesión contractual y el fraude de acreedores), J.M. Bosch Editor, 1995, p. 182; S. QUICIOS MOLINA, «La ineficacia contractual», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (ed.) *Tratado de Contratos*, vol. I, 3a ed, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1.525 y 1.526.

[3] *Art. 1.074 CCEsp:*
Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas.

[4] *Art. 1.077, párr. 1º CCEsp:*
El heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición.

[5] *Art. 1.056, párr. 1º CCEsp:*
Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.

La partición hecha por el testador es efectiva, y los coherederos pasan a ser titulares de los bienes comprendidos en su respectivo lote, cuando el testador fallece y se abre la sucesión. Puede ocurrir que en este momento el valor del lote adjudicado a un coheredero no alcance a cubrir las tres cuartas partes de lo que el testador había establecido para dicha persona en la institución de coheredero. Sin embargo, el Código civil prohíbe al coheredero perjudicado solicitar la rescisión por lesión de la partición hecha por el testador[6].

> *Art. 1.075 CCEsp:*
> *La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador.*

ii) Las tres excepciones a la prohibición de rescindir por lesión la partición hecha por el testador

Esta prohibición tiene tres excepciones en las cuales la partición hecha por el testador podrá rescindirse por lesión: primero, cuando la partición perjudique a la legítima; segundo, cuando *aparezca que fue otra la voluntad del testador*; y tercero, cuando *se presuma racionalmente que fue otra la voluntad del testador*.

La primera excepción a la prohibición consiste en la posibilidad de rescindir por lesión la partición realizada por del testador que vulnera la legítima de sus herederos forzosos. La legítima es aquella porción de bienes que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a los parientes más próximos del

[6] Los autores que mayor atención han prestado a la rescisión por lesión de la partición hecha por el testador son M. ALBALADEJO GARCÍA, «Dos aspectos de la partición hecha por el testador», *Anuario de Derecho Civil*, 3, 1948; L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit.; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit.; J. L. DE LOS MOZOS, «La partición de la herencia por el propio testador», *Revista de Derecho Notarial*, XXVII, 1960; M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La ineficacia de la partición hereditaria», cit.; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit.; M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador por acto "inter vivos"», *Revista de Derecho Privado*, 1954; J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección cuarta. De la rescisión de la partición», cit.

fallecido[7]. Según esta primera excepción, cabe rescindir por lesión la partición hecha por el testador en la que este asigna al heredero legitimario un lote de bienes cuyo valor total no alcanza a cubrir el valor de su legítima individual.

La segunda excepción que permite rescindir por lesión la partición del testador es cuando *aparezca que fue otra la voluntad del testador*. La generalidad de la doctrina[8] interpreta esta frase en el sentido de que el testador debe autorizar expresamente a sus herederos a que puedan impugnar la partición realizada por él, si alguno de ellos resulta perjudicado en más de la cuarta parte.

En caso de que no exista una autorización expresa, la partición realizada por el testador también se podrá rescindir por lesión cuando *racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador*, es decir, cuando pueda presumirse una voluntad del testador favorable a la rescisión por lesión[9]. No obstante, los autores discrepan a la hora de proporcionar ejemplos concretos de cuándo se considera que concurre esta presunta voluntad favorable del testador.

---

[7] *Art. 806 CCEsp: Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos.*

[8] L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., p. 127; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.525; J. L. DE LOS MOZOS, «La partición...», cit., p. 232; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.075 CC», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. VI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 7.839; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.744; M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia...», cit., p. 518; F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil. Derecho de sucesiones*, vol. tomo VI-3, estab. tip. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910, p. 2.114; J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección cuarta. De la rescisión de la partición», cit., p. 526.

En contra, M. ALBALADEJO GARCÍA, «Dos aspectos...», cit., p. 954., sostiene que la *otra voluntad* a la que se refiere este precepto es la voluntad dispositiva, es decir, la institución en testamento de varias personas como herederas en partes iguales o desiguales. A esta tesis se unió J. B. JORDANO BAREA, «Dictamen sobre validez de partición contenida en testamento», *Anuario de Derecho Civil*, 1952.

[9] Este es el sentido que la mayoría de la doctrina atribuye a la expresión *cuando racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador.* Así lo interpretan, entre otros, L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., p. 127; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.525; A. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario al art. 1.075 CC», en A. CAÑIZARES LASO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 4.944; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.744.

iii) Las dudas sobre cuándo debe presumirse la voluntad favorable del testador a la rescisión por lesión de su partición

Algunos autores[10] sostienen que la voluntad favorable a la rescisión por lesión únicamente puede deducirse cuando resulte patente que el testador deseaba que todos sus herederos fueran tratados de manera igual, instituyéndolos como herederos en partes iguales y asegurando que cada uno recibiera la misma cantidad de bienes de la herencia. De manera que, si en el momento de fallecer el testador y ser efectiva la partición, se rompe esta igualdad entre los coherederos y uno de ellos resulta lesionado en más de la cuarta parte, este coheredero perjudicado podrá solicitar la rescisión por lesión de la partición hecha por el testador.

Otros autores[11] consideran que también cabría deducir esta voluntad favorable cuando el testador ha adjudicado a cada coheredero un lote de bienes con un valor equivalente a lo que establece que cada uno tiene que recibir; sin embargo, esta equivalencia se pierde en el momento de la apertura de la sucesión debido a una modificación sobrevenida en el valor de alguno de los bienes de la herencia, difícilmente previsible para el testador y que este no llegó a conocer. Como resultado, el lote que recibe un coheredero no se corresponde con lo que tiene derecho a recibir. No obstante, esta interpretación no es compartida por toda la doctrina[12] y los órganos jurisdiccionales[13] la rechazan expresamente, ya

[10] M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La ineficacia de la partición hereditaria», cit., p. 426; Q. M. SCAEVOLA, *Código Civil*, vol. XVIII, Ed. Reus, Madrid, 1901, p. 447; J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección cuarta. De la rescisión de la partición», cit., p. 528.

[11] M. ALBALADEJO GARCÍA, «Dos aspectos...», cit., pp. 958 y 959; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.075 CC», cit., p. 7.840; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.745; P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Art. 1.075 CC», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, 5ª ed., Thomson Reuters/Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 1.371.

[12] M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.525; J. L. LACRUZ BERDEJO; F. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 173; R. M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, vol. II, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 438; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del derecho de sucesiones*, vol. II, Ed. Civitas, Madrid, 1984, p. 888.

[13] STS 115/2010, de 18 de marzo (ECLI: ES:TS:2010:1518), FD 4º: *De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.075 CC, la partición «hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso que perjudique la legítima de los herederos forzosos del testador o de que aparezca o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador». De aquí se deduce que la partición efectuada por el testador es inatacable por diferencias de valor, sean estas*

que se considera que la partición efectuada por el testador es inatacable por diferencias sobrevenidas en el valor de los bienes. Se afirma que permitir la impugnación por la modificación sobrevenida del valor frustraría la finalidad perseguida por esta modalidad de partición, que es la de evitar futuros conflictos entre los herederos[14].

Otro supuesto en que podría presumirse racionalmente la voluntad del testador favorable a la rescisión por lesión se daría, según un sector doctrinal[15], cuando el testador ha incurrido en un error sobre la cualidad o calidad de los bienes. En este caso, la partición puede ser rescindida por lesión si se demuestra que, de haber sabido el testador que su valoración era errónea, habría reequilibrado el valor del lote adjudicado para que resultara equivalente a lo que dispuso que recibiera cada uno de los herederos. Sin embargo, la consideración del error del testador como supuesto incluido en la excepción de presunción racional de la voluntad favorable a la rescisión por lesión no es compartida por toda la doctrina. Un sector doctrinal[16] propugna distinguir el error esencial que vicia el consentimiento del mero error de valoración que contempla la rescisión por lesión, y considera que el primero debe encauzarse por la acción de anulabilidad. De esta manera, cuando el testador ha incurrido en un error sobre la sustancia de sus bienes (un cuadro que el testador creía auténtico, pero que en realidad

originarias o sobrevenidas, dado que, además, el art. 1.056 CC que se considera infringido, establece que cuando el testador haga la partición, «se pasará por ella».

La denominada jurisprudencia menor suele recoger este pronunciamiento en sus sentencias. Por ejemplo, la SAP Cuenca, secc. 1ª, núm. 440/2020, de 30 de diciembre (ECLI:ES:APCU:2020:616); la SAP Madrid, secc. 11ª, núm. 110/2018, de 26 de marzo (ECLI:ES:APM:2018:4735); y la SAP Alicante, secc. 9ª, núm. 246/2014, de 16 de mayo (ECLI:ES:APA:2014:1365).

[14] J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama...*, cit., vol. II, p. 888.

[15] M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.525; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.075 CC», cit., p. 7.839; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.745; M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia...», cit., p. 518; P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Art. 1.075 CC», cit., p. 1.371; R. M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, cit., vol. II, p. 439; T. RUBIO GARRIDO, *La partición de la herencia*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 460.

[16] F. HERNÁNDEZ GIL, «Sobre la ineficacia de las particiones realizadas por el comisario», *Revista de Derecho Privado*, 1968, pp. 533 y 538; Q. M. SCAEVOLA, *Código Civil*, cit., vol. XVIII, p. 447; J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección cuarta. De la rescisión de la partición», cit., pp. 501 y 502.

es una falsificación) la acción que procedería interponer para impugnar la partición sería la de anulabilidad. En cambio, la acción de rescisión por lesión quedaría reservada para los casos en que únicamente se desconoce el verdadero valor de mercado (el testador sabe que un cuadro es obra de un pintor determinado, pero tiene una idea equivocada sobre cuál es el valor de ese cuadro en el mercado del arte).

Estas dudas interpretativas[17] sobre cuándo debe presumirse racionalmente que el testador quiso que se rescindiera por lesión la partición realizada por él (la tercera excepción del art. 1.075 CCEsp, *cuando racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador*) provocan que, salvo en el caso en que la partición vulnere la legítima del heredero o en que el propio testador haya autorizado la rescisión por lesión, sea muy arriesgado[18] impugnar la partición hereditaria realizada por el testador cuando un coheredero resulta lesionado en más de la cuarta parte. A la dificultad de poder rescindir por lesión la partición hecha por el testador que genera esta tercera excepción del art. 1.075 CCEsp se añade la contundente afirmación del Código civil de que este tipo de partición solo puede impugnarse cuando perjudica la legítima de los herederos[19].

iv) La interpretación de la tercera excepción a la prohibición de rescindir por lesión la partición hecha por el testador que se propone en esta tesis doctoral

Nosotros proponemos en este trabajo la siguiente interpretación de la oración *cuando racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador* del art. 1.075 CCEsp: la partición hecha por el testador puede rescindirse por lesión a instancias del coheredero perjudicado, cuando en el momento del fallecimiento

[17] Como señala A. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario al art. 1.075 CC», cit., p. 4.944. es difícil precisar en qué casos se puede presumir que existió una voluntad del testador en este sentido.

[18] T. RUBIO GARRIDO, «La partición por el testador. Algunos aspectos problemáticos, al hilo de la Sentencia de 4 de noviembre de 2008», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 8, 2009, p. 20. señala la dificultad de convencer al tribunal sobre la presunta voluntad favorable del testador a la rescisión por lesión.

[19] Art. 1.056, párr. 1º CCEsp.

del testador el valor del lote adjudicado no cubra las tres cuartas partes de lo que le corresponde recibir según lo que el testador había establecido para dicha persona en la institución de coheredero. Este desajuste puede deberse a que el testador realizó una valoración incorrecta de sus bienes en el momento de la partición (ya sea por desconocer su valor real de mercado o algún aspecto relacionado con su sustancia o cualidades), o a que dichos bienes han experimentado una modificación sobrevenida en el valor entre el momento de la partición y la apertura de la sucesión, la cual el testador no pudo prever ni conocer.

v) Plan de la obra y metodología empleada

Con el objetivo de defender nuestra interpretación, en el primer capítulo de este trabajo realizaremos un análisis de la regulación vigente de la rescisión de la partición hereditaria en el Código civil español, para determinar el papel que desempeña la rescisión por lesión de la partición hereditaria dentro de la sistemática del código. Así mismo, comprobaremos si este papel es equiparable al que el Código otorga a su homónima en sede de contratos[20].

En el capítulo segundo, expondremos el concepto de partición hereditaria y de la función que desempeña en el proceso sucesorio. Ello nos permitirá establecer la importancia de que exista una equivalencia económica en la partición hereditaria, es decir, que el valor de los lotes adjudicados a cada coheredero se corresponda con lo que tiene derecho a recibir por testamento o por ley. También resulta necesario averiguar si en la doctrina y la jurisprudencia existe una preocupación por que en la partición hecha por el testador haya una equivalencia entre el valor de los bienes que adjudica a un coheredero y la porción de la herencia en la que el testador le instituye como coheredero, teniendo en cuenta la libertad que se le reconoce para partir sus bienes y la prohibición de rescindir por lesión que establece el Código civil, la cual implica la imposibilidad de

[20] El Código civil permite rescindir por lesión los contratos celebrados por el representante del menor de edad, persona con discapacidad o declarada ausente, cuando su representado resulta perjudicado en más de la cuarta parte. Vid infra p. 43.

impugnarla cuando exista un desajuste en más de la cuarta parte entre estos dos valores.

En el capítulo tercero, efectuaremos un análisis histórico del orígen de la institución jurídica de la rescisión por lesión, la *laesio enormis*: su elaboración en la Baja Edad Media (siglos XI a XV) y su aplicación a la partición hereditaria en la Edad Moderna (finales del siglo XV a finales del siglo XVIII). Este análisis lo completaremos con el estudio de varios testamentos que contienen particiones hereditarias y que fueron realizados en los siglos XV, XVII y XVIII, para determinar si ha habido cambios significativos en la forma en que se llevaba a cabo este acto jurídico, y si las prácticas y normativas del pasado tienen relevancia en el contexto legal actual.

En el capítulo cuarto, realizaremos un análisis, ya en la época de la Codificación, de la regulación de la rescisión por lesión de la partición hereditaria en el Código civil francés de 1804 y en el Proyecto de Código civil español de 1851, estableciendo los paralelismos o discrepancias con la figura de la *laesio enormis* analizada en el capítulo anterior. Seguidamente, analizaremos los trabajos preparatorios del Código civil español de 1889, comparándolos con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo inmediatamente anterior a la aparición del Código civil. El estudio de la jurisprudencia nos será de utilidad para comprender cómo la práctica judicial del momento abordaba cuestiones relacionadas con la lesión sufrida por los coherederos en las particiones hereditarias y los mecanismos de reparación del perjuicio antes de la publicación del Código civil, así como para comprobar la postura que éste adoptó respecto a dicha práctica judicial.

Finalmente, en el capítulo quinto expondremos una propuesta de interpretación de la tercera excepción a la prohibición de rescindir por lesión la partición hecha por el testador, basándonos en las conclusiones obtenidas a partir de la investigación realizada en los capítulos anteriores. Cabe señalar que la interpretación que se propone en esta tesis doctoral sirve también para el derecho civil catalán, que prohíbe la rescisión por lesión en la partición hecha por el causante de manera idéntica al Código civil español. En consecuencia, en

este capítulo efectuaremos una referencia específica al ordenamiento jurídico catalán.

Para obtener una comprensión profunda y completa de la prohibición de la rescisión por lesión de la partición hecha por el testador ha sido fundamental el análisis histórico del origen y los precedentes de la regulación de la rescisión por lesión en el Código civil, así como el estudio de varios testamentos que contienen una partición hereditaria efectuados en siglos anteriores a la publicación del Código civil. Estamos convencidos de que el criterio histórico justifica la interpretación extensiva que proponemos, de manera que la partición hecha por el testador también observe el principio de equivalencia que protege la figura de la rescisión por lesión de la partición hereditaria, y que garantiza que cada coheredero perciba un valor que se corresponda con la parte en la que ha sido instituido por su causante.

CAPÍTULO I. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE LA RESCISIÓN DE LA PARTICIÓN HEREDITARIA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL (ARTS. 1.073 A 1.081 CCESP)

1. Sistemática de la Sección 4ª *De la rescisión de la partición*; Capítulo VI *De la colación y partición*; Título III *De las Sucesiones*; Libro III *De los diferentes modos de adquirir la propiedad*

El Código civil español regula la rescisión por lesión de la partición hereditaria en la sección 4ª, titulada *De la rescisión de la partición*. Esta sección se encuentra sistemáticamente ubicada en el capítulo VI (*De la colación y partición*), título III (*De las sucesiones*) del libro III (*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*). La sección se inicia con la declaración de que las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones[21]. Tras esta declaración, el Código civil pasa a regular propiamente la figura de la rescisión por lesión en más de la cuarta parte de la partición hereditaria. El Código civil español dedica cinco artículos a este remedio, los arts. 1.074 a 1.078 CCEsp. El primer artículo establece que la partición hereditaria puede impugnarse si existe un desajuste, en más de una cuarta parte, entre el valor de los bienes que se adjudican a un coheredero y el valor de lo que le corresponde según lo dispuesto en el testamento o en la ley[22]. Si el valor de lo que percibe un coheredero no alcanza las tres cuartas partes de lo que debería recibir, este coheredero perjudicado puede solicitar la rescisión, es decir, la ineficacia de la partición hereditaria.

[21] *Art. 1.073 CCEsp:*
Las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones.

[22] *Art. 1.074 CCEsp:*
Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas.

A continuación, el Código civil prohíbe[23] rescindir por lesión la partición realizada por el propio testador, excepto en tres situaciones: primero, cuando la partición perjudique a la legítima; segundo, cuando *aparezca que fue otra la voluntad del testador*; y tercero, cuando *se presuma racionalmente que fue otra la voluntad del testador*:

El texto legal establece un plazo de ejercicio de la acción de rescisión por lesión de la partición hereditaria de cuatro años, contados desde que se realiza la partición[24]. En caso de interponerse en plazo y ser estimada, los posibles efectos de la acción de rescisión por lesión son dos: deshacer la partición y proceder a realizar una nueva, o bien pagar una indemnización y mantener la eficacia de la partición[25]. Finalmente, el Código civil excluye la legitimación para interponer esta acción al heredero que enajena todos o una parte significativa de los bienes inmuebles que le hubieren sido adjudicados[26].

Después de regular la rescisión por lesión, los tres últimos preceptos de la sección 4ª (*De la rescisión de la partición*), capítulo VI (*De la colación y partición*), título III (*De las sucesiones*) del libro III (*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*) establecen otros remedios para los casos concretos que contempla en cada precepto: el complemento o adición[27] cuando en la partición se ha

---

[23] *Art. 1.075 CCEsp:*
La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador.

[24] *Art. 1.076 CCEsp:*
La acción rescisoria por causa de lesión durará cuatro años, contados desde que se hizo la partición.

[25] *Art. 1.077 CCEsp:*
El heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición. La indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio. Si se procede a nueva partición, no alcanzará ésta a los que no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo.

[26] *Art. 1.078 CCEsp:*
No podrá ejercitar la acción rescisoria por lesión el heredero que hubiese enajenado el todo o una parte considerable de los bienes inmuebles que le hubieren sido adjudicados.

[27] *Art. 1.079 CCEsp:*
La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos.

omitido algún objeto o valor de la herencia; la corrección o modificación[28] en la partición realizada con preterición de un heredero; y la nulidad[29] en la realizada con el heredero aparente.

2. El artículo 1.073 CCEsp: la remisión a las reglas de la rescisión de los contratos para la rescisión de la partición hereditaria

El precepto que sirve de pórtico a la sección del Código civil que contiene la regulación de la rescisión por lesión de la partición hereditaria declara que *las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones*[30] (art. 1.073 CCEsp). Con esta afirmación, el Código remite a las causas generales de rescisión de los contratos que se recogen en el capítulo V (*De la rescisión de los contratos*), título II (*De los contratos*) del libro IV (*De las obligaciones y contratos*). Conforme establece el Código[31], el contrato puede ser rescindido si

---

[28] *Art. 1.080 CCEsp:*
La partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda.

[29] *Art. 1.081 CCEsp:*
La partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo será nula.

[30] Cabe señalar la errata del precepto, que remite a las causas de rescisión de las *obligaciones*, cuando la regulación de la rescisión no se encuentra en el título de las obligaciones (título I del libro IV, *De las obligaciones y contratos*), sino en el título relativo a los contratos (título II del libro IV, *De las obligaciones y contratos*), tal y como apuntó M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.520.

[31] *Art. 1.291 CCEsp:*
Son rescindibles:
1.º Los contratos que hubieran podido celebrar sin autorización judicial los tutores o los curadores con facultades de representación, siempre que las personas a quienes representen hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos.
2.º Los celebrados en representación de los ausentes, siempre que éstos hayan sufrido la lesión a que se refiere el número anterior.
3.º Los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba.
4.º Los contratos que se refieran a cosas litigiosas, cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la Autoridad judicial competente.
5.º Cualesquiera otros en que especialmente lo determine la Ley.

Art. 1.292 CCEsp:
Son también rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos.

produce una *lesión* a una de las partes del contrato, o si mediante el contrato se pretende un *fraude* a los derechos o expectativas de terceras personas.

2.1. La rescisión como categoría de ineficacia de los contratos

Según los autores de nuestro país que son referencia en el estudio de la figura de la *rescisión*[32], el negocio rescindible es aquel que se celebra válidamente, es decir, que reúne todos los requisitos esenciales (consentimiento, objeto y causa), no infringe prohibición legal alguna, ni está afectado por algún vicio de la voluntad (violencia, intimidación, dolo o error). Sin embargo, este negocio produce un perjuicio a una de las partes o a un tercero, un perjuicio que la ley considera injusto y que, por ello, legitima a la persona perjudicada para solicitar su ineficacia. De esta manera, la validez inicial y el perjuicio económico a una de las partes o a un tercero (dependiendo del tipo de rescisión, por lesión o fraude) constituyen los dos aspectos que identifican la rescisión como categoría de ineficacia de los negocios jurídicos, y que la diferencian de las otras categorías de ineficacia contempladas en el Código civil: la nulidad y la anulabilidad[33].

El Código civil parte de la consideración de la validez inicial de los negocios jurídicos susceptibles de rescisión, aspecto que declara expresamente[34]. La

---

[32] R. ÁLVAREZ VIGARAY; R. DE AYMERICH DE RENTERÍA, *La Rescisión por lesión en el derecho civil español común y foral*, Editorial Comares, 1989, p. 75; F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1985, p. 520; M. MARTÍN CASALS, «Artículos 321 a 325 de la Compilación de Cataluña», en M. ALBALADEJO GARCÍA, S. DÍAZ ALABART (eds.) *Comentario al Código Civil y Compilaciones forales*, vol. XXX, Ed. Edersa, Madrid, 1987, p. 480; J. A. MARTÍN PÉREZ, *La rescisión...*, cit., p. 220; B. MORENO QUESADA, «Capítulo V. De la rescisión de los contratos», en M. ALBALADEJO GARCÍA, S. DÍAZ ALABART (eds.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, vol. XVII-2, Ed. Edersa, Madrid, 1995, p. 78; F. J. ORDUÑA MORENO; R. GUILLÉN CATALÁN, «Comentario al art. 1.290 CC», en A. CAÑIZARES LASO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. IV, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 5.918.

[33] La doctrina y la jurisprudencia ha elaborado las categorías de nulidad y anulabilidad a partir de las normas contenidas en el capítulo VI (*De la nulidad de los contratos*), título II (*De los contratos*) del libro IV (*De las obligaciones y contratos*), arts. 1.300 a 1.314 CCEsp. Debe tenerse en cuenta, como ha observado J. DELGADO ECHEVARRÍA, «Capítulo VI. De la nulidad de los contratos», en M. ALBALADEJO GARCÍA, S. DÍAZ ALABART (eds.) *Comentario al Código Civil y Compilaciones forales*, vol. XVII-2, Ed. Edersa, Madrid, 1995, p. 298., que ni la nulidad de pleno derecho está propiamente regulada en el Código civil, ni la regulación de la anulabilidad está exenta de deficiencias.

[34] *Art. 1.290 CCEsp:*
Los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley.

consideración de su validez excluye, por tanto, que la ineficacia de estos negocios se justifique en alguna de las causas que dan lugar a la nulidad o la anulabilidad. Dogmáticamente se considera que procede declarar la *nulidad absoluta o nulidad de pleno derecho*[35] del negocio jurídico al que le falta algún elemento esencial (los requisitos de consentimiento, objeto y causa); cuando existe una indeterminación absoluta del objeto o su ilicitud; cuando su causa es ilícita; cuando el negocio no cumple con la forma exigida por el ordenamiento para su validez, y se trata de una forma *ad solemnitatem*; o bien cuando el negocio jurídico traspasa los límites de la autonomía privada infringiendo una norma imperativa o prohibitiva, salvo que la norma establezca un efecto distinto para su contravención. La *nulidad relativa o anulabilidad* del negocio jurídico[36], por su parte, procede en los siguientes casos: cuando una de las partes que lo celebra es una persona menor de edad; cuando una persona discapacitada realiza el negocio jurídico sin las medidas de apoyo necesarias; cuando una persona celebra el negocio padeciendo un vicio del consentimiento (violencia, intimidación, dolo o error); y finalmente, en los negocios jurídicos celebrados por un cónyuge sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario.

[35] J. DELGADO ECHEVARRÍA, «Capítulo VI. De la nulidad de los contratos», cit., p. 312; J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, «Eficacia e ineficacia del contrato», en J.R. DE VERDA Y BEAMONTE (ed.) *Derecho civil II (Obligaciones y Contratos)*, 6ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 257; L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., vol. I, p. 447; J. R. GARCÍA VICENTE, «Art. 1.300 CC», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. VII, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9.239; M. C. GETE-ALONSO CALERA, «Capítulo XXVII. Ineficacia e invalidez», cit., p. 670; J. L. LACRUZ BERDEJO Y OTROS, *Elementos de derecho civil III*, cit., vol. I-3, p. 256; C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil III. Contratos*, cit., pp. 137 y 138; S. QUICIOS MOLINA, «La ineficacia contractual», cit., p. 1.530 y ss.

[36] J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, «Eficacia e ineficacia del contrato», cit., p. 258; J. DELGADO ECHEVARRÍA, «Capítulo VI. De la nulidad de los contratos», cit., p. 318; L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., vol. I, pp. 463 y 464; J. R. GARCÍA VICENTE, «Art. 1.300 CC», cit., p. 9.240; M. C. GETE-ALONSO CALERA, «Capítulo XXVII. Ineficacia e invalidez», cit., pp. 675 y 676; J. L. LACRUZ BERDEJO Y OTROS, *Elementos de derecho civil III*, cit., vol. I-3, p. 258; C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil III. Contratos*, cit., p. 142; S. QUICIOS MOLINA, «La ineficacia contractual», cit., p. 1.579 y ss.

2.2. Las dos subcategorías de rescisión de los contratos: la rescisión por lesión y la rescisión por fraude

En vista de los supuestos de rescisión que contempla el Código civil en sede de los contratos, el perjuicio que justifica el remedio de la rescisión puede consistir en una *lesión* económica a una de las partes del negocio jurídico, o bien en un *fraude* a los derechos o expectativas de terceras personas. La dualidad en la naturaleza del perjuicio económico que legitima la rescisión –lesión y fraude– ha conducido a la doctrina[37] y a las propuestas de modernización del Código civil[38] a distinguir dogmáticamente entre dos subcategorías de rescisión, que por su diversa función y efectos merecen un tratamiento normativo separado: la rescisión por lesión y la rescisión por fraude.

[37] M. ALBALADEJO GARCÍA, *Instituciones de Derecho Civil. Parte general y derecho de obligaciones*, vol. I, 2ª, Ed. Bosch, Barcelona, 1972, p. 551; F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., pp. 524 y 525; J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, «Eficacia e ineficacia del contrato», cit., pp. 268 y ss; L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., vol. I, p. 482; J. R. GARCÍA VICENTE, «Art. 1.290 CC», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. VII, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9.200; M. C. GETE-ALONSO CALERA, «Capítulo XXVII. Ineficacia e invalidez», cit., p. 681; J. L. LACRUZ BERDEJO Y OTROS, *Elementos de Derecho civil. Derecho de obligaciones.Parte general. Teoría general del contrato*, vol. II-1, 5ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 575; J. L. LACRUZ BERDEJO; F. SANCHO REBULLIDA; A. LUNA SERRANO, *Elementos de Derecho civil. Derecho de Obligaciones*, vol. II-1, 5ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 575; J. A. MARTÍN PÉREZ, *La rescisión...*, cit., p. 345; B. MORENO QUESADA, «Capítulo V. De la rescisión de los contratos», cit., p. 83; «Capítulo V. De la rescisión de los contratos», cit.; S. QUICIOS MOLINA, «La ineficacia contractual», cit., p. 1.624 y ss.

[38] La *Propuesta de Código civil* de la Asociación de Profesores de Derecho Civil del año 2018 (ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.) distingue claramente entre la rescisión por lesión y la rescisión por fraude, regulándolas en lugares separados. La regulación de la rescisión por fraude se ubica dentro de la parte general de las obligaciones, ya que se trata de un mecanismo de protección del derecho del acreedor (título I, *De las obligaciones en general*, capítulo IX, *De la protección y garantía del crédito*, sección 2ª, *De la protección e integración del patrimonio del deudor,* arts. 519-4 a 8). Por otro lado, la rescisión por lesión se recoge en la parte general de los contratos, al tratarse de una categoría autónoma de su ineficacia (título II, *De los contratos en general*, capítulo VII, *De la ineficacia de los contratos*, sección 4ª *De la rescisión por lesión,* arts. 527-22 y 23).

La *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* de la Comisión General de Codificación (sección de Derecho civil) del año 2009, si bien regula la rescisión por lesión y la rescisión por fraude en el mismo precepto y dentro de la regulación de los contratos (art. 1.310, capítulo X, *De la rescisión de los contratos*), distingue no obstante los efectos que la estimación de la acción de rescisión produce en los casos de lesión y en los casos de fraude (arts. 1.313 y 1.314).

2.3. La inclusión de los supuestos de lesión en los contratos en la regulación de la rescisión por lesión de la partición hereditaria

2.3.1. *El ámbito objetivo de la rescisión por lesión en los contratos*

El Código civil[39] impone al representante del menor de edad, persona con discapacidad o declarada ausente la obligación de obtener una autorización judicial para realizar una serie de contratos. Estos contratos que requieren autorización judicial son los que revisten una especial trascendencia económica en el patrimonio de su representado: la enajenación de bienes inmuebles o de bienes muebles de extraordinario valor, la celebración de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un término inicial que exceda de los seis años, o en general, la celebración de cualquier otro negocio jurídico que tenga carácter dispositivo y sea susceptible de inscripción. Si el representante de estas personas realiza en nombre de su representado alguno de estos negocios prescindiendo de la preceptiva autorización judicial, estos negocios serán inválidos por contravenir una norma imperativa[40].

El resto de los contratos que puede realizar el representante sin necesidad de obtener una autorización judicial, es decir, aquellos que no revisten una especial trascendencia económica en el patrimonio de su representado, son susceptibles de ser rescindidos por lesión. El Código civil permite rescindir dichos negocios[41]

---

[39] El curador con facultades representativas requiere de autorización judicial para celebrar los actos que se recogen en el art. 287 CCEsp. Este precepto se aplica a la tutela en virtud del art. 224 CCEsp, que declara aplicables a la tutela, con carácter supletorio, las normas de la curatela. El representante del ausente también requiere de dicha autorización judicial, a causa de la remisión a las normas de la tutela que establece el art. 185 *in fine*.

[40] No obstante, el Pleno del Tribunal Supremo ha declarado en la STS 2/2018, de 10 de enero (ECLI:ES:TS:2018:56), que estos contratos celebrados sin la preceptiva autorización judicial pueden ser posteriormente convalidados si se obtiene dicha autorización judicial con posterioridad, por lo que su régimen de ineficacia es el propio de los contratos anulables y no de los nulos de pleno derecho.

[41] *Art. 1.291 CCEsp:*
Son rescindibles:
1.º Los contratos que hubieran podido celebrar sin autorización judicial los tutores o los curadores con facultades de representación, siempre que las personas a quienes representen hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos.
2.º Los celebrados en representación de los ausentes, siempre que éstos hayan sufrido la lesión a que se refiere el número anterior.

cuando causan una lesión de más de la cuarta parte al menor de edad, a la persona con discapacidad o a la persona declarada ausente[42]. Para que el contrato realizado por el representante de estas personas sea rescindible, es necesario que el contrato produzca *una lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubieren sido objeto de aquellos*[43]. Esta diferencia en más de la cuarta parte implica que se deban comparar dos aspectos o valores: el valor de la prestación que efectúa el representante y el valor de la prestación que este recibe a cambio[44]. En definitiva, la norma está contemplando la rescisión por lesión de un contrato en que se produce un intercambio de prestaciones, es decir, un contrato típicamente oneroso[45]. De manera que el representado (el menor de edad, la persona con discapacidad y la declarada ausente) podrá impugnar el contrato celebrado por su representante cuando el valor de la

El Código civil excluye expresamente del ámbito de la rescisión por lesión los negocios jurídicos realizados con autorización judicial por el representante del menor de edad y de la persona con discapacidad en los arts. 1.291.1º y 2º CCEsp; respecto del representante del ausente, en el art. 1.296 CCEsp*: La rescisión de que trata el número 2.º del artículo 1.291 no tendrá lugar respecto de los contratos celebrados con autorización judicial*. Entiende R. ÁLVAREZ VIGARAY; R. DE AYMERICH DE RENTERÍA, *La Rescisión por lesión en el derecho civil español común y foral*, cit., p. 87. que cuando el contrato se celebre con autorización judicial y sea lesivo, el representado podrá exigir una indemnización tanto a su representante como al juez que ha autorizado el negocio.

[42] La rescisión por lesión se circunscribe a los contratos celebrados por el representante de una persona declarada ausente, y no del que se encuentra desaparecido y todavía no ha sido declarado ausente (J. A. MARTÍN PÉREZ, *La rescisión...*, cit., p. 354; B. MORENO QUESADA, «Capítulo V. De la rescisión de los contratos», cit., p. 121; F. J. ORDUÑA MORENO; R. GUILLÉN CATALÁN, «Comentario al art. 1.291 CC», en A. CAÑIZARES LASO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. IV, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 5.924 y 5.925.).

[43] Art. 1.291.1º y 2º CCEsp.

[44] B. MORENO QUESADA, «Capítulo V. De la rescisión de los contratos», cit., p. 116; F. J. ORDUÑA MORENO; R. GUILLÉN CATALÁN, «Comentario al art. 1.290 CC», cit., p. 5.924. Como señalan estos autores, el valor que ha de tenerse en cuenta es el que tengan las prestaciones en el momento de celebrar el negocio lesivo, con independencia de las alteraciones o modificaciones de valor que pudieran sufrir con posterioridad.

[45] Sin embargo, un sector doctrinal se inclina por admitir la rescisión por lesión también en los contratos aleatorios, aunque se trate de un supuesto improbable. Se pone como ejemplo un seguro concertado por el representante del menor de edad o del ausente con un particular a cambio de una prima muy superior a la usual en las compañías de seguro. Vid. R. ÁLVAREZ DE VIGARAY, «Los contratos aleatorios», *Anuario de Derecho Civil*, 1968, p. 635; B. MORENO QUESADA, «Capítulo V. De la rescisión de los contratos», cit., p. 95 a 98.

prestación que recibe su representante no alcanza las tres cuartas partes del valor de la prestación que a su vez le corresponde efectuar[46].

El plazo para el ejercicio de la acción de rescisión es de cuatro años a partir de que se extinga la tutela del menor, la medida representativa de apoyo de la persona con discapacidad, o del cese la situación de ausencia legal[47].

2.3.2. *La rescisión por lesión en los contratos tiene por efecto la restitución recíproca de las prestaciones realizadas*

La estimación de la acción de rescisión por lesión conlleva la obligación de las partes de devolverse recíprocamente lo recibido[48] y la vuelta a la situación anterior a la celebración del contrato lesivo, con el objetivo de equilibrar nuevamente los patrimonios e impedir el mantenimiento de una ventaja injusta[49]. Por este motivo, el Código impide al perjudicado[50] (la persona perjudicada menor de edad, con discapacidad o ausente) solicitar la rescisión por lesión del contrato lesivo cuando no pueda devolver la prestación que recibió a través del contrato

---

[46] J. A. MARTÍN PÉREZ, *La rescisión...*, cit., p. 48; B. MORENO QUESADA, «Capítulo V. De la rescisión de los contratos», cit., p. 116; F. J. ORDUÑA MORENO; R. GUILLÉN CATALÁN, «Comentario al art. 1.291 CC», cit., p. 5.924.

[47] *Art. 1.299 CCEsp.:*
La acción para pedir la rescisión dura cuatro años.
Para los menores sujetos a tutela, para las personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo que establezcan facultades de representación y para los ausentes, los cuatro años no empezarán a computarse hasta que se extinga la tutela o la medida representativa de apoyo, o cese la situación de ausencia legal.

[48] *Art. 1.295 CCEsp:*
La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado.
Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe.
En este caso podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión.

[49] J. A. MARTÍN PÉREZ, *La rescisión...*, cit., p. 426; F. J. ORDUÑA MORENO; R. GUILLÉN CATALÁN, «Comentario al art. 1.295 CC», en A. CAÑIZARES LASO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. IV, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 5.942.

[50] Art. 1.295, párr. 1º *in fine* CCEsp:… *en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado.*

lesivo. Tampoco procederá la rescisión[51] cuando el demandado (la otra parte que contrató con el representante del perjudicado) no pueda devolver aquello que hubiere recibido por haberlo transmitido a un tercero de buena fe. Es decir, el Código excluye[52] la rescisión del contrato cuando la otra parte ha transmitido el bien a una tercera persona ajena al negocio lesivo, un subadquirente que desconoce que quien le transmite el bien lo había adquirido en un negocio causante de lesión y, por tanto, rescindible[53]. En este caso, se establece a favor del menor de edad, la persona con discapacidad o ausente el derecho a reclamar a su representante, que realizó el contrato lesivo, una indemnización por los perjuicios que le ha ocasionado su celebración[54].

2.3.3. *La rescisión por lesión en los contratos tiene un carácter protector de la persona menor de edad, con discapacidad o declarada ausente*

La rescisión por lesión del contrato tiene una finalidad tuitiva o protectora de los intereses de una persona que, debido a sus circunstancias personales, no podía

---

[51] El art. 1.295, párr. 2º CCEsp: *Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe*.

[52] La doctrina y la jurisprudencia apuntan que el art. 1.295, párr. 2º CCEsp emplea impropiamente la oración *no tendrá lugar la rescisión*, porque la sentencia debe estimar la demanda y declarar la rescisión del negocio jurídico: lo que la norma viene a decir es que no se puede obligar al tercero adquirente del demandado a que devuelva el bien (B. MORENO QUESADA, «Capítulo V. De la rescisión de los contratos», cit., pp. 196 y 197.). Así también lo entiende el Tribunal Supremo en la STS 166/2006, de 2 de marzo (ECLI: ES:TS:2006:992).

[53] Así interpretan la oración *terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe* que emplea el art. 1.295, párr. 3º CCEsp B. MORENO QUESADA, «Capítulo V. De la rescisión de los contratos», cit., p. 219.; F. J. ORDUÑA MORENO; R. GUILLÉN CATALÁN, «Comentario al art. 1.295 CC», cit., p. 5.943. Con mayor restricción, M. MARTÍN CASALS, «Artículos 321 a 325 de la Compilación de Cataluña», cit., p. 570. interpretando el art. 1.295, párr. 2º CCEsp al hilo de la remisión que efectuaba el entonces vigente art. 324 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña de 1984, considera que la buena fe del tercero supone el conocimiento de la interposición de una demanda de rescisión por lesión.

Cabe señalar que los terceros adquirentes de buena fe son protegidos con independencia de que hayan inscrito su título de adquisición en el registro de la propiedad, pues su protección proviene de la naturaleza personal de la acción de rescisión (STS 91/2006, de 10 de febrero, ECLI: ES:TS:2006:452).

[54] *Art. 1.295, párr. 3º CCEsp:*
En este caso podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión.

ser parte en un contrato[55]. Por este motivo, el Código civil sólo concede la posibilidad de instar la rescisión del contrato lesivo a la persona que ha resultado perjudicada por la actuación de su representante[56].

2.3.4. *El carácter residual de la rescisión por lesión en los contratos*

Existe unanimidad en la doctrina[57] en considerar que la aplicación de la rescisión por lesión en la sistemática del Código civil es marginal y está restringida a los actos de administración del patrimonio del representado de menor importancia económica, dada la necesidad de autorización judicial para los actos más significativos realizados por el tutor o curador.

Esta limitada aplicación de la rescisión por lesión en el Código civil contrasta con la amplitud con la que se admite en algunos ordenamientos jurídicos autonómicos. Así, el Código civil de Cataluña permite rescindir por lesión, con carácter general, los contratos onerosos en los que exista una desproporción en más de la mitad en el valor de las prestaciones intercambiadas[58]. Este remedio se concede a cualquier parte contratante que reciba una prestación cuyo valor de mercado se inferior en más de la mitad al valor de mercado de la prestación

---

[55] M. MARTÍN CASALS, «Artículos 321 a 325 de la Compilación de Cataluña», cit., p. 541; J. A. MARTÍN PÉREZ, *La rescisión...*, cit., p. 348; B. MORENO QUESADA, «Capítulo V. De la rescisión de los contratos», cit., p. 110.

[56] F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., p. 525; J. A. MARTÍN PÉREZ, *La rescisión...*, cit., p. 414; S. QUICIOS MOLINA, «La ineficacia contractual», cit., p. 1.628.

[57] B. MORENO QUESADA, «Capítulo V. De la rescisión de los contratos», cit., p. 114. Al respecto, S. QUICIOS MOLINA, «La ineficacia contractual», cit., p. 1.627. afirma que la incidencia práctica de la rescisión por lesión es prácticamente nula. J. R. GARCÍA VICENTE, «Art. 1.291 CC», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. VII, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9.204. que la sola lectura de los casos en que se requiere autorización judicial hace realmente improbable que haya ocasión para promover la rescisión por el representado. Entiende J. L. LACRUZ BERDEJO Y OTROS, *Elementos de derecho civil III*, cit., vol. II-1, p. 603. que la rescisión por lesión de los negocios jurídicos realizados por el representante *apenas tiene sino una función marginal en el conjunto de garantías para el menor o pupilo frente a los desaciertos o la deslealtad de su tutor, garantía que el legislador entiende proporcionarle por otros cauces (nombramiento y control judicial, inventario, fianza, rendición anual de cuentas de administración, cuentas finales).*

[58] *Art. 621-46.1 CCCat. Lesión en más de la mitad.*
El contrato de compraventa y los demás de carácter oneroso pueden rescindirse si la parte perjudicada prueba que, en el momento de la conclusión del contrato, el valor de mercado de la prestación que recibe es inferior a la mitad del valor de mercado de la prestación que realiza.

que a su vez realiza. Dentro del ámbito de aplicación de esta acción se incluyen todos los contratos onerosos, a excepción de los contratos aleatorios y aquellos que impliquen una causa gratuita[59]. Con ello, y a diferencia del Código civil estatal, el Código civil catalán exige en los contratos onerosos una determinada equivalencia entre el valor económico de las prestaciones[60], pues en caso de existir una desproporción superior a la mitad, el contrato será susceptible de ser impugnado por lesión y, en consecuencia, ser declarado ineficaz[61].

El ordenamiento jurídico navarro también admite la rescisión por lesión con mayor amplitud que el Código civil estatal. El Fuero Nuevo de Navarra[62] establece que son rescindibles por lesión[63] los contratos onerosos conmutativos, tanto sobre bienes inmuebles como sobre bienes muebles (en este último caso, si son de importancia económica), cuando un contratante resulta perjudicado porque el valor de la prestación que recibe es inferior en más de la mitad (lesión enorme) o en más de dos terceras partes (lesión enormísima) del valor de la prestación que otorga, estimada al tiempo del contrato. A diferencia de los

---

[59] *Art. 621-46.2 CCCat:*
En el caso a que se refiere el apartado 1, la otra parte puede oponer que el pretendido desequilibrio se justifica en el riesgo contractual propio de los contratos aleatorios o en la existencia de una causa gratuita.

[60] Vid. J. M. ABRIL CAMPOY, *La rescisión del contrato por lesión (enfoque doctrinal y jurisprudencial)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 109; M. MARTÍN CASALS, «Artículos 321 a 325 de la Compilación de Cataluña», cit., p. 490. Como se declara en la STSJC 35/2008, de 9 de octubre (ECLI: ES:TSJCAT:2008:14512), *el derecho catalán no sólo exige en las ventas la correspondencia de prestaciones, sino que exige también la equivalencia de las mismas.*

[61] No obstante, el demandado dispone de la opción de evitar la rescisión del contrato mediante el pago del valor total de la prestación más los intereses legales desde la conclusión del contrato (art. 621-47.2 CCCat).

[62] En su redacción dada por la *Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.*

[63] *Ley 500 FNN.*
Concepto. Quien haya sufrido lesión enorme, a causa de un contrato oneroso que hubiere aceptado por apremiante necesidad o inexperiencia, podrá pedir la rescisión del mismo.
Se entenderá por lesión enorme el perjuicio de más de la mitad del valor de la prestación, estimada al tiempo del contrato.
Si el perjuicio excediere de los dos tercios de aquel valor, la lesión se entenderá enormísima.
Sujeto. En ningún caso podrá pedir la rescisión por lesión quien, profesional o habitualmente, se dedique al tráfico de las cosas objeto del contrato o fuere perito en ellas.
Objeto. La rescisión se dará no solo en los contratos sobre bienes inmuebles, sino también sobre los muebles cuando se estime justificada la acción en consideración al valor de los mismos y al perjuicio causado por el contrato en relación con el patrimonio.

códigos catalán y español, el código navarro requiere, para atacar el negocio lesivo, además de una determinada desproporción en el valor de las prestaciones, que la parte perjudicada haya contratado movida por su inexperiencia o por una apremiante necesidad. De esta manera, el código navarro incorpora al elemento objetivo de la desproporción en el valor de las prestaciones un elemento subjetivo, la situación de inferioridad de la parte que resulta perjudicada[64].

2.3.5. *La regulación de la rescisión por lesión en la partición hereditaria se aplica con preferencia a la de los contratos debido a su carácter de norma especial*

Tanto la doctrina[65] como la jurisprudencia menor[66] consideran que la regulación de la rescisión por lesión de la partición hereditaria tiene el carácter de normativa especial respecto a la regulación de la rescisión por lesión de los contratos. De esta manera, si un menor de edad, persona con discapacidad o declarada ausente resulta perjudicado en más de la cuarta parte en una partición hereditaria en la que ha intervenido su representante[67] –es decir, si se le adjudica

[64] La tendencia actual en el derecho europeo de contratos es incluir el aprovechamiento por una de las partes de la situación de inferioridad en que se encuentra la otra, como criterio para declarar la ineficacia del contrato. Vid. R. BARCELÓ COMPTE, *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2019; E. GÓMEZ CALLE, *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2018, pp. 19 y ss; A. LUNA SERRANO, «Del contrato justo por ser libre al contrato justo por ser equilibrado», en *Derecho Privado, Responsabilidad y Consumo*, Aranzadi, Navarra, 2018; B. MORENO QUESADA, «Capítulo V. De la rescisión de los contratos», cit., p. 91.

[65] L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., p. 82; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.520; A. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario al art. 1.073 CC», en A. CAÑIZARES LASO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 4.936; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.738; P. ROBLES LATORRE, *La partición...*, cit., p. 182; F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, vol. tomo III, estab. tip. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1888, p. 2.110; I. SANCHO GARGALLO, «Eficacia, impugnación, adición y modificación de la partición hereditaria», en J.L. SEOANE SPIEGELBERG (ed.) *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho de Sucesiones. Donación*, vol. III, Consejo General del Poder Judicial, 1995, p. 141; J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección cuarta. De la rescisión de la partición», cit., p. 506.

[66] SAP Córdoba, secc. 1ª, núm. 228/2008, de 4 de junio (ECLI:ES:APCO:2008:1009); SAP Álava, secc. 1ª, núm. 276/2001, de 4 de octubre (ECLI:ES: APVI:2001:649).

[67] El representante de un menor de edad, de una persona con discapacidad o de alguien que se encuentra ausente no requiere de previa autorización judicial para realizar la partición hereditaria en nombre de su representado. El Código civil sólo requiere que esta partición hereditaria sea posteriormente aprobada judicialmente (arts. 289 y 1.060 CCEsp). Cuando la partición se lleve a

un lote de bienes cuyo valor total no alcanza las tres cuartas partes de lo que le corresponde recibir según lo dispuesto en el testamento o en la ley– se debe aplicar la normativa específica de la rescisión por lesión de la partición hereditaria. Por tanto, no resulta de aplicación la regulación de la rescisión por lesión establecida para los contratos.

2.4. La limitada aplicación de las causas de rescisión por fraude a la partición hereditaria

La otra subcategoría de rescisión comprende los supuestos en que los contratos son realizados fraudulentamente. A diferencia de los casos de lesión, el perjuicio económico que legitima la rescisión no deriva de una desproporción entre el valor de las prestaciones recíprocas en los contratos onerosos conmutativos, sino del detrimento a la solvencia de uno de los contratantes o de las expectativas de terceras personas.

2.4.1. *Los supuestos de rescisión por fraude*

a) La rescisión de los contratos celebrados en fraude de acreedores

El Código civil[68] permite rescindir los contratos que son celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba.

---

cabo por contador-partidor, ya sea testamentario o dativo, en la que alguno de los coherederos se encuentre bajo tutela o tenga establecidas medidas de apoyo, la aprobación judicial queda sustituida por la adopción de ciertas cautelas como la realización de un inventario de los bienes por parte del contador-partidor, con citación del tutor, y la observancia de lo dispuesto en la resolución que adopte las medidas de apoyo (art. 1.057, párr. 3º y 4º CCEsp).

[68] *Art. 1.291 CCEsp:*
Son rescindibles:
3.º Los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba.

Este precepto concuerda con el último inciso del art. 1.111 CCEsp, que regula la acción revocatoria o pauliana y, en cuya virtud, los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho. El art. 1.291.3º CCEsp concreta que la acción ejercitable es la de rescisión.

Se trata de actos o negocios jurídicos[69] que el deudor efectúa con el fin de obtener una despatrimonialización y que, por tanto, afectan al derecho de crédito de sus acreedores, ya que ven reducidas sus posibilidades de satisfacer sus derechos de crédito[70]. La rescisión supone un mecanismo de protección del derecho del acreedor[71], y por ello la persona legitimada para ejercer la acción de rescisión es un tercero que no ha intervenido en el acto o negocio rescindible: el acreedor perjudicado por un acto o negocio jurídico realizado por su deudor[72].

b) La rescisión de los pagos anticipados realizados por el deudor en estado de insolvencia

El patrimonio del deudor, que actúa como garantía del cumplimiento de sus obligaciones[73], puede quedar disminuido a consecuencia de un negocio de disposición fraudulento, mediante el cual el deudor pierde, total o parcialmente, el poder de disposición sobre bienes de su propiedad. Pero esta disminución

---

[69] La doctrina interpreta extensivamente el término *contrato* de los arts. 1.291.3º y 4º CCEsp y admite que también puedan ser objeto de rescisión los actos jurídicos y los otros negocios jurídicos fraudulentos que no constituyan propiamente contratos, poniéndose como ejemplos la dotación de fundación, la novación o la renuncia F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., p. 522; F. J. ORDUÑA MORENO; R. GUILLÉN CATALÁN, «Comentario al art. 1.291 CC», cit., p. 5.924 y 5925. Los ejemplos son de F. DE CASTRO.

[70] J. A. MARTÍN PÉREZ, *La rescisión...*, cit., p. 365; F. J. ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Libreria Bosch, Barcelona, 1987, p. 99.

[71] Así se declara en la STS 510/2012, de 7 de septiembre (ECLI:ES:TS:2012:7508): *"En el panorama doctrinal actual la moderna configuración de la acción rescisoria por fraude de acreedores, como remedio paradigmático de la denominada conservación de la garantía patrimonial del deudor, se articula y diseña en torno a la protección institucional del derecho de crédito, bajo el fundamento primario que otorga la responsabilidad patrimonial de nuestro artículo 1911 del Código Civil."* Para un completo análisis de la evolución de la acción de rescisión por fraude de acreedores vid. Á. JUÁREZ TORREJÓN, «La Acción Pauliana (revocación por fraude de acreedores): intento de reconstrucción de la figura y de su papel en el Derecho patrimonial», *Anuario de Derecho Civil*, 4, 2018. Sobre la actual interpretación jurisprudencial de los requisitos para que prospere la acción de rescisión por fraude de acreedores, vid. STS 328/2014, de 18 de junio (ECLI:ES:TS:2014:2943).

[72] J. A. MARTÍN PÉREZ, *La rescisión...*, cit., p. 370; M. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Ineficacia del contrato», en M.R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (ed.) *Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 231.

[73] *Art. 1.911 CCEsp:*
Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.

fraudulenta también puede producirse mediante el pago anticipado de una deuda. Por ello, el Código[74] contempla la rescisión de los pagos anticipados realizados en estado de insolvencia del deudor, al presumir fraude[75] en el deudor que voluntariamente hace salir numerario de su patrimonio para cumplir una obligación que todavía no le es exigible.

c) La rescisión de los contratos celebrados sobre bienes litigiosos

El tercer supuesto de rescisión por fraude que contempla el Código civil consiste en la rescisión[76] de los contratos celebrados sobre bienes litigiosos[77], es decir, aquellos sobre los que se discute en un procedimiento el derecho del actor sobre ellos. La idea de fraude subyace en la conducta del demandado que transmite el bien[78] sin conocimiento de la otra parte procesal ni autorización de la autoridad judicial, reduciendo así las posibilidades de recuperar el bien por parte del demandante y la eficacia de una posible sentencia estimatoria.

[74] *Art. 1.292 CCEsp:*
Son también rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos.

[75] F. P. BLASCO GASCÓ, *Instituciones de Derecho civil. Doctrina general de las obligaciones, de los contratos y de la responsabilidad por daños.*, 2ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 481; F. J. ORDUÑA MORENO; R. GUILLÉN CATALÁN, «Comentario al art. 1.295 CC», cit., p. 5.930.

[76] *Art. 1.291.4º CCEsp:*
Los contratos que se refieran a cosas litigiosas, cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la Autoridad judicial competente.

[77] La doctrina considera que un bien es *litigioso* desde el momento en que se presenta una demanda alegando tener un derecho sobre el bien, y no con el emplazamiento al demandado (J. R. GARCÍA VICENTE, «Art. 1.291 CC», cit., p. 9.215; F. J. ORDUÑA MORENO; R. GUILLÉN CATALÁN, «Comentario al art. 1.291 CC», cit., p. 5.925; S. QUICIOS MOLINA, «La ineficacia contractual», cit., p. 1.670.).

[78] F. P. BLASCO GASCÓ, *Instituciones de derecho civil*, cit., p. 483; J. R. GARCÍA VICENTE, «Art. 1.290 CC», cit., p. 9.200; M. C. GETE-ALONSO CALERA, «Capítulo XXVII. Ineficacia e invalidez», cit., p. 681.

2.4.2. *El efecto de la rescisión por fraude consiste en la inoponibilidad del negocio jurídico fraudulento frente al acreedor que lo impugna*

A pesar de que la regulación del Código civil no distingue entre los efectos de la rescisión por lesión y por fraude, la doctrina mayoritaria[79] y la jurisprudencia moderna[80] consideran que el efecto restitutorio que establece el Código civil –la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses– sólo se aplica a los casos de rescisión por lesión y no a los de fraude. En los casos de fraude, la rescisión tiene como efecto la inoponibilidad del acto o negocio realizado por el deudor frente al acreedor que lo ha impugnado. Este efecto consiste en que el acto impugnado es ineficaz exclusivamente frente al acreedor impugnante y, por tanto, frente a este acreedor el bien se considera como si continuara en el patrimonio de su deudor, permitiéndole ejecutar el bien aunque éste en realidad ya no pertenezca al

[79] M. ALBALADEJO GARCÍA, *Instituciones de Derecho Civil. Parte general y derecho de obligaciones*, cit., vol. I, p. 458; F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., p. 524; J. DELGADO ECHEVARRÍA, «Capítulo VI. De la nulidad de los contratos», cit., p. 284; J. A. MARTÍN PÉREZ, *La rescisión...*, cit., p. 368; B. MORENO QUESADA, «Capítulo V. De la rescisión de los contratos», cit., p. 203; M. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Ineficacia del contrato», cit., p. 231. En contra, F. P. BLASCO GASCÓ, *Instituciones de derecho civil*, cit., pp. 485 y 486; G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «Comentario al art. 1.111 CC», en A. CAÑIZARES LASO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 5.099. defienden que su efecto debe ser que el bien objeto del contrato regrese al patrimonio del deudor y pueda ser agredido por cualquiera de los acreedores (no sólo por el que ejercitó la acción de rescisión), ya que el Código no distingue entre los efectos de la rescisión por lesión y por fraude.

[80] El Tribunal Supremo ha declarado de manera reiterada [vid. STS 575/2015, de 3 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:4471), FD 9.4 y sentencias que cita] que la rescisión por fraude determina la *ineficacia relativa*, es decir, que sólo supone ineficaz para el acreedor que impugna el acto fraudulento. Esta consideración del efecto de la rescisión por fraude, como una ineficacia relativa del acto impugnado, es la que acogen las propuestas modernizadoras del Código Civil: art. 519-7.1 PCCAPDC (*La rescisión hace ineficaz el acto solo a favor del acreedor que lo ha impugnado y en la medida necesaria para que este pueda cobrar, pudiendo ejecutar los bienes transmitidos en el patrimonio del adquirente*) y art. 1.314, párr. 1º PMCC (*En los contratos en fraude de acreedores la rescisión hará ineficaz el contrato sólo a favor del acreedor que lo haya impugnado y en la medida necesaria para que éste pueda cobrar, pudiendo ejecutar los bienes transmitidos en el patrimonio del adquirente*).

Respecto a la rescisión de contratos celebrados sobre bienes litigiosos, el Tribunal Supremo declara en su STS 293/2010, de 24 de mayo (ECLI:ES:TS:2010:2410) que *la rescisión prevista en el art. 1291, 4º CC constituye un supuesto semejante a la acción pauliana, de modo que rescindido el título del comprador, le queda al demandante perjudicado la posibilidad de obtener satisfacción con las cosas enajenadas o bien, si ello no es posible, obtener la compensación prevista en el Art. 1295.3 CC.*

deudor[81]. El deudor no vuelve a ser propietario del bien enajenado, sino que tiene lugar una suerte de recomposición ficticia, en la que el bien figura como si no hubiera salido del patrimonio del deudor, sólo en relación al acreedor impugnante y en la medida del crédito defraudado[82].

2.4.3. *La improbable aplicación de las causas de rescisión por fraude a la partición hereditaria*

La doctrina[83] considera improbable que un acreedor solicite la rescisión de una partición hereditaria por haberse realizado en fraude acreedores, ya que disponen de mecanismos más eficaces para proteger su crédito.

Los acreedores del causante tienen reconocida la facultad de paralizar la partición hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos[84], así como

---

[81] Lo explica claramente P. ROBLES LATORRE, «La subsidiariedad en la acción pauliana», *Anuario de Derecho Civil*, 2, 1999, p. 680.: *Es evidente que el acreedor defraudado es quien promueve la rescisión del negocio y que él no participa en el contrato rescindido y por tanto, nada tendrá que devolver. Él no quiere resolver su contrato, sino hacer efectivo su crédito a través de la ejecución forzosa cuando se haya solucionado el perjuicio que le han causado gracias a la rescisión del contrato fraudulento.*

[82] *Ibid.*, pp. 681 y 682.

[83] Consideran los siguientes que la posibilidad de rescindir por fraude una partición hereditaria, si bien es posible teóricamente, resulta poco probable en la práctica: M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, vol. V, 11ª ed., Edisofer, Madrid, 2015, p. 181; L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., p. 83; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.520; A. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario al art. 1.073 CC», cit., p. 4.936 y 4.937; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.073 CC», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. VI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 7.825; M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La ineficacia de la partición hereditaria», cit., p. 402; P. ROBLES LATORRE, *La partición...*, cit., p. 180; L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, vol. IV, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 270.

Por otro lado, la aceptación de la herencia por los herederos no significa que inmediatamente se confundan el patrimonio del causante y el de sus herederos. Como apunta S. DÍAZ ALABART, «Facultades de los acreedores particulares de los herederos con respecto a la herencia en defensa de sus créditos», *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, 3, 2022, p. 257., *aun teniendo ambos [el patrimonio del causante y el de sus herederos] un mismo titular, el heredero, permanecen separados en tanto que éste ha de pagar en primer lugar a los acreedores del causante o de la herencia y posteriormente a los legatarios. Solo una vez pagados todos ellos el remanente, si es que lo hay, pasa a fundirse con el patrimonio particular del heredero (art. 1032, primer párrafo, CC).*

[84] El art. 1.082 CCEsp establece que *los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos.*

la facultad de solicitar la intervención judicial de la herencia mientras dura la partición de la misma[85]. De hecho, la partición hereditaria les supone una ventaja por cuanto un acreedor del causante puede exigir el pago de sus deudas por entero a cualquiera de los herederos, una vez que se ha realizado la partición de la herencia[86].

En cuanto a los acreedores personales de los coherederos, también disponen de vías más eficaces que la rescisión para proteger su crédito. El Código civil permite intervenir en la partición de la herencia a los acreedores particulares de los coherederos, con el objeto de evitar que ésta se produzca en fraude o perjuicio de sus derechos[87]. Los acreedores particulares de algún coheredero también pueden pedir la retención o embargo del remanente que, tras el pago a los acreedores y legatarios, pueda resultar a favor de su heredero deudor[88].

Respecto del supuesto de rescisión de los pagos anticipados realizados por el deudor en estado de insolvencia, es opinión unánime de la doctrina que no es de aplicación en la partición hereditaria porque no supone un pago[89]. Finalmente,

---

[85] *Art. 792.2 LEC:*
También podrán pedir la intervención del caudal hereditario, con arreglo a lo establecido en el apartado segundo del artículo anterior, los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo.

[86] *Art. 1.084 CCEsp:*
Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio.
En uno y otro caso el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda.

[87] *Art. 1.083 CCEsp: Los acreedores de uno o más de los coherederos podrán intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos.*

[88] *Art. 1.034 CCEsp:*
Los acreedores particulares del heredero no podrán mezclarse en las operaciones de la herencia aceptada por éste a beneficio de inventario hasta que sean pagados los acreedores de la misma y los legatarios; pero podrán pedir la retención o embargo del remanente que pueda resultar a favor del heredero.

[89] M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, cit., vol. V, p. 181; L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., p. 84; M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La ineficacia de la partición hereditaria», cit., p. 403; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.738.

la doctrina[90] considera que la rescisión de la partición hereditaria por incluir algún bien litigioso es improbable. Si el demandante es una persona ajena a la comunidad hereditaria y el bien se adjudica a un coheredero a través de la partición, esto no impide que el procedimiento judicial siga su curso. En caso de que el tercero obtenga una sentencia estimatoria y recupere el bien, el heredero perjudicado al que se le adjudicó dicho bien podrá exigir al resto de los coherederos la responsabilidad por evicción[91].

2.5. El uso atécnico del término *rescisión* en el art. 1.073 CCEsp

Si el Código civil regula específicamente el supuesto en que un menor de edad, persona con discapacidad o ausente, resulta lesionado en más de la cuarta parte en una partición hereditaria, no parece lógico que el art. 1.073 CCEsp, que establece que las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones, remita a la regulación de la rescisión de los contratos, pues la ley especial se aplica con preferencia a la ley general. Tampoco es lógico que remita a los supuestos de rescisión por fraude, cuando el propio Código establece mecanismos más eficaces para proteger el derecho de los acreedores en la partición hereditaria, y algunos supuestos de rescisión por fraude ni siquiera son de aplicación a la partición hereditaria. Por esta razón, la doctrina[92] entiende que el Código emplea el término *rescisión* en el art. 1.073 CCEsp en su sentido vulgar de *deshacer o destruir* el contrato, de la misma manera que lo emplea en otros preceptos. Por ejemplo, el Código civil utiliza el término *rescindir* para referirse a la revocación de una donación por superveniencia de hijos[93], a la facultad de

---

[90] L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., pp. 83 y 84; M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La ineficacia de la partición hereditaria», cit., p. 403; L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, cit., vol. IV, p. 271; I. SANCHO GARGALLO, «Eficacia...», cit., p. 141.

[91] *Art. 1.069 CCEsp:*
Hecha la partición, los coherederos estarán recíprocamente obligados a la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados.

[92] L. DÍEZ-PICAZO; A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, vol. IV, 8ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 547; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.073 CC», cit., p. 7.820; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.736; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil. Sucesiones*, vol. V, 4ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2009, p. 129; T. RUBIO GARRIDO, *La partición de la herencia*, cit., p. 537.

[93] *Art. 645, párr. 1º CCEsp:*

desistir de un contrato de compraventa cuando han mediado arras penitenciales[94], a la facultad de desistir de un contrato de arrendamiento de vivienda por obras que la hacen inhabitable[95] o de un contrato de arrendamiento de obra *intuitu personae* por muerte del contratista[96].

Se ha sugerido[97] que el empleo del término *rescisión* en el artículo que inicia la sección 4ª sería explicable por cuanto la mayoría de los artículos contenidos en tal sección se refieren a la rescisión por lesión y, entonces, el art. 1.073 CCEsp trata de aclarar que, además de rescindirse por causa de lesión, es *ineficaz* también por las causas comunes a los demás negocios jurídicos. Si se tiene en cuenta, además, que los tres últimos preceptos de esta sección contienen remedios que nada tienen que ver con la rescisión, se considera que resultaría más apropiado que esta sección cuarta se titule *De la ineficacia de la partición*, siendo de esta manera más genérica y comprensiva de las causas que pueden provocar la ineficacia de la partición[98]. Esta es la solución que ha adoptado la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil del año 2018[99], que a la sección equivalente a la secc. 4ª (*De la rescisión por lesión*) del Código civil actual, la titula *De la ineficacia de la partición*, y en el primer

Rescindida la donación por la superveniencia de hijos, se restituirán al donante los bienes donados, o su valor si el donatario los hubiese vendido.

[94] *Art. 1.454 CCEsp:*
Si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas.

[95] *Art. 1.558, párr. 3º CCEsp:*
Si la obra es de tal naturaleza que hace inhabitable la parte que el arrendatario y su familia necesitan para su habitación, puede éste rescindir el contrato.

[96] *Art. 1.595, párr. 1º CCEsp:*
Cuando se ha encargado cierta obra a una persona por razón de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por la muerte de esta persona.

[97] J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., vol. V, p. 129.

[98] L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., p. 26.

[99] Sección 7ª (*De la ineficacia de la partición*), capítulo VIII (*De la adquisición de la herencia*), título VI (*De las sucesiones*) del libro cuarto (*De los modos de adquirir la propiedad*), arts. 468-74 a 78. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, cit., p. 625.

precepto[100] de esta sección se declara que las particiones pueden resultar ineficaces por las mismas causas que los contratos.

3. El artículo 1.074 CCEsp: la admisión de la rescisión por lesión en la partición hereditaria como regla general

Tras la declaración inicial de que las particiones pueden *rescindirse* por las mismas causas que las obligaciones, lo cual se interpreta actualmente en el sentido de que las particiones pueden devenir *ineficaces* por las mismas causas que los contratos, el Código civil pasa a regular la figura de la rescisión por lesión en más de la cuarta parte de la partición hereditaria, estableciendo con ello una causa específica de ineficacia de la partición hereditaria.

El Código civil dedica cinco artículos a la regulación de la rescisión por lesión de la partición hereditaria, los arts. 1.074 a 1.078 CCEsp. El primer artículo[101] que regula la rescisión por lesión de la partición hereditaria establece que las particiones hereditarias pueden rescindirse por lesión en más de la cuarta parte, atendiendo el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas. La norma permite solicitar la ineficacia de la partición hereditaria al coheredero que se le adjudica un lote de bienes cuyo valor es inferior a las tres cuartas partes[102] del valor de lo que le corresponde recibir según lo dispuesto en el testamento o en la ley.

---

[100] *Art. 468-74 PCCAPDC. De la ineficacia de la partición.*
Las particiones pueden resultar ineficaces por las mismas causas que los contratos. No obstante, son de aplicación preferente las normas contenidas en la presente Sección.

[101] *Art. 1.074 CCEsp:*
Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas.

[102] F. HERNÁNDEZ GIL ha cuestionado la justicia de establecer una fórmula matemática por su inflexibilidad, ya que, según afirma, no deja margen para ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso (F. HERNÁNDEZ GIL, «Sobre la ineficacia de las particiones realizadas por el comisario», cit., p. 539.). Otros autores también han considerado la cuarta parte como un límite muy amplio, ya que choca de alguna manera con la preocupación del legislador por la igualdad entre los coherederos, que se dice, es el fundamento del remedio de la rescisión. Como afirma L. DÍEZ-PICAZO; A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, cit., vol. IV, p. 549.: *De éstos [supuestos 1º y 2º del artículo 1.291] toma el artículo 1.074 el quantum de la lesión, que es elevado sin duda y que de alguna manera contrasta con el fundamento de este remedio: la preocupación por la igualdad*. Esta misma preocupación por el elevado *quantum* de la lesión la comparten los autores catalanes, dado que en el Código civil catalán es superior a la mitad. Vid infra. p. 298.

Para simplificar la narrativa, emplearemos exclusivamente el término *coheredero* para referirnos a todas aquellas personas que dispongan de una cuota sobre la herencia que deba transformarse jurídicamente en la titularidad ordinaria y exclusiva sobre bienes concretos mediante la partición. Estas personas no necesariamente tienen que ser sucesores a título universal, es decir, coherederas; también pueden ser copartícipes otras personas, como los legatarios de parte alícuota o las personas cesionarias de la cuota que la hayan adquirido antes de realizarse la división. Todas estas personas, ya sean herederas o no, pueden resultar lesionadas por la partición si el valor de los bienes que se le adjudican no alcanza a cubrir las tres cuartas partes de lo que deberían recibir según su cuota y, por lo tanto, tienen el derecho a impugnar la partición mediante la acción de rescisión por lesión[103].

El art. 1.074 CCEsp guarda silencio sobre el motivo que causa la lesión y la manera de calcularla. Una primera lectura hace suponer que este precepto permite impugnar la partición siempre que exista un desajuste superior a la cuarta parte entre el lote adjudicado y el valor de los bienes relictos que le correspondería recibir según el testamento o la ley, independientemente del motivo que cause dicho desajuste. En este sentido, podría entenderse que un coheredero no recibe la totalidad de lo que por derecho le corresponde obtener en la herencia de su causante si la partición hereditaria no comprende todos los bienes relictos, es decir, si se omiten en ella algunos bienes. También puede considerarse que un coheredero no recibe todo lo que por derecho le corresponde si realiza la partición con alguien que no es efectivamente otro

[103] Vid M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, cit., vol. V, pp. 122 y 123; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.520; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.746 y 1.747; P. ROBLES LATORRE, *La partición...*, cit., p. 204; J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección cuarta. De la rescisión de la partición», cit., p. 507. En cuanto a la jurisprudencia menor, la SAP Castellón, secc. 3ª, núm. 388/2007, de 30 de julio (ECLI:ES:APCS:2007:870), entre otras, admite la legitimación del legatario de parte alícuota para instar la rescisión por lesión de la partición hereditaria: *A los legatarios de parte alícuota se les reconoce el derecho a promover la partición (art. 782.1 LEC), pudiendo también intervenir en la partición de herencia por ser reconocido este derecho a los acreedores de los herederos (art. 1083 CC), y entiende la jurisprudencia que deben serle de aplicación los preceptos relativos al heredero, especialmente aquellos cuyo fin es el conocimiento por el sucesor del patrimonio en que ha de participar, su cuantía y composición (STS de 22 de enero de 1963). Por lo tanto, no cabía dudar de su legitimación para instar la rescisión por lesión y puesto que en la demanda se decía ejercitar dicha acción, la sentencia que acogió la petición no incurrió por este motivo en incongruencia.*

coheredero, ya que la atribución de bienes a este coheredero aparente reduce, en lógica consecuencia, el valor de lo que el coheredero legítimo recibe. Sin embargo, el Código civil establece para estos casos otros remedios distintos a la rescisión por lesión: si se omite algún bien relicto, se debe realizar una partición complementaria que comprenda únicamente los bienes omitidos (art. 1.079 CCEsp); y si la partición se realiza con alguien que se cree erróneamente un coheredero sin serlo, se declara la nulidad de la partición y se debe proceder a realizar una nueva (art. 1.081 CCEsp). En consecuencia, la lesión que repara la rescisión por lesión debe producirse en una partición en la que intervienen todos los herederos y no existe una omisión involuntaria de bienes de la herencia para repartir.

4. El artículo 1.075 CCEsp: la prohibición de rescindir por lesión la partición hecha por el testador y sus excepciones

El Código civil prohíbe la posibilidad de impugnar la partición realizada por el testador mediante este remedio[104]. En consecuencia, no podrá interponerse la acción de rescisión por lesión cuando, en la partición hecha por el testador, el valor del lote adjudicado a un coheredero no cubra las tres cuartas partes de lo que le correspondería recibir según lo establecido por el testador en la institución de coheredero para dicha persona. La doctrina justifica esta prohibición en cuatro argumentos que exponemos a continuación.

[104] *Art. 1.075 CCEsp:*
La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador.

La Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil reproduce casi exactamente el art. 1.075 CCEsp, salvo algunas cuestiones de detalle, como la eliminación de la referencia a los *herederos forzosos* en la vulneración de la legítima, y la eliminación de la referencia al *testador* en su inciso final: *la partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión sino en el caso de que perjudique la legítima o de que aparezca o racionalmente se presuma que fue otra su voluntad* (art. 468-75.2 PCCAPDC).

4.1. Las razones por las que el CCEsp prohíbe la rescisión por lesión en la partición hecha por el testador

4.1.1. *La plena libertad del testador para partir sus bienes*

Es habitual encontrar en las obras doctrinales[105] y en la jurisprudencia[106] la afirmación de que el testador dispone de una amplia libertad para realizar la partición, sin otro límite que el de respetar la legítima de los herederos forzosos. Esta libertad le permite decidir la composición de los lotes de la manera que mejor considere[107]. Así, mientras que en el resto de las particiones se debe procurar que cada lote contenga igual proporción de bienes de cada clase (bienes muebles e inmuebles, acciones y créditos[108]), en la partición hecha por el testador este no se encuentra sometido a dicha regla y puede componer los

---

[105] V. COVIÁN Y JUNCO, «Partición de herencia», en *Enciclopedia jurídica española*, vol. XXIV, Francisco Seix, Barcelona, 1911, pp. 359 y 382; J. L. DE LOS MOZOS, «La partición...», cit., p. 182; J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español.*, vol. VII, 1ª ed., Imprenta de la revista y legislación, Madrid, 1900, p. 585; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho sucesorio*, Instituto nacional de estudios jurídicos del Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1955, p. 195.

[106] STS de 17 de abril de 1943 (RJ 1943\418) cuyo ponente fue J. CASTÁN TOBEÑAS: *Quinto: Que el Código español no siguió apenas en esta materia las huellas del patrón napoleónico; y así se observa, en primer término, que da a la facultad de división mayor amplitud y flexibilidad que la que tiene en Derecho francés, sin duda para facilitar el logro de las finalidades prácticas de aquélla, tanto en lo que se refiere a los sujetos de la partición (admitiendo que todo testador, tenga o no herederos forzosos, pueda hacer la partición de sus bienes, e incluso que pueda ejercitarse ese derecho, en algunos casos, por vía de delegación, según resulta del artículo 831), como en lo que se refiere al contenido (otorgando al testador una amplia libertad, no sólo en la composición cualitativa de los lotes, permitida por el artículo 1056 apartado 2º, sin sujeción a lo que disponen los artículos 1.061 y 1.062, sino también en la distribución valorativa, al admitir como medio normal único de impugnación la acción por lesión de la legítima y no la acción ordinaria de rescisión por lesión en más de la cuarta parte).*

La cita de esta sentencia es habitual en las resoluciones judiciales también para declarar la libertad del testador para partir sus bienes. Por ejemplo, en la SAP Ourense, secc. 2ª, de 6 de febrero (ECLI:ES:APOU:2004:84); SAP Málaga, secc. 4ª, núm. 220/2011, de 28 de abril (ECLI:ES: APMA:2011:499); SAP Granada, secc. 5ª, núm. 326/2009, de 3 de julio (ECLI:ES: APGR:2009:95).

[107] M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Art. 1.056 CC», en *Comentario del Código Civil*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 2.477; L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, cit., vol. IV, p. 117; A. RODRÍGUEZ ADRADOS, «La partición hecha por el testador», *Revista de Derecho Notarial*, LXVIII, 1970, p. 221.

[108] *Art. 1.061 CCEsp*:
En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie.

lotes incluyendo, por ejemplo, todos los bienes inmuebles en el lote de un coheredero y todos los bienes muebles en el de otro.

Pero la libertad del testador para realizar la partición va más allá de la no sujeción a la regla de igualdad en la naturaleza de los bienes que conforman los lotes. El art. 1.075 CCEsp prohíbe la aplicación del remedio de la rescisión por lesión a esta modalidad de partición, es decir, la imposibilidad de impugnar la partición realizada por el testador, aunque exista un desajuste en más de la cuarta parte entre el valor del lote asignado a un coheredero y lo que el testador había establecido para dicha persona en la institución de coheredero (*La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión*…). De esta regla general la doctrina[109] ha deducido que el testador también tiene entera libertad para la valoración de los bienes que componen los lotes que adjudicará a cada coheredero, sin necesidad de que el valor de dichos lotes sea equivalente a lo que el testador había establecido para cada persona en la institución de coheredero.

4.1.2. *El respeto a la tradición jurídica castellana*

Los primeros comentaristas del Código civil señalaron que la partición hecha por el testador era la más firme entre los romanos, ya que no podía ser rescindida por lesión y sólo era susceptible de impugnación si lesionaba la legítima[110]. De

[109] M. CARBALLO FIDALGO, «Art. 1.056 CC», en A. CAÑIZARES LASO, S. CÁMARA LAPUENTE, C. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ (eds.) *Código Civil comentado*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, p. 1.662; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Art. 1.056 CC», cit., p. 2.477; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.744; M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia...», cit., p. 515; J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español. Sexta edición, revisada por D. Miguel Moreno Mocholí*, vol. VIII, Ed. Reus, Madrid, 1967, p. 664; R. M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, cit., vol. II, p. 436; Q. M. SCAEVOLA, *Código Civil*, cit., vol. XVIII, p. 445; J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección cuarta. De la rescisión de la partición», cit., p. 522.

[110] M. DE BOFARULL, *El Código civil español según la edición oficial, anotado y concordado con la anterior legislación y jurisprudencia española y los códigos extranjeros*, 2ª ed, Imprenta de las Escalerillas, México, 1892, p. 344; Q. M. SCAEVOLA, *Código Civil*, vol. XVIII, 1ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1901, p. 447. J.M. MANRESA Y NAVARRO justifica la prohibición de rescindir por lesión la partición hecha por el testador mediante la remisión a su comentario al precepto que trata la responsabilidad por evicción en este tipo de partición (art. 1.070, 1º CCEsp). Según este comentarista, la prohibición tradicional de ambos remedios en la partición hecha por el testador se debe a la consideración de la partición hecha por el testador como un conjunto de legados, donde los coherederos adquieren la titularidad exclusiva sobre los bienes relictos *recta viae*, sin que se produzca intercambio de cuotas entre los coherederos (J. M. MANRESA Y NAVARRO,

esta manera, la prohibición de rescindir por lesión la partición hecha por el testador representa la tradición jurídica castellana que, desde el Derecho romano a los juristas castellanos, pasando por las Partidas, ha considerado que la partición hecha por el testador no debe ser impugnada en caso de evicción ni de lesión, a menos que la voluntad del testador indicare lo contrario[111].

4.1.3. *La prevención de conflictos entre los coherederos*

Dado que el principal motivo que impulsa al testador a realizar personalmente la partición es evitar los conflictos y gastos que surgen de la situación de comunidad hereditaria y la realización de la partición hereditaria[112], el Código busca, mediante la prohibición de rescindir por lesión, proteger la partición realizada por el testador para garantizar que la previsión del causante para evitar conflictos entre los coherederos no resulte inútil[113]. Esta intención de proteger la partición hecha por el testador también informa el art. 1.056, párr. 1º CCEsp[114],

---

Ley de enjuiciamiento civil, comentada y esplicada, vol. III, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1857, pp. 257 y 258; *Comentarios...*, cit., vol. VII, pp. 684 y 685.).

[111] J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama...*, cit., vol. II, p. 886.

[112] La doctrina señala que el motivo principal que impulsa al testador a realizar personalmente la partición es evitar los conflictos y gastos que surgen de la situación de comunidad hereditaria y la realización de la partición hereditaria: M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, cit., vol. V, p. 145; M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia...», cit., p. 495; C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *Partición y Registro de la Propiedad. Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 23; C. SANCIÑENA ASURMENDI, *La partición hecha por el testador*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2023, p. 11. También se indica que el testador es quien mejor conoce las aptitudes de herederos y legatarios y la utilidad y entidad de los bienes que posee: J. L. LACRUZ BERDEJO; F. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 169.

[113] M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.525; M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La ineficacia de la partición hereditaria», cit., p. 424.; F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, cit., vol. tomo III, p. 1.986: *Igual juicio merece su eficacia, sustraída á la multitud de motivos de reclamación que una partición de herencia puede ofrecer y á los obstáculos, dilaciones y pleitos con que frecuentemente se da el triste espectáculo de desarmonías y enconadas contiendas entre los partícipes de una herencia, que así se contradicen y luchan á nombre de un título común creado por una voluntad bienhechora para todos ellos, puesto que no es lícito ir contra la partición hecha por el testador más que por el motivo único de que pueda perjudicar la legítima de los herederos forzosos, lo cual no es ninguna novedad, toda vez que tampoco puede perjudicarla en su testamento.*

[114] *Art. 1.056, párr. 1º CCEsp:*
Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.

que ordena *pasar* por la partición del testador, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos.

4.1.4. *El carácter revelador de la voluntad del testador de sus cláusulas de partición*

En las modalidades de partición hereditaria que no sean efectuadas por el testador, el sujeto que lleva a cabo la partición, ya sean los propios coherederos, un contador-partidor o el juez, debe distribuir los bienes relictos en distintos lotes de manera que el valor total del lote sea equivalente a lo que el testamento o la ley dispone que debe recibir cada coheredero. En la partición hecha por el testador, en cambio, el mismo sujeto es tanto el que parte como el que dispone. Se considera que la partición refleja con mayor fidelidad la verdadera voluntad del testador[115], porque es más probable que el testador haya prestado mayor atención a la hora de realizar la partición, esto es, en distribuir sus bienes en varios lotes que luego adjudica a cada coheredero, que en la institución de varias personas como herederas, declaración más generalista y menos detallada que la realización de la partición. Por este motivo, en la partición hecha por el testador se excluye la acción de rescisión por lesión, porque si el valor de un lote no equivale a la parte que el testador había establecido para dicha persona en la institución de coheredero, se entiende que lo verdaderamente querido era que cada coheredero recibiera la propiedad de unos bienes determinados, y no tanto que cada coheredero le sucediera en tal o cual parte en la herencia.

4.2. Los supuestos excepcionales en los que el art. 1.075 CCEsp permite la rescisión por lesión de la partición hecha por el testador

La prohibición de rescindir por lesión tiene tres excepciones en las cuales la partición hecha por el testador podrá impugnarse por este remedio: primero, cuando la partición perjudique a la legítima; segundo, cuando *aparezca que fue otra la voluntad del testador*; y tercero, cuando *se presuma racionalmente que*

[115] L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., p. 112; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.524; Q. M. SCAEVOLA, *Código Civil*, cit., vol. XVIII, p. 275; J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección cuarta. De la rescisión de la partición», cit., p. 530.

fue otra la voluntad del testador. Procedemos a continuación a examinar separadamente cada una de estas excepciones.

4.2.1. *Cuando la partición hecha por el testador perjudique la legítima de los herederos forzosos*

El primer supuesto en que se permite impugnar la partición realizada por el testador consiste en que esta lesione la legítima de los herederos forzosos. La lesión se produce cuando el valor total del lote asignado a un coheredero, que además sea legitimario, no sea suficiente para cubrir lo que por legítima le corresponda.

a) Las personas legitimarias y la cuantía de la legítima

Desde la doctrina[116], la legítima se ha definido como *la porción o cuota a que tienen derecho los parientes en línea recta y el cónyuge de cualquier persona, en el patrimonio de ésta (excepcionalmente, por cuenta de ella), a percibir a partir de su muerte si no se recibió en vida*. Según el Código civil, son personas legitimarias el cónyuge viudo, que no esté separado legalmente o de hecho en el momento del fallecimiento, y los parientes más próximos del difunto: los hijos y descendientes del causante; a falta de estos, los progenitores y los ascendientes del causante[117].

---

[116] J. L. LACRUZ BERDEJO; F. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 419. Esta definición es ampliamente compartida por la doctrina, por ejemplo: M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, cit., vol. V, p. 381; F. P. BLASCO GASCÓ, *Instituciones de derecho civil*, cit., pp. 202 y 203; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Comentario al art. 806 CCEsp», en A. CAÑIZARES LASO (ed.) *Comentarios al Código civil*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 3.903; J. J. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, vol. II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1.329.

El Tribunal Supremo la define como *un derecho a percibir por cualquier título una cierta cuantía del patrimonio del causante o su valor y, en cierta medida, a ser mencionado en el testamento, quedando entonces a elección del testador el título por el que la percepción va a tener lugar o ya ha sido realizada*. (STS 661/2006, de 29 de junio (ECLI:ES:TS: 2006:4636).

El Código civil, por su parte, define la legítima como *la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos* (art. 806 CCEsp).

[117] *Art. 807 CCEsp:*
Son herederos forzosos:
1.° Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.

La ley establece a favor de estas personas el derecho a percibir unas determinadas cantidades de la herencia del causante. En caso de que existan hijos y descendientes del causante[118], el Código les concede el derecho a recibir dos tercios del haber hereditario, a repartir entre todos ellos. No obstante, el progenitor puede disponer de la mitad de estos dos tercios para mejorar a uno o varios de sus hijos o descendientes, por lo que la doctrina[119] distingue entre la legítima *corta o estricta* (un tercio a repartir entre todos los hijos y descendientes) y la legítima *larga* (cuando a este tercio de legítima estricta se le añade el tercio de mejora). Si el causante no deja hijos ni descendientes, sus progenitores o ascendientes tienen derecho a recibir la mitad de la herencia, o un tercio si estos concurren con el cónyuge viudo[120]. En cuanto al cónyuge viudo, la ley le otorga el derecho a recibir dos tercios de la herencia si concurre como único

2.° A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.
3.° El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código.

[118] *Art. 808, párr. 1º, 2º y 3º CCEsp:*
Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario de los progenitores.
Sin embargo, podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.
La tercera parte restante será de libre disposición.

[119] Esta distinción es ampliamente compartida en la doctrina. Sirvan como ejemplos los siguientes autores: M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, cit., vol. V, p. 383; J. ALVENTOSA DEL RÍO; M. E. COBAS COBIELLA; M. P. MONTES RODRÍGUEZ; L. M. MARTÍNEZ VELENCOSO, «Capítulo II. Aspectos sustantivos del derecho hereditario», en J. ALVENTOSA DEL RÍO, M.E. COBAS COBIELLA (eds.) *Derecho de Sucesiones*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 629; F. P. BLASCO GASCÓ, *Instituciones de derecho civil*, cit., p. 33; C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil VII.Derecho de Sucesiones.*, 8ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2023, p. 174; C. MINGORANCE GOSÁLVEZ, «Las legítimas en el Derecho civil común», en C. LASARTE ÁLVAREZ (ed.) *Derecho de Sucesiones contemporáneo. Aspectos civiles y fiscales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 84; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, vol. V-3, 4ª, Ed. Bosch, Barcelona, 1991, p. 34; J. J. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, cit., vol. II, p. 1.410 y 1.411.

[120] *Art. 809 CCEsp: Constituye la legítima de los padres o ascendientes la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes salvo el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia.*

legitimario[121], la mitad de la herencia si concurre sólo con ascendientes del difunto[122], o un tercio si concurre con descendientes del difunto[123].

b) El cálculo de la cuantía de la legítima

El importe de la legítima que se atribuirá a los legitimarios se calcula sobre el valor de los bienes relictos que deja el causante a su muerte, una vez deducidas las deudas propias del causante (las que conformaban el pasivo de su patrimonio) que no se hayan extinguido por su fallecimiento, así como las deudas de la herencia propiamente dicha (los gastos de entierro, funeral y, en general, las obligaciones causadas por la apertura de la sucesión)[124]. Es doctrina jurisprudencial que los bienes relictos se deben valorar según el valor real que tengan en el momento de proceder al pago de la legítima[125].

A este valor neto de los bienes relictos, valor que se denomina *relictum*, se le añade el valor de las transmisiones a título gratuito realizadas por el causante en

[121] *Art. 838 CCEsp:*
No existiendo descendientes ni ascendientes el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia.

[122] *Art. 837 CCEsp:*
No existiendo descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia.

[123] *Art. 834 CCEsp:*
El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste legalmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.

[124] *Art. 818 CCEsp:*
Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables.

[125] STS 750/2005, de 21 de octubre (ECLI:ES:TS:2005:6419): *podría formularse una regla principal que vendría a determinar que el avalúo de los bienes y los relativos ajustes se han de realizar a valor del momento en que hayan de estimar para su entrega o adjudicación, de acuerdo con los arts. 847, 1045 y 1074 CC.* En el mismo sentido, la STS 29/2008, de 24 de enero (ECLI:ES:TS:2008:210). El Código civil de Cataluña, en cambio, establece que el cálculo de la legítima se debe realizar atendiendo al momento de la muerte del causante (art. 451-5.a CCCat).

vida[126], ya lo hayan sido a favor de legitimarios, de no legitimarios o de extraños. A este valor se le denomina *donatum*.

Una vez realizada la valoración del *relictum* y el *donatum*, la suma de ambos conceptos determinará el valor del haber hereditario sobre el cual se aplicará la cuota legitimaria establecida por ley, dividiéndose entre el número de personas que tengan derecho a la legítima.

c) La partición del testador que lesiona la legítima

El Código civil[127] permite impugnar la partición hereditaria realizada por el testador si este asigna a un coheredero, que también es legitimario, un lote con un valor total inferior al de su legítima individual. Se trata del supuesto en que el testador instituye coheredero a un legitimario en una cuota suficiente para cubrir su cuota, pero le asigna un lote de bienes cuyo valor total no alcanza a cubrir el valor de su legítima individual[128]. El cálculo de la legítima se efectúa valorando los bienes relictos tras la apertura de la sucesión, por lo que también puede darse el caso de que el lote cubra el valor de la legítima cuando el testador realiza la

[126] Esta acción de agregar el valor de las disposiciones a título gratuito supone una mera operación contable, ya que no es necesario incluir las mismas cosas donadas, sino su valor al momento de evaluar los bienes hereditarios (M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, cit., vol. V, p. 403; F. P. BLASCO GASCÓ, *Instituciones de derecho civil*, cit., p. 218; J. J. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, cit., vol. II, p. 1.338.).

[127] Esta posibilidad la declara en dos ocasiones, en el art. 1.056, párr. 1º CCEsp (*Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos*) y en el art. 1.075 CCEsp (*La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos*…).

[128] J. L. DE LOS MOZOS, «La partición...», cit., p. 224; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.075 CC», cit., p. 7.836; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.744. En caso de que el legitimario no sea heredero y en la partición no reciba bienes suficientes para cubrir su cuota, deberá ejercer la acción de complemento de la legítima del art. 815 CCEsp (*Ibid.*, p. 1.744; P. ROBLES LATORRE, *La partición...*, cit., p. 70.).

Un ejemplo sería el siguiente: un testador, sobre una herencia de 100, instituye herederos a sus dos hijos, A y B, por partes iguales, y en la partición asigna a B un lote cuyo valor real es de 10. Teniendo dos hijos legitimarios, la legítima corta que les corresponde a cada uno es una sexta parte (un tercio dividido entre dos), que aplicado sobre el valor de 100 de esta herencia (no habiendo donaciones colacionables) supone un valor de 16,66. La partición hecha por el testador en este caso lesiona la legítima de B porque lo que recibe (10) es inferior a lo que le corresponde por legítima estricta (16,66).

partición, pero debido a una variación en el valor de los bienes que lo componen, el lote asignado no alcance a cubrir lo que por legítima le corresponde en el momento de apertura de la sucesión. En este caso también podrá impugnarse la partición hereditaria realizada por el testador, de conformidad con los arts. 1.056, párr. 1º y 1.075 CCEsp.

Cualquier diferencia entre el valor del lote adjudicado por el testador y el importe de la legítima que le corresponde justifica que el coheredero perjudicado pueda impugnar la partición del testador, pues la doctrina y la jurisprudencia son unánimes en considerar que el umbral de la lesión en más de la cuarta parte no se aplica a esta excepción[129]. La legítima es una institución de derecho necesario que el testador debe respetar, por lo que es suficiente que se produzca una lesión a la legítima, con independencia de su importe, para que se pueda impugnar la partición hecha por el testador.

4.2.2. *Cuando aparezca que fue otra la voluntad del testador*

La segunda excepción a la regla general de inadmitir la rescisión por lesión de la partición hecha por el testador consiste en que *aparezca que fue otra la voluntad del testador*. Según el parecer de la mayoría de la doctrina[130], esta expresión se refiere a que el propio testador autorice a los herederos a impugnar la partición si alguno de ellos resultase lesionado en más de una cuarta parte.

---

[129] F. P. BLASCO GASCÓ, *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, 5ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 227; L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., p. 124; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.522; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 7.831; M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La ineficacia de la partición hereditaria», cit., p. 422; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.744. Postura recogida en la jurisprudencia, vid. STS 280/2022, de 4 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1387): *El legitimario que recibe menos de lo que le corresponde por legítima puede pedir su complemento con independencia de la cuantía de la lesión.*

[130] L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., p. 127; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.525; J. L. DE LOS MOZOS, «La partición...», cit., p. 232; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.075 CC», cit., p. 7.839; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.744; M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia...», cit., p. 518; F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil...*, cit., vol. tomo VI-3, p. 2.114; J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección cuarta. De la rescisión de la partición», cit., p. 526.

La partición hecha por el testador es efectiva cuando este fallece y se abre la sucesión[131]. Es decir, no se creará una comunidad hereditaria en el momento de su fallecimiento, a la que sea necesario poner fin mediante una partición hereditaria, sino que los coherederos que acepten la herencia adquirirán automáticamente la titularidad ordinaria y exclusiva sobre los bienes que comprenden su lote, con efectos retroactivos al momento del fallecimiento del testador. Por ello, queda vedada la posibilidad de solicitar la partición judicial de la herencia[132]. Es en este momento, cuando fallece el testador, cuando se valorarán los bienes y se comprobará si existe una lesión superior en más de una cuarta parte entre lo percibido y lo debido percibir[133]. Si al fallecer el testador existe un desajuste superior a la cuarta parte en el lote adjudicado a un coheredero y el testador ha autorizado este remedio, será posible rescindir por lesión la partición del testador.

---

[131] M. ALBALADEJO GARCÍA, «Dos aspectos...», cit., p. 967; F. P. BLASCO GASCÓ, *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, cit., p. 330; M. CARBALLO FIDALGO, «Art. 1.056 CC», cit., p. 1.661; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Art. 1.056 CC», cit., p. 2.476; J. L. DE LOS MOZOS, «La partición...», cit., p. 228; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.056 CC», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. VI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 7.633; M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La ineficacia de la partición hereditaria», cit., p. 421; M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia...», cit., p. 512; J. B. JORDANO BAREA, «Dictamen sobre validez de partición contenida en testamento», cit., p. 238; J. J. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, vol. III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2.886; F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, cit., vol. tomo III, p. 1.992; C. SANCIÑENA ASURMENDI, *La partición hecha por el testador*, cit., p. 116; J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección segunda. De la partición», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, vol. XIV, 2º, Ed. Edersa, Madrid, 1989, p. 151. La jurisprudencia declara este efecto, por ejemplo, en la STS 493/1986, de 21 de julio, ECLI:ES:TS:1986:4463: *la partición hecha por el testador en su testamento, lo mismo que la practicada por cualquiera otra forma admitida en derecho, produce el efecto de conferir a cada heredero la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados.* En el mismo sentido la STS 1186/1998, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:1998:7792).

[132] C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *Partición y Registro de la Propiedad. Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, cit., p. 345; J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección segunda. De la partición», cit., p. 149. En cambio, se muestra partidario de admitir el recurso a la vía judicial en determinados supuestos M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.059 CC», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. VI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 7.732.

[133] M. ALBALADEJO GARCÍA, «Dos aspectos...», cit., p. 967; M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia...», cit., p. 518.

4.2.3. *Cuando racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador*

Esta voluntad del testador favorable a que los herederos puedan impugnar su partición mediante el ejercicio de la acción de rescisión por lesión puede declararse expresamente en el testamento, o bien *presumirse racionalmente*. A esta última situación se refiere el art. 1.075 CCEsp como la tercera excepción en la que permite la rescisión de la partición del testador por lesión en más de una cuarta parte. La interpretación de esta excepción no es pacífica en la doctrina, proponiéndose diversas tesis sobre cuándo debe considerarse que concurre esta presunción racional de voluntad del testador favorable a la rescisión. Nosotros hemos agrupado las tesis propuestas en tres grupos, ordenados de mayor a menor carácter restrictivo con que se permite rescindir por lesión la partición hecha por el testador.

a) La tesis de la igualdad absoluta entre los coherederos

Un sector doctrinal[134] sostiene que la voluntad favorable a la rescisión por lesión sólo puede inferirse si resulta evidente que el testador deseaba que todos sus herederos heredaran por igual, es decir, que cada uno de sus coherederos recibiera el mismo valor de la herencia. Por este motivo nosotros denominamos *tesis de la igualdad absoluta entre los coherederos* a esta interpretación.

Según esta interpretación, únicamente cabría presumir racionalmente la voluntad favorable del testador a la rescisión por lesión cuando el testador ha instituido a sus coherederos en partes iguales y ha manifestado en su testamento que es su deseo que ninguno reciba menos que los demás. En este caso, resulta clara la voluntad del testador de tratar a todos sus coherederos por igual y, por tanto, es razonable presumir que el testador habría aprobado que, si en el momento de fallecer y hacerse efectiva la partición se rompe esta igualdad y uno de ellos recibe menos que los demás, este coheredero perjudicado pueda

[134] M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La ineficacia de la partición hereditaria», cit., p. 426; Q. M. SCAEVOLA, *Código Civil*, cit., vol. XVIII, p. 447; J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección cuarta. De la rescisión de la partición», cit., p. 528.

solicitar la rescisión por lesión de la partición hecha por el testador, con el fin de que se corrija esta desigualdad, ya sea realizando una nueva partición o mediante el pago de la diferencia de valor.

b) La tesis del error en la valoración de los bienes como supuesto de presunción racional de la otra voluntad del testador

Otros autores[135] consideran que también podría presumirse racionalmente la voluntad del testador favorable a la rescisión por lesión cuando el testador ha incurrido en un error sobre la cualidad o calidad de los bienes que reparte. Para los defensores de esta tesis, cabe presumir racionalmente que el testador, de haber sabido que había incurrido en un error sobre el valor de un bien incluido en el lote de un coheredero, habría reequilibrado el valor del lote adjudicado para que resultara equivalente a lo que dispuso que recibiera dicho coheredero. De manera que cabe rescindir por lesión la partición hecha por el testador, pero con la particularidad de que, mientras en el resto de las particiones el coheredero perjudicado únicamente debe probar la lesión en más de la cuarta parte, en la partición practicada por el testador debe probar además el error del testador en algún aspecto de sus bienes que influyó en su valoración.

La consideración del error del testador como supuesto de presunción racional de la voluntad del testador no es compartida por toda la doctrina, pues otros autores[136] defienden que se debe distinguir el error esencial que vicia el

[135] M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.525; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.075 CC», cit., p. 7.839; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.745; M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia...», cit., p. 518; P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Art. 1.075 CC», cit., p. 1.371; R. M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, cit., vol. II, p. 439; T. RUBIO GARRIDO, *La partición de la herencia*, cit., p. 460.

[136] F. HERNÁNDEZ GIL, «Sobre la ineficacia de las particiones realizadas por el comisario», cit., pp. 533 y 538; Q. M. SCAEVOLA, *Código Civil*, cit., vol. XVIII, p. 447; J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección cuarta. De la rescisión de la partición», cit., pp. 501 y 502.

F. HERNÁNDEZ GIL («Sobre la ineficacia de las particiones realizadas por el comisario», cit., pp. 533 y 538) indica los momentos distintos en que se produce el error que puede ser causa de anulación de la partición hereditaria y el error que legitima la rescisión por lesión se producen en diferentes momentos. El error que puede ser causa de la anulación (error vicio del art. 1.266 CCEsp) se produce en la formación de la voluntad particional, mientras que el error que puede ser causa de la rescisión (el error en la valoración de los bienes) se produce en un momento posterior, en el avalúo de los bienes, *no en el momento de individualizar la sustancia, naturaleza o cualidad de los bienes, sino en el posterior de su evaluación.*

consentimiento del error de valoración que contempla la rescisión por lesión, y consideran que el primero debe encauzarse por la acción de anulabilidad. Para estos autores, el error que origina la lesión y que da lugar a poder rescindir la partición consiste en un mero error técnico, en el simple desconocimiento del valor de mercado de un bien. A este tipo de error cabe contraponer el error vicio susceptible de anular una partición, que recae sobre la sustancia, naturaleza o cualidad del bien. De esta manera, cuando el testador ha incurrido en un error sobre la sustancia de sus bienes, la acción que procedería interponer para impugnar la partición sería la de anulabilidad, y no la de rescisión por lesión[137].

c) La tesis de la modificación sobrevenida en el valor de los bienes como causa de rescisión por lesión

Un sector doctrinal[138] sostiene que también cabría presumir la voluntad favorable del testador a la rescisión por lesión –además de en el supuesto en que resulte patente la voluntad del testador de que exista una absoluta igualdad entre los coherederos y en el supuesto en que el testador había incurrido en un error en sus bienes– cuando se produce un desajuste en el valor de un lote a causa de una modificación sobrevenida en el valor de los bienes, por una causa difícilmente previsible[139] y que el testador no pudo llegar a conocer[140]. Se trataría

J. VALLET DE GOYTISOLO («Sección cuarta. De la rescisión de la partición», cit., pp. 501) también considera que se debe distinguir entre el error que resulte meramente cuantitativo que puede ser fundamento de la acción de rescisión por lesión, y el error sustancial, que puede dar lugar a la anulabilidad de la partición.

[137] M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.521. explica esta distinción con los siguientes ejemplos: un error que daría lugar a la rescisión por lesión cuando se sabe que un cuadro es obra de un pintor determinado, pero se tiene una idea equivocada sobre cuál es el valor de ese cuadro en el mercado del arte; en cambio, daría lugar a la anulación de la partición si se valora un cuadro por creerlo de un pintor famoso, cuando en realidad no lo es, o si se valora un objeto pensando que es de oro, cuando realmente no lo es.

[138] M. ALBALADEJO GARCÍA, «Dos aspectos...», cit., pp. 958 y 959; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.075 CC», cit., p. 7.840; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.745; P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Art. 1.075 CC», cit., p. 1.371.

[139] Por tanto, no entraría en este supuesto los bienes que por su propia naturaleza suelen sufrir modificaciones en su valor de manera habitual, como por ejemplo las acciones que cotizan en el mercado de valores (G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.746.).

[140] L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., p. 128. entiende que es esencial este dato de que el testador no llegara a conocer las circunstancias que modifican el valor de sus bienes, porque si el testador tuvo ocasión de conocer tales circunstancias, bien pudo haber variado la partición

del supuesto en que el testador realiza la partición adjudicando a cada coheredero un lote de bienes con un valor equivalente a la porción de la herencia que ha establecido que le corresponde recibir a cada uno; sin embargo, esta equivalencia se pierde en el momento de la apertura de la sucesión debido a una modificación sobrevenida en el valor de alguno de los bienes de la herencia, lo que produce que el lote que recibe un coheredero no se corresponda con lo que tiene derecho a recibir.

No obstante, esta interpretación no es compartida por toda la doctrina[141] y los órganos jurisdiccionales[142] la rechazan expresamente. Se afirma que permitir la impugnación por la modificación sobrevenida del valor frustraría la finalidad perseguida por este modo de partir, que es la de evitar futuros conflictos entre los herederos, y que considerar este supuesto como una presunción favorable del testador a la rescisión por lesión supone conjeturar que el testador, de haber conocido esta modificación, hubiera hecho la partición de otra manera[143].

---

para ajustarla a ellas. Si no lo hizo es de presumir que quería que la partición se mantuviera pese a todo.

[141] M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.525; J. L. LACRUZ BERDEJO; F. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 173; R. M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, cit., vol. II, p. 438; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama...*, cit., vol. II, p. 888.

[142] STS 115/2010, de 18 de marzo (ECLI: ES:TS:2010:1518), FD 4º: *De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.075 CC, la partición «hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso que perjudique la legítima de los herederos forzosos del testador o de que aparezca o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador». De aquí se deduce que la partición efectuada por el testador es inatacable por diferencias de valor, sean estas originarias o sobrevenidas, dado que, además, el art. 1.056 CC que se considera infringido, establece que cuando el testador haga la partición, «se pasará por ella».*

La denominada jurisprudencia menor suele recoger este pronunciamiento en sus sentencias. Por ejemplo, la SAP Cuenca, secc. 1ª, núm. 440/2020, de 30 de diciembre (ECLI:ES:APCU:2020:616); la SAP Madrid, secc. 11ª, núm. 110/2018, de 26 de marzo (ECLI:ES:APM:2018:4735); y la SAP Alicante, secc. 9ª, núm. 246/2014, de 16 de mayo (ECLI:ES:APA:2014:1365).

[143] M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.525; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama...*, cit., vol. II, p. 888.

5. Los artículos 1.076 a 1.078 CCEsp: el régimen de la acción de rescisión por lesión en la partición hereditaria

5.1. Legitimación activa y pasiva

5.1.1. *Legitimación activa para solicitar la rescisión por lesión de la partición hereditaria: el coheredero perjudicado en más de la cuarta parte*

La legitimación activa para interponer la acción de rescisión por lesión corresponde al *coheredero*[144] perjudicado, que en la partición hereditaria se le adjudica un lote de bienes cuyo valor no alcanza a cubrir las tres cuartas partes de lo que le corresponde recibir de la herencia según el testamento o la ley.

5.1.2. *La falta de legitimación para ejercer la acción de rescisión por lesión del heredero que enajena todo o parte de los bienes inmuebles adjudicados*

El Código civil excluye de legitimación para interponer esta acción al heredero que enajena todos o una parte significativa de los bienes inmuebles que le hubieren sido adjudicados[145]. El coheredero que realiza esta actuación no tiene derecho ni a solicitar la rescisión ni a reclamar indemnización del daño, basándose en una doble consideración: por un lado, se presume que el heredero que actúa de esta manera ha aceptado y dado su conformidad a la partición realizada y, por lo tanto, estaría actuando en contra de la buena fe y de sus propios actos al impugnarla posteriormente; por otro lado, la falta de legitimación también quedaría justificada porque la enajenación imposibilita recuperar los bienes y rehacer la partición en caso de que el demandado opte por no indemnizar el daño y la partición se rescinda[146].

---

[144] Sobre el sentido del término *coheredero* y las personas que incluimos en él, vid. supra p. 59.

[145] *Art. 1.078 CCEsp:*
No podrá ejercitar la acción rescisoria por lesión el heredero que hubiese enajenado el todo o una parte considerable de los bienes inmuebles que le hubieren sido adjudicados.

[146] M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.078 CC», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. VI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 7.850; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.750; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama...*, cit., vol. II, p. 771. Para M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.526. estas justificaciones no son suficientes, pero admite que es difícil encontrar otras.

La doctrina critica este precepto por considerar anacrónico presuponer que los bienes inmuebles constituyen los bienes de mayor valor en una herencia, cuando en la actualidad los bienes muebles pueden tener un valor considerable, incluso mayor que los bienes inmuebles[147]. Si el propósito de la norma es impedir que impugne la partición quien anteriormente la ha dado por válida y ha dispuesto de los bienes de mayor valor, nada impide que se excluya la legitimación también al heredero que ha transmitido parte de los bienes muebles que se le han adjudicado, cuando estos constituyen los bienes que tienen mayor valor en su lote. No obstante, el Tribunal Supremo rechazó la interpretación extensiva del art. 1.078 CCEsp en un supuesto en que el actor había gastado parte del dinero que se le había adjudicado en la partición[148].

En cualquier caso, la doctrina entiende que el supuesto de hecho del art. 1.078 CCEsp abarca todas las enajenaciones voluntarias, onerosas o gratuitas, así como la constitución de gravámenes en una parte sustancial de los bienes inmuebles adjudicados al coheredero lesionado[149].

5.1.3. *La posibilidad de renunciar al ejercicio de la acción de rescisión por lesión en la misma partición hereditaria*

El Código Civil presume la renuncia a la acción del coheredero que enajena la totalidad o parte de los bienes adjudicados. Esta renuncia implícita se produce

---

147 J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección cuarta. De la rescisión de la partición», cit., p. 562., quien considera que también cabría la aplicación del art. 1.078 CCEsp cuando se enajenasen bienes muebles, que por su cantidad y calidad revistan cierta importancia en el patrimonio hereditario.

148 STS de 20 de diciembre de 1952 (RJ 1952,2711) y 16 de noviembre de 1955 (RJ 1955,207). Como se declara en esta última sentencia de 16 de noviembre de 1955: *ante un precepto tan expresivo en su acepción gramatical y que responde en su espíritu a la conveniencia de mantener las enajenaciones hechas al amparo de una partición y a la aceptación de ésta, implícita en el acto de enajenación, no cabe extender el impedimento a la acción rescisoria, tratada por el legislador con criterio restringido, a otros supuestos como el de autos, en que el heredero impugna la partición por lesiva, no ha sido adjudicatario de bienes inmuebles, sino de numerario, por lo que no es viable el recurso en cuanto acusa la infracción del citado artículo 1078, atribuyéndole por aplicación extensiva y analógica una significación jurídica que el legislador no ha querido concederle*. En el mismo sentido, la SAP Castellón, secc. 3ª, núm. 388/2007, de 30 de julio (ECLI: ECLI:ES: APCS:2007:870).

149 L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., p. 150; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.526; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.751.

después de la realización de la partición hereditaria y la asignación de los lotes de bienes a cada coheredero. Ahora cabe preguntarse si el Código Civil permite que los coherederos, al llevar a cabo la partición hereditaria, pacten expresamente la renuncia a impugnar en el futuro la partición por lesión. El Código Civil guarda silencio sobre este punto, por lo que la opinión dominante en la doctrina es que se debe seguir el régimen general de la renuncia. Por tanto, la renuncia expresa al ejercicio de la acción de rescisión por lesión, contenida en la propia partición hereditaria, es válida y eficaz[150], incluso si el coheredero desconoce la valoración errónea de algunos bienes y la partición resulta lesiva en más de la cuarta parte. Esta renuncia solo sería ineficaz si se efectúa con dolo o con la intención de perjudicar a un tercero, como podría ser un acreedor del coheredero que renuncia.

5.1.4. *El coheredero lesionado no va contra sus propios actos si participa en la partición y posteriormente interpone la acción de rescisión por lesión*

En ausencia de una renuncia coetánea o posterior, el heredero que incurre en el supuesto de hecho del art. 1.074 CCEsp tiene el derecho de impugnar la

[150] M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, cit., vol. V, p. 182; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.524; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.078 CC», cit., p. 7.851; M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La ineficacia de la partición hereditaria», cit., p. 411; P. ROBLES LATORRE, *La partición...*, cit., p. 209. Como señala M. ALBALADEJO en el lugar citado, *es cuenta del interesado el no renunciar, si no está seguro de lo que se juega, y riesgo suyo el que debe asumir si es que renunció a pesar de todo, y él sabrá o la conveniencia que sacó de haberlo hecho, o a qué se debió el desprendimiento que mostró si es que lo hizo sin nada a cambio*.

La jurisprudencia establece que *las renuncias han de ser claras, terminantes o deducidas de hechos o actuaciones de interpretación unívoca, no dudosa o incierta* (STS 134/1994, de 22 de febrero, ECLI:ES:TS:1994:14926). En consecuencia, no es válida una simple renuncia más o menos tácita o sobreentendida.

Discrepa J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección cuarta. De la rescisión de la partición», cit., p. 560. El ilustre notario afirma que de admitirse este tipo de renuncia en el momento de realizar la partición hereditaria, pronto se convertiría en una cláusula de estilo en las escrituras notariales y por tanto devendría inútil la facultad que concede el art. 1074 CCEsp. En su opinión, sólo cabría la renuncia coetánea cuando el interesado conozca la existencia efectiva de la lesión. Esta tesis es la que parece que sigue el Tribunal Supremo en su STS de 11 de junio de 1957 (RJ 1957,2517), cuando hace suya la afirmación del juzgado a quo de que *la ineficacia de la renuncia a la acción rescisoria por lesión no puede admitirse cuando el interesado, al hacer la renuncia, conocía todas las circunstancias de hecho que determinan la realidad y existencia de la lesión, o en otros términos, que aquella invalidez o ineficacia sólo podía reconocerse si la renuncia se hiciese de modo incondicional y, después del renunciante tuviese conocimiento de hechos nuevos, tales como falsas valoraciones u ocultación de bienes que viciasen en su consentimiento por error*.

partición hereditaria por lesión en más de la cuarta parte, incluso si ha participado en su realización. Según ha afirmado repetidamente el Tribunal Supremo, la doctrina de los actos propios es incompatible con el ejercicio de la acción por rescisión[151]. Por lo tanto, el coheredero que participa en la partición hereditaria y, posteriormente, la impugna por lesión en más de la cuarta parte, no actúa en contra de sus propios actos.

5.1.5. *Legitimación pasiva: la necesidad de demandar al resto de los coherederos en la partición lesiva*

El art. 1.077, párrafo 3º CCEsp dispone que *si se procede a una nueva partición, esta no alcanzará a los que no hayan sido perjudicados ni hayan percibido más de lo justo*. La doctrina[152] considera que esta norma contempla el supuesto de una partición entre varios coherederos, en la que se sobrevalora el lote de un coheredero y, de forma simultánea, se infravalora el lote de otro, de manera que la controversia solo afecta a dos coherederos: al perjudicado que recibe un valor inferior al que tiene derecho y al beneficiado que recibe más de lo que le corresponde[153]. El Código civil dispone expresamente que, en estos casos, cabe la posibilidad de que la nueva partición no afecte a todos los coherederos y se circunscriba a determinados herederos. Por tanto, parecería suficiente que el coheredero lesionado demandase únicamente al heredero favorecido[154], mientras que el resto de coherederos que han recibido la cantidad correcta se

---

[151] STS 396/2004, de 17 de mayo (ECLI: ES:TS:2004:3327): *Tampoco puede ser acogida la prohibición de ir contra los propios actos porque la rescisión por lesión es una excepción muy cualificada de carácter legal, que es incompatible con aquella doctrina. Si el negocio jurídico válido es susceptible de perder sobrevenidamente su eficacia por lesión, no es razonable sostener en su contra que quien lo celebró va contra sus propios actos al atacarlo por lesión*. En el mismo sentido se pronuncia la STS 108/2014, de 19 de febrero (ECLI: ES:TS:2014:1701).

[152] M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.521; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.741. El ejemplo que exponemos proviene de este último autor.

[153] Por ejemplo, existen cuatro herederos instituidos por partes iguales en una herencia que se ha valorado en cien. Mediante la partición a cada uno se le adjudican bienes por un valor teórico de veinticinco. Pero en realidad el lote de un coheredero tiene un valor de siete y el de otro de cuarenta y tres, quedándose los otros dos coherederos con un lote de veinticinco. En este caso, la infravaloración de un lote (en siete) se compensa con la sobrevaloración de otro (en cuarenta y tres), manteniéndose el valor total de la herencia en cien.

[154] Postura que defiende M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.527.

mantendrían al margen, puesto que no han resultado ni beneficiados ni perjudicados a raíz de la partición. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha rechazado esta interpretación literal del art. 1.077, párr. 3º CCEsp y ha exigido que se demanden a todos los herederos para la válida constitución de la relación jurídico-procesal[155]. Este es, además, el criterio que siguen las audiencias provinciales, que exigen que se demande al resto de coherederos[156].

Resulta lógica la necesidad de demandar a todos los demás coherederos que han participado en la realización de la partición lesiva para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, pues la pretensión de la acción es dejar sin efecto (rescindir) una partición entera, y los efectos de cosa juzgada material de la sentencia afectan a todos los copartícipes: la partición no puede ser eficaz para unos e ineficaz para otros[157].

5.2. El plazo de ejercicio de la acción de rescisión por lesión

El Código civil[158] establece el plazo de ejercicio de la acción de rescisión por lesión de la partición hereditaria en cuatro años desde que se realiza la partición. La norma no especifica si se trata de un plazo de caducidad o de prescripción, sino que únicamente indica que la acción rescisoria *durará* cuatro años.

La naturaleza de este plazo como de caducidad o prescripción conlleva una serie de consecuencias prácticas determinantes[159]. Si se considera un plazo de

---

[155] STS de 19 de mayo de 1964 (RJ 1964,2725).

[156] Por ejemplo la ya citada SAP Madrid, secc. 21ª, núm. 357/2017, de 31 de octubre (ECLI:ES:APM:2017:9761) y la SAP Toledo, secc. 1ª, núm. 82/2016, de 26 de abril (ECLI: ECLI:ES:APTO:2016:506).

[157] Así lo entiende, en relación con el Código civil de Cataluña, P. GÓMEZ CLAVERÍA, «Artículo 464-13 CCCat», en E. ROCA I TRIAS (ed.) *Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, Sucesiones*, Ed. Sepín, Madrid, 2011, p. 1.387. Este código establece expresamente que la acción de rescisión por lesión debe dirigirse contra todos los coherederos (art. 464-13.3 *in fine* CCCat).

[158] *Art. 1.076 CCEsp:*
La acción rescisoria por causa de lesión durará cuatro años, contados desde que se hizo la partición.

[159] J. R. DE VERDA Y BEAMONTE; P. CHAPARRO MATAMOROS, «Lección 11. Autonomía privada: el derecho subjetivo», en J.R. DE VERDA Y BEAMONTE (ed.) *Derecho Civil I (Derecho*

caducidad, el transcurso del mismo resultará inexorable, lo que implica que el coheredero perjudicado tiene la carga de interponer la demanda de rescisión por lesión dentro del plazo de cuatro años siguientes a la realización de la partición. De no hacerlo, se extinguirá su derecho a interponer esta acción[160], pudiendo además los tribunales apreciar de oficio el transcurso de este plazo de caducidad y, por tanto, sin necesidad de la alegación por la otra parte procesal. Por el contrario, si el plazo se considerara como de *prescripción*, además de que los tribunales no podrían apreciarla de oficio y debería ser alegada por las partes interesadas, también cabría la posibilidad de que su transcurso se interrumpa si concurre alguna de las causas que establece la ley. La interrupción de la prescripción significa que el plazo deja de correr, comenzando a contar el plazo prescriptivo nuevamente desde el inicio. Las causas de interrupción que menciona la ley son el ejercicio de las acciones ante los tribunales, la reclamación extrajudicial del titular del derecho y cualquier acto de reconocimiento por el titular pasivo de la relación jurídica[161].

Ante el silencio del Código civil, el Tribunal Supremo ha declarado[162] que el plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de rescisión por lesión de la partición

---

de la Persona), 4ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 218 a 224; V. GIMENO SENDRA; M. DÍAZ MARTÍNEZ; S. CALAZA LÓPEZ (EDS.), *Derecho procesal civil. Parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 134; R. VERDERA SERVER, *Lecciones de Derecho Civil. Derecho Civil I*, 2ª ed, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 149 y 150.

[160] Como ha apuntado R. VERDERA SERVER, *Lecciones de Derecho Civil. Derecho Civil I*, cit., p. 147., el Tribunal Supremo habla de *decadencia fatal y automática del derecho en razón meramente objetiva de su no utilización*, entre otras, en la STS 540/1992, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:1992:13148) y la STS 594/2008, de 12 de junio (ECLI:ES:TS:2008:2705).

[161] *Art. 1.973 CCEsp:*
La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor.

El Código civil de Cataluña también admite que los plazos de prescripción y de caducidad se suspendan si se solicita una mediación, o si, por causa de fuerza mayor o por su situación personal, el titular de la pretensión no puede ejercerla, ni por sí mismo ni por medio de representante. El efecto de la suspensión es pausar el cómputo del plazo de prescripción y de caducidad. Cfr. arts. 121-15 a 19 y 122-3 CCCat.

[162] Así lo declara, por ejemplo, en la STS 280/2022, de 4 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1387), la la STS 318/2006, de 27 de marzo (ECLI:ES:TS:2006:1801), y en la STS 520/1992, de 25 de mayo (ECLI:ES:TS:1992:14117).

hereditaria es un plazo de caducidad y, por tanto, no cabe su interrupción, siendo apreciable de oficio por los órganos jurisdiccionales[163].

El plazo de cuatro años se computa desde que se hizo la partición, tal y como indica el Código civil[164]. Esta regla tiene su excepción cuando se trata de la impugnación de una partición hecha por el testador, en cuyo caso la doctrina entiende que el *dies a quo* se inicia cuando fallece el testador[165], ya que es en ese momento cuando la partición es efectiva y cada uno de los coherederos adquiere la propiedad en exclusiva de los bienes que integran sus respectivos lotes.

5.3. Las posibles consecuencias de la estimación de la acción de rescisión por lesión

En caso de interponerse en plazo y ser estimada, los posibles efectos de la acción de rescisión por lesión son los siguientes[166]: deshacer la partición y proceder a realizar una nueva, o bien pagar una indemnización y mantener la eficacia de la partición.

---

[163] La Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil manifiesta expresamente la naturaleza de caducidad del plazo, si bien lo recorta a tres años: *la acción rescisoria por causa de lesión caduca a los tres años contados desde que se hace la partición* (art. 468-75.3 PCCAPDC).

[164] Art. 1.076 CCEsp: … *contados desde que se hizo la partición.*

[165] M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.076 CC», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. VI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 7.843; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.747; C. SANCIÑENA ASURMENDI, *La partición hecha por el testador*, cit., p. 167, n. 284.

[166] *Art. 1.077 CCEsp:*
El heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición.
La indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio.
Si se procede a nueva partición, no alcanzará ésta a los que no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo.

5.3.1. *La ineficacia de la partición y la necesidad de realizar una nueva*

La estimación de la acción de rescisión por lesión conlleva la declaración de ineficacia de la partición y la necesidad de proceder a realizar una nueva partición que no lesione a ningún heredero. La nueva partición se realizará como si la primera no hubiese tenido lugar, teniendo en cuenta el valor corregido de los bienes en el momento en que se lleva a cabo la partición, incluyendo las mejoras o deterioros sufridos por los bienes. Además, se añadirán los frutos percibidos, que se dividirán como comunes, independientemente de los bienes de los que derivaran[167].

5.3.2. *El mantenimiento de la partición mediante el pago de una indemnización al coheredero perjudicado*

El demandado tiene la opción de evitar la ineficacia de la partición hereditaria pagando al heredero lesionado la diferencia entre el valor de su cuota y el valor de los bienes adjudicados[168]. La opción del heredero demandado de corregir la lesión está establecida por imperativo legal y no depende para su ejercicio ni de una petición expresa de parte, ni que la sentencia la reconozca expresamente[169].

---

[167] L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., p. 90; A. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario al art. 1.077 CC», en A. CAÑIZARES LASO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 4.951 y 4.952; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.077 CC», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. VI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 7.849; M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La ineficacia de la partición hereditaria», cit., p. 414; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.749 y 1.750.

[168] La opción puede ejercitarse en cualquier momento una vez se estime la acción rescisoria, incluso en ejecución de sentencia, como permite la STS 396/2004, de 17 de mayo (ECLI: ES:TS:2004:3327). Aunque también existen resoluciones que conceden un determinado plazo para ejercer la opción: por ejemplo, la SAP Madrid, secc. 21ª, núm. 357/2017, de 31 de octubre (ECLI:ES:APM:2017:14723) concede un mes.

[169] STS 22/1985, de 17 de enero (ECLI:ES:TS:1985:1571). La jurisprudencia dispone que la sentencia debe contener una cuantificación del importe exacto de la lesión, para que el demandado pueda proceder al pago si así lo estima conveniente. En caso contrario, el tribunal de casación no podrá suplir dicho cálculo. STS de 25 de febrero de 1980 (ECLI:ES:TS:1980:205); STS 255/2014, de 14 de mayo, (ECLI:ES:TS:2014:1912): *En la acción ejercitada no se plantea la opción entre la nueva partición o indemnizar por la diferencia, que contempla el artículo 1077 del Código civil y tampoco cabría ya que esta Sala tiene dicho que sería preciso que la sentencia hubiera declarado el importe exacto de la lesión, lo cual no ha hecho la sentencia de instancia.*

En definitiva, el actor solo tiene derecho a solicitar al juez la rescisión[170], es lo único a lo que puede condenar el juez, y la elección de reparar la lesión le corresponde al demandado, debiendo el actor aceptar la decisión que adopte[171].

La indemnización puede consistir en dinero, *o en la misma cosa en que resultó el perjuicio*. Si se opta por indemnizar en numerario, la valoración de dicho monto debe realizarse con referencia al momento en que concluyó la partición en que se causó el perjuicio[172]. La cuantía de esta indemnización no se debe limitar a eliminar la lesión, es decir, no es suficiente que complete la diferencia entre lo que efectivamente ha recibido el actor y las tres cuartas partes que suponen el umbral por debajo del cual cabe rescindir la partición; la indemnización debe cubrir el importe total de lo que le corresponde recibir al actor según su cuota hereditaria.

En relación con el significado de la expresión *en la misma cosa en que resultó el perjuicio*, la doctrina y la jurisprudencia interpretan que la norma se refiere a la posibilidad de indemnizar con bienes de la misma naturaleza, calidad y especie[173]. De esta manera, si el perjuicio resulta de la adjudicación de unas

---

[170] Ello ha conducido a Á. CARRASCO PERERA, «Rescisión de la partición...», cit., p. 2.451 a afirmar que en la partición la pretensión del perjudicado no es rescisoria, sino una mera acción declarativa al reconocimiento de la existencia de un daño cuantitativamente determinado.

[171] J. L. LACRUZ BERDEJO; F. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 165.

[172] M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 7.847. En el mismo sentido, M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La ineficacia de la partición hereditaria», cit., p. 418; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama...*, cit., vol. II, p. 992. Como indican estos autores, si se elige indemnizar en numerario se tratará de una deuda de valor y no de dinero; y la fijación de ese valor se debe hacer con referencia al momento de concluir la partición lesiva.

[173] M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.077 CC», cit., p. 7.847; M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La ineficacia de la partición hereditaria», cit., p. 417; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.749.

Así también lo declara el Tribunal Supremo en la STS 184/1985, de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:1985:564): (Cdo. 3º) *En atención al principio del favor partitionis o de conservación, manifestado también en la subsidiariedad que a la acción específica atribuye la doctrina, el párrafo primero del artículo mil setenta y siete otorga al heredero demandado el derecho de optar entre la indemnización del daño o consentir que se proceda a nueva partición, pudiendo efectuarse aquélla en numerario o en cosas de la misma naturaleza, especie o calidad en que se ocasionó el perjuicio, de suerte que si elige este término para remediar el acto lesivo, el valor de los bienes a tener en cuenta será el que les corresponda al tiempo en que sean puestos a disposición del agraviado y no el que tuvieren cuando se practicó la partición.*

fincas sobrevaloradas, la compensación podría consistir en la entrega de otras fincas de características similares.

6. Los arts. 1.079 a 1.081 CCEsp: supuestos que no dan lugar a la rescisión por lesión de la partición hereditaria sino a otras consecuencias

Una vez completada la regulación de la rescisión por lesión de la partición hereditaria, los últimos tres preceptos de la secc. 4ª *De la rescisión de la partición*, capítulo VI (*De la colación y partición*), título III (*De las sucesiones*) del libro III (*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*) contemplan casos en los que la partición hereditaria se ha realizado incorrectamente, estableciendo diversos mecanismos para corregir estas incorrecciones.

6.1. El art. 1.079 CCEsp: la omisión no dolosa de un objeto o valor de la herencia da lugar a una partición complementaria

Es perfectamente admisible que los herederos acuerden voluntariamente efectuar una partición inicial que abarque solo una parte de los bienes hereditarios, mientras deciden mantener la situación de comunidad respecto al resto de los bienes relictos no partidos[174]. Por ejemplo, porque deseen adjudicarse la propiedad exclusiva sobre bienes concretos para poder disponer de ellos, mientras se discute qué hacer con el resto de los bienes relictos. Estos bienes no repartidos serán divididos posteriormente mediante un nuevo acto divisorio que sólo abarque estos bienes. Por lo tanto, nadie podrá solicitar que se deshaga la primera partición alegando su carácter incompleto.

La Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil recoge esta interpretación en su art. 468-76.1 PCCAPDC: *…La indemnización puede hacerse en numerario, en la misma cosa de la que resulta el perjuicio o en bienes de la misma especie, naturaleza o calidad…*

[174] M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.529; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.751.

El Código civil[175] contempla el mismo efecto cuando la partición se efectúa por los herederos en la creencia de que abarca todos los bienes relictos, pero esta creencia es errónea porque se han omitido algunos objetos o valores de la herencia. El Código civil ordena que cuando se omita alguno o algunos *objetos o valores* de la herencia, la partición mantenga su eficacia y se proceda a efectuar una partición complementaria o adicional que sólo comprenda los bienes que no se han incluido en la partición anteriormente realizada[176]. Cabe señalar que el término *valores* se interpreta[177] como sinónimo de títulos o derechos de naturaleza inmaterial –como por ejemplo derechos de crédito y títulos valores– no siendo por tanto aplicable el mecanismo de la partición adicional a los supuestos de valoraciones erróneas de bienes relictos, que tienen su propio medio de corrección por la vía de la rescisión por lesión.

A diferencia de las acciones de impugnación de la partición hereditaria (rescisión, nulidad y anulabilidad), la acción para solicitar su complemento cuando se han omitido bienes o valores es imprescriptible, tal como ha declarado el Tribunal Supremo[178]. Según explica el Alto Tribunal, esto se debe a la similitud de la

---

[175] *Art. 1.079 CCEsp:*
La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos.

[176] Ahora bien, se entiende que los bienes omitidos no deben ser de tal importancia o una porción considerable de los bienes relictos, pues si fuera así cabría solicitar la anulación por error sustancial y proceder a la realización de una nueva división, como indica la STS 105/1988, de 15 de febrero (ECLI:ES:TS:1988:16931). En el mismo sentido, M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, cit., vol. V, pp. 186 y 187. En contra de la posición mayoritaria, V. GUILARTE ZAPATERO, «Algunas consideraciones sobre la partición adicional del artículo 1.079 del Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pp. 64 y 67. entiende que también cabe aplicar este precepto en caso de ocultación dolosa de un bien, y con independencia del valor de lo omitido.

[177] Así lo entienden L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., p. 168; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.079 CC», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. VI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 7.855; V. GUILARTE ZAPATERO, «Algunas consideraciones sobre la partición adicional del artículo 1.079 del Código civil», cit., p. 76; J. J. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, cit., vol. III, p. 3.263.; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.530 y 2.531; M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La ineficacia de la partición hereditaria», cit., pp. 439 y 440; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.752.

El Tribunal Supremo asume también esta interpretación. Vid. STS 280/2022, de 4 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1387), STS 350/2015, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2015:2968) y STS 947/2005, de 12 de diciembre (ECLI:ES:TS:2005:7402).

[178] STS 569/2005, de 18 de julio (ECLI:ES:TS:2005:4861), FJ 3º:*…la prescripción extintiva de la acción de partición adicional que regula el artículo 1.079 del Código Civil está regulada, en contra*

acción de complemento de la partición con la acción de partición de la herencia, pues, en definitiva, lo que se solicita no es la ineficacia de una partición hereditaria, sino la división de los bienes que quedaron sin repartir en la partición realizada.

6.2. El art. 1.080 CCEsp: la preterición no intencional de un coheredero da lugar al pago de la parte que proporcionalmente le corresponda

El Código civil[179] dispone que la partición hereditaria realizada con preterición de algún heredero debe ser subsanada mediante el pago al heredero preterido de la parte que proporcionalmente le corresponda. Como señala la doctrina[180], el supuesto de hecho de la norma consiste en la partición en la que no intervienen todos los herederos instituidos por testamento o por la ley, lo que produce que su parte se reparta entre los coherederos que intervienen. Esto puede suceder porque los coherederos creen erróneamente que el preterido había premuerto al causante, o que no había llegado a nacer, o porque desconocen la existencia de un testamento posterior al tomado como base para realizar la partición, en el cual se nombra a otro heredero además de herederos nombrados en el testamento tomado como base. La preterición debe ser de buena fe, tal y como indica el propio texto legal, pues en caso contrario – esto es, de intervenir mala fe o dolo,

---

de lo que el Tribunal de apelación declaró, no por el artículo 1.964 del Código Civil , que establece el plazo aplicable a las acciones personales que no tengan señalado uno especial, sino por el 1.965 del Código Civil, dadas su identidad con la acción de partición de la herencia…

[179] *Art. 1.080 CCEsp:*
La partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda.

En el mismo sentido, el art. 464-14.2 CCCat: *Además de lo establecido por el apartado 1, la partición puede rectificarse si se ha hecho con la omisión involuntaria de algún coheredero. En este caso, los coherederos que han intervenido en la partición deben abonar al coheredero omitido la parte que proporcionalmente le corresponda.*

[180] L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., p. 179; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.533; A. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario al art. 1.080 CC», en A. CAÑIZARES LASO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 4.963; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.756; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., vol. V, p. 134. No cabe confundir el supuesto de hecho del art. 1.080 CCEsp –la preterición de un heredero en la partición– con la preterición de un heredero forzoso en las disposiciones testamentarias que contempla el art. 814 CCEsp. Sobre esta distinción, vid. P. ROBLES LATORRE, *La partición...*, cit., p. 102 a 107.

cuando se conocía la existencia del coheredero y pese a ello lo han obviado– la partición será *rescindible*[181]*.*

Se considera[182] que este precepto contempla una partición realizada entre los propios herederos, la cual requiere para su validez la aprobación por unanimidad de los coherederos debido a su naturaleza convencional[183]. La norma busca subsanar lo mal hecho de buena fe, permitiendo excepcionalmente la eficacia de esta partición aprobada sin la intervención del coheredero preterido, siempre y cuando se le satisfaga adecuadamente lo que le corresponde. El mantenimiento de su eficacia se justifica por la buena fe de los coherederos, que desconocen la existencia de otro coheredero cuyo consentimiento era necesario para la validez de la partición hereditaria.

[181] Entiende J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., vol. V, p. 134. que más que rescindible la partición debe ser susceptible de ser anulable por dolo. En el mismo sentido A. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario al art. 1.080 CC», cit., p. 4.965; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.757; P. ROBLES LATORRE, *La partición...*, cit., p. 107. Así también lo declara el Tribunal Supremo en su STS 325/2010, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2010:2654): *Las demandadas, al practicar la partición, tenían conocimiento (hecho probado e indiscutido) de la existencia de su hermana, coheredera, como ellas, de la herencia de su padre, por lo menos en cuanto a la legítima. El prescindir de la misma implica caer en la sanción de nulidad, que establece el artículo 1.080 del Código civil al concurrir mala fe en los sujetos de partición (FJ 4º).*

[182] L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., p. 180; A. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario al art. 1.080 CC», cit., p. 4.962; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.080 CC», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. VI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 7.863; M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La ineficacia de la partición hereditaria», cit., p. 447; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.755; J. J. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, cit., vol. III, p. 3.271.

[183] Aunque el Código civil no lo establezca expresamente, la doctrina sostiene que, cuando la partición hereditaria es realizada por los propios coherederos, se requiere la aprobación unánime de todos (M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.058 CC», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. VI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 7.714; C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *Partición y Registro de la Propiedad. Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, cit., p. 265; J. J. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, cit., vol. III, p. 3.061; T. RUBIO GARRIDO, *La partición de la herencia*, cit., p. 477.) La negativa de uno sólo de los coherederos obliga a recurrir a la división judicial, tal y como dispone el art. 1.059 CCEsp. Vid. en este sentido la STS 779/2004, de 12 de julio (ECLI:ES:TS:2004:5065).

6.3. El art. 1.081 CCEsp: la partición realizada con un heredero aparente es nula

El precepto que cierra la sección 4ª *De la rescisión de la partición*, capítulo VI (*De la colación y partición*), título III (*De las sucesiones*) del libro III (*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*), establece la nulidad de la partición realizada con quien se creía heredero sin serlo realmente[184]. Se trata de los supuestos en que la partición se realiza con un heredero aparente: una partición en la que intervienen todos los que son herederos, pero no todos los que participan en ella son realmente herederos. Esta situación se puede producir, según explica la doctrina[185], cuando participa en la partición hereditaria un heredero instituido en un testamento que fue revocado; cuando interviene un heredero intestado y posteriormente aparece un testamento en que no se le nombra heredero; y en general, cuando interviene en la partición hereditaria una persona que se atribuye y actúa en el tráfico jurídico como heredero sin tener título alguno que le otorgue dicha condición.

La consecuencia que establece el Código civil en los casos de realización de la partición hereditaria con un heredero falso o aparente es la nulidad de la misma. La doctrina ha advertido este distinto tratamiento que otorga el Código civil cuando la partición se realiza con un heredero aparente (nulidad), que cuando en la partición se omite a alguno (el pago de la parte correspondiente al heredero preterido, supuesto del art. 1.080 CCEsp). Esta diferencia de tratamiento se debe, según algún autor[186], en que para el legislador la intervención de un

---

[184] *Art. 1.081 CCEsp:*
La partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo será nula.

[185] M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.537.

[186] G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.758. Este autor, siguiendo a J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, cit., vol. V-3, p. 626., considera más lógico aplicar el criterio del art. 1.079 CCEsp y que en estos casos de partición realizada con un heredero aparente se resuelvan de igual manera, realizando una división parcial y complementaria de la porción de bienes adjudicada al falso heredero. Esta es la solución que adopta el Código civil de Cataluña: *Art. 464-15.2 CCCat: Si ha concurrido a la partición un heredero aparente, la parte que se le ha adjudicado debe adicionarse a la de los demás coherederos, si procede, en proporción a sus cuotas. Sin embargo, la mayoría de los coherederos, según el valor de su cuota, pueden acordar dejar la partición sin efecto para que vuelva a hacerse.*

heredero aparente afecta en mayor grado la manera de efectuar una partición hereditaria, que la ausencia de algún heredero real. Es decir, que la intervención de un heredero aparente determina la manera en que se hizo la partición, mientras que la ausencia de algún heredero, por definición, no puede tener ninguna consecuencia a la hora de partir los bienes. En este sentido, la consecuencia debe ser más grave en el primer caso que en el segundo.

Con ello se advierte que para la norma del art. 1.081 CCEsp es indiferente que la buena o mala fe del heredero aparente; por el contrario, se tiene en cuenta la percepción errónea del resto de coherederos, que distribuyen los bienes hereditarios entre herederos verdaderos y uno (o varios) que sólo lo son aparentemente. En definitiva, los herederos obran de buena fe pero con una representación errónea de la realidad[187].

7. Consideraciones de la doctrina y la jurisprudencia respecto de los artículos 1.074 a 1.081 CCEsp

El análisis efectuado a la secc. 4ª *De la rescisión de la partición*, capítulo VI (*De la colación y partición*), título III (*De las sucesiones*) del libro III (*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*), nos proporciona una serie de enseñanzas que pueden servirnos como directrices útiles para nuestro objeto de estudio: la prohibición de la rescisión por lesión en la partición hecha por el testador, y las excepciones que el Código establece a dicha prohibición.

7.1. El tratamiento específico de las consecuencias del error en la partición hereditaria

La primera conclusión que se extrae del análisis de la sección 4ª es que el Código civil español ha optado por ofrecer un tratamiento específico del error en la partición hereditaria[188]. Así, el Código contempla la partición en que se incurre

[187] M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, cit., vol. V, pp. 183 y 184.

[188] Así lo entiende la generalidad de la doctrina: J. BELTRÁN DE HEREDIA, «El saneamiento por evicción en la partición hereditaria», *Revista de Derecho Privado*, 1954, p. 846; L. COSTAS

en un error en la valoración de los bienes en el art. 1.074 CCEsp; la partición realizada con omisión de algún objeto o valor de la herencia en el art. 1.079 CCEsp; la partición realizada con preterición de un heredero en el art. 1.080 CCEsp; y la realizada con el heredero aparente en el art. 1.081 CCEsp.

7.2. El principio de *favor partitionis* o de conservación de la partición hereditaria

El Código civil establece para estos casos de error remedios ajenos a la anulabilidad. Así, el Código ofrece el remedio de la rescisión por lesión cuando en la partición se incurre en un error en la valoración de los bienes (art. 1.074 CCEsp), ordena el complemento o adición en la partición realizada con omisión de algún objeto o valor de la herencia (art. 1.079 CCEsp), la corrección o modificación en la partición realizada con preterición de un heredero (art. 1.080 CCEsp), y la nulidad en la realizada con el heredero aparente (art. 1.081 CCEsp). Este último supuesto es el único en que el Código contempla un efecto distinto y más grave para el error, la nulidad de la partición. En el resto de los casos, el Código civil procura mantener la eficacia de la partición realizada, siempre que se repare el perjuicio que ha ocasionado este error. Esta reparación puede lograrse indemnizando el valor de la lesión, realizando una partición adicional, o pagando la parte que corresponde al coheredero preterido. Por ello se ha afirmado, con razón, que la solución general que prevé el Código para la partición hereditaria incorrecta es *corregirla*, y para la partición incompleta es *completarla*[189].

El Tribunal Supremo ha extraído de estas soluciones que ofrece el Código civil un principio general de derecho, conocido como el principio de conservación de la partición o principio del *favor partitionis.* En virtud de este principio, se debe

---

RODAL, *La ineficacia...*, cit., pp. 77 y 78; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.522; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.073 CC», cit., p. 7.820; M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La ineficacia de la partición hereditaria», cit., p. 398; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.736; C. GARCÍA PÉREZ, *La rescisión de la partición hereditaria. Notas a los artículos 1073 a 1078 del Código Civil*, cit., p. 37.

[189] P. ROBLES LATORRE, *La partición...*, cit., p. 127.

procurar conservar la partición realizada siempre que sea posible reparar los perjuicios por ella ocasionados sin necesidad de recurrir a una nueva partición[190]. La doctrina[191] y la jurisprudencia[192] apuntan que el principio de conservación de la partición tiene un fundamento práctico, pues procura evitar en lo posible los gastos y molestias que una nueva partición ocasionaría a los herederos y a terceros que con ellos hubieran contratado de buena fe.

7.3. La admisión de la rescisión por lesión en la partición hereditaria con carácter general salvo en la realizada por el testador

Dados los términos que emplea el art. 1.074 CCEsp, que declara rescindibles las particiones por causa de lesión cuando el perjuicio supera en más de la cuarta parte, la rescisión por lesión es aplicable a todas las modalidades de partición hereditaria contempladas en el Código civil (partición realizada entre los propios coherederos, partición realizada por un contador-partidor, y partición judicial), con la única excepción de la partición hecha por el testador, en la que sólo se admite la rescisión por lesión en supuestos muy limitados. Por tanto, la rescisión por lesión se configura como un remedio general de impugnación aplicable a

[190] J. VALLET DE GOYTISOLO cita la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1904, en la que cualificándolo de principio general, consideró que en él se fundan especialmente las disposiciones legales contenidas en los arts. 1.073, 1.074, 1.075, 1.079 y 1.080 del referido Cuerpo legal (J. VALLET DE GOYTISOLO, «El principio del "favor partitionis"», *Anuario de Derecho Civil*, 1990, p. 7.). Este autor indica que el bautismo jurisprudencial con el nombre de *principio de conservación de la partición* se produce en la STS de 25 de febrero de 1969; después la STS de 31 de mayo de 1980 lo denominaría *principio de favor partitionis*.

[191] P. ROBLES LATORRE, *La partición...*, cit., p. 101; L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, cit., vol. IV, p. 264; J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección cuarta. De la rescisión de la partición», cit., pp. 481 y ss.

[192] Como indica la STS 994/2002, de 22 de octubre (ECLI:ES:TS:2002:6941), el principio de *favor partitionis* responde al sano propósito de evitar una vuelta a la indivisión, con la secuela de gastos, molestias e inconvenientes que ello acarrea. Queda por tanto superada la justificación del principio en la necesidad de la seguridad en el tráfico jurídico, que el Tribunal Supremo alegó en algunas resoluciones como la ya citada STS de 17 de abril de 1943 o la STS 22/1985, de 17 de enero (ECLI:ES:TS:1985:1571). La justificación en la seguridad del tráfico no es convincente, como explica J. VALLET DE GOYTISOLO, porque el principio de conservación de la partición sólo en parte y únicamente en algunos casos la aplicación de aquél favorece directamente a terceros. Básicamente su protección se centra en los mismos coherederos, y sólo mediatamente redunda en beneficio del tráfico jurídico en cuanto elimina estados de incertidumbre (J. VALLET DE GOYTISOLO, «El principio del "favor partitionis"», cit., pp. 7 y 8.).

cualquier modalidad de partición, excepto cuando la partición la realiza el testador.

7.4. La rescisión por lesión en la partición hereditaria como garantía de la *equivalencia económica* entre el valor de lo adjudicado y el valor de lo que se tiene derecho a recibir según el testamento o la ley

Esta amplitud con la que se recoge la rescisión por lesión en la partición hereditaria contrasta con su aplicación restrictiva en los contratos[193]. El Código civil proclama el carácter restrictivo la rescisión por lesión en los contratos[194], y sólo la admite cuando causan una lesión de más de la cuarta parte a un menor de edad, persona con discapacidad o declarada ausente. El Código limita aún más su ámbito de actuación, ya que solo pueden ser rescindidos por lesión los contratos que el representante de estas personas pueda celebrar sin necesidad de una autorización judicial, esto es, aquellos que suponen actos de reducida importancia económica.

Como señalan los autores que mayor atención han prestado en nuestro país a la rescisión por lesión de la partición hereditaria[195], esta diferencia en el

---

[193] Es habitual que en las obras de la doctrina se destaque la amplitud con que el Código civil admite la rescisión por lesión en la partición hereditaria, en contraste con la excepcionalidad de su admisión en los contratos: L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., p. 84; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.520; L. DÍEZ-PICAZO; A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, cit., vol. IV, p. 549; M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La ineficacia de la partición hereditaria», cit., p. 405; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.739; C. GARCÍA PÉREZ, *La rescisión de la partición hereditaria. Notas a los artículos 1073 a 1078 del Código Civil*, cit., p. 32; F. HERNÁNDEZ GIL, «Sobre la ineficacia de las particiones realizadas por el comisario», cit.; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, cit., vol. V-3, p. 494; P. ROBLES LATORRE, *La partición...*, cit., p. 190; T. RUBIO GARRIDO, *La partición de la herencia*, cit., pp. 538 y 567; I. SANCHO GARGALLO, «Eficacia...», cit., p. 141; F. SANCHO REBULLIDA, *Estudios de Derecho Civil I*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1978, p. 605; Q. M. SCAEVOLA, *Código Civil*, cit., vol. XVIII, p. 439.

[194] *Art. 1.293 CCEsp:*
Ningún contrato se rescindirá por lesión, fuera de los casos mencionados en los números 1.º y 2.º del artículo 1.291.

[195] L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., p. 86; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.520; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 7.828; M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La ineficacia de la partición hereditaria», cit., p. 405; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.739; C. GARCÍA PÉREZ, *La rescisión de la partición hereditaria. Notas a los artículos 1073 a 1078 del Código Civil*, cit., p. 43; F. HERNÁNDEZ GIL, «Sobre la ineficacia de las particiones realizadas por el comisario», cit., p.

tratamiento de la rescisión por lesión se debe a la distinta finalidad que persigue este remedio en la partición hereditaria. En las modalidades de partición hereditaria que no sean efectuadas por el testador, el sujeto que parte, ya sean los propios coherederos, un contador-partidor o el juez, debe distribuir los bienes relictos en distintos lotes ajustándose a la voluntad manifestada por el causante en el testamento o, en su defecto, de la manera que la ley establece. Se busca que el valor total de los bienes adjudicados a un coheredero se corresponda con lo que tiene que percibir según el testamento o la ley. De esta manera, la rescisión por lesión actúa como un mecanismo que garantiza que en la partición hereditaria se contemple la *equivalencia económica*[196], esto es, que cada coheredero reciba en la partición un valor en bienes que se corresponda con lo que tiene derecho a percibir. Si el valor de lo que recibe es inferior a las tres cuartas partes de lo que le corresponde recibir, podrá solicitar la ineficacia de la partición hereditaria.

7.5. La incorrecta valoración de los bienes como origen de la lesión

Tras una interpretación conjunta del art. 1.074 CCEsp y los demás preceptos de la sección 4ª en la que se enmarca, tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que la causa de la lesión que motiva la rescisión es una errónea valoración de los bienes a repartir[197]. Si un lote contiene un bien que está sobrevalorado, por ejemplo, un bien que vale cinco se valora en diez, el coheredero al que se le adjudique ese lote está recibiendo en realidad menos de

538; P. ROBLES LATORRE, *La partición...*, cit., p. 200; J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección cuarta. De la rescisión de la partición», cit., p. 509.

[196] Esta denominación procede de Á. CARRASCO PERERA, «Rescisión de la partición...», cit., p. 2.538. El autor contrapone a esta *equivalencia económica* la *igualdad o equivalencia material*, que consiste en la regla que establece el art. 1.061 CCEsp de procurar que cada lote contenga igual proporción de bienes de cada clase (bienes muebles e inmuebles, acciones y créditos).

[197] L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., p. 93; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.520; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 7.829; M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La ineficacia de la partición hereditaria», cit., p. 406; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.742; C. GARCÍA PÉREZ, *La rescisión de la partición hereditaria. Notas a los artículos 1073 a 1078 del Código Civil*, cit., p. 36; P. ROBLES LATORRE, *La partición...*, cit., p. 194; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama...*, cit., vol. II, p. 985; «Sección cuarta. De la rescisión de la partición», cit., p. 511. Así mismo en la jurisprudencia: STS 280/2022, de 4 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1387), STS 947/2005, de 12 de diciembre (ECLI: ES:TS:2005:7402), STS 287/2016, de 4 de mayo (ECLI: ES:TS:2016:1949), entre otras.

lo que le corresponde recibir conforme el testamento o la ley. La medida de lo que tiene derecho a recibir está en relación con el valor real de los bienes a repartir, por lo que la sobrevaloración de ese bien conlleva la necesidad de corregir el valor total de los bienes hereditarios, y proceder a calcular su valor nuevamente, tomando en cuenta los valores correctos. Después de este recálculo del valor total de los bienes a repartir, se debe comparar el valor del lote adjudicado con el valor de lo que le corresponde recibir según el testamento o la ley para determinar si la lesión es superior en más de la cuarta parte y, por lo tanto, si la partición es rescindible por lesión[198]. La taxatividad con la que se expresa el art. 1.074 CCEsp respecto al momento en que debe producirse la lesión (*atendiendo al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas*), impide que los herederos puedan fijar otros momentos para la valoración, como el de la apertura de la sucesión o el de la interposición de la acción de rescisión[199].

La lesión no sólo puede producirse por la sobrevaloración de un bien, sino también cuando un bien se valora por debajo de su verdadero valor, por ejemplo, si un bien con un valor real de diez se valora en cinco. Sin embargo, en este caso, el coheredero que recibe ese bien en su lote no se ve perjudicado por la

[198] Explican este proceso M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.520 y 2.521; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.740 y 1.741. En la jurisprudencia, la STS 203/2001, de 8 de marzo (ECLI:ES:TS:2001:1838), STS 604/2009, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2009:5699), entre otras.

Un ejemplo de aplicación del art. 1.074 CCEsp sería el siguiente: tres herederos (A, B y C) son instituidos por partes iguales en una herencia compuesta por diversos bienes. El valor neto de la masa partible es de 1.200. Los tres herederos aceptan la herencia, por lo que la cuota hereditaria de cada uno es de un tercio. Los herederos forman tres lotes, cada uno con un valor total de 400, y se los adjudican por suertes. Posteriormente a la partición, A demuestra que el valor total de su lote no es de 400, sino de 250. Por lo tanto, el valor total correcto de la masa partible no es 1.200, sino 1.050. El heredero A ha recibido bienes por un valor total de 250, generando un desajuste entre lo que tiene derecho (1/3 de 1.050 = 350) y lo efectivamente adjudicado (250). Pero no todo desajuste habilita para ejercer la acción establecida en el art. 1.074 CCEsp. Para determinar si la partición puede ser rescindida por lesión, la diferencia entre la cuota hereditaria y el valor total de los bienes adjudicados debe ser superior en más de una cuarta parte, lo que equivale a decir que el perjudicado debe haber recibido menos de tres cuartas partes del valor de su cuota hereditaria. En este caso, tres cuartas partes suponen 262,50 (350:4= 87,5 x 3 = 262,50). Dado que lo recibido por A es inferior a esta cantidad (250 < 262,50), la partición es rescindible por lesión.

[199] Esto es según la opinión unánime de la doctrina y la jurisprudencia (Á. CARRASCO PERERA, «Rescisión de la partición...», cit., p. 2.542; M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La ineficacia de la partición hereditaria», cit., p. 409; F. HERNÁNDEZ GIL, «Sobre la ineficacia de las particiones realizadas por el comisario», cit., p. 539.).

partición; por el contrario, se beneficia. Los perjudicados por esta infravaloración son el resto de los coherederos, ya que, de haberse valorado correctamente dicho bien, sus respectivas cuotas habrían experimentado un acrecimiento proporcional al valor que dejó de computarse[200].

Una vez determinado el papel relevante que el Código civil otorga a la figura de la rescisión por lesión en la partición hereditaria, así como su pretensión de regular específicamente las consecuencias del error en la realización de la partición hereditaria, es necesario establecer la importancia que se concede a la equivalencia económica en la partición hereditaria, es decir, a que los bienes se adjudiquen de manera acorde con el derecho de cada coheredero. Para ello será necesario establecer previamente qué se entiende por el *derecho* que tiene cada coheredero a recibir de la herencia, y cuál es la función que desempeña la *partición hereditaria* en relación con dicho derecho.

Así mismo, resulta necesario averiguar cómo afronta la doctrina y la jurisprudencia la falta de equivalencia económica, en la partición hecha por el testador, entre el valor del lote adjudicado a un coheredero y lo que el propio testador había establecido para dicha persona en la institución de coheredero. Esta cuestión es importante, teniendo en cuenta que la libertad que se le reconoce para conformar los lotes, y la prohibición de rescindir por lesión su partición, parecen facultar al testador a configurar los lotes sin tener en cuenta su equivalencia con lo que ha dispuesto que reciba cada coheredero. No obstante, si nuestra investigación constata que la preocupación por que exista una equivalencia económica es predicable, en los mismos términos, en la

[200] Como sucedió en el caso abordado por la STS de 9 de junio de 1952 (RJ 1952,1512). En este caso, el contador-partidor minusvalora erróneamente los bienes relictos y, como consecuencia los atribuye a la viuda en pago de sus aportaciones matrimoniales, privando así de toda participación en la herencia al heredero voluntario y a la legataria. En contra de la aplicación del art. 1.074 CCEsp en estos casos de minusvaloración de bienes, se postula L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., pp. 93 y 102. que entiende que se debe aplicar el art. 1.079 CCEsp, ya que se trata de una omisión de valor y, por tanto, debe corregirse mediante la realización de una partición complementaria o adicional.

partición hecha por el testador que en el resto de las particiones, justificaría una interpretación extensiva de las excepciones a la prohibición de rescisión por lesión. Una interpretación que amplíe las posibilidades de rescindir por lesión esta modalidad de partición, en atención al enfoque que nos ha ofrecido el análisis de la función de la partición hereditaria y la importancia que se otorga a la equivalencia económica.

CAPÍTULO II. LA NECESARIA EQUIVALENCIA ECONÓMICA ENTRE LA CUOTA HEREDITARIA Y EL VALOR DE LO ADJUDICADO EN LA PARTICIÓN HEREDITARIA

1. El concepto de partición hereditaria

1.1. La sucesión del heredero en las posiciones jurídicas activas y pasivas del causante que no se extingan con su muerte

En el sistema del Código civil español, el heredero sucede a título universal en los bienes y deudas transmisibles que conforman la herencia del causante. Esta idea se deriva de diversos preceptos del Código civil. El Código establece que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte[201]. Se considera heredero al que sucede a título universal[202], y los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones[203]. De manera que el heredero, es decir, el sucesor a título universal, al aceptar la herencia, se coloca en todas y cada una de las posiciones jurídicas en que se encontraba su causante y no se hayan extinguido con la muerte de éste. Esto incluye tanto las posiciones activas, (derechos de crédito y titularidades), como en las pasivas (obligaciones y gravámenes). No forman parte de la herencia derechos intransmisibles como, por ejemplo, el nombre, las situaciones relativas a su estado civil, filiación, vecindad civil; la potestad parental, la prestación alimenticia, los cargos de derecho privado, como el de tutor o curador; los derechos reales vitalicios, como

[201] *Art. 659 CCEsp:*
La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte.

[202] *Art. 660 CCEsp:*
Llámase heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular.

[203] *Art. 661 CCEsp:*
Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones.

el usufructo, uso y habitación; y determinadas relaciones de crédito que son personalísimas, como las derivadas del mandato, del comodato o del arrendamiento de obra.

1.2. La cuota como expresión de la medida de la participación de cada coheredero en la herencia

1.2.1. La cuota como expresión del derecho individual de cada coheredero sobre los bienes de la herencia

Cuando varios herederos aceptan simultáneamente una misma herencia, se convierten en cotitulares de los bienes de la herencia de forma global. Es decir, no se constituyen comunidades ordinarias indivisas por cada bien de la herencia (una comunidad por cada bien relicto), sino que los coherederos adquieren la totalidad del activo hereditario considerado en su conjunto[204]. Esta situación de cotitularidad conlleva la necesidad de establecer la medida en la que cada coheredero tiene que participar en las utilidades, gastos y obligaciones generadas por estos bienes, así como la medida de lo que cada coheredero tiene derecho a recibir tras la liquidación de la cotitularidad. La *cuota* representa esta medida de la participación de cada coheredero[205].

---

[204] M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, cit., vol. V, p. 124; F. P. BLASCO GASCÓ, *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, cit., p. 38; L. DÍEZ-PICAZO; A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, cit., vol. IV, p. 512; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., vol. V, p. 98.

[205] Empleamos la definición de *cuota* ofrecida por J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección segunda. De la partición», cit., pp. 88 y 89.: *La cuota no es sino la expresión matemática de la concurrente titularidad de cada condueño, posición disponible (al contrario que la del* cotitular zur gesamten Hand*) y que no sólo señala el módulo de participación en caso de liquidación (como en la germánica) sino además la medida del disfrute, percepción de utilidades y participación en las cargas.* Si bien en esta definición se refiere a la cuota indivisa del condominio romano, también considera válida esta definición para la cuota hereditaria: *si esto es así* [se refiere a la definición de cuota anteriormente transcrita] *en la comunidad de una pluralidad de cosas en general, tanto más lo será en las comunidades dimanantes de un título universal, y especialmente en la resultante de una sucesión hereditaria.* Comparte esta idea de cuota, como medida del derecho de cada copartícipe, J. MIQUEL GONZÁLEZ, «Arts. 392 a 395», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, vol. V-2, Ed. Edersa, Madrid, 1985, pp. 13 y 60. En el mismo sentido, J. BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes en el derecho español*, Ed. Edersa, Madrid, 1954, p. 173.: *No es una parte* [el autor se refiere a la cuota] *del derecho, ni de la cosa, material o idealmente considerada. Y no es, por tanto, susceptible de ser objeto de propiedad. La cuota es, simplemente, la proporción, medida o razón, en virtud de la cual se limitan y armonizan recíprocamente los distintos derechos de propiedad; es decir, el índice de la*

1.2.2. La cuota hereditaria determina la responsabilidad del coheredero en las deudas hereditarias

El pasivo de la herencia, también denominado *deudas hereditarias*[206], lo comprenden las deudas propias del causante que no se hayan extinguido por su fallecimiento, así como las obligaciones causadas por la apertura de la sucesión[207], como son los gastos de entierro, funeral o los gastos que genera la realización de la partición hereditaria.

Los herederos responden ante los acreedores del causante o de la herencia según la proporción en la que participa del activo, es decir, en la medida de su cuota hereditaria[208]. Se considera equitativo que, así como un coheredero recibe una cantidad de bienes en la herencia, también debe asumir una parte equivalente del pasivo. De este modo, la participación de cada coheredero en el activo de la herencia tiene su contrapeso en el pasivo: si todos los coherederos reciben un valor igual en bienes de la herencia, deben contribuir en igual

proporción en el uso, disfrute, percepción de las utilidades, de las cargas, y, en definitiva, el valor representado por la cosa común, cuando la propiedad cesa.

[206] C. MINGORANCE GOSÁLVEZ, *El pago de las deudas hereditarias*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 32; Á. NÚÑEZ IGLESIAS, «Comentario a los arts. 1.082 y 1.083 CC», en A. CAÑIZARES LASO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 4.972. Como señalan estos autores, el concepto de *deudas hereditarias*, en sentido amplio, comprende tantos las deudas propias del causante como las deudas que origina la herencia. En sentido estricto, las *deudas hereditarias* son las que tenía el causante en vida y constituían el pasivo de su patrimonio, y las *cargas de la herencia*, las obligaciones originadas por su muerte, por la apertura de su sucesión y por el cumplimiento de su voluntad.

[207] Parar una relación detallada de estos gastos que provoca la herencia (*cargas de la herencia*), vid. T. RUBIO GARRIDO, *La partición de la herencia*, cit., pp. 257 y ss.El Código civil de Cataluña establece qué gastos se consideran *cargas de la herencia*: los gastos de última enfermedad, de entierro o incineración y de los demás servicios funerarios; los gastos de toma de inventario y de partición de la herencia, y las demás causadas por actuaciones judiciales, notariales o registrales hechas en interés común; los gastos de defensa de los bienes de la herencia, mientras ésta esté yacente; los gastos de entrega de legados, de pago de legítimas y de albaceazgo, y las demás de naturaleza análoga (art. 461-19 CCCat).

[208] F. P. BLASCO GASCÓ, *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, cit., p. 347; J. L. DE LOS MOZOS, «La partición...», cit., p. 230; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.085 CC», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. VI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 7.936; M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia...», cit., p. 512; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., vol. V, p. 102; C. MINGORANCE GOSÁLVEZ, *El pago de las deudas hereditarias*, cit., p. 67; J. J. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, cit., vol. III, p. 3.209.

proporción a saldar las deudas hereditarias; y si uno o varios coherederos reciben un mayor valor en bienes, deberán contribuir en mayor grado al pago de dichas deudas. En consecuencia, si ante la reclamación de un acreedor un coheredero ha pagado más de lo que le corresponde según su cuota hereditaria, podrá reclamar a los demás coherederos su parte proporcional[209].

1.2.3. La cuota hereditaria la establece el testador o la ley

La medida en la que participará cada coheredero en los beneficios y cargas de la herencia la establece el testador o en su defecto la ley. Una persona puede en testamento instituir herederas a varias personas por partes iguales o en partes desiguales. También cabe que el testador simplemente instituya varios herederos sin especificar partes, en cuyo caso el Código civil dispone que estas personas heredarán por partes iguales[210].

Si no se otorgó testamento o este deviene ineficaz, el Código civil establece qué personas heredarán según un orden de llamamientos, siendo los primeros en ser llamados a la herencia los hijos del causante por derecho propio y por partes iguales[211].

1.3. La partición hereditaria convierte la cuota del heredero en la titularidad exclusiva sobre bienes concretos

Como la cuota asignada a cada coheredero recae sobre el total de los bienes que conforman la herencia, es necesario contar con un mecanismo que

---

[209] *Art. 1.085, párr. 1º CCEsp:*
El coheredero que hubiese pagado más de lo que corresponda a su participación en la herencia podrá reclamar de los demás su parte proporcional.

[210] *Art. 765 CCEsp:*
Los herederos instituidos sin designación de partes heredarán por partes iguales.

[211] *Art. 930 CCEsp:*
La sucesión corresponde en primer lugar a la línea recta descendente.

Art. 932 CCEsp:
Los hijos del difunto le heredarán siempre por su derecho propio, dividiendo la herencia en partes iguales.

transforme jurídicamente esta cuota general en la titularidad exclusiva y ordinaria sobre bienes concretos. Este mecanismo es la *partición hereditaria,* cuya función el propio Código civil se encarga de tipificar, al establecer que mediante la partición los herederos adquieren la propiedad en exclusiva sobre los bienes que se le adjudican[212].

De manera que la partición transforma tanto el tipo de titularidad –de una titularidad compartida se pasa a una titularidad exclusiva– como el objeto de la titularidad –de una titularidad sobre todo el patrimonio hereditario se pasa a una titularidad sobre bienes concretos. La partición tiene la función de *especificar* los derechos ya adquiridos en el momento de la muerte del causante, los cuales no se encuentran concretados hasta la partición[213]. Tiene, en definitiva, un carácter

---

[212] *Art. 1.068 CCEsp:*
La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados.

M. L. ZAHÍNO RUIZ, «Comentario a la STS de 8 de marzo de 2001», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 57, 2001, p. 739.: *Es, en definitiva, un título o acto de configuración que transforma una comunidad germánica, en la que participan todos los coherederos, en la propiedad exclusiva de todos ellos sobre los bienes concretos que la componen, sobre la base de la necesaria correspondencia- ex arts. 1.069 y 1.073 CC- entre el valor de la cuota hereditaria en abstracto y los lotes que se forman.*

Ahora bien, es posible que los coherederos decidan ser copropietarios de un bien en común. En este caso, la partición de la herencia transformaría la cuota sobre la totalidad de la herencia en la titularidad de una cuota sobre una comunidad ordinaria (J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., vol. V, p. 107; J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección segunda. De la partición», cit., p. 73.).

[213] En la actualidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia en España respaldan ampliamente la tesis de la naturaleza determinativa o especificativa de la partición hereditaria: M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, cit., vol. V, p. 134; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Art. 1.068 CC», en *Comentario del Código Civil*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993; L. DÍEZ-PICAZO; A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, cit., vol. IV, p. 545; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.068 CC», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. VI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 7.798; J. L. LACRUZ BERDEJO; F. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 132; X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La comunidad hereditaria y la partición. Sus especies», en X. O'CALLAGHAN MUÑOZ (ed.) *La partición de la herencia*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 9; J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección segunda. De la partición», cit., pp. 91 y 447. La jurisprudencia admite esta tesis en la STS 286/2012, de 26 de enero (ECLI: ES:TS:2012:286) y la STS 167/1991, de 5 de marzo (ECLI: ES:TS:1991:16732). Como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, entre ellas la STS 287/2016, de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2016:1949): *Con la partición cesa la comunidad hereditaria y el derecho en abstracto de los comuneros (herederos, legatarios y, en su caso, legitimarios) se transforma en el derecho concreto sobre los bienes que le han sido adjudicados, conforme a la doctrina especificativa de la partición*

La naturaleza determinativa o especificativa de la partición se evidencia en la normativa registral. El art. 14 de la Ley Hipotecaria establece como requisitos para inscribir la adquisición de bienes

complementador o especificador del título que justifica la transmisión de los derechos, que es única y exclusivamente el de heredero.

1.4. La equivalencia entre el valor del lote adjudicado y la cuota hereditaria correspondiente al coheredero es una consecuencia lógica de la función de la partición hereditaria

Si la medida de lo que cada coheredero tiene derecho a recibir está determinada por su cuota respectiva, se le debe adjudicar un lote de bienes cuyo valor total sea acorde con dicha cuota. Esta cuota representa, en última instancia, la porción que le corresponde percibir en la herencia, ya sea establecida por testamento o por ley. Por tanto, es una consecuencia lógica que, en la partición hereditaria, el valor total de los bienes adjudicados a un coheredero sea *equivalente*[214] a la cuota tenida en cuenta como medida, dada la función especificativa que cumple la partición hereditaria en el proceso sucesorio.

1.5. Las definiciones de partición hereditaria ofrecidas por la doctrina española no mencionan la equivalencia como elemento definitorio de la partición

No obstante, las definiciones que la doctrina española ofrece sobre la partición hereditaria destacan más la existencia previa de una comunidad hereditaria, a la que la partición pone fin, que el hecho de que se repartan los bienes de conformidad con la cuota, aspecto que mayoritariamente se omite[215]. A continuación, transcribimos varios ejemplos de definiciones de partición hereditaria.

---

en el registro de la propiedad la presentación del título sucesorio y la escritura particional. En la partición se *determinan* las adjudicaciones concretas, como indica en su inciso final: p*ara inscribir bienes y adjudicaciones concretas deberán determinarse en escritura pública o por sentencia firme los bienes, o parte indivisa de los mismos que correspondan o se adjudiquen a cada titular o heredero, con la sola excepción de lo ordenado en el párrafo siguiente* (art. 14 LH, párr. 2º).

[214] El Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española define el término *equivalencia* como *igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o más cosas o personas* (RAE, «Diccionario de la lengua española. Edición del Tricentenario», fecha de consulta 26 abril 2023, en https://dle.rae.es/partición.).

[215] Así lo apreció P. ROBLES LATORRE, *La partición...*, cit., p. 11.

La más completa es la que la define como *acto jurídico, unilateral y plural necesario e irrevocable, de naturaleza declarativa, compuesto por un conjunto ordenado de operaciones verificadas sobre ciertas bases o supuestos de hecho o de derecho, y en el cual, después de determinarse el activo y el pasivo de la masa hereditaria y de proceder a su avalúo y liquidación, se fija el haber de cada partícipe, se divide el caudal partible y se adjudica cada lote de bienes formado a cada heredero respectivo, provocando la transformación de las particiones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto, en titularidades, concretas sobre bienes determinados*[216]. Otra definición extensa de partición es aquella que la considera como un *conjunto ordenado de operaciones giradas sobre ciertas bases, que son los supuestos de Hecho y de Derecho en que se funde la sucesión mortis causa en cada caso, mediante la descripción valorada de todos los bienes, derechos y obligaciones que forman el activo y el pasivo del patrimonio perteneciente al causante, tomando como punto de partida, en el tiempo, la fecha de su fallecimiento, la liquidación del caudal hereditario y la fijación del haber de cada uno de los partícipes llamados a la sucesión, con el fin de distribuir aquéllas entre los mismos, según el título que cada uno ostenta, aplicando o adjudicándoselos en cantidad suficiente para el completo pago de su dicho haber; y constituyendo, con ellos el acto translativo y declarativo, y justo título de su adquisición, para todos los efectos del Derecho*[217].

Una definición más resumida de partición hereditaria es la siguiente: *negocio jurídico que impide o pone fin a la comunidad hereditaria mediante la distribución entre los coherederos de las titularidades activas contenidas en la herencia*[218]. Otra definición breve es aquella que la define como el *negocio jurídico, unilateral o plurilateral, según los casos, que como resultado unitario de una serie de operaciones jurídico-matemáticas, liquida una herencia y pone fin a la comunidad de herederos, mediante la distribución entre ellos de las titularidades contenidas en el acervo hereditario*[219]. También aquella que la define como *acto*

[216] R. M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, cit., vol. II, p. 425.

[217] F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil...*, cit., vol. tomo VI-3, p. 1.923.

[218] F. SANCHO REBULLIDA, *Estudios...*, cit., p. 485.

[219] M. ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio mortis causa*, Edelce, Sevilla, 1951, p. 331.

o negocio jurídico que extingue el estado de indivisión y comunidad, atribuyendo bienes y derechos singulares a los coherederos. Sus cuotas se transforman en bienes concretos, desapareciendo totalmente la comunidad hereditaria, o transformándose en comunidad ordinaria[220].

1.6. Las modalidades de partición hereditaria

El Código civil español contempla cuatro modalidades de partición de la herencia, según quién sea el sujeto que la realice: la partición realizada por el propio testador (art. 1.056 CCEsp); la partición realizada por un contador-partidor, ya sea testamentario o dativo, esto es, nombrado por el propio causante o por los coherederos (art. 1.057 CCEsp); la partición realizada entre los propios herederos (art. 1.058 CCEsp); y la partición judicial (art. 1.059 CCEsp).

A estos cuatro tipos de partición hereditaria recogidos en el Código civil, se suma la partición realizada por un árbitro, ya sea por disposición expresa del testador o mediante acuerdo entre los coherederos en un convenio arbitral[221].

1.7. Las operaciones particionales

Dado que el Código civil no establece los pasos a seguir en la partición, la práctica ha llenado este vacío siguiendo la regulación de la división judicial de patrimonios contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La ausencia de una

---

[220] L. DÍEZ-PICAZO; A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, cit., vol. IV, p. 517.

[221] Arts. 10 y 11 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Cabe señalar que el laudo produce los efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabe ejercitar la acción de anulación, y en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes (art. 43 LA). Por este motivo el Tribunal Supremo ha rechazado la posibilidad de plantear la rescisión por lesión contra esta modalidad de partición [STS 404/2001, de 23 de abril, ECLI: ES:TS:2001:3276)]. No obstante, la doctrina distingue entre las figuras de *árbitro* y *arbitrador*. El *árbitro* interviene para dirimir una controversia o un conflicto pendiente entre las partes relativas, por ejemplo, a valoraciones de los bienes, operaciones de colación o alcance de ciertas disposiciones testamentarias. El *arbitrador,* por su parte, interviene sin que exista litigio para realizar las operaciones divisorias, como si se tratase de un contador-partidor. El laudo que dicte el *arbitrador* sí que puede ser impugnado por rescisión por lesión porque no nos encontramos ante un arbitraje propio con efectos de cosa juzgada (C. GARCÍA PÉREZ, *La rescisión de la partición hereditaria. Notas a los artículos 1073 a 1078 del Código Civil*, cit., p. 77.).

regulación específica del *iter* divisorio en el Código civil español es comprensible, ya que en el momento de su publicación en 1889, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 ya establecía los pasos a seguir en la partición hereditaria mediante el denominado *juicio de testamentaría*[222]. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 ha sustituido este juicio de testamentaría por el *procedimiento para la división de la herencia*[223]. Según la vigente ley procesal, el contador encargado de realizar la partición debe llevar a cabo las operaciones divisorias de inventario, avalúo, liquidación, división y adjudicación[224], las cuales analizaremos a continuación.

1.7.1. El inventario

La primera operación particional consiste en la realización de un inventario de los bienes, derechos y obligaciones que componen la herencia del causante. El inventario consiste en elaborar una relación o enumeración de los bienes hereditarios, describiéndolos o detallándolos de manera que puedan ser suficientemente individualizados e identificados. Al realizar el inventario, también se detallan las cargas y gravámenes reales de estos bienes, así como las deudas propias del causante que no se hayan extinguido por su fallecimiento y las obligaciones causadas por la apertura de la sucesión, para luego proceder a deducirlas del activo al realizar la liquidación de la herencia[225].

---

[222] Arts. 1.036 a 1.100 LEC 1881.

[223] El procedimiento para realizar la partición judicial está establecido en la secc. 1ª (Del procedimiento para la división de la herencia), Capítulo I (De la división de la herencia), Título II (De la división judicial de patrimonios), Libro IV (De los procesos especiales) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, arts. 782 a 789 LEC.

[224] *Art. 786 LEC. Práctica de las operaciones divisorias.*
1. El contador realizará las operaciones divisorias con arreglo a lo dispuesto en la ley aplicable a la sucesión del causante; pero si el testador hubiere establecido reglas distintas para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, se atendrá a lo que resulte de ellas, siempre que no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos. Procurará, en todo caso, evitar la indivisión, así como la excesiva división de las fincas.
2. Las operaciones divisorias deberán presentarse en el plazo máximo de dos meses desde que fueron iniciadas, y se contendrán en un escrito firmado por el contador, en el que se expresará:
1.º La relación de los bienes que formen el caudal partible.
2.º El avalúo de los comprendidos en esa relación.
3.º La liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes.

[225] Á. GALVÁN GALLEGOS, «Operaciones particionales», en X. O'CALLAGHAN MUÑOZ (ed.) *La partición de la herencia*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 302 a 304; T. RUBIO GARRIDO, *La partición de la herencia*, cit., p. 166; F. SANCHO REBULLIDA, *Estudios...*, cit., p. 575; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama...*, cit., vol. II, p. 848. También

1.7.2. El avalúo

Una vez inventariados los bienes relictos, se les asigna un valor en dinero a cada uno, en una operación denominada avalúo. El criterio de valoración y la elección del momento de referencia para determinar su valor deben ser idénticos para todos los bienes, pues el empleo de diferentes criterios valorativos (como por ejemplo, diferentes fechas para la valoración) quiebra el principio de igualdad en la distribución, lo que conlleva la nulidad de la partición[226]. Por lo general, el criterio a seguir en la valoración de los bienes suele ser el valor de mercado o el que establece la legislación tributaria[227]. La opinión unánime de la doctrina y la jurisprudencia sostiene que el momento de la valoración debe ser el de la partición de los bienes, ya que es el momento en que el Código civil establece, en su art. 1.074 CCEsp, el cálculo del valor de lo adjudicado a efectos de la rescisión por lesión[228].

---

hay que incluir en el inventario el valor, al tiempo de la partición, de los bienes donados por el causante en vida de este, tanto para el cómputo de las legítimas y la posible reducción de las donaciones que resulten inoficiosas, como para que, al hacer la partición, el heredero forzoso tome de menos de la masa cuanto ya hubiera recibido como donación colacionable (arts. 818 y 1.045 CCEsp).

[226] Así lo declara el Tribunal Supremo en numerosas sentencias. Por ejemplo, en la STS 323/2014, de 6 de junio (ECLI:ES:TS:2014:2398) y en la STS 954/2005, de 14 de diciembre (ECLI:ES:TS:2005:7532).

[227] T. RUBIO GARRIDO, *La partición de la herencia*, cit., pp. 277 y 278; M. SÁNCHEZ MORENO, «Capítulo III. Aspectos notariales de la sucesión», en J. ALVENTOSA DEL RÍO, M.E. COBAS COBIELLA (eds.) *Derecho de Sucesiones*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 730; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama...*, cit., vol. II, p. 851.

[228] M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, cit., vol. V, p. 170; L. DÍEZ-PICAZO; A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, cit., vol. IV; Á. GALVÁN GALLEGOS, «Operaciones particionales», cit., p. 305; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., vol. V, p. 115; T. RUBIO GARRIDO, *La partición de la herencia*, cit., p. 273; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama...*, cit., vol. II, p. 852., y en la jurisprudencia, entre otras, la STS 954/2005, de 14 de diciembre (ECLI:ES:TS:2005:7532); STS 750/2005, de 21 octubre (ECLI:ES:TS:2005:6419). En la jurisprudencia menor, SAP Barcelona, secc. 16ª, núm. 267/2019, de 17 de junio (ECLI:ES: APB:2019:9359); SAP Ourense, secc. 1ª, núm. 311/2004, de 20 de abril (ECLI:ES: APOU:2005:301); SAP Asturias, secc. 5ª, núm. 426/2012, de 14 de noviembre (ECLI:ES: APO:2012:3163).

1.7.3. La liquidación

La operación de liquidación consiste en el pago de las deudas particulares del difunto, los gastos de funerales y entierro, y los gastos de la propia partición hechos en interés común de todos los coherederos. Con ello, se deduce el pasivo del activo bruto de la herencia, quedando así el activo neto o remanente de bienes que se van a dividir[229].

1.7.4. La división: la regla de la igualdad cualitativa en la formación de los lotes

El reparto de los bienes se realiza mediante la formación de lotes o hijuelas con los bienes relictos, que después serán atribuidos a los diferentes herederos. El Código civil establece dos reglas en relación con la formación de lotes. La primera regla supone que *cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero* (art. 1.062, párr. 1º CCEsp). De esta manera, el Código pretende evitar la excesiva división de un bien y, con ello, mantener su valor, así como prevenir la constitución de nuevas comunidades sobre dichos bienes[230].

La segunda regla consiste en que *en la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie* (art. 1.061 CCEsp). La

[229] M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, cit., vol. V, p. 167.Á. GALVÁN GALLEGOS, «Operaciones particionales», cit., p. 306; T. RUBIO GARRIDO, *La partición de la herencia*, cit., p. 299; M. SÁNCHEZ MORENO, «Capítulo III. Aspectos notariales de la sucesión», cit., p. 733.

[230] M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, cit., vol. V, pp. 171 y 172; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., vol. V, p. 116.

doctrina[231] y la jurisprudencia[232] interpretan que este precepto establece una regla de *igualdad cualitativa* en la formación de los lotes, que consiste en procurar que cada lote contenga una proporción igual de bienes de cada clase: bienes muebles o inmuebles, y derechos de crédito. No obstante, el Tribunal Supremo ha declarado[233] que esta regla es facultativa para las particiones realizadas por el testador o por los herederos mayores de edad, pero no tanto para las realizadas por contador-partidor[234], considerándola una recomendación subordinada a la posibilidad de cumplirla según la naturaleza de los bienes de la herencia. Su incumplimiento solo puede ser motivo de nulidad si la desigualdad en la formación de los lotes es suficiente relevante, como cuando en un lote se integran todos los bienes inmuebles de gran rentabilidad y en otro, bienes litigiosos, con lindes dudosas o sin rentabilidad[235].

---

[231] L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., p. 36; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.061 a 1.066 CC», en *Comentario del Código Civil*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 2.500; J. L. DE LOS MOZOS, «La partición...», cit., p. 217; A. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario al art. 1.061 CC», en A. CAÑIZARES LASO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 4.886; P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Art. 1.061 CC», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, 5ª ed., Thomson Reuters/Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 1.355; J. J. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, cit., vol. III, p. 2.944.

[232] STS 1202/2006, de 23 de noviembre (ECLI:ES:TS:2006:7282), STS 1093/2006, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS:2006:7778),STS 1490/2023, de 24 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4538), STS 379/2011, de 26 de mayo (ECLI:ES:TS:2011:3150).

[233] Así lo declara, por ejemplo, en la STS 845/2005, de 2 de noviembre (ECLI:ES:TS:2005:6681), la STS 458/2020, de 28 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2502) y en la STS 1115/2004, de 25 de noviembre (ECLI:ES:TS:2004:7677).

[234] A. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario al art. 1.061 CC», cit., p. 4.887; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.061 CC», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. VI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 7.757; M. ESPEJO RUIZ, *La partición realizada por contador partidor testamentario*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, p. 181; P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Art. 1.061 CC», cit., p. 1.356; «Art. 1.061 CC», cit.; J. J. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, cit., vol. III, p. 2.946.

[235] La STS 1115/2004, de 25 noviembre (ECLI:ES:TS:2004:7677) declaró al respecto que *el artículo 1061 tiene un carácter facultativo y no imperativo, pues la formación de lotes depende de las circunstancias de cada caso sin que sea precisa una igualdad matemática y absoluta, sin embargo ello no puede significar, y sería contrario al espíritu que preside el Código Civil con relación a la partición de la herencia, que al cobijo de esa facultad se formen lotes absolutamente desproporcionados respecto a las fincas que los integran, como ocurre en el presente supuesto.*

1.7.5. La adjudicación

Una vez que los bienes se han dividido en lotes, estos se atribuyen a los coherederos. La adjudicación a cada uno de los coherederos puede ser determinada por el testador, un contador-partidor o los propios coherederos. Si éstos no llegan a un acuerdo sobre a quién atribuir cada lote, en la práctica se suele recurrir al sorteo[236]. Así mismo, el Código Civil establece disposiciones sobre la entrega de los documentos de propiedad al coheredero que se ha adjudicado los bienes[237].

2. El concepto de partición hecha por el testador

Según la sistemática del Código civil, cuando los coherederos aceptan simultáneamente una misma herencia, deben proceder necesariamente a realizar la partición hereditaria para convertir jurídicamente su cuota en la titularidad exclusiva y ordinaria sobre bienes concretos de la herencia.

Es posible que los coherederos no lleguen a un acuerdo sobre cómo llevar a cabo la partición, lo que puede dar lugar a conflictos durante la situación de comunidad hereditaria. El futuro causante puede para ello imponer una serie de reglas o directrices que deban ser observadas por el sujeto que realice la futura partición, las denominadas *normas particionales*[238]. Por ejemplo, el testador puede ordenar que se incluya un bien determinado en el lote de un coheredero en particular, establecer el recurso necesario o no a la subasta o al sorteo, o

---

[236] J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección segunda. De la partición», cit., p. 398.

[237] *Art. 1.065 CCEsp: Los títulos de adquisición o pertenencia serán entregados al coheredero adjudicatario de la finca o fincas a que se refieran*.

Art. 1.066 CCEsp:
Cuando el mismo título comprenda varias fincas adjudicadas a diversos coherederos, o una sola que se haya dividido entre dos o más, el título quedará en poder del mayor interesado en la finca o fincas, y se facilitarán a los otros copias fehacientes, a costa del caudal hereditario. Si el interés fuere igual, el título se entregará, a falta de acuerdo, a quien por suerte corresponda.
Siendo original, aquel en cuyo poder quede deberá también exhibirlo a los demás interesados cuando lo pidieren.

[238] Los arts. 786.1 y 795 LEC aluden a estas normas particionales. El Código civil catalán las denomina *reglas vinculantes* (art. 464-4.1 CCCat).

dictar el orden de prelación de unos u otros herederos para determinadas adjudicaciones de fincas o empresas familiares. Estas normas particionales no evitan la formación de una comunidad hereditaria en la apertura de la sucesión, ni transmiten directamente la propiedad de los bienes al heredero que acepta la herencia[239]. Su efecto es vincular a los herederos o, en su caso, al contador-partidor, de manera que al realizar la partición deben tener en cuenta las instrucciones impartidas por el causante[240].

El futuro causante también puede realizar la partición de su futura herencia por sí mismo[241], para prevenir posibles desacuerdos y conflictos[242], tal y como lo permite el Código civil. De esta manera, tras su fallecimiento, a diferencia de las normas particionales, no se crea una comunidad hereditaria y los coherederos adquieren automáticamente la titularidad ordinaria y exclusiva sobre los bienes adjudicados, sin necesidad de recurrir a una posterior partición.

[239] C. M. DÍEZ SOTO, «La partición realizada por el propio testador en el Código Civil», en F. BLASCO, M. CLEMENTE, J. ORDUÑA, L. PRATS, R. VERDERA (eds.) *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, vol. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 884.

[240] M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Art. 1.056 CC», cit. No obstante, la cuestión de la vinculación de los coherederos no está tan clara, como afirma C. M. DÍEZ SOTO, «La partición», cit., p. 884. En el derecho civil italiano, las reglas para la partición establecidas por el testador no vinculan si provocan que el valor de los bienes efectivamente adjudicados a un coheredero no se corresponda con el valor de su cuota hereditaria (art. 733, párr. 1º CCIt).

[241] Existen numerosas obras doctrinales dedicadas a la partición del testador. Aquellas que con mayor frecuencia hemos consultado son: M. ALBALADEJO GARCÍA, «Dos aspectos...», cit.; J. L. DE LOS MOZOS, «La partición...», cit.; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.056 CC», cit.; M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia...», cit.; C. SANCIÑENA ASURMENDI, *La partición hecha por el testador*, cit.; J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección segunda. De la partición», cit.

[242] La doctrina señala que el motivo principal que impulsa al testador a realizar personalmente la partición es evitar los conflictos y gastos que surgen de la situación de comunidad hereditaria y la realización de la partición hereditaria: M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, cit., vol. V, p. 145; M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia...», cit., p. 495; C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *Partición y Registro de la Propiedad. Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, cit., p. 23; C. SANCIÑENA ASURMENDI, *La partición hecha por el testador*, cit., p. 11. También se indica que el testador es quien mejor conoce las aptitudes de herederos y legatarios y la utilidad y entidad de los bienes que posee: J. L. LACRUZ BERDEJO; F. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 169.

2.1. El sujeto activo de la partición: el testador

El Código civil español se refiere a la partición hereditaria hecha por el testador en tres preceptos: los arts. 1.056, 1.070,1º y 1.075 CCEsp. El art. 1.056 CCEsp ordena en su primer párrafo[243] respetar la partición hecha por el *testador* siempre que no conculque la legítima. El art. 1.070, 1º CCEsp[244] excluye la responsabilidad entre los coherederos por evicción de los bienes adjudicados, cuando la partición ha sido realizada por el *testador*. Finalmente, como ya sabemos, el art. 1.075 CCEsp[245] establece la prohibición de la rescisión por lesión en este tipo de partición.

Como se aprecia en estos preceptos, el Código civil emplea el término *testador* para referirse al sujeto activo de la partición hereditaria a la que cada precepto se refiere. De manera que sólo el testador puede partir su herencia[246],

---

[243] *Art. 1.056, párr. 1º CCEsp:*
Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.

El segundo párrafo del art. 1.056 CCEsp permite que el testador pueda ordenar al heredero el pago de la legítima en metálico al resto de herederos legitimarios, incluso con dinero extrahereditario, con el fin de evitar la división de una empresa o explotación económica.

[244] *Art. 1.070 CCEsp:*
La obligación a que se refiere el artículo anterior [saneamiento por evicción de los bienes adjudicados] *sólo cesará en los siguientes casos: 1.º Cuando el mismo testador hubiese hecho la partición, a no ser que aparezca, o racionalmente se presuma, haber querido lo contrario, y salva siempre la legítima.*

[245] *Art. 1.075 CCEsp:*
La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador.

[246] M. ALBALADEJO GARCÍA, «Dos aspectos...», cit., p. 924; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Art. 1.056 CC», cit., p. 2.477; J. L. DE LOS MOZOS, «La partición...», cit., p. 176; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.056 CC», cit., p. 7.627 y 7.628; J. L. LACRUZ BERDEJO; F. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 170; A. RODRÍGUEZ ADRADOS, «La partición hecha por el testador», cit., p. 220; J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección segunda. De la partición», cit., p. 129.

En la jurisprudencia, STS 6 de marzo de 1945 (RJ 1945/272), 6 de mayo de 1953 (RJ 1953/1631), 29 de octubre de 1960 (RJ 1960/3447) y 28 de junio de 1961.Es común encontrar en las obras doctrinales la cita de la STS de 6 de marzo de 1945 (RJ 1945,272) cuyo ponente fue D. J. Castán Tobeñas: *Séptimo: Que la doctrina científica patria más generalizada, acomodándose a los precedentes de nuestro Derecho y fundándose, entre otras consideraciones, en la del lugar que la regulación de la partición hecha por el testador ocupa en el Código y la de la dicción de éste, referida premeditadamente al testador (no al difunto , como decía el artículo 899 del proyecto de 1851), entiende, en el sentido expuesto, que se trata en esencia de una pura división hereditaria,*

limitándose esta modalidad de partición a la sucesión testamentaria. Se requiere que exista un testamento, anterior, coetáneo o posterior a la partición en el que el causante disponga quienes serán sus herederos y, en su caso, establezca las cuotas hereditarias de cada uno. No obstante, pese a ser esta la interpretación unánime en la doctrina y la jurisprudencia actuales, también se ha defendido que el futuro causante pueda realizar la partición de sus bienes en una sucesión intestada, es decir, que cualquier causante, y no solo el testador, puede realizar la partición de sus bienes en un documento extratestamentario[247]. Pero cabe indicar que esta posición es muy minoritaria en la actualidad, pues se entiende que al ser la partición un complemento o consecuencia de la institución en cuotas hereditarias, necesariamente tiene que existir un documento que las contenga, y que este documento, en el sistema del Código civil, no puede ser otro que el testamento. Por tanto, la mera existencia de un documento inter vivos con contenido particional, incluso cuando hubieran aceptado el mismo los herederos, carece de efectos, si no se acompaña de un testamento[248].

2.2. Las formalidades externas de la partición hereditaria del testador: la partición testamentaria y la partición extratestamentaria

El art. 1.056, párr. 1º CCEsp dispone que el testador puede realizar la partición en un *acto entre vivos o de última voluntad.* El precepto no plantea correctamente la distinción, pues ambos términos pertenecen a clasificaciones distintas: al acto

la cual, aunque pueda revestir dos formas, implica siempre un acto de última voluntad. Octavo: Que siguiendo esa misma orientación la doctrina de esta Sala tiene declarado: que la facultad que concede el artículo 1056 supone y requiere un testamento previo o ulterior en el que se disponga o se exprese el deseo de atemperarse a las normas de la ley, o sean las de la sucesión intestada (Sentencias de 13 de junio de 1903 y 6 de marzo de 1917).

[247] D. DE BUEN, «Notas al Curso elemental de Derecho civil», en *Curso elemental de derecho civil*, 2ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1941, p. 434; R. M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, cit., vol. II, p. 434. consideran que esta posibilidad es válida si la partición se realiza entre quienes serían los sucesores legales del futuro causante. Una postura más extrema es la que defiende R. MARÍN LÁZARO, «La partición de la herencia hecha por acto inter vivos», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1944, pp. 213 y ss., para quien ni siquiera es necesario que el futuro causante se atenga a dicho llamamiento legal, ya que puede instituir herederos también en la misma partición.

[248] R. GUILLÉN CATALÁN, «Capítulo VI. La empresa familiar: su planificación testamentaria como instrumento de conservación», en J. ALVENTOSA DEL RÍO, M.E. COBAS COBIELLA (eds.) *Derecho de Sucesiones*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 860.

entre vivos se contrapone el de *mortis causa*; y al acto de *última voluntad* se le contrapone el que no es de última voluntad[249].

La clasificación entre negocios *inter vivos* y *mortis causa* atiende a la finalidad que se pretende conseguir con la realización del negocio: un negocio *mortis causa* es aquel cuyo objeto o fin es regular el destino de las relaciones jurídicas, derechos y obligaciones que deja una persona al fallecer, y a causa de su muerte (por ejemplo, la institución de heredero). Los negocios *inter vivos*, por exclusión, son todos los demás que no sean *mortis causa* (por ejemplo, una donación).

La segunda clasificación entre actos de *última voluntad* y los que no lo son, atiende a la posibilidad de que las disposiciones contenidas en el acto puedan ser derogadas, alteradas o sustituidas por otras en cualquier momento hasta que muera el disponente. En nuestro ordenamiento jurídico esta posibilidad solo se admite en el testamento, que constituye básicamente el único acto de última voluntad. En los actos que no son de última voluntad (el contrato es el más frecuente) la voluntad del disponente queda vinculada y éste ya no puede modificar sus disposiciones, salvo por acuerdo con la otra parte contratante.

La dicotomía que plantea el art. 1.056, párr. 1º CCEsp entre acto *entre vivos* y *de última voluntad*, como las dos maneras en que el testador puede realizar la partición de sus bienes, no se refiere a la causa que motiva su realización, ya que, lógicamente, el testador realiza la partición hereditaria en previsión de su muerte y de que su patrimonio se convierta en herencia: la partición hereditaria siempre es un acto *mortis causa*. Por ello la doctrina, en una interpretación correctora, entiende que la distinción que efectúa el precepto se refiere a la forma externa del acto en que se realiza la partición: la partición en acto *de última voluntad* se contiene en un testamento; y la partición en acto *entre vivos* se realiza en un documento extratestamentario, ya sea público o privado, sin las

[249] M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia...», cit., pp. 520 y 521., a quien seguimos en la explicación.

formalidades exigidas para un testamento[250]. Cabe señalar que también se admite la validez de una partición realizada por el testador de manera verbal, a pesar de los problemas de prueba que conlleva, y de la imposibilidad de su acceso al registro de la propiedad en caso de comprender algún bien inmueble. A pesar de estos inconvenientes, su realización en la práctica no parece extravagante y pueden encontrarse casos de su realización en las resoluciones judiciales[251].

De la combinación de la necesidad, por imperativo legal, de que exista un testamento donde se contenga la institución de herederos, y de la posibilidad también legal de que la partición pueda incluirse en un documento público o privado, podemos extraer las siguientes opciones: que la partición hereditaria se realice en el mismo testamento; o que la partición hereditaria se realice fuera del testamento, ya sea en documento público o en un documento privado. En este caso de partición extratestamentaria, el testamento puede ser anterior o posterior al acto particional[252].

---

[250] Si bien esta es la interpretación dominante en la doctrina y la jurisprudencia actuales, el empleo de estos términos técnicamente incorrectos ha dado lugar a diversas interpretaciones. Para un análisis de las mismas vid. F. SANCHO REBULLIDA, *Estudios...*, cit., p. 524 a 531.

[251] Como en la SAP Teruel, secc. 1ª, núm. 156/1997, de 22 de noviembre (ECLI: ES: APTE:1997:20): *Estima la Sala que al menos de forma oral y real se realizaron las oportunas operaciones particionales, no documentadas, al parecer, pero no por ello menos reales, defectivas (sic) y válidas, dado que no debemos olvidar que la denominada partición es un negocio jurídico, cuyo carácter constitutivo, declarativo o mixto sigue siendo tema de discusión doctrinal pero que; como tal negocio jurídico, a no se sustrae a las reglas generales o principios informadores de las de carácter contractual y, en concreto, los de autonomía de la voluntad y el de libertad de forma, no siendo la documentación pública o privada requisito constitutivo del mismo y sí solo, cómo lo es en la generalidad de los casos en nuestro Derecho, un mero y simple requisito "ad probationem" y no "ad solemnitatem", lo que nos lleva" a estimar que las operaciones orales y prácticamente realizadas fueron válidas y se concretaron en la adjudicación de bienes determinados a los distintos herederos.*

La SAP Ourense, secc. 1ª, núm. 57/2014, de 25 de febrero (ECLI:ES:APOU:2014:97) también conoce de una partición realizada verbalmente por parte de la testadora, y declara al respecto: *No es preciso que la partición hereditaria conste por escrito pues es suficiente que la misma se muestre por cualquiera de los medios admitidos en derecho.*

[252] M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Art. 1.056 CC», cit.; M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia...», cit., p. 509; J. L. LACRUZ BERDEJO; F. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 170.

2.3. El contenido de la partición del testador

2.3.1. El testador solo puede partir los bienes que sean de su propiedad

El art. 1.056 CCEsp, al conceder al testador la facultad de realizar la partición (*cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella…*), le permite partir *sus bienes*. En consecuencia, dados los términos del precepto, le que queda vedada la posibilidad de que incluya en los lotes bienes o derechos de los que no sea titular[253]. La inclusión de un bien ajeno producirá la nulidad de la partición realizada por el testador[254].

Ahora bien, la pertenencia de un bien al testador se determina en el momento de su fallecimiento[255], dado que la partición, por su propio carácter mortis causa, se realiza pensando en los bienes que puedan pertenecer al causante al morir. En consecuencia, si el testador adjudica un bien que no es de su propiedad en el

---

[253] STS 939/1988, de 7 de diciembre (ECLI:ES:TS:1988:12134): *…la partición que, como una más de las clases o formas de partición hereditaria, puede hacer el propio testador, conforme al artículo 1056 del mismo Código Civil, presupone necesariamente, como requisito condicionante de la validez y eficacia de la misma, que se refiera a bienes que formen parte del patrimonio del testador que la hace, como exige expresamente el citado precepto cuando habla de «la partición de sus bienes», sin que, por tanto, pueda referirse o comprender bienes que no sean de su pertenencia, como ya tiene declarado esta Sala.*

En el mismo sentido, la STS 120/1997, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:1997:1238) y la STS 210/1991, de 18 de marzo (ECLI:ES:TS:1991:1641)

[254] STS 367/1985, de 5 de junio (ECLI:ES:TS:1985:1907); STS 210/1991, de 18 de marzo (ECLI:ES:TS:1991:1641); STS 805/1998, de 7 de septiembre (ECLI:ES:TS:1998:5075); STS 508/1999, de 8 de junio (ECLI:ES:TS:1999:4050).

No obstante, el Tribunal Supremo, en la STS 1186/1998, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:1998:7792), admitió que los cónyuges casados en régimen de gananciales puedan realizar en un mismo documento la partición de todos sus bienes, tanto gananciales como privativos, cuando sus respectivos testamentos sean iguales.
Sobre la problemática que genera la inclusión de bienes gananciales en la partición hecha por el testador y una exposición completa del estado de la cuestión, vid. C. SANCIÑENA ASURMENDI, *La partición hecha por el testador*, cit., p. 185 a 206.

[255] J. M. ABELLA RUBIO, «La partición extrajudicial. Partición hecha por el testador», en X. O'CALLAGHAN MUÑOZ (ed.) *La partición de la herencia*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 144; J. L. DE LOS MOZOS, «La partición...», cit., p. 214; C. M. DÍEZ SOTO, «La partición», cit., p. 881; J. J. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, cit., vol. III, p. 2.889; T. RUBIO GARRIDO, *La partición de la herencia*, cit., p. 464.

lote de un coheredero cuando realiza la partición, esta disposición será válida siempre y cuando el testador adquiera la titularidad de dicho bien después de efectuar la partición, de manera que, al momento de su fallecimiento, ya sea su propietario.

2.3.2. No es necesario que la partición incluya todos los bienes del testador

La partición del testador no necesariamente debe contemplar todos sus bienes, ya sea porque así lo dispuso el testador o porque su patrimonio se amplió después de realizarla, de manera que, al momento de su fallecimiento, existan nuevos bienes no contemplados expresamente en la partición[256]. En estos casos, la partición hecha por el testador deberá completarse mediante la realización de una partición adicional que únicamente contemple los objetos o valores omitidos.

2.3.3. No es necesario que el testador realice todas las operaciones particionales

No es necesario que la partición hecha por el testador comprenda las operaciones de inventario, avalúo y liquidación[257]. No obstante, para que la partición hecha por el testador pueda acceder al registro de la propiedad, es

[256] M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, cit., vol. V, p. 143; F. P. BLASCO GASCÓ, *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, cit., p. 330; M. CARBALLO FIDALGO, «Art. 1.056 CC», cit., p. 1.663; J. L. DE LOS MOZOS, «La partición...», cit., p. 233; C. M. DÍEZ SOTO, «La partición», cit., p. 883; J. J. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, cit., vol. III, p. 2.888; C. SANCIÑENA ASURMENDI, *La partición hecha por el testador*, cit., p. 79.; en la jurisprudencia, la STS 1014/2008, de 4 de noviembre, (ECLI:ES:TS:2008:5814).

[257] Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública núm. 12449/2014, de 1 agosto de 2012 (RJ 2012,10381); Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública núm. 13087/2012, de 12 septiembre de 2012 (RJ 2012,10954). La doctrina ya había considerado que en esta modalidad de partición no era necesario realizar todas las operaciones particionales. Como explica J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección segunda. De la partición», cit., p. 143.: *Naturalmente que, para esa división testamentaria, el testador tendrá en su mente al efectuarla el inventario del activo y del pasivo de su haber y debe, así como los correspondientes avalúos; pero no es necesario que los detalle y ni siquiera que los consigne.*

necesario que los herederos declaren si existen deudas de la herencia. En caso afirmativo, todos los coherederos deben proceder a efectuar su liquidación[258].

2.4. La naturaleza jurídica de la partición del testador

2.4.1. ¿Se trata de una verdadera partición hereditaria?

La partición hecha por el testador, además de no requerir que incluya las operaciones de inventario, avalúo y liquidación, tiene la particularidad de no poner fin a una comunidad hereditaria previa[259]. En efecto, cuando el testador realiza él mismo la partición, no se creará una comunidad hereditaria en el momento de su fallecimiento porque los coherederos que acepten la herencia adquirirán automáticamente la titularidad ordinaria y exclusiva sobre los bienes adjudicados, con efectos que se retrotraen al momento del fallecimiento del testador.

Esta falta de comunidad a la que la partición ponga fin, puede suscitar la cuestión de si la partición hecha por el testador constituye una verdadera partición hereditaria[260], teniendo en cuenta que las definiciones de partición hereditaria que ofrece la doctrina recogen el hecho de que la partición pone fin a una

[258] Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública núm. 1193/2014, de 8 enero de 2014 (RJ 2014,1542), en relación con la STS 493/1986, de 21 de julio (ECLI:ES:TS:1986:4463). Critican este criterio C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *Partición y Registro de la Propiedad. Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, cit., p. 22; C. SANCIÑENA ASURMENDI, *La partición hecha por el testador*, cit., p. 37., quienes entienden que supone una sobreprotección de los acreedores de la herencia y una extralimitación de las funciones del registro.

[259] Como apunta C. SANCIÑENA ASURMENDI, *La partición hecha por el testador*, cit., p. 12., la partición hecha por el testador no constituye técnicamente una partición hereditaria, pues carece del carácter de *partición* al no haber una comunidad, y de la cualidad de *hereditaria*, dado que cuando el testador elabora en vida la partición no hay herencia ni herederos. Entiende F. P. BLASCO GASCÓ, *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, cit., p. 330. que, en realidad, más que ante una partición en sentido estricto, nos hallamos ante un acto de adjudicación, distribución o atribución de bienes.

[260] A. ORTÍ VALLEJO, «Las facultades de disposición “mortis causa” de bienes gananciales», *Anuario de Derecho Civil*, nº 3, 1989, p. 675. considera que realmente no se trata de una verdadera partición, porque falta el *prius* para que pueda hablarse de tal, que es la existencia de una comunidad entre los herederos.

comunidad hereditaria[261]. El propio Código civil español presupone que la partición hereditaria es el medio habitual de poner fin a la comunidad hereditaria, ya que inicia su regulación de la partición hereditaria afirmando que *ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia* (art. 1.051 CCEsp).

2.4.2. Es una verdadera partición porque realiza su función típica: la conversión de la cuota hereditaria en la titularidad exclusiva sobre bienes concretos del activo hereditario

El hecho de que la partición hereditaria realizada por el testador no ponga fin a una situación de comunidad previa no impide que la doctrina y la jurisprudencia la consideren una verdadera partición[262]. Como ha señalado algún autor[263], un propietario de una finca puede dividirla en diversas fincas para luego vender cada una a distintas personas, y este acto se considera una división aunque no exista ningún bien en común.

Por otro lado, el hecho de que los coherederos adquieran automáticamente la propiedad exclusiva sobre los bienes incluidos en sus respectivos lotes no significa que la idea de cuota hereditaria sea inútil en la partición hecha por el testador. Se ha indicado anteriormente que la cuota hereditaria determina la medida de la participación de cada coheredero en la herencia, tanto en el activo como en el pasivo. Por ello, la cuota conserva en todo caso su eficacia para determinar la medida en la que los coherederos se repartirán los bienes del

---

[261] Vid. supra p. 102.

[262] M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, cit., vol. V, p. 140; J. L. DE LOS MOZOS, «La partición...», cit., p. 195; M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia...», cit., p. 511; F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil...*, cit., vol. tomo VI-3, p. 1988. Como afirman L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., p. 112; L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, cit., vol. IV, p. 116., la partición efectuada por el testador no es sino una categoría de la partición en general.

[263] J. L. DE LOS MOZOS, «La partición...», cit., p. 196.

causante que puedan aparecer con posterioridad, así como para establecer la medida en que cada coheredero debe responder de las deudas hereditarias[264].

La partición hecha por el testador se considera una verdadera partición porque realiza su función típica, esto es, la conversión de la cuota en la titularidad exclusiva sobre bienes concretos del activo hereditario[265]. Su función es la misma que en el resto de modalidades de partición: la conversión de la cuota hereditaria en la titularidad exclusiva sobre bienes concretos de la herencia. En este sentido, el Código civil tipifica la función de la partición hereditaria[266], que consiste en la atribución a cada coheredero la propiedad de bienes hereditarios, sin distinguir si ha sido realizada por los coherederos, por el contador-partidor, por el juez o por el propio testador. Esta función es común en todas las modalidades de partición, y por ello tanto la doctrina como la jurisprudencia no diferencian entre las modalidades de partición cuando afirman su carácter complementador o especificador del título que justifica la transmisión de los derechos, que es única y exclusivamente el de heredero.

---

[264] M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia...», cit., p. 512.: *La idea de cuota conserva en todo caso su eficacia en varios aspectos: como criterio para respetar, en el aspecto interno, la responsabilidad por deudas si se trata de herederos y las deudas no han sido especialmente puestas a cargo de ninguno de ellos, para dividir los bienes que después aparezcan, etc.*

[265] J. L. DE LOS MOZOS, «La partición...», cit., p. 196; M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia...», cit., p. 512.

Como declara el Tribunal Supremo en la STS 1186/1998, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:1998:7792): *Ha de tenerse en cuenta que el artículo 1056 del Código Civil admite, como una de las formas posibles de hacer la partición, la que de sus propios bienes realice el testador en su testamento (como la hicieron los dos padres en sus dos aludidos e idénticos testamentos simultáneos) y a la que atribuye fuerza vinculante -"se pasará por ella", dice el precepto-, siendo indudable que sus efectos son los mismos que si se tratara de partición judicial o de partición extrajudicial, practicadas por los propios herederos o por albaceas o contadores-partidores, es decir, sus efectos (dice textualmente la sentencia de esta Sala de 21 de Julio de 1986) son los de conferir a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados, ello, claro es, sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo 1075, en relación con el 1056, ambos del Código Civil, concede a los herederos forzosos en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o de que aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador.*

[266] *Art. 1.068 CCEsp:*
La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados.

2.4.3. La institución de herederos y la existencia de cuotas hereditarias distinguen la partición hecha por el testador de la distribución de toda la herencia mediante legados

La institución de varias personas como herederas y la existencia de cuotas hereditarias como medida de la partición de cada una de estas personas en la herencia constituyen los dos aspectos que distinguen la partición hecha por el testador de la distribución de toda la herencia mediante legados[267], otra figura que también consigue el mismo resultado distributivo que la partición (la adquisición de la titularidad exclusiva sobre bienes concretos de la herencia) sin que se forme una comunidad hereditaria tras el fallecimiento del testador.

El Código civil español permite al testador distribuir todo su activo hereditario mediante la disposición de legados. Esta posibilidad se contempla en el art. 891 CCEsp, que establece la responsabilidad de los legatarios de las deudas y cargas de la herencia en proporción a sus cuotas[268]. Este supuesto se da cuando el testador no nombra heredero y dispone que todos sus bienes y derechos se distribuyan en legados, agotando así todo su haber hereditario. De esta manera, el testador logra que, después de su fallecimiento, los bienes queden distribuidos entre varias personas, las cuales adquieren directamente un derecho real sobre un bien específico, sin que se forme una comunidad hereditaria.

En la distribución de la herencia mediante legados, a diferencia de la partición, la atribución del beneficio patrimonial no se efectúa a título de heredero ni en

---

[267] L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., p. 115; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.056 CC», cit., p. 7.626; M. P. GARCÍA RUBIO, *La distribución de toda la herencia en legados (un supuesto de herencia sin heredero)*, Ed. Civitas, Madrid, 1989, pp. 248 y ss; J. L. LACRUZ BERDEJO; F. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 169; P. LÓPEZ PELÁEZ, «Varios aspectos personales en la partición realizada por el propio testador», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 798, 2023, p. 2.164; J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., vol. VII, p. 584; T. RUBIO GARRIDO, *La partición de la herencia*, cit., p. 452.

[268] *Art. 891 CCEsp:*
Si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratearán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

relación a una cuota hereditaria[269]. No se tiene en cuenta ningún derecho previo que pueda servir como medida de lo que cada beneficiario de la herencia va a recibir. Por el contrario, la idea de cuota hereditaria es del todo ajena. En la distribución de la herencia en legados los beneficiados lo son siempre por título de legado y si responden de las deudas de la herencia es sólo por la razón de que alguien debe pagar las mismas[270]. No debe llevarnos a engaño los términos del art. 891 CCEsp, que establece la responsabilidad de los legatarios de las deudas y cargas hereditarias *a proporción de sus cuotas*. Según la doctrina[271], con estos términos, el Código se refiere a que cada legatario deberá responder del pasivo hereditario según el valor que los bienes legados tengan en relación con el total del activo hereditario[272]. En otras palabras, cada legatario sólo responderá hasta el límite del valor de lo legado.

La falta de una cuota que sirva como medida del derecho de cada beneficiado en la herencia, en los casos de distribución mediante legados, conlleva importantes consecuencias prácticas. En caso de existir bienes hereditarios sin legar o sin dueño, por haber premuerto el legatario o renunciar éste a su legado, estos pasarán a los herederos abintestato del testador según lo establecido en el Código civil[273]. En consecuencia, los legatarios no tendrán ningún derecho

---

[269] M. A. EGUSQUIZA BALSAMEDA, «Art. 891 CC», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. V, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 6.491; M. P. GARCÍA RUBIO, *La distribución de toda la herencia en legados (un supuesto de herencia sin heredero)*, cit., p. 256.

[270] M. A. EGUSQUIZA BALSAMEDA, «Art. 891 CC», cit., p. 6.492.: *El testador no puede modificar, a través de sus disposiciones, el derecho que asiste a todos sus acreedores a realizar sus créditos con cargo al caudal hereditario, como evidencia la máxima que primero es pagar y después heredar.*

[271] M. P. GARCÍA RUBIO, *La distribución de toda la herencia en legados (un supuesto de herencia sin heredero)*, cit., p. 382; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes...*, cit., p. 166.

[272] Por ejemplo, el legatario que haya sido beneficiado con un legado que represente el veinte por ciento del valor del activo hereditario deberá responder del pasivo en la misma proporción.

[273] M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, cit., vol. V, p. 30; M. P. GARCÍA RUBIO, *La distribución de toda la herencia en legados (un supuesto de herencia sin heredero)*, cit., p. 236; P. LÓPEZ PELÁEZ, «Varios aspectos personales en la partición realizada por el propio testador», cit., p. 2.165.

Esta consecuencia se produce por la combinación del art. 888 CCEsp, que dispone la vuelta de lo legado a la masa hereditaria cuando el legatario no quiera o no pueda aceptarlo, salvo en los casos de sustitución o acrecimiento, y del art. 912 CCEsp, que establece el llamamiento legal de los herederos respecto de los bienes que no hubiese dispuesto el testador.

sobre estos bienes. Por el contrario, en el caso de la partición, dichos bienes se repartirán entre los coherederos en proporción a su respectiva cuota hereditaria, considerándose como bienes omitidos[274].

2.5. Las cláusulas de disposición y las cláusulas de partición

Si la partición hecha por el testador cumple la misma función especificativa de la cuota hereditaria que las demás modalidades de partición hereditaria, es necesario que la partición hecha por el testador incluya dos tipos de cláusulas[275]: por un lado, aquellas en las que el testador instituya herederas a varias personas (*cláusulas de disposición*), y por otro lado, aquellas en las que el testador concrete los distintos lotes de bienes que se adjudicarán a cada uno de los herederos (*cláusulas de partición*).

2.5.1. Las cláusulas de disposición contienen la institución de varias personas como herederas

El primer presupuesto de la partición hereditaria es que exista una pluralidad de coherederos que acepten la herencia. Si hay un único heredero, no es necesario realizar una partición porque con la aceptación adquiere directamente la

---

[274] *Art. 1.079 CCEsp:*
La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos.

[275] Esta distinción es utilizada ampliamente en la doctrina: M. ALBALADEJO GARCÍA, «Dos aspectos...», cit., p. 954; F. P. BLASCO GASCÓ, *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, cit., p. 69; A. CALAZA LÓPEZ, «La partición hereditaria», en C. LASARTE ÁLVAREZ (ed.) *Derecho de Sucesiones contemporáneo. Aspectos civiles y fiscales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 278; C. M. DÍEZ SOTO, «La partición», cit., p. 892; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.744; M. GARCÍA AMIGO, «La integración del testamento», en J.M. GONZÁLEZ PORRAS, F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (eds.) *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Murcia, 2004, p. 1.840; P. LÓPEZ PELÁEZ, «Varios aspectos personales en la partición realizada por el propio testador», cit., p. 2.166; C. SANCIÑENA ASURMENDI, *La partición hecha por el testador*, cit., pp. 112 y 113; J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección cuarta. De la rescisión de la partición», cit., p. 522.

Los ordenamientos jurídicos civiles autonómicos han plasmado normativamente esta distinción entre cláusulas dispositivas y particionales: cfr. art. 464-4.2 CCCat, ley 338 FNN y art. 368.2 CDFA. Estos preceptos se examinarán a continuación.

propiedad en exclusiva de los bienes que conforman la herencia[276]. Ahora bien, la existencia de un heredero único no impide que en ocasiones se deban efectuar operaciones típicamente particionales como el inventario, avalúo, liquidación y adjudicación. Por ejemplo, si el heredero desea aceptar la herencia a beneficio de inventario, debe efectuar un inventario y una relación de las deudas hereditarias; también resulta de interés efectuar estas operaciones cuando existe un cónyuge viudo o conviviente superviviente titulares de un derecho de usufructo universal de la herencia. Pero estas operaciones no suponen una verdadera partición, precisamente porque falta el presupuesto de la pluralidad de coherederos que acepten simultáneamente la herencia. Como no hay una pluralidad de coherederos, no cabe realizar un reparto del patrimonio relicto entre diversas personas[277].

El nombramiento de una pluralidad de personas como herederas, según el sistema sucesorio del Código civil, solo puede llevarse a cabo en testamento. Las cláusulas de disposición, esto es, la voluntad de disponer de todos sus bienes o de parte de ellos a favor de varias personas, y que estas le sucedan en calidad de herederos en la titularidad de sus relaciones jurídicas que no se

[276] Por ello el art. 14, párr. 3º LH permite la inscripción directa a favor del heredero único en el registro de la propiedad de los bienes y derechos cuya titularidad era del causante, mediante la presentación del título de la sucesión hereditaria (testamento, acta de notoriedad, etc.).

STS 72/1987, de 16 de febrero (ECLI: ES:TS:1987:9185): *En la hipótesis de heredero único huelga la partición hereditaria en cuanto al testamento es, por sí solo, título traslativo del dominio de los bienes relictos al confundirse en tal supuesto el derecho abstracto sobre el conjunto patrimonial hereditario con el derecho concreto sobre cada uno de los bienes individualizados.*

En el mismo sentido se pronuncia la STS 1023/1988, de 29 de diciembre (ECLI: ES:TS:1988:9316), que considera el testamento como título traslativo de dominio: *...teniendo por objeto la partición hereditaria, la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto (derecho hereditario) en titularidades concretas sobre bienes determinados, bien en propiedad exclusiva, bien en proindivisión, ello, lógicamente, no es necesario. cuando, como en el presente caso, existe una heredera única, para quien, por dicha unicidad hereditaria, una vez que ha aceptado la gerencia, como aquí ha ocurrido, el testamento constituye por sí solo título traslativo de dominio*.

La consecuencia práctica es que la presentación del testamento sirve de título que acredita la propiedad sobre un bien en la acción reivindicatoria, como se afirma en la STS 10/2003, de 22 de enero (ECLI: ES:TS:2003:251), o en la acción declarativa de dominio, STS 388/1997, de 9 de mayo (ECLI: ES:TS:1997:3278).

[277] J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil. Sucesiones*, cit., vol. V, p. 107.

extingan con su muerte, debe expresarse en un testamento otorgado de conformidad con los requisitos que establece la ley[278].

2.5.2. Las cláusulas de partición contienen los lotes que adjudica a cada coheredero

Las cláusulas de partición concretan los derechos de cada coheredero sobre el patrimonio del testador. A través de ellas, el testador define cómo se llevará a cabo la distribución de sus bienes tras su fallecimiento, determinando de forma precisa qué bienes específicos pasan a ser propiedad de cada uno de ellos, mediante la composición de los distintos lotes de bienes que se adjudicarán a cada uno de los herederos.

2.6. La determinación de la cuota hereditaria correspondiente a cada coheredero

2.6.1. El testador puede establecer las cuotas hereditarias en las cláusulas de disposición

Según el parecer mayoritario de la doctrina[279], la partición hecha por el testador presupone que este debe establecer la cuota hereditaria correspondiente a cada

---

[278] El Código civil prevé las siguientes formas comunes de otorgar testamento: el testamento abierto, el testamento cerrado y el testamento ológrafo (art. 676 CCEsp). Además, contempla formas especiales de testamento, como el testamento militar, el testamento marítimo y el testamento en país extranjero (art. 677 CCEsp)

[279] M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.524.: *Creemos que de verdadera partición por el testador, sólo puede hablarse cuando existe una disposición fundamental (testamentaria, claro es) en la que aquél señale las cuotas o la proporción en que los herederos deben heredar*. A. ORTÍ VALLEJO, «Las facultades de disposición "mortis causa" de bienes gananciales», cit., p. 676.: *Estaremos ante una partición por el testador, en el caso de que éste, después de señalar las cuotas, rellene éstas con bienes concretos del caudal y señale los que corresponden a cada uno de los coherederos.* En el mismo sentido, J. M. ABELLA RUBIO, «La partición extrajudicial. Partición hecha por el testador», cit., p. 135; M. ALBALADEJO GARCÍA, «Dos aspectos...», cit., pp. 955, 958 y 962; M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La ineficacia de la partición hereditaria», cit., p. 419; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.744; M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia...», cit., pp. 511 y 512; J. L. LACRUZ BERDEJO; F. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 169; C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *Partición y Registro de la Propiedad. Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, cit., p. 39; F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil...*, cit., vol. tomo VI-3, p. 1.988.

coheredero. La partición, por tanto, consiste en que el testador instituye herederas a varias personas, estableciendo la porción de la herencia que le corresponde recibir a cada una (ya sea en partes iguales o desiguales), y determina los bienes concretos que componen el lote adjudicado a cada coheredero en pago de su haber hereditario.

2.6.2. El testador también puede establecer las cuotas hereditarias en las cláusulas de partición

A pesar de que la mayoría de los autores consideran que el testador debe establecer la cuota hereditaria correspondiente a cada coheredero en las cláusulas de disposición, también es posible que el testador realice la partición sin expresar dicha cuota hereditaria. El testador puede omitir la expresión concreta de la cuota hereditaria de cada coheredero, no indicar si estos le sucederán en partes iguales o desiguales, y postergar la concreción de las cuotas hereditarias en función del valor del lote adjudicado a cada coheredero. Esta forma de partición se conoce en la doctrina italiana como *divisio inter coheredes sine partibus scriptos*[280]*.* La cuota hereditaria se determina en función del valor del valor del lote adjudicado a cada coheredero, comparándolo con el

---

No entienden necesaria la existencia de un testamento D. DE BUEN, «Notas al Curso elemental de Derecho civil», cit., p. 434; R. MARÍN LÁZARO, «La partición de la herencia hecha por acto inter vivos», cit., pp. 213 y ss; R. M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, cit., vol. II, p. 434.

[280] G. AMADIO, «La divisione del testatore senza predeterminazione di quote», *Rivista di Diritto Civile*, 3, 1986, p. 250; P. FORCHIELLI; F. ANGELONI, *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Libro secondo-Delle Succesioni,* 2ª ed., Ed. Zanichelli, Bologna-Roma, 2000, pp. 304 y 306; L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1950, p. 29.

La doctrina italiana ha sido la que más atención ha dedicado a esta figura, desarrollada a partir del art. 588, párr. 2º CCIt. Este precepto dispone que la indicación de bienes determinados, o de un conjunto de bienes, no impide que la disposición sea a título universal cuando resulte que el testador ha querido atribuir tales bienes como cuota del patrimonio.

Art. 588 CCIt. Disposizioni a titolo universale e a titolo particolare.
L'indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale, quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio.

Para una relación actual de dicha doctrina, vid. A. VENTURELLI, «Divisione testamentaria incompleta e vis expansiva della institutio ex re certa», *Rivista di Diritto Civile*, 3, 2023, p. 543, n. 4.

valor total de los bienes repartidos y que tuviera presente el testador, sin tener en cuenta, por tanto, aquellos que el testador ignorase ser titular o los que adquiera con posterioridad a la realización de la partición[281]. Una vez compuestos y adjudicados los lotes que corresponden a cada heredero, se podrá determinar cuál es la medida de lo que le corresponde a cada coheredero, si el testador ha querido que todos heredasen por partes iguales o por partes desiguales.

Esta posibilidad es admitida por algunos autores de nuestro país[282], y no es infrecuente en la actualidad[283], pues aparece en algunas resoluciones judiciales que exponemos a continuación.

La STS 58/1994, de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:1994:14983) trata de un testamento en que la madre nombra como herederos universales a sus dos hijos sin expresar las cuotas hereditarias correspondientes a cada coheredero, y a continuación procede en el mismo documento a partir la herencia entre sus herederos, en uso de la facultad que le concede el art. 1.056 CCEsp. A la hija le asigna la casa que constituye la vivienda de la testadora, y al hijo la casa colindante que también es propiedad de la testadora, con la particularidad de que incluye en el lote de la hija el huerto o jardín de la casa adjudicada al hijo. El Tribunal Supremo entiende que se trata de una efectiva partición llevada a cabo por la mencionada ascendiente, con la particularidad de que no se hace una

[281] G. AMADIO, «La divisione del testatore senza predeterminazione di quote», cit., pp. 250 y 257; V. BARBA, «Institución de heredero en cosa cierta. Interpretación del testamento, determinación de la cuota hereditaria y partición de la herencia», *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, I, 2019, p. 24; L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 19. Un ejemplo de cómo se resolvería la aparición de un nuevo bien del testador que no fue incluido en su partición sería el siguiente: un testador instituye herederos a A, B y C. En el momento de realizar la partición es propietario de los bienes 1, 2, 3 y 4, cada uno con un valor de 20. Efectúa la partición de la siguiente manera: deja a A el bien 1, a B el bien 2 y a C los bienes 3 y 4. La cuota hereditaria de cada coheredero será la siguiente: A y B son herederos por una cuarta parte cada uno, mientras que C es de la mitad. Si en el momento de la apertura de la sucesión apareciese un nuevo bien, 5, no será necesaria la apertura de la sucesión legítima respecto de este bien; en su lugar, se formará una comunidad sobre el bien en la que A, B y C serán titulares en proporción a sus respectivas cuotas hereditarias.

[282] J. L. DE LOS MOZOS, «La partición...», cit., p. 194; M. P. GARCÍA RUBIO, *La distribución de toda la herencia en legados (un supuesto de herencia sin heredero)*, cit., p. 256; C. SANCIÑENA ASURMENDI, *La partición hecha por el testador*, cit., p. 24.

[283] Lo constata C. SANCIÑENA ASURMENDI, *La partición hecha por el testador*, cit., p. 26.

distribución previa de cuotas hereditarias, sino que es la partición la que las concreta. La consecuencia de que se considere una partición es que los herederos deberán pasar por ella aunque los lotes no sean igualitarios, tal y como establecen los arts. 1.056, párr. 1º y 1.075 CCEsp[284].

En este caso, es lógico que prevalezca la voluntad declarada por la testadora en las cláusulas particionales frente a la presunción legal, que actúa con carácter subsidiario, de que cuando el testador simplemente instituye varios herederos sin especificar partes, estos heredarán por partes iguales[285].

La STS 31/2008, de 29 de enero (ECLI:ES:TS:2008:327) también conoce de una partición testamentaria efectuada por una testadora que era ascendiente de los herederos. En este caso, la testadora nombra herederas a varias personas en la proporción derivada de las cláusulas particionales. La testadora manifiesta que ha sido su intención realizar la partición de la manera más justa y equitativa, y que por ello los herederos debían respetarla sin modificación alguna, aunque existiera alguna diferencia de valor. En el caso de que existiera alguna diferencia de valor y alguno recibiera más que los otros, se entenderá que este ha sido mejorado [286]. El Tribunal Supremo declaró que la manifestación de la testadora

[284] STS 58/1994, de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:1994:14983): *En este sentido esta Sala no puede compartir la postura dubitativa del Tribunal de apelación en cuanto a la dimensión jurídica del acto dispositivo testamentario que otorgó, en fecha 28 de marzo de 1972, la causante doña Pilar. Se trata de una efectiva partición llevada a cabo por la mencionada ascendiente, que el art. 1.056 del Código Civil autoriza realizar por medio de testamento, toda vez que no se hace distribución de cuotas hereditarias, sino más bien una disposición distributiva definitiva y directa de la totalidad del caudal patrimonial entre sus dos únicos hijos, con precisión de destino de cada uno de los bienes para después de su muerte… La consecuencia de tal estado sucesorio es el mandato que contiene dicho precepto 1.056 del Código Civil, en cuanto obliga a los herederos a pasar por ella. La norma se presenta como imperativa, lo que refuerza el art. 1.058, que señalaba prioridad de la participación testamentaria y que, consecuentemente, ha de se respetada, salvo que suponga perjuicio a la legítima de los herederos forzosos (art. 1.075 del Código Civil)…En este caso los herederos han de conformarse y admitir los bienes que les fueron designados, aunque los mismos no presenten condiciones igualitarias plenas, al tener que acatar y pasar por la partición les venía impuesta.*

[285] *Art. 765 CCEsp:*
Los herederos instituidos sin designación de partes heredarán por partes iguales.

[286] STS 31/2008, de 29 de enero (ECLI:ES:TS:2008:327): *La testadora ha formado las anteriores hijuelas procurando la mayor justeza y equidad, y los herederos deberán respetarlas sin modificación alguna, aunque existiera alguna diferencia de valor. Si a pesar de la voluntad de la testadora de mantener la justicia y equidad a que se hace mención, existiera alguna diferencia de valor, los herederos deberán respetar las hijuelas realizadas por la testadora conforme a la presente disposición sin modificación alguna aún en el caso de que concurriera cualquiera de los*

de haber realizado las adjudicaciones procurando la mayor justicia y equidad no es equivalente a igualdad. En esta partición testamentaria resulta evidente la voluntad de distribuir de manera desigual su herencia entre los diversos coherederos, como lo evidencia el hecho de que ordene que los herederos respeten la partición aunque exista alguna diferencia de valor, y que las diferencias de valor se consideren como mejoras.

La STS 1014/2008, de 4 de noviembre (ECLI:ES:TS:2008:5814) trata de una testadora que nombra como herederos a sus dos hijos, sin establecer las cuotas hereditarias de cada uno, y procede a efectuar la partición de sus bienes en el mismo testamento. La partición no contempla todos los bienes de la testadora, y por este motivo establece como cláusula de cierre que el resto de sus bienes se repartan entre sus dos hijos por partes iguales. También manifiesta que es su voluntad que se respete esta partición, aún cuando su valor fuere desigual, entendiéndose que el exceso que pueda existir en favor de cualquiera de ellos se impute como legado o mejora en favor del que resulte beneficiado. El Tribunal Supremo consideró que la testadora hizo una verdadera partición, aunque no comprenda todos sus bienes, y que no consta, ni se ha interesado en el suplico de la demanda, que se haya perjudicado la legítima del hijo demandante. En el presente caso, la testadora previó que hubiera una desigualdad entre el valor de los bienes atribuidos a una u otro de sus hijos, en cuyo caso el mayor valor de uno de los dos impuso que se impute como legado o mejora en favor del que resulte beneficiado[287].

---

supuestos contemplados en la disposición séptima siguiente, toda vez que ninguno de ellos ha podido ser perjudicado en su legítima en virtud de la indicada partición, y deberá cualquiera de ellos soportar, si la hubiera, por causa de las hijuelas y adjudicaciones hechas, que deberán mantenerse en todo supuesto, una menor participación en los tercios de mejora y libre disposición.

[287] STS 1014/2008, de 4 de noviembre (ECLI:ES:TS:2008:5814): *Se ha ignorado que la partición, verdadera partición, ha sido hecha por la testadora y que no consta, ni se ha interesado en el suplico de la demanda, que se haya perjudicado la legítima del hijo demandante. Ha sido una verdadera partición, en el sentido de que la testadora ha partido su patrimonio, aunque no incluya la totalidad del patrimonio hereditario y se haga precisa una nueva partición referida a los bienes no incluidos en la fecha por la testadora. Esta, incluso, la ha hecho sin preocuparse de la posible igualdad que contempla el artículo 1061. Asimismo, se ha infringido el artículo 1079 del código civil, pues el código contempla el que no se incluyan todos los bienes del patrimonio hereditario en la partición, sin que ello produzca la ineficacia de la misma; como se ha dicho, no es preciso que la partición incluya todos los bienes, absolutamente, del patrimonio hereditario. Incluso en el presente caso, la testadora hizo una especial referencia al resto de sus bienes. En definitiva, en el presente caso hubo una partición hecha por la testadora, que evita la existencia de la*

Es frecuente[288] encontrar en la jurisprudencia particiones hereditarias realizadas por el testador, en las que incluye una cláusula de imputación del exceso de valor al tercio de mejora o a la parte de libre disposición. Con ello, se consigue que la cuota hereditaria se reajuste en función del valor total de los lotes adjudicados, independientemente de que se hayan determinado previamente las cuotas hereditarias. Por ejemplo, en la SAP Ciudad Real, secc. 2ª, núm. 354/2005, de 21 de octubre (ECLI:ES:APCR:2005:1132) y la SAP Asturias, secc. 5ª, núm. 67/2014, de 6 de marzo (ECLI: ECLI:ES:APO:2014:585), el testador no dispuso expresamente la cuota hereditaria correspondiente a cada coheredero, dejando su determinación al valor del lote adjudicado a cada uno y considerando mejorado al que recibiere un lote de mayor valor.

3. La libertad del testador para partir sus bienes

3.1. La no sujeción del testador a la regla de igualdad cualitativa en la formación de los lotes

Es habitual encontrar en las obras doctrinales y en la jurisprudencia la afirmación de que el testador dispone de una amplia libertad para realizar la partición, sin otro límite que el de respetar la legítima de los herederos forzosos[289]. Esta

comunidad hereditaria, sin perjuicio de que deba hacerse de una parte, resto de sus bienes, prevista y no partida.

[288] Como lo constata C. SANCIÑENA ASURMENDI, *La partición hecha por el testador*, cit., p. 26.

[289] A. CALAZA LÓPEZ, «La partición hereditaria», cit., p. 273; V. COVIÁN Y JUNCO, «Partición de herencia», cit., pp. 359 y 382; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Art. 1.056 CC», cit., p. 2.477; J. L. DE LOS MOZOS, «La partición...», cit., p. 182; J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., vol. VII, p. 585; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes...*, cit., p. 195.

Es también habitual la cita de la STS de 17 de abril de 1943 (RJ 1943\418) cuyo ponente fue J. CASTÁN TOBEÑAS: *Quinto: Que el Código español no siguió apenas en esta materia las huellas del patrón napoleónico; y así se observa, en primer término, que da a la facultad de división mayor amplitud y flexibilidad que la que tiene en Derecho francés, sin duda para facilitar el logro de las finalidades prácticas de aquélla, tanto en lo que se refiere a los sujetos de la partición (admitiendo que todo testador, tenga o no herederos forzosos, pueda hacer la partición de sus bienes, e incluso que pueda ejercitarse ese derecho, en algunos casos, por vía de delegación, según resulta del artículo 831), como en lo que se refiere al contenido (otorgando al testador una amplia libertad, no sólo en la composición cualitativa de los lotes, permitida por el artículo 1056 apartado 2º, sin sujeción a lo que disponen los artículos 1.061 y 1.062, sino también en la distribución valorativa, al admitir como medio normal único de impugnación la acción por lesión de la legítima y no la acción ordinaria de rescisión por lesión en más de la cuarta parte).*

libertad le permite decidir la composición de los lotes de la manera que mejor considere[290]. Así, mientras que en el resto de las particiones se debe procurar que cada lote contenga igual proporción de bienes de cada clase (bienes muebles e inmuebles, acciones y créditos[291]), en la partición hecha por el testador este no se encuentra sometido a dicha regla y puede componer los lotes incluyendo, por ejemplo, todos los bienes inmuebles en el lote de un coheredero y todos los bienes muebles en el de otro.

3.2. La no sujeción del testador a la necesidad de observar la equivalencia económica en la formación de los lotes

Pero la libertad del testador para realizar la partición va más allá de la no sujeción a la regla de igualdad en la naturaleza de los bienes que conforman los lotes. El art. 1.075 CCEsp establece la regla general de la inaplicación del remedio de la rescisión por lesión a esta modalidad de partición, es decir, la imposibilidad de impugnar la partición realizada por el testador, aunque exista un desajuste en más de la cuarta parte entre la cuota hereditaria y el valor del lote asignado a un coheredero (*La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión…*). De esta regla general la doctrina[292] ha deducido que el testador también tiene entera libertad para la valoración de los bienes que componen los

---

[290] M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Art. 1.056 CC», cit., p. 2.477; L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, cit., vol. IV, p. 117; A. RODRÍGUEZ ADRADOS, «La partición hecha por el testador», cit., p. 221.

[291] *Art. 1.061 CCEsp*:
En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie.

[292] M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Art. 1.056 CC», cit., p. 2.477; J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., vol. VIII, p. 664; R. M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, cit., vol. II, p. 436; Q. M. SCAEVOLA, *Código Civil*, cit., vol. XVIII, p. 445; J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección cuarta. De la rescisión de la partición», cit., p. 522.

La libertad del testador en el momento de realizar la partición es llevada al extremo por la Ley de Derecho civil de Galicia, que llega a declarar expresamente que la partición del causante no está obligada a atenerse a las cuotas hereditarias establecidas en el testamento:

Art. 274 LDCG:
La partición hecha por el testador en documento no testamentario habrá de ajustarse a las disposiciones del testamento. Sin embargo, será válida la partición aunque el valor de lo adjudicado a cualquiera de los partícipes en la comunidad hereditaria no se corresponda con la cuota atribuida en el testamento.

lotes que adjudicará a cada coheredero, sin necesidad de que el valor de dichos lotes sea equivalente a la cuota hereditaria dispuesta para cada coheredero. En este sentido, el testador puede establecer unas determinadas cuotas hereditarias y luego partir sin atenerse a dichas cuotas. Por ejemplo, el testador puede instituir herederas a dos personas, A y B, por partes iguales, y realizar la partición de sus bienes, que tienen un valor total de cien, adjudicando a A bienes por un valor de setenta y a B por un valor de treinta. En este caso, la partición es válida aunque se aparte de la disposición de cuotas efectuada.

Sin embargo, esta libertad reconocida del testador para partir sus bienes no es incompatible con que exista una equivalencia entre la cuota hereditaria y el valor del lote adjudicado. Como veremos a continuación, la doctrina mayoritariamente sostiene que, cuando en la partición hecha por el testador se produce una amplia contradicción entre las cláusulas de disposición y de partición, la cuota hereditaria se reajusta al valor de los bienes adjudicados a cada coheredero, reestableciéndose, en consecuencia, la equivalencia en la partición. Lógicamente, esta contradicción solo puede surgir cuando las cuotas hereditarias se establecen expresamente en las cláusulas de disposición, y no cuando las cuotas hereditarias se determinan en función del valor del lote adjudicado. En este último caso, siempre existirá una equivalencia entre el lote adjudicado y la cuota hereditaria, dado que el valor del lote determina la entidad de la cuota.

4. Las soluciones a la falta de equivalencia económica en la partición hecha por el testador

De conformidad con el Código civil, el testador puede realizar la partición de sus bienes en el mismo testamento o fuera de él, en documento público o privado. La solución a la contradicción entre las cláusulas de disposición y las cláusulas de partición es distinta, según se trate de una partición testamentaria o extratestamentaria.

4.1. En la partición testamentaria: cuando las cláusulas de partición no se ajustan a las cuotas hereditarias

4.1.1. La solución según la doctrina: reajuste de la cuota hereditaria al valor del lote adjudicado

El sujeto que realiza la partición hereditaria debe ajustarse a la voluntad dispositiva manifestada por el testador, es decir, a la voluntad de que sus herederos le sucedan en las cuotas hereditarias que establece. En las modalidades de partición hereditaria que no sean efectuadas por el testador, el sujeto que parte, ya sean los propios coherederos, un contador-partidor o el juez, debe distribuir los bienes relictos en distintos lotes de manera que el valor total del lote sea equivalente al de la cuota hereditaria correspondiente.

En la partición hecha por el testador, en cambio, el mismo sujeto es tanto el que parte como el que dispone, por lo que no es fácil separar disposición y partición como si fueran dos compartimentos estancos[293]. Si el testador instituye herederos a A y B por partes iguales en una herencia de valor cien, y luego realiza la partición adjudicando a A un lote de bienes por valor de sesenta y a B un lote por valor de cuarenta, resulta necesario averiguar cuál fue la verdadera intención del testador: si quiso que sus herederos lo fueran en partes iguales o que la cuota hereditaria de A fuera de tres quintas partes y la de B de dos quintas partes. No es admisible sostener que el testador quiso ambas cosas a la vez. Cuando la partición se realiza en el mismo testamento, la doctrina sostiene que, a falta de una prueba clara de que el testador quiso otorgar preponderancia a las cuotas de institución, la partición debe prevalecer sobre la disposición[294]. Se

[293] J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección cuarta. De la rescisión de la partición», cit., p. 525.: *Los conceptos de* disposición *y* partición *son teóricamente inconfundibles; pero en la práctica pueden entrelazarse tan íntimamente que, en ciertas ocasiones, no hay bisturí jurídico capaz de separar lo particional de lo dispositivo cuando han sido amalgamados*.

[294] M. CARBALLO FIDALGO, «Art. 1.056 CC», cit., p. 1.662; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.524 y 2.525; M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia...», cit., pp. 515 y ss; J. L. LACRUZ BERDEJO; F. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 174; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, cit., vol. V-3, p. 386; F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, cit., vol. tomo III, p. 1.987; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama...*, cit., vol. II, p. 886.

parte de la premisa de que es más probable que el testador haya prestado mayor atención a la hora de realizar la partición y que, por ello, esta refleje con mayor fidelidad su verdadera voluntad[295].

Ahora bien, la cuota hereditaria también determina la proporción en la que cada coheredero debe responder de las deudas hereditarias. Siguiendo con el ejemplo anterior, si el testador instituye herederas a A y B por partes iguales y luego procede a partir sus bienes adjudicando a A un lote por valor de sesenta y a B por valor de cuarenta, ¿los dos herederos responderán en la misma proporción de las deudas del causante y de la herencia? Los autores que se han planteado esta cuestión[296] consideran que lo justo es que en estos casos de evidente contradicción entre la disposición y la partición, cada coheredero responda en proporción a la cuota *reajustada* al valor que efectivamente recibe cada coheredero en la partición.

4.1.2. La solución según los tribunales: reajuste de la cuota hereditaria al valor del lote adjudicado

De esta manera, si un testador instituye herederos a A y B por partes iguales y luego procede a partir sus bienes adjudicando a A un lote por valor de setenta y ocho y a B por valor de veintidós, prevalece la partición aunque no se ajuste a la cuota hereditaria. Este ejemplo constituyó el supuesto de hecho de la SAP Madrid, secc. 9ª, núm. 218/2009, de 7 de mayo (ECLI:ES:APM:2009:20081). Un padre instituye en testamento abierto herederas a sus dos únicas hijas, por partes iguales, y procede a realizar en el mismo documento testamentario la partición de sus bienes. El padre es titular del cincuenta por ciento de la propiedad sobre cuatro fincas. El valor de su herencia es de 381.500 euros. Adjudica a una hija bienes por valor de 297.750 euros y a la otra hija bienes por

[295] Q. M. SCAEVOLA, *Código Civil*, cit., vol. XVIII, p. 275.

[296] J. L. LACRUZ BERDEJO; F. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 175; C. SANCIÑENA ASURMENDI, *La partición hecha por el testador*, cit., p. 115.

En contra, J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama...*, cit., vol. II, p. 891. considera que los coherederos responden siempre en proporción a la cuota hereditaria en la que son instituidos, con independencia del valor real del lote de bienes adjudicados. Comparte esta opinión M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.085 CC», cit., p. 7.936 y 7.937.

valor de 83.750 euros. Según la institución de herederas por partes iguales, cada hija debería recibir un lote por valor de 190.750 (381.500 dividido entre dos), pero esta disposición se contradice con la partición, en la que una hija resulta notablemente favorecida, ya que recibe el setenta y ocho por ciento del valor total de la herencia.

La hija perjudicada, que ha recibido el veintidós por ciento, reclama que se compense en dinero esta diferencia para igualar el valor de lo que recibe cada una, y el juzgado de primera instancia estima su petición. La hija que ha recibido el setenta y ocho por ciento recurre esta resolución y la audiencia provincial le da la razón, revocando la resolución de instancia. La audiencia provincial considera que de los hechos que han quedado probados en los autos, se deduce que la voluntad del testador fue llevar a cabo la partición de sus bienes y mejorar a una de sus hijas, por lo que en virtud del art. 1.056 CCEsp, al no perjudicar a la legitima de la heredera que ha recibido un bien cuyo valor es inferior al de los bienes adjudicados a la otra coheredera, ha de estarse y pasarse por dicha partición. A pesar de que inicialmente el testador dispuso que sus dos hijas le sucedieran en partes iguales, la cuota hereditaria queda corregida con el valor de lo adjudicado a cada una de ellas, imputándose la diferencia de valor al tercio de mejora al tratarse de las hijas del testador[297].

Esta fue también la decisión que adoptó la SAP La Rioja, secc. 1ª, núm. 405/2018, de 4 de diciembre (ECLI:ES:APLO:2018:557). En este caso, la testadora instituyó herederos a su hijo y a su hija por partes iguales. La causante era titular de siete fincas y en el testamento ordenaba que en la partición de su

[297] SAP Madrid, secc. 9ª, núm. 218/2009, de 7 de mayo (ECLI:ES:APM:2009:20081): *Ahora bien en el presente caso y teniendo en cuenta que el causante en su testamento dispuso de todos los bienes que integraban el caudal hereditario, debe llegarse a la conclusión que llevó a cabo una autentica y verdadera partición, pues como se deduce de los autos, el testador dispuso de todos sus bienes a favor de sus herederos, por lo que ha de interpretarse su voluntad, que es ley en materia testamentaria, de mejorar y favorecer a una de sus herederas en concreto a D ª Clara, en la medida que si bien dice "que nombra herederas por partes iguales a sus dos hijas", con posterioridad distribuye toda su herencia entre ambas herederas, procediendo a señalar "ordena como operaciones particionales las siguientes", de los hechos que han quedado probados en los autos, se deduce que la voluntad del testador fue llevar a cabo la partición de sus bienes, por lo que en virtud del artículo 1056 del C. civil, al no perjudicar a la legitima de la heredera que ha recibido un bien cuyo valor es inferior al de los bienes adjudicados a D ª Clara, ha de estarse y pasarse por dicha partición.*

herencia se adjudicaran dos fincas a su hijo y cinco a su hija. Aquí también existe una contradicción entre la disposición de que sus hijos le sucedan en partes iguales y el valor de lo que cada uno efectivamente recibiría en la partición. En efecto, las fincas que la disposición testamentaria adjudica a su hijo tienen un valor, según el perito designado para esta labor, de 14.886 €, y las adjudicas a su hija de 34.268 €. Tanto el juzgado de primera instancia como la audiencia provincial decidieron que la verdadera voluntad de la testadora era que los bienes se repartieran entre sus hijos del modo que ella había dispuesto. En consecuencia, la cuota hereditaria quedó corregida para adaptarse al valor de lo adjudicado a cada uno de los herederos, siendo mejorada la hija con el tercio de libre disposición. Como el otro coheredero percibió un valor en bienes que satisfacía su legítima, la partición no podía ser impugnada y debía respetarse[298].

4.2. En la partición extratestamentaria: cuando las cláusulas de partición no se ajustan a las cuotas hereditarias

4.2.1. La solución según la doctrina

a) La nulidad de la partición que incluye a coherederos distintos de aquellos mencionados en el testamento

El planteamiento es diferente cuando la partición se realiza en un documento extratestamentario. La voluntad dispositiva, es decir, la intención de que sus herederos le sucedan en determinadas cuotas hereditarias, sólo puede manifestarse en un testamento. No es admisible que esta voluntad dispositiva

[298] SAP La Rioja, secc. 1ª, núm. 405/2018, de 4 de diciembre (ECLI:ES:APLO:2018:557): *Llegados a este punto, resulta forzoso concluir que este reparto debe mantenerse teniendo en cuenta, además, que no perjudica la cuota legitimaria que al recurrente le corresponde como heredero forzoso conforme al art. 808 del CC . El caudal hereditario ha sido valorado en un total de 50.440,60 euros y la denominada "legítima larga" constituida por los dos tercios del haber hereditario asciende a 33.696,4 euros. A D. Pio le corresponde la mitad, es decir, 16.848,2 euros, y, tras la estimación parcial de la oposición en primera instancia, esta cuota le ha sido respetada pues se le han adjudicado los bienes inmuebles que su madre había dejado para él y dinero en metálico que suman ese importe. Desde esta perspectiva, podemos decir, incluso, que se mantiene la igualdad entre los dos herederos que había ordenado la testadora entendiendo que la disposición en virtud de la cual la testadora favorece a su hija repartiéndole bienes que, en conjunto, tienen mayor valor se podría entender imputado a cargo del tercio de libre disposición, por lo que la contradicción entre las cláusulas testamentarias sería aparente pero no real.*

sea modificada por un documento que no cumple con los requisitos legales necesarios para constituir un testamento. Por este motivo, resulta evidente que carece de eficacia una partición extratestamentaria que contemple otros herederos distintos a los instituidos en un testamento, como si en el testamento instituyera herederos a A y B, y en la partición a B y C. Un documento que no sea apto para constituir un testamento no puede servir como título atributivo de heredero[299].

b) La nulidad de la partición que se aparta significativamente de las cuotas hereditarias establecidas en el testamento

También se considera que no debe producir ningún efecto la partición extratestamentaria que se aparta significativamente de las cuotas hereditarias establecidas en el testamento[300]. En estos casos, los autores que se han planteado esta cuestión consideran que la partición extratestamentaria debe ser declarada nula porque carece de la base que proporciona el testamento[301].

c) La disparidad de soluciones cuando la partición se aparta de las cuotas hereditarias establecidas en el testamento, pero no de manera significativa

La solución no es tan clara cuando la partición extratestamentaria contempla los mismos herederos pero contradice las cuotas hereditarias establecidas en el

[299] M. ALBALADEJO GARCÍA, «Dos aspectos...», cit., p. 955; M. CARBALLO FIDALGO, «Art. 1.056 CC», cit., p. 1.662; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.745; C. GARCÍA PÉREZ, *La rescisión de la partición hereditaria. Notas a los artículos 1073 a 1078 del Código Civil*, cit., p. 55; J. L. LACRUZ BERDEJO; F. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 174; A. RODRÍGUEZ ADRADOS, «La partición hecha por el testador», cit., pp. 228 y 229; F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil...*, cit., vol. tomo VI-3, p. 1.987 y 1.988.

[300] Por ejemplo, si el testador instituye a A heredero en una décima parte y a B en nueve décimas partes, y luego en la partición adjudica en el lote de A bienes cuyo valor representa nueve décimas partes y en el de B bienes por valor de una décima parte.

[301] L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., p. 121; J. L. DE LOS MOZOS, «La partición...», cit., pp. 188 y 190; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.056 CC», cit., p. 7.637; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.745; M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia...», cit., p. 516; J. L. LACRUZ BERDEJO; F. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 174; F. SANCHO REBULLIDA, *Estudios...*, cit., p. 537.

testamento, sin llegar a ser tan ostensible como en el caso anteriormente expuesto. Por ejemplo, si el testador instituye en testamento a A y B como herederos por partes iguales en una herencia de valor cien, y luego, en un documento privado, realiza la partición adjudicando a A un lote de bienes por valor de sesenta y a B un lote por valor de cuarenta. Las posturas en la doctrina oscilan entre quienes consideran que la partición es válida y no es impugnable porque la ley únicamente establece como límite al testador a la hora de realizar la partición el respeto de las legítimas[302]; quienes entienden que cabría ejercer la acción de rescisión por lesión si la discrepancia es superior en más de la cuarta parte[303]; quienes consideran que la partición extratestamentaria que contradice la disposición contenida en testamento es nula y no debe producir ningún efecto[304]; y finalmente, quienes simplemente se limitan a constatar la necesidad de impugnar la partición, sin concretar la acción ejercitable[305].

4.2.2. La solución según los tribunales: la ineficacia de la partición

La SAP Asturias, secc. 5ª, núm. 455/2001, de 27 de septiembre (ECLI:ES:APO:2001:3683) declaró la nulidad de la partición extratestamentaria que se separaba de la disposición efectuada en el testamento. El asunto consistía en una persona que instituye herederos a sus cinco hijos en testamento, legando a dos de ellos el tercio de libre disposición. Transcurridos

[302] M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La ineficacia de la partición hereditaria», cit., p. 425; F. SANCHO REBULLIDA, *Estudios...*, cit., p. 537; J. VALLET DE GOYTISOLO, «Sección cuarta. De la rescisión de la partición», cit., pp. 523 y 525.

[303] M. ALBALADEJO GARCÍA, «Dos aspectos...», cit., p. 955; C. SANCIÑENA ASURMENDI, *La partición hecha por el testador*, cit., p. 161.

[304] M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia...», cit., p. 516. Para J. L. DE LOS MOZOS, «La partición...», cit., p. 188 a 190. sólo sería nula la partición extratestamentaria realizada con posterioridad al testamento.

[305] M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.523. considera que cabría discutir si en tal caso la partición es sólo susceptible de ser rescindida si incurre en lesión o si debe ser anulada en la medida en que implica una modificación de la voluntad dispositiva realizada en un documento no testamentario. F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil...*, cit., vol. tomo VI-3, p. 1.987 y 1.988; C. VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de derecho civil español*, 3a ed. corr. y aumentada, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1926, p. 565. afirman que esta partición es *nula, rescindible o modificable*. Sin embargo, el derecho civil gallego reconoce expresamente la validez de la partición efectuada en un documento extratestamentario que se aparta de las cuotas hereditarias establecidas en el testamento (art. 274 LDCG).

siete años, esta persona realiza en documento privado la partición de su herencia de manera contradictoria con lo dispuesto en el testamento, ya que obvia lo relativo al tercio de libre disposición. Con la particularidad de que en dicha partición intervinieron y dieron su consentimiento los cinco hijos. La audiencia provincial confirma la sentencia de primera instancia y declara que no puede darse eficacia a dicho documento particional, al no tener en modo alguno naturaleza de acto de última voluntad a los efectos de alteración del testamento, y porque la función que debe cumplir la partición es simplemente la de especificar o determinar los derechos hereditarios dispuestos en el testamento[306].

4.3. La solución a la contradicción entre las cláusulas dispositivas y las cláusulas de partición en algunos ordenamientos civiles autonómicos

La mayoría de los códigos civiles autonómicos contienen normas interpretativas para resolver los supuestos en que en la partición hecha por el causante exista una contradicción entre las cláusulas de disposición y las cláusulas de partición.

[306] SAP Asturias, secc. 5ª, núm. 455/2001, de 27 de septiembre (ECLI:ES:APO:2001:3683): *Así, autores como Vallet estima que el único límite que tendría el testador sería sólo el respeto a las legítimas…Por su parte, Marcelino sostiene que en caso de divergencia sustancial entre el testamento y la partición, la función distributiva de la misma no se había cumplido (falta de causa). Sopesando ambas posiciones, esta Sala estima que debe decantarse por la segunda, que vendría además avalada por la propia naturaleza de la partición como simplemente especifícativa o determinativa de derechos (Rodolfo) así como en el propio sistema de revocación testamentaria de nuestro C.C. (art. 738 y 739) que exige en todo caso la solemnidad de testar. En base a todo ello, e incluso con independencia de la ausencia de firma en el presunto documento particional, es claro que al no tener en modo alguno naturaleza de acto de última voluntad a los efectos de alteración del testamento, no podía pues modificar lo en este último instrumento dispuesto.*

Así, los códigos civiles aragonés[307], navarro[308] y catalán[309] establecen que, si el causante realiza la partición en el mismo acto en que dispone de la herencia y hay contradicción entre las cláusulas de partición y las de disposición, prevalecen las primeras. En este caso, entienden los autores que la cuota hereditaria queda corregida y reajustada al valor que efectivamente se adjudica cada coheredero[310]. En cambio, si la partición se lleva a cabo en un acto separado, prevalecen las cláusulas dispositivas, a menos que estas sean revocables y puedan ser efectivamente revocadas por el acto que contiene las cláusulas particionales. Si la partición no se contiene en un título sucesorio válido, la partición resulta ineficaz y se constituirá una comunidad hereditaria en la que cada coheredero participará conforme a su cuota hereditaria establecida en el título sucesorio. Únicamente el código civil gallego[311] dispone la prevalencia de

[307] *Art. 368.2 CDFA: Partición por el disponente.*
Si la partición la hace el disponente en el mismo acto de disposición por causa de muerte, las cláusulas de partición prevalecen sobre las dispositivas en caso de contradicción. Si la hace en acto separado, prevalecerán las cláusulas dispositivas salvo que sean revocables y puedan ser efectivamente revocadas por el acto de partición.

[308] *Ley 338 FNN: Formas.*
El causante podrá hacer la partición de sus bienes en el mismo acto de disposición mortis causa o en acto separado que revista una de las formas que esta Compilación admite para disponer por causa de muerte.
Si la partición se hiciere en el mismo acto de disposición y resultare alguna contradicción entre las cláusulas dispositivas y las particionales, prevalecerán éstas sobre aquéllas en la medida de la contradicción.
Si se hiciere en acto separado, las cláusulas particionales no podrán modificar las contenidas en el acto dispositivo, a menos que éste fuera revocable y pudiera ser revocado mediante la forma adoptada para el acto de partición.

[309] *Art. 464-4.2 CCCat: Partición por el causante.*
1. La partición puede hacerla el propio causante, mediante un acto entre vivos o de última voluntad y puede comprender toda la herencia, o solo una parte del caudal, o bienes concretos y determinados. El causante también puede establecer reglas vinculantes para la partición.
2. Si el causante hace la partición en el mismo acto en que dispone de la herencia y existe contradicción entre las cláusulas de partición y las de disposición, prevalecen las primeras. Si la partición se hace en acto separado, prevalecen las cláusulas dispositivas, salvo que sean revocables y puedan ser revocadas efectivamente por el acto que contiene las cláusulas particionales.

[310] P. DEL POZO CARRASCOSA, «Art. 464-4 CCCat», en J. EGEA FERNÁNDEZ, J. FERRER RIBA, L. ALASCIO CARRASCO (eds.) *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, vol. II, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, p. 1.613 y 1.614; P. GÓMEZ CLAVERÍA, «Artículo 464-13 CCCat», cit., p. 1.345; R. LUQUIN BERGARECHE, «Ley 338 FNN», en E. RUBIO TORRANO, M.L. ARCOS VIEIRA (eds.) *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, 2ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 1.397.

[311] *Artículo 274 LDCG:*
La partición hecha por el testador en documento no testamentario habrá de ajustarse a las disposiciones del testamento. Sin embargo, será válida la partición aunque el valor de lo

la partición realizada fuera de testamento, aunque los lotes que se adjudiquen tengan un valor que no se corresponda con la cuota hereditaria dispuesta en el testamento.

4.4. La tendencia de la doctrina y la jurisprudencia al restablecimiento de la equivalencia económica en la partición hecha por el testador

En el sistema del Código civil, el testador es libre de elegir las personas que le sucederán en sus relaciones jurídicas que se transmitan tras su fallecimiento, y de establecer en qué medida le sucederán sus herederos, en las partes iguales o desiguales que decida el testador. Esta libertad se extiende a la partición, en la que el testador dispone de completa libertad para conformar los distintos lotes que adjudicará a cada coheredero, sin necesidad de atenerse a las reglas que el Código establece para las demás particiones, de procurar la igualdad cualitativa de los bienes que componen cada lote y evitar en lo posible la división de los bienes[312].

Ahora bien, si existe una evidente contradicción entre la cuota hereditaria (cláusulas de disposición) y el valor del lote adjudicado (cláusulas de partición), se tiende a restablecer esta equivalencia. El concepto de cuota hereditaria y el de partición resultan inútiles si el testador instituye como herederas a dos personas, A y B, por partes iguales, y realiza la partición de sus bienes, que tienen un valor total de cien, adjudicando a A bienes por un valor de setenta y a B por un valor de treinta. Si el testador puede realizar la partición sin atenerse a las cuotas hereditarias, carece de sentido que haya declarado su intención de repartir de conformidad con unas cuotas hereditarias. Se trata simplemente de una distribución de bienes donde la cuota no ha sido considerada como medida para la formación de los lotes correspondientes a cada coheredero, y por tanto la partición no ha complementado ni especificado cuota alguna[313].

---

adjudicado a cualquiera de los partícipes en la comunidad hereditaria no se corresponda con la cuota atribuida en el testamento.

[312] Cfr. arts. 1.061 y 1.062 CCEsp.

[313] Así también lo entiende L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., p. 114.: *Por lo que parece que el hecho de llenar las cuotas con bienes concretos no hace sino apagar la relevancia o el*

Estas consideraciones son las que inspiran las soluciones acabadas de exponer y que tienden a restablecer la equivalencia en la partición hecha por el testador, entre la cuota hereditaria y el valor de los bienes adjudicados a cada coheredero, sin por ello negar la libertad del testador para organizar su sucesión dentro de los límites de la ley. Para ello se distingue si la partición se realiza dentro o fuera del testamento. En el primer caso, la contradicción resulta ser más bien aparente, se trata de una cuestión interpretativa de cuál fue la verdadera intención del testador. A falta de una prueba clara de que el testador quiso otorgar preponderancia a las cuotas de institución, la solución es otorgar preponderancia a la partición de manera que la cuota hereditaria queda corregida y reajustada al valor efectivo que percibe cada coheredero. En cambio, cuando la partición se realiza fuera de testamento, prevalece la cuota hereditaria y por tanto la partición extratestamentaria que no se ajusta a la disposición resulta ineficaz[314]. Los coherederos deberán proceder a realizar una partición en la que se adjudique a cada uno los bienes relictos en proporción a su cuota hereditaria establecida en el título sucesorio.

Con ello se demuestra que la facultad reconocida al testador para partir sus bienes no es incompatible con la necesidad de proteger a los coherederos de particiones que, aunque realizadas de buena fe, contienen un desajuste superior en más de la cuarta parte, entre el valor de la cuota hereditaria y el valor de lo efectivamente adjudicado a cada coheredero en la partición hecha por el testador. A continuación, veremos cómo el remedio de la rescisión por lesión

---

valor propio de la cuota, que queda sustituido por el valor de los bienes que la integran. Lo que hace que el supuesto de partición efectuada por el testador se asemeje bastante a la propia institución de herederos ex re certa, o atribución directa de bienes al heredero sin que la misma tenga por base una cuota previamente fijada, institución que se caracteriza por no dar lugar a una verdadera partición, que exige la existencia de cuotas.

[314] Esta solución también la recoge el Proyecto de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil:

Art. 468-51 PCCAPDC. Partición por el causante.
1. El causante puede hacer la partición de sus bienes, o de una parte de ellos en el mismo acto de disposición mortis causa en el que ordene su sucesión o en acto separado sin sujeción a forma determinada. Puede también establecer reglas vinculantes para la partición.
2. Si la partición se hace en el mismo acto en que se dispone de la herencia y resulta alguna contradicción entre las cláusulas dispositivas y las particionales, prevalecen estas sobre aquellas. Si se hace en acto separado prevalecen las cláusulas dispositivas, a menos que sean revocables y puedan ser efectivamente revocadas mediante la forma adoptada para el acto de partición.

puede contribuir a lograr esta finalidad, y en qué supuestos de contradicción entre disposición y partición se manifiesta esta protección.

5. La distinción de los casos de contradicción entre las cláusulas de disposición y de partición con el supuesto de hecho de la rescisión por lesión

La existencia en los ordenamientos autonómicos de normas que resuelven los supuestos de contradicción entre disposición y partición ha generado la necesidad de distinguirlas del supuesto de hecho de la rescisión por lesión en más de la cuarta parte, dada la proximidad de ambas situaciones. En efecto, si el testador adjudica en la partición a un coheredero un lote por valor de cuarenta y sin embargo establece que según su cuota hereditaria debería recibir un valor de ochenta, es evidente que existe una contradicción entre partición y disposición. Si se aplicasen en todo caso los criterios normativos expuestos en el apartado anterior, sería innecesario que el ordenamiento autonómico reconociese la posibilidad de rescindir por lesión la partición del causante en determinados casos: la contradicción siempre se resolvería dando preferencia a la partición testamentaria o declarando la ineficacia de la partición extratestamentaria.

Por este motivo, los autores que han tratado los ordenamientos jurídicos autonómicos han sido los que han tenido mayor necesidad de distinguir los casos de contradicción entre disposición y partición del supuesto de hecho de la rescisión por lesión. La distinción entre ambos supuestos reside, a juicio de estos autores, en el origen voluntario o involuntario del desajuste entre las cláusulas de disposición y las de partición[315]. Las normas que resuelven la contradicción

[315] P. DEL POZO CARRASCOSA, «Art. 464-4 CCCat», cit., p. 1.614; M. D. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, «Tít. XX. De la partición de la herencia», en E. RUBIO TORRANO, M.L. ARCOS VIEIRA (eds.) *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, 2ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 1.391; F. OLMEDO CASTAÑEDA, «Arts. 273-275», en J.M. CORA GUERREIRO, F. ORDÓÑEZ ARMÁN, V. PEÓN RAMA, M. BERMEJO PUMAR (eds.) *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia. Comentarios a los Títulos IX y X y a la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio*, vol. II, Consejo General del Notariado, Madrid, 2007, p. 1.019 y 1.020., a quienes seguimos en su explicación.

entre disposición y partición se aplicarían en el primer caso, y las normas de la rescisión por lesión en el segundo.

5.1. Cuando la falta de equivalencia tiene su origen en la voluntad del testador, se aplican las normas que resuelven la contradicción entre las cláusulas de disposición y de partición

Si el testador instituye herederos a A y B por partes iguales en una herencia de valor cien, y luego realiza la partición adjudicando a A un lote de bienes por valor de sesenta y a B un lote por valor de cuarenta, la contradicción entre disposición y partición es *voluntaria*, es decir, proviene de una única voluntad del testador: que sus herederos lo fueran en partes iguales o que la cuota hereditaria de A fuera de tres quintas partes y la de B de dos quintas partes. Por este motivo, resulta necesaria una labor de interpretación para averiguar cuál es su verdadera voluntad con el fin de corregir la cuota hereditaria, de manera que se ajuste al valor de lo adjudicado en la partición.

5.2. Cuando la falta de equivalencia no tiene su origen en la voluntad del testador, se aplica el remedio de la rescisión por lesión

El supuesto que contempla la rescisión por lesión es diferente. En este caso, la contradicción entre disposición y partición es *involuntaria*: el valor del lote adjudicado a un coheredero no alcanza las tres cuartas partes de lo que debería recibir según su cuota hereditaria, no porque el testador así lo haya querido, sino porque o bien el testador incurrió en una errónea valoración de sus bienes al realizar la partición, o bien porque el valor de alguno de sus bienes ha variado sustancialmente desde el momento que realizó la partición, de manera que cuando esta resulta efectiva, es decir, cuando fallece el testador, existe esta falta de equivalencia económica entre las cláusulas de disposición y las cláusulas de

En cambio, E. BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, *La partición efectuada por el causante. Régimen del Código civil y aragonés, con breve referencia a otros Derechos forales*, Ed. Reus, Madrid, 2018, pp. 145, 146 y 230., sostiene que en los ordenamientos aragonés y navarro nunca podrá rescindirse por lesión la partición hecha por el causante, porque se aplicarán las normas que resuelven la contradicción entre disposición y partición.

partición[316]. Por tanto, la rescisión por lesión se aplica cuando el desajuste entre la cuota hereditaria y el valor del lote adjudicado no es resultado de una intención deliberada del testador, sino de circunstancias imprevistas o errores en la valoración de los bienes.

6. La necesidad de procurar la equivalencia entre las cláusulas de disposición y de partición cuando el desajuste no es intencional por parte del testador

6.1. La partición hecha por el testador debería ser rescindible si la lesión proviene de un error en la valoración de los bienes

Si la tendencia en la doctrina y la jurisprudencia modernas es a procurar que exista en la partición hecha por el testador una equivalencia entre la disposición y la partición, cuando esta discrepancia tiene su origen en la voluntad del testador, con mayor razón debería procurarse esta equivalencia cuando el desajuste entre estos dos elementos no es resultado de una intención deliberada del testador, sino de una valoración incorrecta de sus bienes. La primera conclusión que se obtuvo del análisis de la sección 4ª en el primer capítulo de este trabajo, fue que el Código civil español ha optado por ofrecer un tratamiento específico del error en la partición hereditaria. En consecuencia, resulta razonable que la partición hecha por el testador pueda ser rescindible si la lesión proviene de un error en la valoración de los bienes. Si el testador cree que un cuadro es auténtico y vale cien, pero en realidad es una falsificación y vale uno, puede suceder que el coheredero a quien le asigne el cuadro en su lote reciba un valor inferior a las tres cuartas partes de lo que le correspondería recibir según su cuota hereditaria. Asimismo, si el testador cree que el cuadro es una imitación y considera que vale uno, cuando en realidad es original y su valor de mercado es cien, el coheredero que no ha recibido este cuadro en su lote también puede resultar lesionado en más de la cuarta parte, ya que el aumento de valor del

[316] M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia...», cit., p. 516; F. SANCHO REBULLIDA, *Estudios...*, cit., p. 537. ya señalaron, en el contexto del Código civil español, que el supuesto de la rescisión por lesión en la partición hecha por el testador debía reducirse a los casos de valoración de los bienes y no a los de contradicción entre disposición y partición.

cuadro aumenta el valor total de la herencia y, a su vez, el de su cuota hereditaria.

En ambos casos, el testador realiza la partición en la creencia de que el valor de los lotes se ajusta al valor de la cuota hereditaria correspondiente a cada coheredero, pero esto no sucede realmente. De manera involuntaria, el testador realiza una partición en la que no existe una equivalencia entre cláusulas de disposición y de partición. Compartimos, por tanto, la opinión de que supone una presunción racional de la voluntad favorable a la rescisión por lesión el hecho de que un testador crea estar realizando una partición que se adecua a las cuotas hereditarias, pero que en realidad resulta lesiva debido a que incurre en un error sobre las características o cualidades de algún bien.

6.2. La partición hecha por el testador debería poder rescindirse por lesión si los bienes sufren una modificación sobrevenida en su valor

La lesión que repara la rescisión por lesión tiene su origen en la discrepancia entre el valor de los bienes comprendidos en la partición hereditaria y su valor real en el momento de la adjudicación de los lotes. Si el testador realiza la partición de sus bienes conformando lotes con un valor equivalente a la cuota hereditaria correspondiente a cada coheredero, no se entiende por qué se debería excluir la posibilidad de que el heredero perjudicado pueda rescindir la partición por lesión si, una vez abierta la sucesión, existe un desajuste superior a la cuarta parte entre el valor total del lote adjudicado y el valor de lo que le correspondería percibir según su cuota hereditaria, debido a una modificación sobrevenida en el valor de los bienes incluidos en la partición, difícilmente previsible para el testador y que este no llegó a conocer.

Cuando el testador realiza la partición asignando lotes de valor equivalente a la cuota correspondiente a cada coheredero, manifiesta claramente su voluntad de que exista una equivalencia entre la disposición (la cuota hereditaria) y la partición. Sin embargo, su voluntad puede verse frustrada si, debido a una modificación sobrevenida en el valor de uno o más bienes en el lote de un heredero, la partición ya no se ajusta a la disposición en el momento en que esta

deviene eficaz[317]. Excluir en todo caso la posibilidad de impugnar la partición realizada por el testador cuando existe tal desajuste obliga a los herederos a aceptar un resultado contrario a la voluntad del testador.

El hecho de que el supuesto de hecho de la rescisión por lesión contemplado en el Código Civil consista en un desajuste ocasionado por un error en la valoración de los bienes relictos no obsta lo anterior. El desajuste o lesión que repara la rescisión por lesión lo produce el valor de los bienes que se reparten: no proviene de la omisión de bienes, de la preterición de algún heredero, ni de la intervención de un coheredero aparente en la partición. Cuando la partición es realizada por los propios coherederos, un contador-partidor o el juez, lo habitual es que entre la valoración y la adjudicación no transcurra un amplio período de tiempo. Por lo tanto, la lesión generalmente se debe a una valoración que no refleja el valor real de los bienes en el momento de la adjudicación, lo que provoca una discordancia entre la cuota hereditaria y el valor de lo percibido. Sin embargo, cuando la partición la realiza el propio testador, puede transcurrir un periodo de tiempo considerable entre el momento en que se realiza la partición y el momento del fallecimiento del testador, que es cuando la partición deviene efectiva. Si la lesión que repara la rescisión se produce porque el valor de lo adjudicado no se corresponde con la cuota hereditaria, y el Código Civil establece que la lesión se calcula en el momento en que la partición es efectiva (*atendiendo al valor de los bienes cuando fueron adjudicados*), se deduce que, cuando la partición la realiza el causante, el desajuste entre lote y cuota no solo puede provenir de una incorrecta valoración inicial, sino también de variaciones en el valor de los bienes entre el momento en que se realizó la partición y el momento en que esta deviene efectiva, es decir, cuando fallece el causante.

[317] Por ejemplo, si se produce una recalificación de unos terrenos que el testador consideró urbanizables cuando realizó la partición, pero que por un cambio en el plan urbanístico pasan a ser consideradas como zona verde; o por el aumento imprevisto en el precio de mercado de un bien inmueble debido al hallazgo de aguas minerales en su subsuelo.

Por esta razón, la doctrina italiana[318] y navarra[319], cuyos ordenamientos[320] permiten como regla general la rescisión por lesión de la partición realizada por el testador, consideran que la falta de equivalencia sobrevenida entre disposición y partición, causada por cambios en el valor de los bienes, es motivo suficiente para rescindir por lesión este tipo de partición. Ante una discrepancia entre la cuota y el valor del lote, se otorga preferencia a la cuota, una exigencia lógica del concepto de partición y de su función en el proceso sucesorio[321].

6.3. Las dudas interpretativas que genera la expresión *cuando racionalmente se presuma la voluntad favorable del testador* desalientan al coheredero perjudicado para impugnar la partición hecha por el testador

La equivalencia económica entre la cuota hereditaria y el valor del lote adjudicado es una consecuencia natural de la función de la partición hereditaria.

---

[318] R. CALVO; G. PERLINGIERI, *Diritto delle Successioni e delle donazioni*, vol. II, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, p. 1.355; P. FORCHIELLI; F. ANGELONI, *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Libro secondo-Delle Succesioni,* cit., pp. 732 y 733; L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., pp. 177, 179, 181 y 182.

[319] R. LUQUIN BERGARECHE, «Ley 338 FNN», cit., p. 1.397; M. D. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, «Tít. XX. De la partición de la herencia», cit., p. 1.391.: *Así, procederá la rescisión, por ejemplo, cuando el causante no hubiera podido tener en cuenta la alteración de valor de alguno de los bienes, como si asignó a uno de sus dos hijos instituidos por partes iguales una finca rústica que, en el momento de la adjudicación, se ha recalificado como solar, y pasado a valer diez veces más, siempre que tal incremento produzca en el otro heredero una lesión, por defecto de valor de adjudicación, superior a la mitad del valor de su cuota. También pueden darse desajustes como consecuencia de la enajenación forzosa, por expropiación o embargo de todos o algunos de los bienes que componen un lote, siempre que el causante no tuviera, razonablemente, tiempo para hacer una nueva partición.*

[320] El Código civil italiano admite expresamente la rescisión por lesión en la partición hecha por el testador (la *divisione testamentaria*):

Art. 763, párr. 2º CCIt. Rescissione per lesione.
La rescissione è ammessa anche nel caso di divisione fatta dal testatore, quando il valore dei beni assegnati ad alcuno dei coeredi è inferiore di oltre un quarto all'entità della quota ad esso spettante.

Respecto el ordenamiento jurídico-civil navarro, la doctrina interpreta que el Fuero Nuevo de Navarra, a diferencia del código español, también incluye la partición del causante en el ámbito objetivo de la rescisión por lesión, ya que la ley no exceptúa ninguna partición del ámbito objeto de la rescisión por lesión (M. D. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, «Tít. XX. De la partición de la herencia», cit., p. 1.390; J. VALLET DE GOYTISOLO, «Ley 336 FNN», en M. ALBALADEJO GARCÍA, S. DÍAZ ALABART (eds.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, vol. XXXVII-2, Ed. Edersa, Madrid, 2001, p. 1.590.).

[321] P. FORCHIELLI; F. ANGELONI, *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Libro secondo-Delle Succesioni,* cit., p. 736.

De ahí la generosidad con la que el Código civil permite rescindir por lesión el resto de las modalidades de partición hereditaria, configurándose como un remedio general de impugnación aplicable a cualquier modalidad de partición, excepto cuando la partición la realiza el testador. Cuando en la partición hecha por el testador se produce un desajuste entre la cuota y el valor del lote, causado de manera involuntaria por el testador, ya sea debido a errores en la valoración de los bienes o a sucesos imprevistos que no pudo anticipar y que no tuvo oportunidad de corregir antes de fallecer, la rescisión por lesión se presenta como el mecanismo adecuado para subsanar dicho desajuste. Esta acción permite realizar una nueva partición o que los demandados corrijan el desajuste completando el valor.

Sin embargo, las dudas interpretativas que genera la expresión *cuando racionalmente se presuma la voluntad favorable del testador* a la rescisión por lesión (la tercera excepción del art. 1.075 CCEsp) desalientan al coheredero perjudicado para impugnar la partición hecha por el testador cuando el valor de su lote sea inferior a las tres cuartas partes de lo que le corresponde recibir según su cuota hereditaria, salvo en el caso en que la partición vulnere la legítima del heredero o en que el propio testador haya autorizado la rescisión por lesión. A la dificultad de poder rescindir por lesión la partición hecha por el testador que genera el art. 1.075 CCEsp se añade, además, el art. 1.056, párr. 1º CCEsp que afirma que este tipo de partición solo puede impugnarse cuando perjudica la legítima de los herederos. Este resultado es contradictorio con la importancia que se concede a que en la partición, incluida la realizada por el testador, se adjudiquen bienes a cada coheredero cuyo valor se corresponda con su cuota hereditaria.

Uno de los motivos por los que el Código civil establece la prohibición de rescindir por lesión la partición hecha por el testador, según la doctrina, es que dicha prohibición refleja la tradición jurídica castellana que, desde el Derecho romano a los juristas castellanos, pasando por las Partidas, ha considerado que la partición hecha por el testador no debe ser impugnada en caso de lesión. Creemos que en este momento de la investigación se hace necesario proceder al análisis de los precedentes de la rescisión por lesión de la partición hereditaria,

a fin de determinar la veracidad de esta afirmación. El análisis de los precedentes de la rescisión por lesión de la partición hereditaria tiene también como propósito determinar si el criterio histórico puede ofrecer una interpretación extensiva de la oración *cuando racionalmente se presuma la voluntad favorable del testador* a la rescisión por lesión (la tercera excepción del art. 1.075 CCEsp), que amplíe los supuestos en que se pueda aplicar este remedio, cuando en la partición hecha por el testador exista un desajuste en más de la cuarta parte, entre el valor total del lote adjudicado a un coheredero y el valor de lo que debería recibir según su cuota hereditaria.

CAPÍTULO III. ANÁLISIS DEL ORIGEN HISTÓRICO DE LA RESCISIÓN POR LESIÓN: LA *LAESIO ENORMIS*

1. La creación de la *laesio enormis* en la Baja Edad Media (siglos XI a XV)

1.1. Las leyes 2ª y 8ª, *De rescindenda venditione* (C 4,44)

El análisis histórico de la rescisión por lesión debe partir necesariamente de la *laesio enormis* o *laesio ultra dimidium*, una institución elaborada por los glosadores y comentaristas bajomedievales[322] a partir de dos leyes romanas recogidas en la compilación justinianea[323] y atribuidas a los emperadores Diocleciano y Maximiano.

---

[322] Así lo entiende ampliamente la doctrina, vid. por todos M. MARTÍN CASALS, «Artículos 321 a 325 de la Compilación de Cataluña», cit., p. 455; J. A. MARTÍN PÉREZ, *La rescisión...*, cit., p. 98. La Baja Edad Media abarca los siglos XI al XV (M. LORENTE; J. VALLEJO; A. AGÜERO (EDS.), *Manual de Historia del Derecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 59.)

[323] Se tratan de los rescriptos C 4,44,2 y C 4,44,2, otorgados en los años 285 y 293 respectivamente. Los *rescriptos* son respuestas dadas por el emperador a una consulta jurídica realizada por un particular. Desde finales de la época clásica se consideran una fuente de derecho (J. A. D'ORS, *Elementos de derecho privado romano*, 6ª ed., EUNSA, Pamplona, 2016, p. 44.). Los transcribimos a continuación:

C 4,44,2: *Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.* (Traducción: Si tú ó tu padre hubiereis vendido por menor precio una cosa de precio mayor, es humano, ó que, restituyendo tú el precio á los compradores, recobres el fundo vendido, me- diando la autoridad del juez, ó que, si el comprador lo prefiriere, recibas lo que le falta al justo precio. Pero se considera que el precio es menor, si no se hubiera pagado ni la mitad del verdadero precio).

Los textos de la Compilación de Justiniano provienen de P. KRUEGER; T. MOMMSEN, *Corpus iuris civilis*, Berolini : Apud Weidmannos, 1877. Las traducciones de las leyes de la Compilación justinianea provienen de L. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho civil romano. A doble texto, traducido al castellano del latino por D. Ildefonso L. García del Corral*, editor Jaime Molinas, Barcelona, 1892.

C 4, 44, 8: Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venumdedit, dolus ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. hoc enim solum, quod paulo minori pretio fundum venumdatum significas, ad rescindendam emptionem invalidum est. quod videlicet si contractus emptionis atque venditionis cogitases substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiant

Los emperadores autorizan en estas leyes a deshacer una compraventa de un bien inmueble (*res*, *fundus*) realizada por un precio inferior a la mitad de su justo precio (*iusto pretio*, *dimidia parts veri pretii*), devolviéndose la cosa y el precio, salvo que el comprador prefiera pagar la diferencia hasta alcanzar su justo precio.

Al establecer la posibilidad de deshacer la venta de un bien inmueble por menos de la mitad de su precio justo, estas dos leyes contradicen otros textos romanos que declaran la absoluta libertad de los contratantes para establecer el precio de la compraventa, e incluso consideran lícito y natural el engaño a la otra parte para obtener un mejor precio. En efecto, diversos textos de la compilación justinianea establecen que el precio en las compraventas debe ser *verum* y *certum* (I 3, 23,1), pero no hacen mención de que también deba ser *iustum*. Por el contrario, varios textos afirman explícitamente que cabe el engaño para obtener el máximo beneficio (D 4,4,16,4; D 19,2,22,3), incluso establecen expresamente la irrevocabilidad de la compraventa aunque el objeto se venda por un precio vil (CTh 3,1,1). Además, tanto las recopilaciones contemporáneas a Diocleciano y Maximiano (*Codex Gregorianus*, *Codex Hermogenianus*) como la legislación posterior (*Codex Theodosianus*), no recogen estos rescriptos ni hacen referencia a la posibilidad de apartarse del contrato de compraventa por ser el precio inferior a la mitad. Por todo ello, sobre estas leyes 2ª y 8ª, *De*

pretium, profecto perspiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum vel statim vel post pretii quantitatis disceptationem: nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emptori praestita servanda. (Traducción: Si con tu voluntad vendió tu hijo un fundo tuyo, se debe probar el dolo por la astucia y las acechanzas del comprador, ó se debe demostrar miedo de muerte ó inminente tormento corporal, para que no se tenga por válida la venta. Porque esto solo que indicas, que el fundo fué vendido por precio poco menor, es ineficaz para que se rescinda la venta. Porque si, á la verdad, hubieses pensado sobre la esencia del contrato de compra y venta, y que persiguiendo el comprador su deseo de comprar por menos, y el vendedor de vender más caro, llegan á este contrato, y que con dificultad después de muchas contiendas, rebajando paulatinamente el vendedor de lo que habia pedido, y añadiendo el comprador á lo que había ofrecido, consienten en cierto precio, verias ciertamente, que ni la buena fé, que ampara á la convención de la compra y de la venta, permite, ni razón alguna concede, que por esto se rescinda un contrato terminado por el consentimiento, ó desde luego, ó después de la discusión de la cantidad del precio; á no ser que se haya dado menos de la mitad del justo precio, que había sido al tiempo de la venta, debiéndosele reservar al comprador la elección ya concedida).

rescindenda venditione planea la sospecha de que fueron interpoladas por los compiladores del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano[324].

1.2. El remedio de la *laesio enormis* o *laesio ultra dimidum*

Los juristas medievales, en cambio, daban por supuesta la autenticidad de todos los textos romanos recogidos en la compilación justinianea. Los glosadores otorgaban al Derecho romano un prestigio mítico, considerándolo el Derecho por antonomasia, técnicamente perfecto y muy superior a los derechos particulares de los reinos y ciudades. Hasta tal punto, que la actitud de los glosadores respecto a las fuentes del Derecho justinianeo es semejante a la de los teólogos respecto a la Biblia[325]. Desde este planteamiento, consideraban que debía existir

[324] Así lo consideran R. DEKKERS, *La lesión énorme. Introduction a l'histoire des sources du Droit*, Paris, 1937; O. GRADENWITZ, «Interpolazione e interpretazione», *Bulletino dell' Instituto di Diritto Romano*, nº 2, 1889, p. 49; P. S. LEICHT, «Laesio enormis e iustum pretium», *Studi in onore di C. Calisse*, nº 1, 1939, pp. 5-25; S. SOLAZZI, «L´origine storica della rescissione per lesione enorme», *Scritti di diritto romano*, vol. II, 1955. La romanística actual no ha zanjado definitivamente la discusión sobre la originalidad de estos rescriptos, si bien ha abandonado las posiciones hipercríticas de los textos justinianeos que predominó en el siglo XIX y primera mitad del XX. Ya no se descarta absolutamente la autoría de Diocleciano, porque la innovación que supone respecto a la libre determinación de los precios es más propia de un emperador reformista como él, que de otro tan conservador y tradicional como Justiniano (L. LANDUCCI, «La lesione enorme nella compra e vendita. Esame storico-critico d'una rinnovata proposta di interpolazioni giustinianee», *Atti del Reale Istituto Veneto di Scienze lettere ed arti*, nº 75, 1916; E. MEYNIAL, «Des conditions requises au Moyen-Age pour l'application de la rescision de la vente pour lesión d'outre-moitié», *Melanges P. Girard: études de droit romain dédiées a M. P. F. Girard*, vol. II, 1912; P. SCIUTTO, «Sulla c.d. rescissione per lesione enorme», *Labeo*, vol. 46, 3, 2000; O. STANOJEVIC, «Laesio enormis e contadini tardoromani», *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, 8, 1990.). Otros autores consideran que los rescriptos fueron medidas excepcionales adoptadas por Diocleciano, que posteriormente pasaron al olvido o dejaron de aplicarse al cambiar la situación socioeconómica del imperio. Así se explicaría que las recopilaciones posteriores no la contemplaran y que fueran recuperadas por Justiniano al enfrentarse a una situación de crisis económica similar, quien también le daría el valor de regla general (H. T. KLAMI, «Laesio enormis in Roman law?», *Labeo*, 33, 1987, p. 63; A. MONTAÑANA CASANÍ, *La rescisión por lesión (origen, evolución histórica y recepción en el Derecho moderno)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 51; A. J. B. SIRKS, «La laesio enormis en Droit Romain et Byzantin», *RHD*, 53, 1985.)

[325] F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de historia del derecho español*, 4ª ed, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, p. 192.: *El Derecho romano fue considerado como un donum Dei, como un Derecho inspirado por la aequitas, como una creación cultural insuperable y, sobre todo, como la ratio scripta, como la ratio iuris.* Refuerza esta concepción divina del Derecho romano el hecho de que la propia compilación justinianea se encuentre repleta de referencias y de rasgos metodológicos impregnados de teología. Como señala A. CALVO ESPIGA, «Sobre el método en el estudio del Derecho civil: una aproximación a la Historia», *Anuario de Derecho Civil*, 4, 2005, p. 1.621, n. 34.: *Aunque en su labor compilatoria no se encuentren invocaciones explícitas ni a Dios ni a los Santos, no cabe duda de que en la obra de Justiniano teología y política se dieron la mano a través de lo jurídico, hasta el extremo de que, en muchos momentos, las leyes sancionaban e imponían también principios de doctrina, llegando, en alguna ocasión, a intervenir el emperador, a través de determinadas leyes o decisiones, en asuntos estrictamente teológicos o dogmáticos.*

una lógica interna en las leyes recogidas en la compilación justinianea, y la presunta contradicción entre las leyes de Diocleciano y Maximiano, con aquellas otras que declaran la libertad de los contratantes para establecer el precio de la compraventa, se podía salvar mediante la identificación de la verdadera *ratio legis.*

Los glosadores resuelven esta contradicción mediante la construcción dogmática del *dolus in re ipsa*[326], en la que encuadran el remedio de la *laesio enormis*. Parten de distinguir dos tipos de maquinación insidiosa (*dolus*)[327], en la que las partes pueden incurrir en el momento de contratar: el causante y el incidental. El *dolus causans* determina que se celebre el contrato, de manera que la parte que sufre el dolo no habría celebrado el contrato de no haber intervenido esta maniobra maliciosa. Por ello, los glosadores consideraban que este tipo de *dolus* anulaba por completo el contrato, y las partes no podían quedar de ninguna manera vinculadas jurídicamente[328]. El *dolus incidens*, en cambio, no determina la celebración del contrato sino su contenido, es decir, la persona que lo padece habría celebrado el negocio igualmente, pero en unas condiciones más ventajosas de las que realmente se han efectuado[329]. En consecuencia, este tipo de dolo debía producir efectos distintos a la anulación del contrato, en concreto la reparación del daño padecido por la parte perjudicada[330].

Para Justiniano, la Teología acaba haciéndose derecho y ambos están al servicio del poder imperial.

[326] Para la construcción de la figura del *dolus in re ipsa*, los glosadores se basaron en una particular interpretación del pasaje D 45,1,36, en el que Ulpiano habla de la posibilidad de que *ipsa res in se dolum habet*, M. MARTÍN CASALS, «Artículos 321 a 325 de la Compilación de Cataluña», cit., p. 483; J. A. MARTÍN PÉREZ, *La rescisión...*, cit., p. 99.

[327] J. A. MARTÍN PÉREZ, *La rescisión...*, cit., p. 99.: Dolus *es aquella maquinación que induce a la celebración del contrato y da lugar a una* actio doli *para anularlo.*

[328] J. W. BALDWIN, «The medieval theories of the just price. Romanists, Canonists, and Theologians in the Twelfth and Thirteenth Centuries», *Transactions of the American Philosophical Society, New Series*, vol. 49, 4, 1959, p. 30.

[329] M. R. LLÁCER MATACÁS, *El saneamiento por vicios ocultos en el código civil: su naturaleza jurídica*, J. M. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 20 y 21; J. A. MARTÍN PÉREZ, *La rescisión...*, cit., p. 99.: *La consecuencia jurídica no consistirá pues en la nulidad del contrato, sino en la eliminación de la lesión. El contrato es válido y sólo da lugar a la purga del dolo.*

[330] M. R. LLÁCER MATACÁS, *El saneamiento por vicios ocultos...*, cit., p. 22.

El *dolus incidens* puede ser, a su vez, *ex proposito* o *re ipsa*, si el engaño lo produce, respectivamente, la otra parte o la propia cosa. Si el engaño lo produce la otra parte contratante (*dolus ex proposito*) –por ejemplo, un vendedor mediante el engaño induce al comprador a comprar un bien a un precio injusto– este fraude no invalida la compraventa, ya que el comprador la habría realizado de todas formas, si bien bajo condiciones más justas. El contrato de compraventa es válido, pero el precio injusto causado por el engaño intencionado puede ser reparado a través de la intervención judicial (*officium iudicis*), aunque el perjuicio sea mínimo (*unius nummi*).

En cambio, si el engaño no es intencionado, esto es, si no proviene de la otra persona contratante, sino que lo produce la propia cosa (*dolus ex re ipsa*), también se permitía que el contrato se mantuviera pese a contener este tipo de fraude, en virtud del principio de libertad en la contratación. El *engaño* provocado por la propia cosa que induce a desconocer su justo precio –entendiéndose por *precio justo* aquel por el que dicho bien se vende habitualmente en el lugar del contrato[331]– mantenía la validez del contrato, siempre y cuando el engaño no fuera de una entidad importante. Este límite del engaño lo marcaban las leyes de Diocleciano y Maximiano en *la mitad del justo precio*. Si una persona vendía un bien inmueble en más de la mitad de su justo precio, entonces tenía derecho a exigir la reparación del daño padecido. La reparación del daño o lesión podía realizarse de dos maneras: deshaciendo el contrato y retornando al estado anterior a su celebración, devolviéndose cosa y precio; o mediante el pago del suplemento del precio hasta alcanzar el precio justo. Si bien en la rescisión por lesión *ultra dimidium*, el vendedor sólo puede pedir la rescisión del contrato, siendo una obligación facultativa del comprador no doloso evitar la rescisión supliendo el precio[332].

[331] J. W. BALDWIN, «The medieval theories...», cit., p. 29.: *In short, the just price was equated with the current price. In litigation concerning laesio enormis, therefore, when the judge or the "good men" attempted to ascertain the true value of goods, the actual going price at the time and place of the original sale was the object of their inquiry.*

[332] M. R. LLÁCER MATACÁS, *El saneamiento por vicios ocultos...*, cit., p. 44; M. MARTÍN CASALS, «Artículos 321 a 325 de la Compilación de Cataluña», cit., pp. 576 y 577.

1.3. El fundamento de la rescisión por *laesio enormis* reside en la *aequalitas* conmutativa, que exige que cada contratante reciba tanto cuanto da

De esta manera, a través de la figura del *dolus in re ipsa* se conciliaban las leyes de Diocleciano y Maximiano, con aquellas otras leyes romanas que declaran la libertad de los contratantes para establecer el precio de la compraventa: las partes eran libres de acordar el precio de la compraventa y luchar para obtener el mayor lucro posible, pero este lucro tenía como límite cuantitativo la mitad del precio justo[333].

Pero para poder rescindir la compraventa no es suficiente que se demuestre que la lesión sufrida supera la mitad del justo precio de la cosa. Como el remedio de la *laesio enormis* se basa en un supuesto engaño que sufre el comprador por parte de la propia cosa con respecto a su justo valor, para que prospere la acción además es necesario que el lesionado desconozca el valor de la cosa al tiempo de celebrar el contrato. Por tanto, debe concurrir junto con el elemento objetivo de la lesión *ultra dimidium*, el elemento subjetivo de error o ignorancia acerca del precio del bien. Si se prueba que el lesionado celebró el contrato lesivo con conocimiento del valor real de la cosa, se entiende que quiso vender a precio vil, y por tanto que su voluntad era la de donar la diferencia de valor[334]. De ahí que, para reforzar las cláusulas de renuncia del vendedor a impugnar el contrato por

[333] Los glosadores consideraron que era pernicioso proteger únicamente al vendedor, y que el comprador también merecía la misma protección. Por ello extendieron este remedio a los compradores (M. MARTÍN CASALS, «Artículos 321 a 325 de la Compilación de Cataluña», cit., p. 456..). Ello originó un debate sobre la manera de calcular la lesión en el comprador, según cómo se interprete el término *duplum* que se emplea en la ley 2ª, *De rescind.vendid* (C 4,44,4). En un primer momento, *duplum* se entendió como el doble (*duplus*) del justo precio, en una relación de dos por uno: el comprador compra por 21 un bien cuyo precio justo es 10. Pero a comienzos del siglo XIII se cambia de criterio, dado que la ley romana no utiliza el término *duplus*, sino *dimidia* (=mitad). A partir de entonces la lesión del comprador se calcula sumando una mitad al justo precio: el comprador resulta lesionado y puede rescindir la compraventa si compra por 16 lo que vale 10 Este debate, junto con otros surgidos entre los glosadores a raíz de la interpretación de los textos romanos, fueron recogidos y editados en el siglo XIX por *G*. F. HAENEL, *Dissensiones dominorum: Sive controversiae veterum iuris Romani interpretum qui glossatores vocantur*, Scientia Verlag, Leipzig, 1834, p. 427 § 253. También ampliaron el ámbito de aplicación de la *laesio enormis* a las compraventas de bienes muebles, entre otros motivos, porque en la Edad Media, los bienes muebles eran el objeto de contratación más habitual, mientras que el tráfico de bienes inmuebles estaba sumamente restringido (J. A. MARTÍN PÉREZ, *La rescisión...*, cit., p. 103, n. 234.).

[334] M. MARTÍN CASALS, «Artículos 321 a 325 de la Compilación de Cataluña», cit., p. 487; J. A. MARTÍN PÉREZ, *La rescisión...*, cit., p. 106.

lesión en el precio, se añada que la diferencia entre el precio acordado y el precio justo se entiende como donación[335].

El conocimiento o desconocimiento del precio justo de los bienes aproxima el *dolus in re ipsa* a lo que actualmente consideramos como error vicio del consentimiento[336]. Sin embargo, el fundamento de la institución de la *laesio enormis* no residía en un supuesto vicio del consentimiento, sino en la necesidad de observar la justicia en los intercambios, la justicia conmutativa. Este fundamento proviene de los teólogos del siglo XIII[337], quienes consideraban que la admisión de la posibilidad de vender un bien por encima de su valor, como proclamaban las leyes romanas y defendían los glosadores, era contraria al mandato divino de no hacer a los demás lo que no se desearía para uno mismo[338]. Santo Tomás de Aquino, uno de los principales exponentes de estos

---

[335] J. W. BALDWIN, «The medieval theories...», cit., p. 25. Este refuerzo de la renuncia al remedio, con la donación de la diferencia entre valores, se mantiene en los contratos de compraventa hasta la aparición de Código civil. Puede verse en F. GARCÍA GOYENA; J. AGUIRRE, *Febrero. Libreria de jueces, abogados y escribanos*, vol. IV, Imprenta y librería de D. Ignacio Boix, Madrid, 1844, pp. 26 y 27. , que en el formulario de una venta de casa recogen esta cláusula de renuncia con donación: *Y asimismo declara que el justo precio y verdadero valor de la referida casa son los tantos mil reales , y que no vale mas, ni halló quien tanto le haya dado por ella ; y si mas vale ó valer puede, del esceso en poca ó mucha suma hace á favor del comprador y de sus herederos y sucesores gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable en sanidad, con su insinuacion y demas firmezas legales, y renuncia la ley 2, tit. 1, lib. 10, Nov. Recop., que trata de los contratos de venta, permuta y de otros en que hay lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio, y los cuatro años que prefine para pedir su rescision ó suplemento à su justo valor, los que da por pasados como si efectivamente lo estuvieran.* Esta renuncia con donación también aparece en las escrituras de particiones hereditarias, como veremos más adelante (vid. infra p. 247, n. 559).

[336] J. A. MARTÍN PÉREZ, *La rescisión...*, cit., pp. 106 y 107.: *Así, a fuerza de poner el acento sobre el grado de conocimiento del renunciante, la acción de rescisión termina quedando sometida a una nueva condición: la ignorancia del vendedor sobre el valor del bien vendido. Y se enuncia el principio* sciens non deceptus videtur*, porque quien conoce el valor del objeto no puede ser* deceptus*. De esta forma, la lesión, surgida con un carácter objetivo que conoce diferentes versiones* -dolus re ipsa, deceptio-*, se transforma en un vicio del consentimiento no muy diferente del error.*

En contra, M. MARTÍN CASALS considera que el *dolus in re ipsa* en ningún caso se relaciona con lo que hoy llamamos un vicio del consentimiento. Este autor entiende que el error del justo precio no es más que una presunción *iuris tantum* de ignorancia del precio justo por parte del lesionado. En consecuencia, el presunto causante de la lesión puede enervar la acción rescisoria (o la *excepctio doli*) mediante la prueba de que el lesionado conocía el justo precio de la cosa en el momento de la celebración del contrato (M. MARTÍN CASALS, «Artículos 321 a 325 de la Compilación de Cataluña», cit., pp. 486 y 487.).

[337] J. W. BALDWIN, «The medieval theories...», cit., p. 58.

[338] T. DE AQUINO, Sum. theo. II-II,q.77,a.1: *Sed contra est quod dicitur (Matth. VII, 12): Omnia quaecumque vultis ut faciant vobis homines, et vos facite illis. Sed nullus vult sibi rem vendi carius*

teólogos, partía del principio de que las partes, por lo general, celebran un contrato de compraventa en interés común, ya que cada uno tiene necesidad de lo que el otro ofrece: el comprador tiene necesidad del objeto que se vende, y el vendedor tiene necesidad del precio que se da por él. Lo que se establece para beneficio común no debe perjudicar a uno más que a otro, por lo que debe haber una equivalencia o igualdad (*aequalitas*) en el valor de los bienes que se intercambian, entre lo dado y lo percibido. Por tanto, vender una cosa por un precio mayor o comprar por un precio menor de lo que realmente vale es injusto e ilícito en sí mismo[339].

1.4. La extensión del remedio de la *laesio enormis* a todos los contratos onerosos

La justicia conmutativa, que exige el respeto de la *aequalitas*, es fundamental en todo intercambio, pues de su observancia depende la existencia misma de la sociedad. Si a un hombre no se le retribuye de acuerdo con el valor de su trabajo, las artes y oficios humanos se destruirían al carecer su autor de medios para su subsistencia, además de que el hombre se convertiría en esclavo, porque un esclavo es aquel que no recibe una justa recompensa por su trabajo[340]. La

---

quam valeat. Ergo nullus debet alteri vendere rem carius quam valeat. (T. DE AQUINO, *Summa Theologica. Diligenter emendata Nicolai, Sylvii, Billuart, et C.-J. Drioux*, vol. IV, 12ª, Apud Bloud et Barral, Parisiis, 1880, p. 526.).

339 T. DE AQUINO, Sum. theo. II-II,q.77,a.1: *Quod autem pro communi utilitate inductum est, non debet esse magis in gravamen unius quam alterius; et ideo debet secundum aequalitatem rei inter eos contractus institui. Quantitas autem rei, quae in usum hominis venit, mensuratur secundum pretium datum; ad quod est inventum numisma, ut dicitur (Ethic. lib. V, cap. 5, ante med.). Et ideo si vel pretium excedat quantitatem valoris rei, vel e converso res excedat pretium, tolletur justitiae aequalitas. Et ideo carius vendere vel vilius emere rem quam valeat, est secundum se injustum et ilicitum* (*Ibid.*)

340 T. DE AQUINO, Sententia Ethic., lib. 5 lectio 8: *Dicendum est autem, quod circa iustitiam commutativam, semper quidem oportet esse aequalitatem rei ad rem, non tamen actionis et passionis, quod importat contrapassum* (T. DE AQUINO, *Opera omnia. Sententia libri Ethicorum. Cura et studio fratrum praedicatorum*, vol. XLVII-2, ad Sanctae Sabinae, Romae, 1969, p. 291.). A continuación, T. de Aquino pone el siguiente ejemplo: la construcción de una casa tiene un valor superior al de la producción de una navaja. Por lo tanto, si el constructor cambiara su trabajo por el del cuchillero, no habría igualdad en los bienes intercambiados, es decir, la casa y la navaja. La retribución proporcional al valor del trabajo, en definitiva, la igualdad en el valor de los bienes intercambiados, hace que los hombres vivan en sociedad, pues a quien no se le retribuye según su trabajo es un esclavo: *quia per hoc commanent cives sibi invicem in civitate quod sibi invicem proportionaliter contrafaciunt, prout scilicet si unus pro alio facit aliquid, alius studet proportionaliter facere pro eodem. Et manifestum est quod omnes cives hoc quaerunt ut eis proportionaliter contrafiat: per hoc enim commanent homines ad invicem quod sibi invicem faciunt*

igualdad es, por tanto, inherente a todo contrato que implique un intercambio, es decir, en lo que se denomina *contrato oneroso*[341].

Si bien la doctrina iusnaturalista desarrollará siglos más tarde la configuración dogmática del contrato oneroso, en la época del derecho común su noción no es desconocida, aunque su formulación todavía es imperfecta [342]. La distinción entre contrato lucrativo y oneroso se establece en función de la existencia de correlatividad o intercambio económico entre las partes. En los contratos lucrativos, la parte que recibe no da nada a cambio; no existe una contraprestación. En cambio, en los contratos onerosos, quien da o promete lo hace en consideración a la dación o promesa de la otra parte; el contrato oneroso se establece para la utilidad de ambas partes, y por tanto existe una contraprestación.

Como consecuencia natural y lógica, los remedios destinados a restablecer la *aequalitas* en caso de lesión se aplicarán a todos los contratos onerosos. De esta manera, la rescisión por *laesio enormis* no sólo se aplicará a la compraventa, sino que también se extenderá a todos los contratos onerosos de buena fe[343]: en el arrendamiento; la permuta; sociedad; mutuo y cambio; seguro; dote estimada; dación en pago; donación remuneratoria o recíproca; renuncia o liberación

quod quaerunt. Numquid ergo hoc male quaerunt, quod scilicet eis proportionaliter contrafiat? Si autem non quaerunt hoc male, videtur esse servitus, si uni facienti, alius non contrafaciat proportionaliter; servile enim est, quod aliquis non adipiscatur ex suo opere id quod non male quaerit. Vid también J. W. BALDWIN, «The medieval theories...», cit., p. 63.

[341] M. R. LLÁCER MATACÁS, *El saneamiento por vicios ocultos...*, cit., p. 35., a quien sigo en su explicación.

[342] *Ibid.*. En el derecho común, indica la autora, el contrato oneroso es una de las posibles clasificaciones de los contratos, junto con otras muchas (contratos nominados e innominados; *bonae fidei* y *stricti iuris*, etc.). La existencia de un intercambio como elemento clasificatorio de los contratos se puede encontrar en el prólogo a la 5ª Partida: *Et porque estos pleytos et posturas, á que llaman en latin* contractus*, son los unos de gracia et de amor que se facen los unos á los otros, et los otros son por razon de pro de amas las partes; por ende queremos fablar de los de gracia, porque son de los fechos de los mas nobles et mas honrados á los que los facen, asi como de emprestar ó dar sin rescebir ende luego camio ó gualardon por ellos.*

[343] *Ibid.*, p. 36 a 38., con cita abundante de la doctrina.

recíprocas; contrato de cesión; feudo y enfiteusis; transacción; y por último, en la división de herencia o de cosa común[344].

1.4.1. La partición hereditaria se equipara a la permuta porque se produce un intercambio de cuotas sobre los bienes entre los coherederos

La inclusión de la división hereditaria en la categoría de los contratos onerosos se debe a la concepción de la división como un intercambio recíproco de cuotas entre los copartícipes (tesis de la *permutatio*). Los juristas medievales[345], y a su estela los de siglos posteriores[346], conciben la situación de comunidad hereditaria como un conjunto de comunidades ordinarias pro indiviso. Cuando en una herencia concurren varios herederos, se forma una comunidad hereditaria sobre cada uno de los bienes de la herencia, de manera que cada coheredero es titular de una cuota sobre cada uno de ellos. En consecuencia, para poner fin al estado de comunidad, los copartícipes deben proceder a intercambiarse entre sí las cuotas respectivas que poseen sobre los demás

---

[344] BARTOLUS, *Commentaria*, vol. tomus VII, Venetiis, 1596., *ad tertium lib.Codicis, Communia utriusque iudicii, ad maioribus*; J. DE RÉVIGNY, *Lectura super prima parte Codicis*, 1519., *ad Communia utriusque iudicis*, fol. 163: *Si est deceptus re ipsa ultra dimidiam, ut de rescin.ven.l.ii voluit quida dicere & ille quem agit habet electionem: ut suppleat ageti defectu sue partis in estimatione in pecunia vel in re ipsa ut habeat restituat*. BALDUS, *In Quartum & Quintum Cod. Lib. Commentaria*, apud Iuntas, Venetiis, 1599, f. 115., *C. de resc.vend.1,2,núm. 18*. Esto contradice la afirmación de F. GÓMEZ-ACEBO SANTOS, «Revisión del concepto de lesión: su estructura técnica», *Revista de Derecho Privado*, 1950, p. 498., de que fue a partir del siglo XVI cuando se aceptaría la posibilidad de aplicar el remedio de la *laesio enormis* a la partición hereditaria.

[345] J. DE RÉVIGNY, *Lectura super prima parte Codicis*, cit. *ad Communia utriusque iudicis*, fol. 163: *Si ergo dividamus rem coem in re comuni ego habere signata in parte assignatam in ea re habeo partem a te parte a me; aci re qua habes similiter a me parte unde videt permutatio...Ecce ubi dividim inter me te res comunes &assignatur tibi res una in illa re tu habes partem a te & etia illa no teneo tibi parte.*

[346] J. CUJAS, *Jacobi Cujacii i.c. tolosatis opera ad parisiensem Fabrotianam editionem*, vol. IX, ex officina frat.Giachetti, 1839., ad. tit. XX De collat., lib.VI.: *Quod si divisione facta inter fratres sine arbitris ex conventione, ex permutatione, omnis enim divisio sit per permutationem partium mutuam.* A. AYERBE DE AYORA, *Tractatus de partitionibus bonorum communium inter maritum, et uxorem, & filios ac haeredes eorum.*, Apud Ioannem de Rueda Typographum, 1623, p. pars I, cap.III,9*.: Licet hoc pateat evidenter ad oculum, ita ut non egeat aliquo iuris sufragio: tamen de iure fundatur ea ratione nam certus est, quod in divisione quae fit inter haeredes de bonis haereditariis contrahitur inter eos, quaedam permutatio, vel venditio partis communis quae tradditur cohaeredi cum ante divisione in qualibet parte haerediratis habeat partem proindiviso & propterea tanqua qui libet venditor tenetur cohaeres de evictione ne si alteri evincatur.* A. GOMEZ, *Variae resolutiones iuris civilis, communis et regii*, typis D. Gabrielis Ramirez, Matriti, 1768*., De Emptione & Venditione,* cap.II, n. 34: *…quia divisio haereditatis censetur quaedam permutatio…*

bienes, excluyendo aquella que corresponde al bien singular que desean adjudicarse[347]. Los coherederos, por tanto, adquieren los bienes adjudicados por dos títulos: uno como heredero en la parte del bien sobre el que ya tenían una cuota, y otro como contratante en las partes adquiridas de los otros coherederos[348]. La partición hereditaria se presenta así como un contrato oneroso o de intercambio, equiparable con la permuta[349].

1.4.2. La ley 3ª, Communia utriusque iudicii (C 3,38)

Los juristas medievales tuvieron que sortear un último obstáculo para lograr el perfecto ensamblaje de la partición hereditaria en el remedio general de la *laesio enormis*. Este obstáculo lo constituye la ley 3ª, *Communia utriusque iudicii* (C

[347] La teoría de la *permutatio* se ha considerado tradicionalmente de origen romano, ya que diversos pasajes de la compilación justinianea parecen establecer la mecánica de la división como un intercambio similar a la permuta o la compraventa (C 3,38,1; D 10,2,20,3; D 31,77,18). Sin embargo, se ha demostrado que la teoría de la *permutatio* fue una creación posterior de los juristas medievales. Vid. F. J. ORDUÑA MORENO, «La excepción de la responsabilidad por evicción en la partición realizada por el testador; artículos 1.056 y 1.070, núm. 1, del Código Civil (Un nuevo enfoque de su problemática desde la perspectiva de nuestros antecedentes históricos)», *Anuario de Derecho Civil*, nº 2, 1989; *La responsabilidad por evicción...*, cit..

[348] A. GOMEZ, *De Emptione & Venditione,* cap.II, n. 34*: Nam cum quaelibet res haereditaria ante divisionem sit communis pro indiviso inter haeredes pro portionibus suis, sequitur, quod facta postea divisione, quilibet haeres habet suam parte iure proprio, & ex sua persona in re sibi adjudicata, & alias partes habet ex persona cohaeredum.* BARTOLUS, *Omnium Iuris Interpretum Antesignani Commentaria*, vol. IV, apud Iuntas, Venetiis, 1590., *ad lib. XXXI Digestum*, *Haereditatem*.: *Divisio simili est venditioni, sed divisio est quaedam permutatio...ex hoc sequitur quidquid habes a cohaerede meo, ut puta noia, vel aliud, succedit in locu partis que habeba indivisio in toto.*

En el Derecho romano, el verdadero título de adquisición es la *adiudicatio* pronunciada por el *iudex* en la división judicial, o en caso de división voluntaria mediante el cumplimiento de un modo de adquisición de la propiedad (*mancipatio, in iure cesio* o *traditio*), ya que el simple consenso no es título de adquisición de la propiedad (A. GUARINO, *Diritto privato romano*, vol. II, 12ª ed., Editore Jovene, Napoli, 2001, pp. 528 y 530; A. MURILLO VILLAR, «La división convencional de la comunidad de bienes en el derecho romano», *Revista Jurídica del Notariado*, 17, 1996, Consejo General del Notariado, pp. 75 y ss.)

[349] J. CUJAS, *Jacobi Cujacii i.c. tolosatis opera ad parisiensem Fabrotianam editionem*, cit., vol. IX., ad. tit. XXXVIII Communia utriusque iudicii, lib.IV: *Illud commune est utriusque judicii ut per arbitrum vel ex conventione divisione facta alter alteri teneatur evictionis nomine, actione praescriptis verbis quasi ex empto venditio vel ex permutatione. Igitur divisio instar obtinet emptionis aut permutationis, cum no possit fieri nisi permutatis partibus.* A. GOMEZ, *Variae resolutiones*, cit.*, cap. II, De emptione et venditione, q.33: Cuius ratio est, quia divisio haereditatis censetur quaedam permutatio.* P. MORQUECHO, *Tractatus de bonorum divisione*, apud haeredes Ioannis Iñiguez à Lequerica, 1601.,I, 2,14 *quia divisio est quaedam alienatio & permutatio.*

3,38)[350], otorgada en el año 290 también por los mismos emperadores Diocleciano y Maximiano, y que a partir de la época medieval será conocida como ley *maioribus*. La ley dispone que en la división de bienes realizada extrajudicialmente se suele auxiliar a los mayores de edad, cuando la división resulta ser desigual (*inaequaliter*) a causa de haber intervenido *fraudem*, *dolum* o *perperam*, porque en los juicios de buena fe lo que se ha hecho desigualmente debe reformarse a mejor. Nuevamente debía conciliarse esta ley, que se refiere a una división de bienes y no menciona la lesión en más de la mitad del precio justo, con las leyes 2ª y 8ª, *De rescindenda venditione* (C 4,44), que sí contempla el importe de la lesión, pero se refieren a la compraventa de un bien inmueble.

Los juristas armonizaron esta ley *maioribus* considerando que el empleo en ella del término *perperam* sólo puede referirse a una causa ajena al dolo causado por la otra parte, y que provocase que una partición resultara desigual (*inaequaliter*). Esta causa tenía que ser la que contemplaban las leyes para la compraventa, esto es, la lesión en más de la mitad del justo precio[351]. De manera

---

[350] *C 3,38,3*: *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Aureliae Severae. Maioribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri, quia in bonae fidei iudiciis et quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur.* (Traducción: Hechas las divisiones sin forma de juicio por fraude, ó dolo, ó malamente, se les suele auxiliar también a los mayores, porque en los juicios de buena fé se reformará en mejor también lo que constare que se hizo desigualmente).

La doctrina romanista observa que los romanos no consideran la *comunidad* como institución especial, sino más bien como una especialidad del derecho de propiedad, cuyo ejercicio se encuentra limitado por los derechos de los demás copropietarios (M. SALAZAR REVUELTA, *Evolución histórico-jurídica del condominio en el derecho romano*, Universidad de Jaén, Jaén, 2003, p. 39.). Por este motivo no se encuentra ningún apartado dedicado específicamente a la comunidad en la compilación justinianea. Sin embargo, sí existen apartados dedicados a las acciones divisorias, que tienen como objetivo poner fin a la comunidad: la acción de partición de herencia (*actio familiae erciscundae*, C 3, 36) y la acción de división de la cosa común (*actio communi dividundo*, C 3,37) y. A estos títulos les sigue otro (*Communia utriusque iudicii tam familiae erciscundae quam communi dividundo*, C 3,38), que contiene textos que debían aplicarse en ambos procedimientos. Este capítulo común demuestra la gran analogía entre ambas acciones y, por consiguiente, entre el condominio y la comunidad hereditaria (*Ibid.*, p. 149.)

[351] BARTOLUS, *ad tertium lib.Codicis, Communia utriusque iudicii, ad Maioribus*: *Haec est bona l. i divisionibus subvenitur ei, qui est deceptus dolo adversarii, vel re ipsa ultra dimidiam iusti pretii. Hanc legem valde, quae generaliter extendit l.2. de rescin. vend. ad omnes contractus bonae fidei.* Un gran conocedor del Derecho romano, J. Cujas, expresó con claridad en el siglo XVI esta interpretación de la ley, indicando que la partición desigual (*perperam, id est, inaequaltiter*) surge de un fraude provocado por la propia cosa: *nam in bonae fidei contractibus & iudiciis, hoc est ratum, etiam maioribus circumscriptis, vel in re, vel dolo adversarii subveniri in l.3. Idemque siet, si ab arbitro famil.ercisc. divisio facta sit perperam, id est, inaequaliter, quod est tertium genus*

que la ley *maioribus* deviene una concreción para la división de lo que las otras leyes establecían para la compraventa, y por tanto la lesión debía ser en más de la mitad del justo precio, y pudiendo el demando evitar la ineficacia de la partición mediante el complemento del precio. A partir de este momento, se citará la ley *maioribus* como aquella que permite específicamente la posibilidad de aplicar el remedio de la *laesio enormis* a la partición hereditaria[352].

2. La aplicación de la *laesio enormis* en la partición hereditaria durante la Edad Moderna (finales del siglo XV a finales del siglo XVIII)

Para los juristas medievales, la aplicación de la *laesio enormis* (una figura jurídica que protegía a las partes en transacciones injustas) a la partición hereditaria era una consecuencia automática de considerar esta última como una permuta. Por ello, asumían la aplicación de la *laesio enormis* a la partición hereditaria como algo lógico y natural. Sin embargo, en la Edad Moderna[353] comenzaron a surgir voces críticas a esta aplicación automática. En ello influyó el *Rinascimento* italiano de los siglos XV y XVI, que sentó las bases para dejar de considerar el Derecho romano como derecho vigente y empezar a estudiarlo como un producto histórico, siendo la obra justinianea su etapa final[354]. De esta manera, aunque la mayoría de los juristas admitían la aplicación de la *laesio enormis* a la partición hereditaria[355], también había quienes cuestionaban la lógica de aplicar

*divisionis, nam & haec divisio, ut dicat l.8 corrigitur iterato arbitrio familiae erciscundae (*J. CUJAS, ad. tit. XX, lib.VI.).

[352] BALDUS, *In Primum, Secundum & Tertium Cod. Lib. Commentaria*, apud Iuntas, Venetiis, 1599., *ad librum Tertium Codicis, ad Maioribus.* Así también lo indica en el siglo XVI PINELLUS, *De rescindenda venditione*, secunda pars, c. I: *Addunt scribentes communiter hic & ubiq. de hac materia tractantes, decisionem huius l. locum habere in divisione bonorum: citantque omnes, ut expressum text in l. maioribus, C. commun.utr.jud& ibi gloss. Bart.Alber.Bal.Salic.Paul& alii notant.*

[353] El período cronológico de la Edad Moderna se sitúa convencionalmente desde finales del siglo XV hasta finales del siglo XVIII, momento en que se producen las revoluciones americana y francesa (M. LORENTE Y OTROS (EDS.), *Manual de Historia del Derecho*, cit., p. 89.)

[354] A. IGLESIA FERREIRÓS, «Individuo y familia. Una historia del derecho privado español», en M. ARTOLA (ed.) *Enciclopedia de Historia de España. Economía y sociedad*, vol. I, Alianza editorial, Madrid, 1988, p. 509; F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, cit., p. 303.

[355] A. FAVRE, *Codex Fabrianus definitionum forensium et rerum in sacro Sabaudiae senatu tractatarum*, Chouet, 1659. lib. III, tit. XXVII, definitio III.: *Perfectus divisionis contractus ad exemplum venditionis caeterorumque bonae fidei contractuum ex causa enormis laesionis*

un remedio concebido para las compraventas (las leyes 2ª y 8ª se sitúan en el título *De rescindenda venditione* de la compilación justinianea) a algo tan distinto como la partición hereditaria. Las críticas se fundamentaban sobre los siguientes tres aspectos.

En primer lugar, las leyes romanas aceptaban como natural en los contratos onerosos la lucha por obtener el mayor beneficio (*naturaliter se circumvenire*). Sin embargo, en la partición hereditaria el intercambio no es voluntario, sino que es necesario para poner fin al estado de indivisión[356]. Aquí las partes no tratan de obtener un beneficio (en principio), sino más bien de liquidar una comunidad mediante un reparto equitativo, para obtener una partición *aequaliter*[357].

En segundo lugar, a diferencia de otros contratos onerosos, en la partición no hay un precio definido, o al menos este no es único, ya que los copartícipes realizan entre sí varias transmisiones de cuotas sobre los bienes, con el fin de adquirir la propiedad en exclusiva sobre bienes singulares[358]. Esta ausencia de precio genera disensiones en torno al umbral necesario de la lesión para poder ser impugnada, teniendo en cuenta, a su vez, la mayor exigencia de *aequitas* en la partición.

Finalmente, no resulta del todo convincente la equiparación que realizan los glosadores de la ley *maioribus* con aquellas que contemplan la *laesio enormis*

---

rescindi potest: in eo omnes consentiunt. A. AYERBE DE AYORA, *Tractatus de partionibus*, cit., pars III, q.X, 25:…*communiter la tienen y siguen todos los doctores*…

356 A. FAVRE, *Codex Fabrianus*, liber III, tit. XXVII, def. III: *Qui vero emit, ut sibi acquirat qua mínimo & vilissimo; est quod decimus, licere iis naturaliter se decipere... Illa enim alienatio necessaria est, nec nisi eo animo sit, ut suae quisque partis dominus in solidum maneat.*

357 A. PÉREZ, Praelectiones, lib. III Cod., tit. XXXVIII, Communia utriusque iudicii, 5: *Praetera in divisione exactior aequalitas exigenda videtur, quam in contractibus. In illa quippe hoc unum spectatur, ut cuique sociorum sua pars juste attribuatur. At in contractibus mutui commercii gratia institutis, cum liceat contrahentibus se invicem in pretio aliquatenus decipere, majori laesione ad illos irritandos opus est.*

358 A. FAVRE, *Codex Fabrianus,* liber III, tit. XXVII, def. VIII*: Aperte tamen differt ab emptione in eo, quod neque pretium ullum in divisione intervenit.* Aunque ya en el siglo XIII se observó la falta de precio en la división: *Sed in divisione non agebat de pretio habedo. Unde de ipsis rebus supplebat decepti no in estimatione als compelleret vedere rem suam* (J. DE RÉVIGNY, *Lectura super prima parte Codicis*, cit., *ad Communia utriusque iudicis*, fol. 163).

en la compraventa, pues la primera no hace referencia ni a la mitad del justo precio ni a la opción del demandado de evitar la ineficacia mediante el complemento del precio.

Procedemos a exponer a continuación estos tres aspectos, siguiendo el orden mencionado, y prestando lógicamente una mayor atención a los juristas castellanos, dada su relevancia para nuestro objeto de estudio[359].

2.1. La partición hereditaria es impugnable por *laesio enormis* cuando es una partición *inaequaliter*: cuando el valor de los bienes adjudicados a un copartícipe (lo que recibe) no es igual al valor de los bienes adjudicados al resto de los copartícipes (lo que da)

Desde la época medieval, la partición hereditaria en los ordenamientos de tradición jurídica romana se practicaba de las siguientes maneras: en vida del testador y por él mismo (la *divisio parentum inter liberos*); por una tercera persona nombrada por el testador (albacea o testamentario) o por los coherederos (contador partidor); por convenio entre los propios coherederos; o judicialmente como resultado del ejercicio de la a*ctio familiae erciscundae.* Estas formas de partición provenían del Derecho romano y se recogían en la compilación de Justiniano (C 3,36 *Familiae erciscundae*), excepto la realizada por el albacea o testamentario, que surge de la necesidad práctica de que una persona ejecute la última voluntad del causante, una vez que el derecho postclásico deja de exigir el nombramiento de heredero como requisito de validez del testamento[360].

[359] A. AYERBE DE AYORA, *Tractatus de partionibus*, cit.; A. DE GUZMÁN, *Tractatus de evictionibus*, sumptibus Fratum de Tourne, Coloniae Allobrogum, 1736; J. FEBRERO, *Libreria de escribanos, abogados y jueces*, vol. II, imprenta de don Pedro Marin, Madrid, 1786; A. GOMEZ, *Variae resolutiones*, cit.; G. HERMOSILLA, *Notae, additiones, et resolutiones ad glossas legum partitarum Gregorii Lopetii*, vol. II, ex officina Anissoniana, Lugduni, 1674; G. LÓPEZ, *Las Siete Partidas del rey D. Alfonso el Sabio, glossadas por el Sr. D. Gregorio López, del Consejo Real de la Indias. Partida Sexta*, en la imprenta de Benito Monfort, Valencia, 1767; P. MORQUECHO, *Tractatus de bonorum diuisione*, cit.; A. PÉREZ, *Praelectiones in dvodecim libros codicis Justiniani imp.*, apud Ludovicum Elzevirium, Amstelodami, 1653.

[360] A. GARCÍA-GALLO, «Del testamento romano al medieval. Las líneas de su evolución en España», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 47, 1977, p. 485.

En todos estos tipos de partición, salvo la hecha por el testador, se produce un intercambio de cuotas para disolver la comunidad[361]. Si el fundamento del remedio de la *laesio enormis* reside en la justicia conmutativa – es decir, en que cada uno reciba un valor equivalente a lo que da a cambio – la partición es injusta cuando no existe esta igualdad entre los valores de las cuotas que se dan y las que se reciben. Pero a diferencia de los otros contratos onerosos, en la división no existe precio, o al menos este no es único, dado que los partícipes realizan varias transmisiones de cuotas sobre bienes entre sí. Esto hace imposible comparar cuota por cuota los valores de cada una. La desigualdad debe buscarse en el resultado final, esto es, en el valor de los bienes adjudicados. De esta manera, la partición es desigual (*inaequaliter*) cuando el valor de los bienes adjudicados a un copartícipe (lo que recibe) no es igual al valor de los que se adjudican al resto de copartícipes (lo que da). En otras palabras, cuando no se han formado lotes iguales. Si, por ejemplo, tres herederos son llamados a suceder en iguales partes, o mejor dicho, si tres sujetos son cotitulares en la misma proporción en cada uno de los bienes que componen la herencia (recuérdese la concepción de la situación de comunidad hereditaria como un conjunto de comunidades ordinarias pro indiviso), cada uno de ellos debe recibir bienes de igual calidad y en la misma cantidad.

La partición es desigual e injusta cuando los bienes que recibe un coheredero son de peor calidad y condición que los que recibe el otro; por ejemplo, cuando en la partición de una herencia entre dos herederos, a uno se le adjudican *lustrosos feudos, jurisdicciones y haciendas urbanas*, mientras que al otro se le dan las *tierras de los campesinos y otros bienes modestos*[362]. El cuento *El gato*

[361] Este intercambio de cuotas tiene lugar incluso en la partición judicial, como señala A. DE GUZMÁN, *Tractatus de evictionibus*, sumptibus Fratum de Tourne, Coloniae Allobrogum, 1736., q.33, 16: *Divisio autem sive conventionalis, sive judicialis, habet vim permutationis.*

[362] El ejemplo proviene de G. HERMOSILLA, *Notae, additiones, et resolutiones ad glossas legum partitarum Gregorii Lopetii,* vol. II, addit. Glos.VI, Leg. LVI, tit. V, P. V, 146: *In divisione bonorum laesio ex ipsis actibus et processu partitionis debet constare et probari. Cum de divisione rescindenda tractatur, sufficere ad laesionem inaequalitatem portionum et quidem ex inaequalitate et conditione bonorum, licet de iusta eorum aestimatione non probetur, quia nemo non videt subesse inaequalitatem maximam, si ex una parte feuda, iurisdictiones et praedia urbana lustrosa, ex alia vero nonnisi fundi rustici et ignobiles distribuantur.*

con botas, escrito en el año 1697, nos ofrece un claro ejemplo de partición *inaequaliter* efectuada privadamente entre tres hermanos:

> *Un molinero dejó por toda herencia a sus tres hijos su molino, su asno y su gato. El reparto se hizo enseguida; no se llamó ni al notario ni al procurador, pues se habrían engullido todo el humilde patrimonio. El hijo mayor se quedó con el molino, el mediano con el asno y el menor solo con el gato. Este último no podía consolarse por haber recibido tan pobre herencia*[363].

2.2. El remedio de la *laesio enormis* asegura que lo que recibe un coheredero sea equivalente a lo que reciben los otros coherederos

Para un jurista de la Edad Moderna, en definitiva, la lesión se calcula poniendo en comparación el valor total de lo que recibe un coheredero con el que reciben los otros, ya que, en última instancia, la partición es un negocio de intercambio. De ahí que estos autores se refieran al otro heredero (*alteri*) cuando tratan la causa de la *laesio enormis* en la partición hereditaria[364].

Si alguno recibe bienes de diferente calidad, esta disparidad debe ser compensada de otra manera, por ejemplo, mediante la entrega de dinero o una mayor cantidad de bienes al heredero perjudicado[365]. En caso contrario, si la

---

[363] CH. PERRAULT, *El gato con botas. Edición bilingüe. Ilustrado por Javier Zabala*, Ed. Nordica libros, 2012.

[364] MORQUECHO, *Tractatus de bonorum divisione*, lib. 1, cap.2, n.13: …*unius dare alteri in magna quantitate*…PINELLUS, *De rescindenda venditione*, Typis Johannis Pieleri, 1667., *secunda pars, cap. I: …causa rescissionis ultra lesionem alteri partis…* H. DONELLUS, *Opera omnia: cum notis Osualdi Hilligeri*, Ad signum Clius, 1846. ad tit. XLIV, lib. IV, C. De rescind. vend., 21: *…unus duplo plus acceperit quam alter.* A. VALASCI, *Decisionum, consultationum. Acrecerum iudicatarum in Regno Lusitaniae. Libri Duo*, ad Bernardum Iuntam, Ion. Bapt. Ciottum, & Socios, Venetiis, 1609., *tomus II, Consultatio CXII* …quando alteri cohaeredi pro illo minori valore applicatur in sua portione, quoniam ex hoc maiorem partem consequitur…De ahí que la lesión pueda ser en más o en menos de la mitad, como indica J. FEBRERO, *Libreria de escribanos...*, cit., vol. II, p. 496.: *La tercera* [se refiere a las causas para impugnar y rescindir las particiones] *es por razon de lesion en mas, ò menos de la mitad del justo precio…*

[365] A. FAVRE, *Codex Fabrianus,* liber III, tit. XXVII, def. IX*: At in rescindenda divisione sufficit ei, qui laesionem adfert pro causa impetranda restitutionis, ut probet inaequalitatem bonorum, quae iam eo contractus tempore fuerit, licet non probet illius tempori aestimationem. Nam cum in divisione pretium nullum interveniat, bonorumque qualitas&conditio sufficere ad restitutionem. Nisi adversarius ex parte sua probet, inaequalitatem illam quae sit in conditione bonorum corrigi per inaequalitatem, quae vicissim sit in pretio, sive quod par ignobilior ex maiori constet bonorum*

diferencia de valor no se ha compensado, de manera que un coheredero recibe más de la mitad del valor total de lo que el otro recibe, este coheredero que recibe menos podrá rescindir la partición hereditaria por *laesio enormis*[366].

2.3. La exigencia de un reparto igualitario de la herencia conlleva un importe menor en la lesión para rescindir la partición *inaequaliter*

A partir de la Edad Moderna comienzan a surgir voces de autores que consideran que el umbral de la lesión, en más de la mitad, resulta excesivamente elevado para una partición hereditaria. ¿Por qué debería aplicarse el límite máximo del lucro en la compraventa a una partición hereditaria? En este último negocio, el intercambio de cuotas resulta necesario para salir de la comunidad hereditaria, por lo que las partes no buscan obtener un beneficio del intercambio, sino repartir la herencia en partes iguales[367]. La exigencia de igualdad es más notable en la

---

quantitate, sive quod ex iis bonis conflata sit quae contemplatione loci, aut amplioris reditus, videri debeant preciosiora.

Esta posibilidad estaba respaldada por las leyes romanas, que otorgaban amplios poderes al magistrado en los juicios divisorios para realizar una distribución equitativa. En esta clase de juicios, el magistrado podía ordenar la compensación económica al heredero que recibía menos (D 10,2,52,2). Si la herencia consistía en un único bien, podía adjudicarlo a un heredero y ordenar que éste compensara económicamente al resto (D 10,2,55; I 4,17,4). Así mismo, podía establecer las servidumbres que considerase necesarias cuando, a causa de la división, un fundo quedase cerrado o sin agua, luz, etc. (D 10,2,22,3). Finalmente, el magistrado podía acordar la venta a un tercero y distribuir el dinero obtenido entre los copartícipes (D 10,2,26).

366 H. DONELLUS, *Opera omnia*, cit. ad tit. XLIV, lib. IV, C. De rescind. vend., 21: *Haec eadem dicemus in divisionibus verum: veluti, si fratres aut coheredes duo dividant inter se res communes, ex quibus unus duplo plus acceperit quam alter; ex hac divisione qui minus accepit, aget adversus alterum ad rescindendam divisionem; nam et divisio permutationis genus est, unde et emptionis quoque vicem habere dicitur. Ideo in hac specie, eadem dicenda sunt quae supra diximus in rerum permutatione.* A. VALASCI*, Decisionum, consultationum,* tomus II, Consultatio CXII*: Si probare velit, rem minoris aestimatam ab officialibus aestimatoribus, quam valeret iusto & communi pretio, quia in hoc laeditur, quando alteri cohaeredi pro illo minori valore applicatur in sua portione, quoniam ex hoc maiorem partem consequitur, qua esset habiturus si iusto pretio foret aestimata.*

Ahora bien, si la lesión es excesiva (*ultra bessem*), se presume que la partición desigual es fruto del dolo, y por tanto nula, debiéndose proceder a realizar una nueva división. A. FAVRE, *Codex Fabrianus*, liber III, tit. XXVII, def. VIII.: *Sed si enormissima laesio proponatur & inaequalitas prorsus intolerabilis, inspecta non solu aestimatione, sed etiam qualitate & conditione bonorum, quae in divisione praecipue spectanda est, aequum non est superesse condivisori electionem, quae nec emptori relinquitur quoties venditor ultra bessem pretii deceptus fuit, quoniam, ut nostri tractant, dolus in re ipsa creditur intervenisse ex tam enormi laesione.*

367 A. FAVRE, *Codex Fabrianus*, liber III, tit. XXVII, def. III; A. AYERBE DE AYORA, *Tractatus de partionibus*, cit., pars III, q. VI, n.13: *sed qui divisionem facit non habet animum vendendi rem suam sed dividendi & æqualem portionem pro iure suo in eisdem bonis.*

partición hereditaria que en el resto de los contratos onerosos[368]. Además, la ley que trata las causas de impugnación de una partición hereditaria injusta, la ley *maioribus*, no menciona ningún límite para poder corregirla. Por ello parece que la equiparación de esta ley con las leyes de la compraventa que realizan los juristas medievales carece de suficiente fundamento[369], por lo que la partición hereditaria desigual debería poderse impugnar sin necesidad de que exista una diferencia entre los lotes en más de la mitad[370].

Esta crítica fue acogida por los tribunales de los diversos reinos, los cuales empezaron a exigir, según los casos, un importe menor para poder rescindir por lesión la partición hereditaria. Así, en las obras de los autores que tratan sobre las decisiones de sus tribunales, se indica que la partición hereditaria puede impugnarse por *laesio enormis*, en virtud de la ley *maioribus*, cuando existe una diferencia de valor entre los lotes de cada coheredero en más de la sexta parte[371] o de la cuarta parte[372]. En el reino de Castilla, los tribunales terminaron por establecer el importe de la lesión en una sexta parte para las particiones realizadas por un albacea o testamentario, contador partidor o el juez, y se

---

[368] A. PÉREZ, *Praelectiones*, lib. III Cod., tit. XXXVIII, Communia utriusque iudicii, 5

[369] Una *adivinación*, lo considera A. AYERBE DE AYORA, *Tractatus de partitionibus*, pars III, q. VI, n.12: …*quidem videtur divinatio dicere quod ille textus loquitur in casu quo lesio sit ultra dimidiam cum in eo nullum verbu de hoc sit…*

[370] C. DUMOULIN, *Commentariorum in Consuetudines Parisienses. Prima pars*, Dominorum Bernensium Typographus, Lausannae, 1572., Tit.I. de matiere feodal, Paragraph.XXII, n. 42: *Et circa rescisionem divisionum, illud obiter adverte, quod no requiritur laesio ultra dimidium, sed sufficit no nimis inmodica inaequalitas.*

[371] Es el caso de los tribunales portugueses, como señala PINELLUS, De rescindenda venditione, secunda pars, c. I, n. 3: *Adup Lusitanos verò minor laesio sufficit, ut haereditaris divisio revocetur: nempè si alter excohaeredibus laedatur in 6.parte portionis sibi competentes.*

[372] Los tribunales franceses acogieron este último el criterio en las particiones realizadas hermanos, y *ultra dimidium* para el resto, justificándose la diferencia de criterio en que la observancia de la equidad y la igualdad debe acentuarse cuando la partición la realizan los hermanos A. FAVRE, *Codex Fabrianus*, liber III, tit. 27, def. 3: *Frequentior tamen Doctorum schola vult similem esse hac parte divisionem venditioni, ut semel perfecta non aliter rescindi possit praetextu laesionis, quam si laesio sit immodica & ultra dimidium, & quidem inspecto tempore contractus. Soli Galli Pragmatici contra sentiunt, & in supremis Galliae curiis sic observari testantur, ut ad rescindendam divisionem sufficiat notabilem laesionem intervenisse: qualem eam esse interpretatur, quae ad quartam usque precii ascendat: quanquam non desunt, qui pro quarta tertiam constituant. Senatus noster mediam quandam sententiam sequitur, ut, si de divisione inter fratres facta quaeratur, sufficiar laesionem notabilem, ut aiunt, intervenisse, licet nec ad quartam usque ascendat; inter alios autem laesio ultra dimidiam requiratur. Cuius distinctionis ratio ut aequitas & aequalitas exuberar debeat, fraterna inter eos concordia retineatur*

mantuvo la cuantía de la lesión *ultra dimidium* únicamente para rescindir la partición realizada extrajudicialmente por los coherederos mayores de edad[373].

Los autores advierten que la ley *maioribus* se adapta mejor a la partición hereditaria, pues su falta de fijación de un importe de la lesión concuerda con la mayor exigencia de igualdad en la realización de la partición. De ahí que comience a considerarse esta ley como la que verdaderamente legitima la impugnación de una partición desigual, en detrimento de las otras leyes que exigen la lesión en la compraventa en más de la mitad del justo precio[374]. No impide la aplicación de *ley maioribus* también a la partición judicial, el hecho de que el texto de la ley sólo contemple la necesidad de reformar la partición realizada sine *iudicio*. Para los autores, estos términos se refieren a la partición realizada por un juez en sentencia tras seguirse un proceso contradictorio. Este tipo de partición judicial sólo se puede recurrir en apelación, y por tanto, no es directamente impugnable en otro procedimiento. Ahora bien, la partición judicial en la que el juez se limita a ratificar en sentencia una división realizada entre los coherederos, sí que puede ser impugnada por lesión, aunque sea firme, ya que esta sentencia no produce los efectos de cosa juzgada[375].

---

373 J. FEBRERO, *Libreria de escribanos...*, cit., vol. II, pp. 496 y 497.

374 A. PÉREZ, *Praelectiones*, lib. III Cod., tit. XXXVIII, Communia utriusque iudicii: *Porro in divisione rescindenda non opus est laesione ultra dimidium, eum d. l. 3. minorem etiam inæqualitatem æquitate judicii corrigi velit*. Incluso se llega a pensar que la ley maioribus está contemplando otro remedio distinto a la *laesio enormis*, como es el caso de A. AYERBE DE AYORA, *Tractatus de partitionibus*, pars III, q. VI, n.13:…*sic evidenter sentiunt remedium illius legis non esse idem quod est in.l.2. C.de rescin.vendic.*

375 A. AYERBE DE AYORA, *Tractatus de partionibus*, pars III, q. VII, n.15: *Pero esto se entiende y a de limitar salvo si despues de fecha la particion donde oviesse los dichos errores y agravios se oviesse aprovado por sentencia de juez y oviesse codemnado a las partes que la guardasen y estuviessen por ella, ut sit quotidie quando coram iudice sit bonorum divisio,y esto quiso sentir y declarar el texto in dicta.l.maioribus in eo quod dicit sine iudice factis quasi dicat aliud esse quando cum iudice, hoc est cum sententia iudicis tunc enim non haberet locum dispositio illius legis,& idem expressius probat prædictam conclusionem & limitationem tex.in.l.cumputarem.ff fami.hercif.vbi Iurifconsultus utitur eisdem verbis ibi plane si sine iudice diviserint res códictio est earum. Lo qual procede llanamente quando el juez en contradictorio juyzio dio sentencia entre los coherederos que la particion se hiziesse de aquella manera, aunque en ella oviesse los errores y agravios que arriba estan dichos y apuntados, quia tunc licet divisio esset perperam facta sea de guardar y estar por ella aviendo sentencia consentida o passada en cosa juzgada que ansi lo manda, porque estonces ya no hazen los agravios los contendores sino el juez quemando guardar la dicha particion hecha en aquella forma, y no appellaron las partes de aquella sentencia.* En el mismo sentido, MORQUECHO, *Tractatus de bonorum divisione*, lib. 1, cap.2, n.25.; J. VOET, *De familia erciscunda*, typis Lamberti Thonon, Leodii, 1700., cap. XIV, 2 y 5.

2.4. ¿Cabe la opción de completar el precio en la partición hereditaria?

El último aspecto controvertido es si cabe reconocer al demandado por lesión la opción de evitar la rescisión de la partición hereditaria mediante el pago de la diferencia de valores. Algunos autores consideran que al demandado se le debe permitir la opción de pagar en dinero o en bienes la diferencia de valor, de forma similar a lo que ocurre en la rescisión de la compraventa[376]. Según estos autores, si el demandante se considera agraviado por la falta de valor de lo que recibe, su interés queda satisfecho si se le suple ese valor, por lo que no es necesario realizar una nueva partición[377]. Por el contrario, otros autores consideran que la opción del pago del suplemento sólo se encuentra reconocida para la rescisión de la compraventa y no en la partición hereditaria[378]. Además, en la partición hereditaria no hay precio ni beneficio de las partes, de lo que se trata es de recibir los mismos bienes, de manera que la reparación del perjuicio que produce la partición desigual sólo se consigue devolviendo los bienes adjudicados y procediendo a realizar una nueva partición[379]. Esta es la solución que, como veremos más adelante, se impondrá en la jurisprudencia decimonónica del Tribunal Supremo español.

---

[376] A. FAVRE, Codex Fabrianus, liber III, tit. XXVII, def. VIII.: *Praefertim cum & aequitati & aequabilitati, quae in bonae fidei iudiciis exuberare debet, aliter satisfieri possit, supplendo ex portione unius quod deest alteri. Potest enim fieri, ut interfit rei ex sua potius portione supplere quam iuire novam divisionem. Ac sanè ita est, si non longe maior læsio intervenerit.*

[377] H. DONELLUS, ad tit. XLIV, lib. IV, C. De rescind. vend., 21.: *Idque aequissimum est: nam, cum permutator hoc supplevit quod justo pretio accepti fundi deest, id praestat adversario quod ille petit, et de quo non accepto queritur; conqueritur enim solum ob id, quod dicit se dedisse fundum duplo majoris aestimationis quam accepit; proinde, si ea æstimatio illi præstatur, abunde illi satisfit.*

[378] C. DUMOULIN, *Commentariorum in Consuetudines Parisienses. Prima pars*, cit. Tit.I. de matiere feodal, Paragraph.XXII, n. 42*: in huismodi divisione, non esse locum facultati supplendi, vel reddendi pecuniam: sed rem ipsam debere restituti.* Sigue la opinión de este autor A. PÉREZ, *Praelectiones in dvodecim libros codicis Justiniani imp.*, cit. lib. III Cod., tit. XXXVIII, Communia utriusque iudicii: *Non enim in divisione conventus facultatem habet supplendi, vel reddendi pecuniam, sed ipsam rem debet restituere, vel divisionem ex integro facere, ut bene observat Molinaeus.*

[379] A. AYERBE DE AYORA, *Tractatus de partionibus*, pars III, q. VI, n.13: *in dicta l.maioribus rationem reddentes quare non habeat locum ibi supplere iustum prætiu sed quod reus præcisse teneatur ad rescisionem & reformationem dictæ divisiones perperam factae & sic evideter sentiunt remedium illius legis non esse idem quod est in.l.2. C.de rescin.vendic. y ansi teneo pro constanti quod &fi nó interveniat læsio ultra dimidia iusti pretii in casu illius legi sino que no aya agravio notable en la dicha particion, quod relinquitur arbitrio iudicis, que se ha deshazer el agravio.* Tampoco se muestra partidario del complemento del precio PINELLUS, *De rescindenda venditione*, secunda pars, cap. I, n. 5.

3. La exclusión de la partición hecha por el testador del remedio de la *laesio enormis*

3.1. La partición hecha por el testador se considera un conjunto de legados porque los coherederos adquieren directamente la propiedad de los bienes a la muerte del causante

Un aspecto en que todos los autores están conformes y no existe discrepancia alguna, tanto en la época medieval como en la Edad Moderna, es la consideración de la partición hecha por el testador como un conjunto de legados o prelegados. Cuando el propio causante realiza la partición de todos sus bienes, los herederos adquieren la propiedad de los bienes comprendidos en su lote automáticamente mediante la aceptación de la herencia deferida. No se crea una comunidad hereditaria en la que los herederos sean titulares de una cuota sobre cada bien, ni por tanto cabe realizar ningún intercambio de las mismas para adquirir la propiedad exclusiva. Los herederos adquieren los bienes repartidos por el causante directamente de él, a título de herencia, y sin que se produzca ninguna transmisión por parte de los demás herederos. En definitiva, la partición del testador se asimila a un legado o prelegado porque tiene eficacia real y transmite directamente la propiedad de los bienes adjudicados, idea que los autores expresan con la frase *habet vim specialis legati*, o *habet vim praelegati*[380].

---

[380] BARTOLUS, *Omnium Iuris Interpretum Antesignani Commentaria*, cit., vol. IV., *ad lib. XXXI Digestum, de legatis secundo, ad Evictis*: *Divisio sit a testatore, unus ex haeredibus non tenet alteri de evictione iure actionis, sed ope exceptionis...quia divisio testatoris habet vim praelegati, sed divisio facta a partibus, vel a iudice, habet vim permutationis*; A. DE GUZMÁN, *Tractatus de evictionibus*, cit., p. q.33, 4 y 5.: *In tantum quod cohaeres non teneatur cohaeredi de evictione pro re evicta, quae obvenit ex testatoris divisione: habet enim vim specialis legati;* A. AYERBE DE AYORA, *Tractatus de partionibus,* pars III, q.IX, 21: *Pero si la particion fue hecha por el padre en su vida, o en su testamento no es obligado el un Heredero al otro de eviction en aquello que le adiudico el padre mas que su legitima, porque tiene fuerça de legado y manda en el qual regulariter non habet locum evictio ut habetur in l. si domus,...*; HERMOSILLA, *Notae, additiones, et resolutiones ad glossas legum partitarum Gregorii Lopetii,* vol. II, addit., Glos.I, Leg.XXXII, tit. V, p. V, 108: *Limita 2. si à testatore fuerunt bona divisa inter haeredes, nam tunc non debetur evictio, quia talis divisio habet vim praelegati;* MORQUECHO, *Tractatus de bonorum divisione*, IV,3,1:*…quod divisio facta a patre inter filios, censetur vim prelegati habere*; A. ALCIATO, *D. Andreae Alciati Mediolanensis jureconsulti celeberrimi Operum*, vol. II, Sumptibus haeredum Lazari Zetzneri, Francofurti, 1617., Commentarii in ff. tit.de verborum obligationibus, n. 36: *Quod proxime in divisione dixi, in qua cohererederes egerint evictionem non praestari, ad eam quoque extenditur, quam testator ipse fecerit. tacite enim videtur actu, ne evictio praestetur. quia divisio testatoris vim specialis legati habet.;* A. GOMEZ, *Variae resolutiones*, cit., *De Emptione &*

Esta concepción se refuerza con la cita de diversos textos romanos que también parecen otorgar eficacia real a la partición hecha por el testador[381].

3.2. La omisión en las obras doctrinales de la partición hecha por el testador cuando tratan la *laesio enormis*

Como en la partición hecha por el testador los herederos adquieren la propiedad en exclusiva de los bienes asignados en su lote directamente del testador, la ausencia de un intercambio de cuotas entre los coherederos implica la exclusión de las reglas de los contratos onerosos, entre las que se encuentran el saneamiento por evicción y la *laesio enormis*. Sin embargo, aunque los autores destacan en sus obras la exclusión de la evicción en la partición del testador, no mencionan explícitamente la exclusión también de la *laesio enormis*.

Sólo hemos encontrado un autor que refiere explícitamente la exclusión de la partición del testador del remedio de la *laesio enormis*: el neerlandés J. Voet (1647-1713). En su obra *De familia erciscunda*, afirma que la partición hecha por causante es la más firme de todas, ya que ningún heredero puede impugnarla por *laesio enormis*. Por el contrario, se le ordena contentarse con lo que el causante le ha adjudicado (*contentus esse jubetur*), siempre que como mínimo reciba lo que por su legítima le corresponde:

> *Haec itaque rerum assignatio per defunctum ipsum facta, vel inter vivos, vel ultima voluntate, plenissimum fortitur inter cohaeredes eventum, & omniu est firmissima, obnoxia rescissioni, cum de lesione*

Venditione, cap.II, n. 35: *Item evictionem non habere locum, si divisio fuerit facta per testatorem, ut hic resolvitur, docent supra relati, quia talis divisio habet vim praelegati*.

[381] Los autores castellanos que trataron específicamente la división de bienes (A. AYERBE DE AYORA y MORQUECHO) citan la ley *Si domus* (D 30,65,2) la ley *Cum pater* (D 30,114,15) junto con la glosa de BARTOLUS a esta ley en *Omnium Iuris Interpretum Antesignani Commentaria*, cit., vol. IV., ad lib. XXXI Digestum, de legatis secundo, ad Evictis. En efecto, el Derecho romano terminó por conceder eficacia real a la partición del testador, si bien este aspecto solamente se materializó en su última etapa con el emperador Justiniano (B. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, Ed. Bosch, Barcelona, 1960, p. 229; M. L. BLANCO RODRÍGUEZ, *Testamentum parentum inter liberos. La partición de la herencia en derecho romano*, Ed. Secretariado de Publicaciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 1991, p. 210.).

ultra dimidium hic nullus haeredu possit jure conqueri, dum quilibet eo solo, quod datum est, contentus esse jubetur[382].

3.3. ¿Se debe esta omisión a la falta de un intercambio de cuotas sobre los bienes entre los coherederos?

El motivo por el que el resto de los autores no hacen ninguna referencia en sus obras a la *laesio enormis* en la partición hecha por el causante podría tener su justificación en la arraigada percepción de la partición hereditaria como un intercambio de cuotas (teoría de la *permutatio*). Desde esta perspectiva, sería innecesario señalar que la partición hecha por el testador no puede ser impugnada por *laesio enormis* debido a la falta de un intercambio de cuotas. Pero esta explicación decae por cuanto la responsabilidad por evicción en la partición también se basa en un intercambio de cuotas, y aun así los autores la tratan en el contexto de la partición del testador, afirmando que no es aplicable salvo que se presuma que el testador quiso mantener la igualdad entre los herederos[383].

[382] J. VOET, *De familia erciscunda, cap. II, 13.* La edición que utilizamos es *De familia erciscunda*, typis Lamberti Thonon, Leodii, 1700.

[383] G. LOPEZ, Glossa ad. P 6,15,9: *Limita etiam hoc habere locum, nisi constaret de voluntate testatoris fuisse, quod aequalitas esset inter haeredes servanda, ut tradit Decius*; L. DE MOLINA, *De justitia et jure*, tomus I, tractatus II, disp.245, n.10: *Si tamen haeredes convenirent, ut nullus reliquis de evictione teneretur; fane tuc,quia pactum,& commodum ac damnum omnib.essent aequale, de evictione no teneretur, ut habetur expresse l.si familia citata,& affirmant glossae citatee&Doctores communiter. Quando à testatore,vel dum viveret, vel in testamento, divisa esset haereditas, quis quae bona inde accipere deberet, tunc nullus haeredum teneretur alteri de evictione l.Cum pater...Excipitur, nisi,quod evinceretur, minueret legitimam portione tali haeredi debitam dispositio nam testatoris impedire nequit quo minus qui vis haeredum integram legitimam portione sibi debitam in illius bonis recipiat. Excipitur etia nisi constaret contraria fuisse voluntate testatoris argumento textus in l.si cogitatione C. familiae ercis.consentit; in his Gr.Lop.l.9.citat cum Bart.& aliis, quos citat.*. A. DE GUZMÁN, *Tractatus de evictionibus*, q. XXXIII, 19: *Declaratur tandem, ut procedat evictio in divisione facta pro jure Legitimae, & Trebellianicae, ita quod si evinceretur, minueret legitimam: nam illo casu praestaretur evictio. Nisi tamen constaret de voluntate patris, quod inter filios aequalitas servaretur*. P. MORQUECHO, *Tractatus de bonorum divisione*, I,8,15: *Item limita, nisi constaret de voluntate patris fuisse, quod inter filios aequalitas servaretur*.

3.4. La hipótesis del deber de gratitud y obediencia hacia el testador como causa de la omisión de la partición hecha por el testador en el contexto de la *laesio enormis*

La única referencia explícita a la partición hecha por el testador en el contexto de la *laesio enormis* que tenemos es la que se ha transcrito anteriormente del autor neerlandés, quien considera que esta modalidad de partición se excluye de la *laesio enormis* debido al deber de los coherederos de contentarse con lo que el causante les ha adjudicado. Según este autor, la inaplicación del remedio de la *laesio enormis* a la partición del testador no se justifica por su consideración como conjunto de legados o prelegados, sino porque este tipo de partición se considera de observancia obligatoria, que debe ser respetada, y que sólo puede ser impugnada cuando vulnera la legítima de los herederos forzosos.

Esta explicación podría justificar por qué la mayoría de los autores tratan la partición hecha por el testador, aunque sea para excluirla, en el contexto de la responsabilidad por evicción de los coherederos, pero la omiten en el ámbito de la *laesio enormis*. No es lo mismo abordar el efecto que provoca el ejercicio exitoso de una acción reivindicatoria por parte de un tercero, que tratar el ejercicio de una acción dirigida a dejar sin efecto la partición hecha por el testador. La responsabilidad por evicción pretende distribuir el perjuicio que provoca la reivindicación de un bien adjudicado a un heredero, por lo que su tratamiento en la partición del testador se ve como necesario, aunque sea para excluirla con carácter general salvo que se demuestre su voluntad favorable. Por el contrario, la *laesio enormis* implica una acción de impugnación de la partición hecha por el testador, que trata de dejarla sin efecto porque se considera injusta. Esta pretensión, en un contexto histórico caracterizado por una sólida autoridad paterna y un acatamiento filial a sus deseos, implicaba cuestionar el control del patriarca sobre la transmisión intergeneracional del patrimonio familiar y, en definitiva, desafiar el orden social.

3.5. El respeto y la obediencia a la autoridad paterna es la base de la sociedad del Antiguo Régimen

La sociedad del Antiguo Régimen[384] era profundamente desigual y jerárquica. Esta desigualdad, a pesar de estar sancionada jurídicamente, sólo podía basarse a través de la dominación, elemento que sustentaba el sistema y que impregnaba todos los aspectos de la sociedad, incluida la institución de la familia. En una época en que la familia trascendía el ámbito privado para desempeñar funciones públicas[385], los conceptos de jerarquía y obediencia debían estar arraigados firmemente entre sus miembros.

De esta manera, el gobierno de la familia estaba en manos del padre de familia, que era *padre, amo y señor* de los que formaban parte de su casa, tanto de la mujer e hijos como de los criados[386]. El señor de la casa era el único miembro que poseía plena capacidad de obrar, ya que era quien asumía en exclusiva

---

[384] La sociedad del Antiguo Régimen, estamental, señorial y organizada políticamente bajo la forma del absolutismo, fue reemplazada por una sociedad burguesa que eliminó los estamentos privilegiados y promovió la igualdad jurídica de todos los hombres. Esta nueva sociedad burguesa se organizó políticamente bajo la forma del Estado liberal y se caracterizó por el desarrollo de un sistema capitalista de producción y de cambio. La transición del Antiguo Régimen a la sociedad burguesa tuvo lugar entre finales del siglo XVIII (en el caso de Francia) y las primeras décadas del siglo XIX. En España, se considera que este cambio tuvo lugar principalmente entre 1836 y 1843 (F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, cit., p. 406.).

[385] J. M. IMÍZCOZ BEUNZA, «Las redes de la monarquía: familias y redes sociales en la construcción de España», en F. CHACÓN JIMÉNEZ, J. BESTARD-CAMPS, A. AGUADO (eds.) *Familias: historia de la sociedad española (del final de la Edad Media a nuestros días)*, 1ª ed, Ed. Cátedra, Madrid, 2011, p. 399.: *Si algo diferencia profundamente a la familia del Antiguo Régimen de la familia contemporánea es su función política, que iba mucho más allá de la figura genérica del pater familias que hemos visto. En la sociedad del Antiguo Régimen, la familia no era el ámbito de lo privado, sino una institución con un gran significado público. No existía un Estado entendido como ente impersonal y abstracto, sujeto unitario del derecho público y detentador del monopolio del poder político (…). Este significado político de la familia se observa en todos los niveles organizativos. Como hemos visto, los padres de familia gobiernan la casa – con amplias atribuciones sobre la mujer, los hijos, los criados, los oficiales y aprendices o los esclavos- y la representaban en las diversas esferas de la vida pública.*

[386] La idea de sometimiento de los miembros de la familia al poder del *señor de la casa* se refleja en la definición de *familia* que ofrece las Partidas (P 7,33,6): *Et aun decimos que por esta palabra familia se entiende el señor de la casa et su muger, et todos los que viven con él sobre que ha mandamiento, asi como los fijos, et los servientes, et los siervos et los otros criados. Et familia es dicha aquella en que viven mas de dos homes á mandamiento del señor, mas dende ayuso non serie familia. Et aquel es dicho paterfamilias, el que es señor de la casa, maguer non haya fijos: et materfamilias es dicha la muger que vive honestamente en su casa, ó es de buenas maneras.*

todas las cargas matrimoniales, así como la patria potestad[387]. La patria potestad se manifestaba en los diversos ámbitos de la vida doméstica, como la concertación de matrimonios, la transmisión de la herencia o la colocación de los hijos e hijas. Un hijo menor de edad no podía contraer matrimonio sin la previa autorización paterna, pues en caso contrario era castigado con la perdida de todos sus bienes, el destierro y la desheredación[388], siendo habitual que en caso de familias pudientes fueran los padres quienes decidieran el casamiento con la persona que considerasen más conveniente para el progreso de la familia[389]. Como contrapartida de un potente poder paterno, la posición de los hijos frente a los padres necesariamente se agrava, hasta el punto de que la patria potestad no necesariamente finaliza con los veinticinco años de edad. Así, Felipe II de Castilla declaró en 1558 que serían nulos los contratos realizados por el hijo sin licencia del padre, aunque el hijo fuera mayor de edad (NR 10,1,17)[390].

---

[387] E. GACTO, «El grupo familiar de la Edad Moderna en los territorios del mediterráneo hispánico: una visión jurídica», en *La familia en la España mediterránea: siglos XV-XIX*, Ed. Crítica, Barcelona, 1987, p. 42; A. IRIGOYEN LÓPEZ, «Estado, Iglesia y familia: la complejidad de los cambios legislativos y socioculturales», en F. CHACÓN JIMÉNEZ, J. BESTARD-CAMPS, A. AGUADO (eds.) *Familias: historia de la sociedad española (del final de la Edad Media a nuestros días)*, 1ª ed, Ed. Cátedra, Madrid, 2011, p. 569. A. IGLESIA FERREIRÓS, «Individuo y familia. Una historia del derecho privado español», cit., p. 516.: *Esta patria potestad, sin embargo, estaba muy alejada de la romana; era, en el fondo, una autoridad paterna, que sin embargo rebasaba los límites de los antiguos deberes de cura y protección de los padres y bajo la cual van a caer no sólo los hijos, sino también la mujer.*

[388] *P 6,3,5: …que ninguno non sea osado de casar á furto nin ascondidamiente, mas á paladinas et con sabidoria del padre et de la madre de aquella con quien quiere casar si los hobiere, et si non de los otros parientes que hobiere mas cercanos.*

LT 49: Mandamos que el que contraxiere matrimonio que la Yglesia tuviere por clandestino con alguna muger, por el mismo fecho él y los que en ello intervinieren, y los que de tal matrimonio fueren testigos, incurran en perdimiento de todos sus bienes, y sean aplicados á nuestra Cámara y fisco, y sean desterrados destos nuestros reynos, en los quales no entren so pena de muerte, e que esta sea justa causa, para quel padre e la madre puedan desheredar sy quisieren a sus fijas que el tal matrimonio contraxeren, lo qual otro ninguno no pueda acusar syno el padre, e la madre muerto el padre.

[389] A. IRIGOYEN LÓPEZ, «Estado, Iglesia y familia: la complejidad de los cambios legislativos y socioculturales», cit., p. 568.

[390] Paralelamente en Cataluña, una constitución de 1510 establece que el menor de veinticinco años que tenga padre y no tenga ni haya tenido mujer, no puede hacer contratos obligatorios sin el consentimiento del padre, aunque esté emancipado, siendo nulos si falta este (CYADC, I, 2,11,1). Esta incapacidad se amplía en 1585 *a los fills, que tenen pare, y estan sota potestat de aquell, encara que sien majors de vint y sinc anys* (CYADC, I, 2,11,2).

Por ello se afirma que en la figura del padre se resume toda la esencia del Antiguo Régimen[391]. La familia está sometida a la potestad del señor de la casa, el padre, que es el depositario del patrimonio heredado y el responsable de mantenerlo, mejorarlo, y a su vez transmitirlo a la siguiente generación. Todas las consideraciones personales se sacrificaban a los intereses de la familia, dirigidas al mantenimiento indiviso del patrimonio familiar[392]. Desde esta concepción, el hijo que se enfrenta al padre está atacando frontalmente la estructura jerárquica de la sociedad, cuya preservación requiere la sumisión del subordinado a su superior jerárquico[393].

3.6. La protección de la partición *inaequaliter* hecha por el padre

En este contexto, las disposiciones *mortis causa* del padre debían gozar de una protección especial, ya que en definitiva buscaban transmitir el patrimonio familiar de la manera más adecuada, con el fin de asegurar la perpetuación de la familia en las generaciones venideras[394]. Es significativo al respecto que los autores castellanos se refieran sólo al padre (*pater*) cuando tratan la partición de

---

391 A. IRIGOYEN LÓPEZ, «Estado, Iglesia y familia: la complejidad de los cambios legislativos y socioculturales», cit., p. 565.

392 J. ELLIOT, *La rebelión de los catalanes. Un estudio de la decadencia de España (1598-1640)*, Ed. Siglo XXI de España Editores, Madrid, p. 58.: *En Cataluña, como en la Europa de los siglos XVI y XVII, los intereses individuales se hallaban vigorosamente subordinados a los de la familia. Como la familia era la unidad primaria de la sociedad, se hacía todo lo posible por concentrar el patrimonio familiar en las manos de una sola persona, a la que se sometía a tan estricto control que no se le permitía dispersarlo a su capricho personal.*

393 Como es sabido, la Iglesia católica legitimó esta sociedad estamental y privilegiada del Antiguo Régimen. La obediencia del hijo al padre no sólo supone un mandamiento divino (*Honrarás a tu padre y a tu madre*), sino que también se ejemplifica con la muerte de Jesús en la cruz, como señala A. IRIGOYEN LÓPEZ (A. IRIGOYEN LÓPEZ, «Estado, Iglesia y familia: la complejidad de los cambios legislativos y socioculturales», cit., p. 565.). Este autor cita como un ejemplo de la labor legitimadora de la Iglesia respecto a la obediencia filial el siguiente texto de Juan Machado de Chaves: *Quanto a la obediencia que los hijos deven a sus padres, conviene tambien advertir, que unanimes los Dotores enseñan, que peca gravemente el hijo, que deliberadamente, y de ordinario no quieren obedecer a sus padres en las cosas pertenecientes al govierno de la casa* (*Perfecto confesor y cura de almas*, Madrid, Viuda de Francisco Martínez, 1647, tomo II, p. 485).

394 Fenómeno denominado de *reproducción social* de la familia (vid. LL. FERRER I ALÒS, «Acceso y distribución de los medios de producción. Herencia y reproducción social», en F. CHACÓN JIMÉNEZ, J. BESTARD-CAMPS, A. AGUADO (eds.) *Familias: historia de la sociedad española (del final de la Edad Media a nuestros días)*, 1ª ed, Ed. Cátedra, Madrid, 2011, pp. 255 y ss.).

la herencia hecha por el causante y su imposibilidad de reclamar la responsabilidad por evicción al resto de los coherederos[395], cuando la ley permite que cualquier testador, no sólo el padre, realice la partición de sus bienes[396].

3.6.1. El empleo de la partición para romper el reparto igualitario de la herencia que establece la ley

Los autores castellanos de la Edad Moderna se esforzaron por proteger la partición del causante, al mismo tiempo que buscaron liberar al padre de la obligación de realizar una distribución igualitaria de sus bienes, en aras de mantener la integridad del patrimonio familiar[397]. No es casual que a principios de la Edad Moderna se produjera en Castilla una modificación legal que impide el reparto igualitario de los bienes de una herencia: las leyes de Toro 1505[398].

En Castilla, a diferencia de otros reinos hispánicos, imperaba el sistema de reparto igualitario y, desde las Partidas, cuando el testador nombraba varios herederos se consideraba que todos heredaban por partes iguales[399]. Las Leyes de Toro, en cambio, permitieron que el testador repartiera sus bienes de forma desigual entre sus herederos (*inaequaliter*), de manera que un heredero podía

---

[395] A. AYERBE DE AYORA, *Tractatus de partionibus,* pars III, q.IX, 21: *Pero si la particion fue hecha por el padre en su vida, o en su testamento no es obligado el un Heredero al otro de eviction...*; A. DE GUZMÁN, *Tractatus de evictionibus*, q. XXXIII, 19: *Declaratur tandem, ut procedat evictio in divisione facta pro jure Legitimae, & Trebellianicae, ita quod si evinceretur, minueret legitimam: nam illo casu praestaretur evictio. Nisi tamen constaret de voluntate patris, quod inter filios aequalitas servaretur*. P. MORQUECHO, *Tractatus de bonorum divisione*, I,8,15: *Item limita, nisi constaret de voluntate patris fuisse, quod inter filios aequalitas servaretur*.

[396] P 6,15,9: *...Pero si el padre ó el testador partiese él mesmo la heredat en su vida entre los herederos ó en su finamiento, si después que el finase venciesen á alguno dellos en juicio de alguna de las cosas quel vinieron en su parte, entonce los otros herederos non serien tenudos de facerle emienda ninguna.*

[397] A. IGLESIA FERREIRÓS, «Individuo y familia. Una historia del derecho privado español», cit., p. 517.

[398] Así lo indica A. IRIGOYEN LÓPEZ, «Estado, Iglesia y familia: la complejidad de los cambios legislativos y socioculturales», cit., p. 561.

[399] *P 6,3,17: Cómo debe seer partida la heredat entre los herederos quando son muchos. Tres, ó quatro homes ó mas estableſciendo el testador por sus herederos ayuntadamiente, non deciendo quanta parte de la heredat da á cada uno, decimos que serán herederos todos egualmiente.*

recibir la mayor parte del patrimonio familiar a través del mayorazgo y del tercio de mejora y el quinto de libre disposición, mientras que el resto de sus hermanos tendrían que conformarse con sus legítimas, pagadas casi siempre en dinero metálico en lugar de tierras o bienes muebles.

Para entender su funcionamiento, es conveniente conocer cómo se llevaba a cabo el reparto de la herencia según el derecho de Castilla anterior a la aparición del Código civil[400]. La herencia se dividía en cinco partes. Una parte constituía el *quinto de libre disposición*, que generalmente se destinaba a cubrir los gastos relacionados con la apertura de la herencia (funeral, entierro, mandas piadosas, gastos de inventario, etc.). Los cuatro quintos restantes se dividían a su vez en tres partes: dos terceras partes constituían la *legítima* de los herederos forzosos, y una tercera parte constituía el denominado *tercio de mejora*. Si el testador tenía descendientes, no podía disponer de las dos terceras partes, que debía repartir por igual entre sus hijos y nietos; sin embargo, podía destinar un tercio para, en su caso, mejorar a uno o más de sus herederos, de manera que el heredero mejorado recibía en la herencia una cantidad adicional además de su legítima. Esta posibilidad estaba respaldada por la ley 19 de Toro, que otorgaba a los ascendientes la facultad de mejorar a un hijo con el tercio y el quinto[401]. De esta manera, en una herencia de valor 100 con dos herederos, el quinto de libre disposición (20) y el tercio de mejora (26,6) podían destinarse a un solo heredero para mejorar su parte en la herencia. Esto rompía la igualdad en el reparto, pues

[400] Seguimos la explicación de E. GACTO, «El grupo familiar de la Edad Moderna en los territorios del mediterráneo hispánico: una visión jurídica», cit., p. 53.

[401] *LT 19: El padre e la madre e avuelos en vida, o al tiempo de su muerte, puedan señalar en cierta cosa o parte de su fazienda, el tercio e quinto de mejoría, en que lo aya el fijo o fijos o nietos que ellos mejoraren, con tanto que no exceda el dicho tercio de lo que montare o valiere la tercia parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte. Pero mandamos que esta facultad, de lo poder señalar el dicho tercio y quinto como dicho es, que no la pueda el testador cometer a otra persona alguna*.

Esta ley contempla que la mejora se pueda realizar de dos maneras: la mejora en cosa determinada (*señalar en cierta cosa*) y la mejora de cuota (*señalar en parte*). En la mejora de cuota, si el valor del bien asignado no llegaba al valor del tercio o del quinto al morir el causante, el resto de los coherederos tenían que abonar la diferencia de valor; en cambio, en la mejora de cosa determinada no se procedía a abonar ninguna diferencia porque se consideraba un legado de cosa específica (M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia...», cit., p. 506.).

mientras un heredero recibía sólo la legítima (26,6) el heredero mejorado recibía mucho más (73,3).

En consecuencia, la partición hecha por el padre servía para romper el reparto igualitario que sancionaba la ley castellana. La ley presume que si A, B y C son nombradas herederas, las cuotas hereditarias serán iguales: un tercio cada uno. Pero los juristas afirman que el causante tiene la facultad de realizar una partición *inaequaliter* y repartir su herencia entre sus hijos de manera que no todos reciban lo mismo, declarando que sólo cabía impugnar esta partición cuando los bienes que adjudicaba el testador a un heredero forzoso no cubrían la legítima que le correspondía[402]. Es decir, un testador puede nombrar herederos a A, B y C, y posteriormente en la partición atribuir a A un lote de valor superior al resto, dejando sólo la legítima a B y C. Los juristas consideran que en este caso de reparto desigual, se entiende que A ha sido mejorado.

3.6.2. Las leyes romanas que respaldan la protección de la partición inaequaliter del testador

Los autores se sirven del prestigio de las leyes romanas para sustentar la protección de la partición hecha por el testador. Los pasajes de la compilación

[402] A. AYERBE DE AYORA, *Tractatus de partitionibus*, pars I, I, n. 9: *Respondeo que se a de hazer sigun la forma y orden dada por el testador, y si es entre hijos y descendientes se ha de guardar la forma dada por el padre o madre, aun que no la mande hazer por yguales partes, y mande mas a unos que a otros. y mande que no lleve las casas, y otro las viñas y otro los ganados, y vala lo uno mas que lo otro se deve hazer como el testador le mando como no agravie a ninguno de los hijos en su legitima, y le dexe lo que le pertenesce de su legitima a cada uno, porque que le manda mas es visto mejoralle en aquello, que lo puede hazer el padre o la madre no dexandole menos de lo quele pertenece al hijo de su legitima. ut in.l. parentibus arbit.C.de in offitio,test.& in.l.quoties C.fami.hercis.vbi no.dd. & in.l.filijpatris.C.co tit.& in.l.filia.§fipater.ff.eod.titu.* A. PÉREZ, *Praelectiones*, lib. III Cod., tit. XXXVI, Familiae erciscundae,17: *Ceterum hace divisio ita parentibus & testaoribus permissa est, & a Judice eatenus adimplenda, quatenus salva est heredi scripto Falcidia, & liberis legitima, nam ut in institutionibus, ita & in divisionibus bonorum salva debet manere quarta. Adeo ut si plus uni filiorum relictum sit quam alteri, hic possit quartam petere; quia divisio, etiam inaequalis, ita permissa est, modo nihil siat contra leges, quas nemo potest prohibere, quin locum habeant in testamento.* MORQUECHO, *Tractatus de bonorum divisione*, I,8,2: *Divisio a patre inter filios facta servari debet, etiam si uni filio, plus quam alii datum a patre sit: ut in l. Ex parte.§.ult.&ibi Bald.ff.Famil.Ercifcun.1.Que pater.§.Si pater.ff.eod tit. Alexand.confi. 77.lib.3. Et contra eam filii conqueri non possunt.* J. FEBRERO*, Libreria de escribanos..., cit.,* vol. II, p. 503: *Pero la hecha por el padre entre sus hijos se debe observar, sin embargo de que haya dado mas a uno que à los otros; y asi no pueden quexarse de ella, ni contravenirla, porque este se entiende mejorado.*

justinianea que citan son los siguientes: la *lex Parentibus arbitrium* (C 3,28,8), la *lex Quotiens* (C 3,36,10), la *lex Filii patris* (C 3,36,16) y *lex Filia § si pater* (D 10,2,20,3)[403]. Los autores citan estas leyes para afirmar que el testador tiene la facultad de distribuir sus bienes de manera desigual entre sus herederos, y que esta partición debe ser respetada, sin que pueda impugnarse salvo que vulnere la legítima de sus herederos forzosos.

a) Lex Parentibus arbitrium (C 3,28,8)

La *lex Parentibus arbitrium* es un rescripto del emperador Alejandro Severo del año 223, en el que el emperador reconoce la facultad de los padres de dividir en testamento su patrimonio, con la única limitación de que los hijos reciban la cuarta parte que les correspondería en caso de fallecer intestado el padre, esto es, la legítima[404]. El emperador de esta manera viene a recordar que el testador debe respetar la legítima de sus herederos forzosos (los hijos e hijas), de manera que cada hijo e hija deben recibir en la herencia como mínimo una cuarta parte de lo que le hubiera correspondido de haberse abierto la sucesión ab intestato, una vez restados del activo hereditario las deudas y gastos funerarios[405]. El testador dispone de la facultad de desheredar a un heredero forzoso, evitando así que perciba alguna cantidad de la herencia. Pero si el testador no ha ejercido esta facultad, y en su testamento no atribuye a un hijo bienes suficientes para cubrir la legítima, el heredero perjudicado podía solicitar la invalidez del

[403] A. AYERBE DE AYORA cita las cuatro leyes (*Tractatus de partitionibus*, pars I, I, n. 9); P. MORQUECHO cita únicamente la *lex si pater* (*Tractatus de bonorum divisione*, lib. 1, cap.8, n.2); J. VOET también cita solo una ley, la *lex Quoties* (*De familia erciscunda*, cap.II, n. 13).

[404] *C 3,28,8: Parentibus arbitrium dividendae hereditatis inter liberos adimendum non est, dum non minus, qui pietatis sibi conscius est, partis quae intestato defuncto potuit ad eum pertinere quarta ex iudicio parentis obtineat.* (Trad.: No se les ha de quitar á los padres el arbitrio para dividir la herencia entre sus hijos, con tal que el que es coparticipe de los deberes de piedad no reciba por la voluntad del padre menos de la cuarta parte de la que, habiendo fallecido intestado, pudo corresponderle).

[405] El establecimiento del importe de la legítima en un cuarto se realiza a imitación de lo que la *lex Falcidia* establece para los legados en C 3,28,31(J. A. D'ORS, *Elementos de derecho privado romano*, cit., p. 168.). De ahí que los juristas a partir de la Edad Media empleen el nombre de *Falcidia* para designar la legítima (T. DE MONTAGUT I ESTRAGUÉS, «El testamento inoficioso en Las Partidas y sus fuentes», *Anuario de Derecho Civil*, 62, 1992, p. 258.).

testamento mediante el ejercicio de la *querela inofficiosi testamenti*, cuya estimación conlleva la apertura de la sucesión intestada (D 5,28,16)[406].

b) Lex Quotiens (C 3,36,10)

Esta idea la repite la *lex Quotiens*, que consiste en un rescripto sin fecha del emperador Gordiano, en el que afirma que la partición hecha por el testador se debe respetar siempre que sus herederos reciban la legítima que les corresponde[407].

c) Lex Filii patris (C 3,36,16)

En el mismo sentido se pronuncia la *lex Filii patris,* un rescripto de los emperadores Diocleciano y Maximiano del año 293, que repite la idea de imposibilidad de impugnar las disposiciones mortis causa del padre (en este caso se refiere a un testamento), a menos que vulneren la legítima de los herederos forzosos[408].

---

[406] Posteriormente, en época postclásica se crea la *actio ad supplendam legitimam* para evitar la invalidez del testamento (J. A. D'ORS, *Elementos de derecho privado romano*, cit., p. 169.). Se presume que el *de cuius* ha incurrido en un error en el cálculo de la legítima, de manera que los coherederos demandados pueden completar el valor de la legítima y evitar la ineficacia del testamento (C 3,28,30). Paralelamente, con el fin de favorecer y proteger a los herederos forzosos del causante, el emperador Justiniano eleva la *debita portio* a un tercio cuando los herederos no son más de cuatro, y a la mitad si el número es mayor (Nov. 18,1).

[407] *C 3,36,10: Quotiens inter omnes heredes testator successionem dividit ac singulos certis possessionibus cum mancipiis, quae in isdem sunt constituta, iubet esse contentos, voluntati eius salva legis falcidiae auctoritate obtemperandum esse manifestum est: nec mutat, quod in sequentibus verbis mancipia sua universa nulla facta eorum discretione commendanda putavit heredibus, cum utique his ea videatur insinuasse, quibus etiam testamento relinquenda esse decrevit.* (Trad.: Siempre que el testador divide la sucesión entre todos los herederos, y manda que cada uno de ellos se contente con ciertas posesiones y con los esclavos que en las mismas se hallan establecidos, es evidente que se ha de obedecer á su voluntad, quedando á salvo la autoridad de la ley Falcidia; y no hace variar, que en las siguientes palabras haya creído deber encomendar á los herederos todos sus esclavos, sin haber hecho ninguna distinción entre ellos, pues se considera ciertamente que se los recomendó á aquellos a quienes también en el testamento dispuso que se les habían de dejar). Cabe señalar que la lex Falcidia

[408] *C 3,36,16: Filii patris testamentum rescindendi, si hoc inofficiosum probare non possunt, nullam habent facultatem. Sed si tam circa testamentum quam etiam codicillos iudicium eius deficiat, verum quibuscumque verbis voluntas eius declarata sit, licet intestato ei fuerit successum, ex senatus consulto retentionis modo servato familiae erciscundae iudicio aditum iudicem sequi voluntatem oportere iuris auctoritate significatur* (Trad.: Los hijos no tienen facultad alguna para rescindir el testamento de su padre, si no pueden probar que éste es inoficioso. Pero tanto si respecto al testamento, como si también respecto á los codicilos fuera deficiente su voluntad, pero su voluntad hubiera sido declarada en algunas palabras, aunque se le hubiere

d) Lex Filia § si pater (D 10,2,20,3)

Finalmente, la *lex Filia § si pater* es un pasaje de una obra de Ulpiano[409], en el que se expone la opinión de Papiniano sobre la distribución de los bienes que un padre realiza en vida entre los hijos, a través de donaciones inter vivos seguidas de entrega. El padre al realizar la distribución de sus bienes ordena (oralmente, *sine scriptura*) que los hijos respondan de sus obligaciones en proporción al valor de los bienes que reciben. Papiniano entiende que el reparto de responsabilidades dispuesta por el padre no vincula al acreedor del causante, ya que frente a él los herederos responden en la proporción que establece la ley, esto es, en igual proporción. El problema surge cuando, una vez pagada la deuda, los hermanos quieren reclamar la diferencia al hermano que debería haber respondido en mayor grado según lo querido por el padre. Ante esta situación, Papiniano considera que el resto de coherederos deben demandar al hermano mediante la acción de *praescriptis verbis*, como si en vez de una partición hereditaria se tratara de una permuta.

Se observa, por tanto, que ninguna ley romana contempla la *laesio enormis* como motivo de impugnación de la partición hereditaria del testador, lo cual no debe sorprender ya que este medio de impugnación de la partición no existía en el

sucedido abintestato, se significa con la autoridad del derecho, que, observada la cuantía de la retención en virtud del Senadoconsulto, debe el juez, á quien se hubiere recurrido en el juicio de partición de herencia, atenerse á la voluntad del padre).

[409] *D 10,2,20,3: Si pater inter filios sine scriptura bona divisit et onera aeris alieni pro modo possessionum distribuit, non videri simplicem donationem, sed potius supremi iudicii divisionem Papinianus ait, plane, inquit, si creditores eos pro portionibus hereditariis conveniant et unus placita detrectet, posse cum eo praescriptis verbis agi, quasi certa lege permutationem fecerint, scilicet si omnes res divisae sint.*(Trad.: Si el padre dividió sin escritura los bienes entre sus hijos, y distribuyó las cargas de las deudas á proporción de las posesiones, dice Papiniano, que no se considera esto simple donación, sino más bien división por última voluntad. A la verdad, dice, si los acreedores los demandasen según sus porciones hereditarias, y uno rehusara lo determinado, puede ejercitarse contra él la acción praescriptis verbis, cual si hubieren hecho la permutación con pacto cierto, por supuesto, si se hubieran dividido todos los bienes).

Este pasaje, junto con otros que también equiparan la partición con la permuta (C 3,38,1 y D 31,77,18), sirvió para sustentar la teoría de la *permutatio* que crearon los juristas bajomedievales. Vid F. J. ORDUÑA MORENO, *La responsabilidad por evicción y la partición de herencia (con el tratamiento de la jurisprudencia del T.S.)*, Ed. José Mª Bosch, Barcelona, 1990, pp. 52 y ss..

Derecho romano[410]. La utilidad de estos textos romanos, en cualquier caso, era reforzar la noción entre los juristas de que *la partición hecha por el testador era la más firme entre los romanos*, *ya que no se rescindía por lesión enorme si quedaba salva la legítima*[411]. De esta manera, si un testador instituye herederos a varias personas, y al efectuar la partición distribuye desigualmente sus bienes, prevalece la partición. La partición desigual se justifica en que nadie puede quejarse de su injusticia si, como mínimo, los hijos han recibido la legítima que les corresponde por ley; y si alguno de ello ha recibido más que los otros, es porque se entiende que se le ha querido *mejorar*[412].

4. Ejemplos de particiones realizadas por el testador conforme al derecho de Castilla (siglos XV a XVIII)

Llegados a este punto de la investigación, resulta de gran interés analizar varios testamentos otorgados entre los siglos XV al XVIII que contienen particiones hereditarias. Este análisis nos permitirá determinar si, efectivamente, la partición se empleaba para alterar el reparto igualitario de la herencia impuesto por la ley, y si la gratitud y la obediencia son los motivos por los cuales no se aplica el remedio de la *laesio enormis* a la partición hecha por el testador.

---

410 J.-P. LÉVY; A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2ª ed., Ed. Dalloz, Paris, 2010, p. 1.398; L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 61.

411 Esta es la expresión que utilizan F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, vol. II, Imprenta de la Sociedad Tipogràfica, F. Abienzo, 1852, p. 263; Q. M. SCAEVOLA, *Código Civil*, cit., vol. XVIII, p. 447.

412 J. VOET, *De familia erciscunda*, cap. II, 14: *Sed si omnibus tantum bonorum fuerit attributum, quod constituat aut excedat legitimam; non est quod de divisionis iniquitate quispiam conqueratur, cum per illam adeptus sit debitam legibus portionem. Nulla quippe constitutione parentibus iniuctum est, ut aequales omnibus liberis relinquant haereditarias portiones: quod si enim parentibus sit data potestas praelegato gratificandi uni ex liberis; nullam equidem animadversio repugnare rationem, quominus etiam ipsis concessum foret inaequalem inter liberos facere bonorum distributione; prefertim cum expresa lege constituerit Alexander imperator, adimendum non esse parentibus haereditatis inter liberos dividundae arbitrium, dummodo non minus is, qui pietatis sibi conscius est partis quae intestato defuncto potuit ad eum pertinere quarta ex judicio paretis obtineat. Nimiam solummodo jura coercuerunt inaequalitatem, legitimam velut jure naturae debitam liberis tribuentia.*

4.1. El carácter excepcional de la partición testamentaria

Los estudios realizados en las últimas décadas en España en los protocolos notariales han destacado la escasez de escrituras de partición que se llevaban a cabo ante notario durante la época del Antiguo Régimen. En el ámbito rural y urbano de Córdoba, se constató a través de un análisis de 4.569 instrumentos notariales de última voluntad otorgados entre los años 1650 y 1833, que sólo un 3% de ellos correspondían a escrituras de división y adjudicación de bienes con motivo de la muerte[413]. En el entorno de Valladolid, y para el mismo período temporal, suponían un 6% de las 7.344 disposiciones de última voluntad otorgados[414]. En una sociedad mayoritariamente iletrada en la que se acudía al notario para resolver o plantear cualquier asunto de su vida cotidiana, por insignificante que este fuera u hoy pueda parecer[415], la escasez de escrituras de partición encontradas entre los protocolos notariales demuestra que la partición hereditaria en la época premoderna solía realizarse, en la mayoría de los casos, de manera privada en informal[416]. Sin duda, este hecho se debe principalmente al escaso valor del patrimonio de la mayoría de la población. Por ello, en la mayoría de los casos los herederos podían proceder a repartirse entre ellos el caudal relicto sin necesidad de acudir al notario.

Si las escrituras de particiones realizadas entre los propios herederos ya son de por sí escasas, resulta aún más excepcional encontrar en los protocolos notariales particiones realizadas por el propio testador. Como evidencia de esta rareza, basta con considerar que de los 4.569 instrumentos notariales de última

---

413 S. GÓMEZ NAVARRO, *La muerte en la provincia de Córdoba. Inventario de escrituras notariales de Córdoba, Montilla y Fuente Obejuna (1650-1833).*, Ilustre Colegio Notarial, Sevilla, 1996.).

414 M. GARCÍA FERNÁNDEZ, *Herencia y patrimonio familiar en la Castilla del antiguo régimen (1650-1834). Efectos socioeconómicos de la muerte y la partición de bienes*, Secretariado de publicaciones, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1995, p. 303.

415 S. GÓMEZ NAVARRO, «La documentación notarial de las “ultimidades” para la historia social y cultural rural de la Europa moderna», *Mundo Agrario. Revista de estudios rurales*, vol. 22, 49, 2021, p. 2.

416 M. GARCÍA FERNÁNDEZ, *Herencia y patrimonio familiar en la Castilla del antiguo régimen (1650-1834)*, cit., pp. 19 y 20.

voluntad otorgados entre los años 1650 y 1833 en el ámbito cordobés, ninguno contempla una partición practicada por el futuro causante[417]. Tampoco se encuentra ninguna partición hecha por el testador en la recopilación de testamentos de los principales personajes del Madrid de los Austrias, a quienes la importancia de su patrimonio hace presuponer un interés en garantizar la seguridad y estabilidad de la distribución de sus bienes entre sus herederos[418].

Más frecuentes eran los casos en que el testador nombraba a varias personas de su confianza para llevar a cabo la partición de sus bienes (*albaceas o testamentarios*[419]), estableciendo la obligación de que los herederos pasen por ella y prohibiendo su impugnación. El testador reforzaba esta prohibición con la sanción de la pérdida de todo o parte de su derecho en la herencia para aquel heredero que la contradijera y acudiera a los tribunales de justicia[420].

No obstante esta excepcionalidad, hemos encontrado tres testamentos en los que el disponente procede a efectuar la partición de sus bienes en el mismo instrumento de última voluntad, lo que en la terminología del Código civil se

---

417 Así nos lo manifestó la Prof. S. Gómez Navarro, catedrática de Historia Moderna, Contemporánea y de América de la Universidad de Córdoba (España), en una conversación mantenida durante la elaboración de este trabajo. Aprovechamos esta oportunidad para expresar nuestro más sincero agradecimiento por su valiosa ayuda para la comprensión del fenómeno de la partición hereditaria en el Antiguo Régimen, que nos ofreció de manera totalmente desinteresada.

418 A. MATILLA TASCÓN, *Testamentos de 43 personajes del Madrid de los Austrias*, Instituto de Estudios Madrileños, Madrid, 1983.

419 Como señala P. MELGAREJO, *Compendio de contratos públicos, autos de particiones, executivos y de residencias*, Imprenta de Francisco Otero, Madrid, 1791, p. 83.: *El Albacéa ó Testamentario (que todo es uno) tiene un año de término para cumplir la disposicion del testamento que se encarga, sino es que quando le nombran se señale tiempo limitado para ello.*

420 Pueden encontrarse ejemplos de esta prohibición en la STS de 25 de enero de 1871, *Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia*, *primer semestre de 1871,* tomo XXIII, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1871, p. 346.; y la STS de 7 de febrero de 1874, publicada en la *Colección legislativa de España. Sentencias del Tribunal Supremo, primer semestre de 1874,* Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1876, p. 232. El art. 1.045 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 establece que esta prohibición sólo puede imponerse a los herederos voluntarios (por tanto, no a los herederos forzosos o legitimarios), y siempre que haya dispuesto las personas encargadas de realizar la partición. Cuando los herederos forzosos no reciben lo que por legítima les corresponde, esta prohibición no es aplicable y los herederos pueden acudir a los tribunales (F. GARCÍA GOYENA; J. AGUIRRE, *Febrero. Libreria de jueces, abogados y escribanos*, vol. III, Imprenta y librería de D. Ignacio Boix, Madrid, 1844, pp. 38 y 39.).

denominan particiones en actos *de última voluntad* (art. 1.056, párr. 1º CCEsp). La protocolización de estas particiones por parte del notario (el *escribano*) ha posibilitado su conservación a lo largo del tiempo, permitiendo su consulta en la actualidad. Estos tres testamentos son: el de D. Alonso Díaz de Montalvo, otorgado en la localidad de Huete (Cuenca) el 4 de mayo de 1496[421]; el de D. Diego Calderón de la Barca, otorgado en Madrid el 18 de noviembre de 1615[422]; y el de D. Juan Díez de Escobar, otorgado en la localidad de Cisneros (Palencia) el 22 de abril de 1750[423].

Aunque sería necesario realizar un estudio más exhaustivo de los archivos históricos para poder extraer conclusiones definitivas sobre cómo se llevaban a cabo este tipo de disposiciones durante la época del Antiguo Régimen, estas tres particiones en actos *de última voluntad*, al abarcar diversas localidades castellanas y distintos siglos (siglos XVI, XVII y XVIII), nos proporcionan una muestra lo suficientemente representativa para nuestro análisis.

4.2. Modelo de testamento

Del mismo modo que en la actualidad, el testamento tenía una forma específica en la Edad Moderna[424]. Comenzaba con un encabezamiento que incluía una invocación y una profesión de fe. Seguidamente se exponían los motivos del testamento, como el temor a la muerte, la preparación del alma y la aceptación de la voluntad divina. Con dicha finalidad, el testador disponía sus instrucciones

[421] Recogido en F. CABALLERO, *Noticias de la vida, cargos y escritos del doctor Alonso Díaz de Montalvo*, Tip. del Colegio Nacional de Sordo-mudos y de ciegos, Madrid, 1873, p. 333 a 339. Vid. infra Anexo B.

[422] Recogido en N. ALONSO CORTÉS, «Algunos datos relativos a D. Pedro Calderón», en R. MENÉNDEZ PIDAL (ed.) *Revista de Filología Española*, vol. II, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 1915, p. 43 a 50. Vid. infra Anexo C.

[423] Accesible en la web del Archivo de la Real Chancillería de Valladolid, en la siguiente dirección: «TESTAMENTOS OTORGADOS ENTRE 1751 Y 1764 ANTE ALEJANDRO DE HERMOSA, ESCRIBANO PÚBLICO EN CISNEROS», *PARES*, fecha de consulta 6 mayo 2024, en https://pares.mcu.es:443/ParesBusquedas20/catalogo/show/538802. Vid. infra Anexo D.

[424] Seguimos a continuación la explicación de M. GARCÍA FERNÁNDEZ, *Herencia y patrimonio familiar en la Castilla del antiguo régimen (1650-1834)*, cit., pp. 18 y 19. Hemos adjuntado como Anexo A el modelo de testamento abierto que se encuentra en la obra de P. MELGAREJO, *Compendio de contratos públicos, autos de particiones, executivos y de residencias*, cit., p. 83 a 86.

sobre misas y sufragios, detalles sobre el entierro, mortaja, disposiciones para miembros del clero, instituciones benéfico-religiosas y personas más desamparadas. A continuación, se iniciaba la parte plenamente material y económica del testamento, donde se dejaba constancia, en su caso, de la dote recibida de su mujer, de los créditos pendientes y de las deudas dejadas por pagar; también se otorgaban legados a las personas que se consideraban merecedoras de alguna gratificación, normalmente para retribuir servicios, amistad y compañía. Una vez efectuados los legados, el testador nombraba a los *albaceas y testamentarios* encargados de ejecutar su última voluntad. Finalmente, nombraba a los herederos, ya sea en partes iguales o desiguales en el resto de los bienes que no habían sido objeto de legado. Como veremos a continuación, los tres testamentos analizados siguen este modelo, incluyendo además la partición de sus bienes entre sus herederos.

4.3. El testamento abierto de D. Alonso Díaz de Montalvo, de 4 de mayo de 1496

4.3.1. El contenido del testamento

El testamento de D. Alonso Díaz de Montalvo comienza con una declaración sobre la brevedad de la vida y la naturaleza mortal del ser humano, seguida de una profesión de fe católica y la manifestación de la voluntad del disponente de otorgar testamento. A continuación, el testador establece instrucciones sobre su funeral, lugar de sepultura y número de misas que deben celebrarse por su alma, disposiciones que se completan con una serie de mandas piadosas.

La parte material y económica del testamento se inicia con el legado de su biblioteca jurídica a favor de dos nietos, los hijos varones de su hijo y de su hija. Los libros se tenían que dividir en dos grupos: uno compuesto por los libros de Derecho civil y el otro por los de Derecho canónico. Debían ser sorteados entre sus nietos, de modo que cada uno estudiaría la materia de los libros que le correspondieran por suerte.

A continuación, el testador procede a nombrar herederos universales a sus hijos Martin de Montalvo y Teresa Díaz, y a realizar la partición de sus bienes. Comienza repartiendo entre sus dos hijos herederos las dos casas de su propiedad que tienen mayor valor: la casa donde vive el testador la adjudica a su hijo Martín, y otra casa que tiene en la misma localidad la adjudica a su hija Teresa. El testador considera que cada heredero recibe una finca de igual valor, pues establece la cláusula de que en caso de que alguno se sintiere agraviado, es decir, considere que la finca que ha recibido tiene menos valor que la del otro, una tercera persona las tasará de manera que el heredero favorecido deba completar el valor de lo que ha recibido de menos el otro, asegurando así que cada uno reciba el mismo valor. Una vez repartidos estos bienes, el testador procede a distribuir otras fincas que tiene en propiedad entre sus dos hijos. Finalizada la distribución de los bienes inmuebles, procede a dividir los bienes muebles. No obstante, señala que la mayoría fueron donados en vida a su hijo en compensación por sus servicios pasados, por lo que dispone que el ajuar de la casa donde el testador vive sea entregado a su hija.

Con el deseo de que sus hijos acepten su última voluntad y vivan en concordia y armonía, el testador manda y ordena que acepten este testamento. Establece una prohibición de impugnarlo, bajo pena de perder su parte de herencia, la cual irá a parar al hijo obediente[425]. Para la ejecución del testamento, nombra a su hijo Martín y a un clérigo como testamentarios. Continúa con una serie de disposiciones de contenido variado: el legado de una capilla a favor de un monasterio, la declaración de revocación de testamento anterior, el establecimiento de un vínculo sobre determinados bienes sitos en las localidades de Barajas y Sacedas a favor de sus dos hijos herederos, y el legado de un

[425] *Item por que los dichos mis hijos despues de mis dias vivan en paz y concordia y rueguen á Dios por mi anima y entre ellos haya siempre buena hermandad, les mando que luego en mi presencia y por ant' el presente escribano consientan é hayan por bueno y firme este mi testamento y lo que yo por él mando y ordeno, y lo ternan y guardaran y cumpliran y no habra mas recurso ni accion el uno contra el otro, ni el otro contra el otro sobre los bienes de la herencia de su padre y madre, ni por otra razon ni causa alguna, so pena qu ' el que fuere contra ello ó contra parte d' ello , haya perdido y pierda por el mismo hecho la mitad de la dicha herencia y bienes, y se' aplicado al que fuere obediente; é que se obliguen é prometan y juren en forma de lo ansi tener y guardar y cumplir ant el presente escribano.*

crédito con garantía hipotecaria a su hija (un *censo*[426]), con la finalidad de igualar los lotes que recibe cada coheredero. El testamento concluye con la declaración del lugar y fecha de su otorgamiento, seguida de la manifestación de sus dos hijos de aceptar lo dispuesto por *su señor y padre*, comprometiéndose a cumplirlo fielmente y a no impugnarlo[427]. Firman el testamento el causante, sus dos herederos, siete testigos y el escribano.

4.3.2. La voluntad del testador de repartir sus bienes de manera igualitaria

En este documento de últimas voluntades, el testador nombra quiénes son sus herederos, pero no indica en qué proporción: si en partes iguales o en partes desiguales. No obstante, queda claro que su intención fue tratar de la misma manera a sus dos hijos herederos, buscando que reciban lo mismo en la distribución de los bienes, es decir, que sean coherederos en partes iguales. Esta voluntad se evidencia a lo largo del documento. En primer lugar, cuando establece que cualquier diferencia de valor entre las fincas adjudicadas a cada uno se compense económicamente para evitar agraviar a ninguno de ellos. Su voluntad de nivelar a ambos hijos también se demuestra al disponer del ajuar de su vivienda a favor de su hija, como compensación por la donación previa de otros bienes al hijo. Finalmente, al legar también a su hija un crédito con el fin de

---

[426] Los *censos* consistían en préstamos con intereses, cuya devolución garantizaban directamente determinados bienes del prestatario. Esta figura surgió de la necesidad de obtener crédito en una época en que el préstamo con interés (la usura) estaba prohibido por la Iglesia.

[427] *Fecho é otorgada fue esta carta de testamento por el Sr. Doctor Alonso Diaz de Montalvo porque sea cierto y no venga en dubda en la Ciudad de Huete en cuatro dias del mes de mayo, año del nacimiento de nuestro Salvador Jesucristo de mil é cuatrocientos y noventa y seis años, siendo presentes y consintientes la Sra. Teresa Diaz de Montalvo, muger de Alvaro de Alcocer, que Dios haya, y el señor Martin de Montalvo su hermano, fijos del dho . señor Dor. de Montalvo. Los cuales dhos. Martin de Montalvo y Teresa Diaz su hermana dijeron: que tenian en merced al dho. Sr. Dor. Alonso Diaz de Montalvo su señor y padre todo lo por el mandado y testado, y qu ' ellos desde agora lo loaban y consentian y loaron, y aprobaban y loaron y consintieron y aprobaron; é que facian y ficieron juramento por el nombre santo de Dios y de Sta . Maria y por esta señal de [una cruz] que con sus manos corporalmente tocaron y por las palabras de los Santos evangelios do quier que son escritos, que lo habran por firme aora y en todo tiempo, que no iran ni vernan aora ni en algun tiempo contra ello ni contra parte d' ello so pena de perjuros. De lo cual fueron testigos presentes para esto llamados y rogados Rodrigo de Huete, y el bachiller Pedro de Leon, y Juan de las Cuevas, y Juan del Rincon, y Diego de Medina, vecinos de la dha. ciudad, é Francisco del Castillo y Juan de Ferianquez, vecinos de Alcazar, é yo Alvaro Gonzalez del Castillo, escribano ante quien el dho. Señor Doctor otorgó este testamento, y los dhos. sus hijos lo consintieron y aprobaron é juraron ante mi é ante los dhos. testigos.*

igualar los lotes recibidos por cada coheredero. Por tanto, resulta evidente la intención del testador de proceder a realizar la partición de sus bienes de manera que exista equivalencia entre la cuota hereditaria y lo que recibe cada uno de los coherederos.

El testador no especifica en qué proporción sus hijos heredarán sus bienes, esto es, no establece cuál es la cuota hereditaria de cada coheredero. Este silencio era suplido por las Partidas, cuya ley 17, tít. 3º de la Partida 6ª establecía que cuando el testador nombraba varios herederos sin indicar la cuota de cada uno, se presumía que estos heredaban en partes iguales. Comprobamos que en este caso la voluntad presunta de la ley coincide con la voluntad del testador expresada en las cláusulas particionales, de que sus dos herederos le sucedan por mitad.

4.4. El testamento abierto de D. Diego Calderón de la Barca, de 18 de noviembre de 1615

4.4.1. El contenido del testamento

El segundo testamento objeto de análisis también comienza con una invocación y profesión de fe católica del testador, seguidas de una serie de disposiciones para su entierro y mandas piadosas. Sin embargo, como novedad respecto del anterior testamento, en este el testador realiza un inventario de todos sus bienes con una valoración aproximada de cada uno de ellos. Cuantifica el valor total del activo hereditario en 11,077.000 maravedís.

El testador quiere que estos bienes se repartan entre sus cuatro herederos: tres hijos varones, Diego, Pedro (el famoso escritor) y Jussepe; y una hija, Dorotea, que ingresó en un convento de monjas. Pese a que inicialmente indica que no quiere que haya diferencia entre ellos[428], la partición demuestra que Pedro, su

[428] *…los quales yo querría que mis hijos los partiessen y gozassen con la bendición de Dios y mia, sin que entre ellos aya diferencia, sino que Diego Calderón, mi hijo mayor, los anpare y sea su padre y gobierno, procediendo en ello conforme a lo que le hordenaren mis testamentarios y en la forma y manera siguiente:…*

hijo mayor, resulta notablemente mejorado en relación con sus hermanos. Tras rebajar en el cuerpo de bienes 4.000 ducados (el equivalente a 1.500.000 maravedís[429]) como gastos por la enajenación de su oficio, cuantifica el valor de su herencia en 9.577.000 maravedís. Siendo cuatro herederos, le corresponde a cada uno 2,394.250 maravedís. A Diego, el hijo mayor se le adjudican los 2,394.250 maravedis que les corresponde más otros 2,394.250 maravedis que le corresponden a su hermana, pues como indica el testador, ella renunció a su derecho de legítima cuando ingresó en la orden religiosa[430]. Al recibir más que sus hermanos, tiene que responder de un número mayor de deudas, tal y como le ordena el testador. Respecto a Pedro Calderón, su segundo hijo varón, le adjudica 1,965.500 maravedís, debiéndosele entregar en bienes raíces la diferencia hasta llegar a los 2,394.250 maravedís que le corresponden. Finalmente, a Jussepe Calderón le adjudica un lote de bienes raíces con un valor de 2,250.000 maravedís, y lo restante en un título de deuda pública (*juro*). De esta manera cada uno recibía lo que por legítima y por la dote de su madre les correspondía.

Tras efectuar la partición de sus bienes, el testador manifiesta sus deseos de que los hijos sean obedientes a sus curadores (son menores de edad), prohibiendo a su hijo Diego que se case con determinadas personas bajo pena de desheredación[431], y estableciendo algunas disposiciones a favor de su

---

[429] Un *ducado* equivale a 375 maravedís (*Diccionario de la lengua castellana en que se explica el verdadero sentido de las voces, su naturaleza y calidad, con las phrases o modos de hablar, los proverbios o refranes, y otras cosas convenientes al uso de la lengua*, Real Academia Española, en la imprenta de Francisco del Hierro, tomo III, Madrid, 1732, p. 344).

[430] …*Yten se le adjudiquen al dicho Diego Calderón otros dos quentos trescientos y noventa y quatro mili docientos y cinquenta maravedis, que son los que a mi me pertenecen de las lixítimas de doña Dorotea Calderón, mi querida hija, monxa en el monasterio de Santa Clara la Real de Toledo, en birtud de las rrenunciaçiones que el dicho monasterio y ella hicieron en mi fauorcon los cargos y grauámenes siguientes…*

[431] …*Yten mando expressamente a Diego Calderón, mi hijo, no sse casse ni disponga de su persona sin licencia y acuerdo de los señores mis testamentarios o de la mayor parte dellos, y en particular le proybo de que no sse casse con vna persona con quien me dijeron trataua dello ni con ninguna prima suya, de que él y los señores mis testarios tienen noticia porque se la e dado yo, y si todavía lo hiciere o tomare otro estado sin la dicha prevención, por la pressente revoco y anullo y doy por ninguno todo lo que por este testamento tengo hecho en su favor, y desde luego como hijo ynobediente le desheredo en todo aquello que puedo conforme las leyes del reyno, Y desde luego mejoro en el tercio y quinto de los dichos mis bienes de suso declarados a los dichos Pedro y Jusepe Calderón, a los quales les mando y encargo no sse comuniquen ni*

segunda mujer. Seguidamente, procede a nombrar cuatro testamentarios encargados de la ejecución de su última voluntad, que actuarán de forma solidaria. Se incluye una cláusula de cierre que establece que, en caso de aparecer nuevos bienes no contemplados en el documento, estos se repartirán *de conformidad con lo establecido anteriormente.* El testamento es firmado por el testador, cinco testigos y el escribano.

4.4.2. La voluntad del testador de disponer tal y como partió

En este documento de últimas voluntades, al igual que en el anterior, se observa que el testador se limita a nombrar quiénes son sus herederos, sin especificar si desea la herencia se divida en partes iguales o desiguales. Conforme a la ley, en tales casos se presume que los herederos recibirán la herencia en partes iguales. Sin embargo, las cláusulas particiones evidencian que D. Diego Calderón no deseaba que sus hijos heredaran de manera igualitaria. Es evidente su voluntad de mejorar a uno de sus cuatro hijos, Diego, a expensas de su hermana Dorotea. Aunque D. Diego Calderón incluye a su hija Dorotea como heredera, incrementando así el número de beneficiarios a cuatro, en realidad ella no recibe nada de la herencia, pues los 2,394.250 maravedís que le correspondían fueron asignados al lote de hermano Diego. El nombramiento de su hija Dorotea como heredera se debe a que, según el derecho de Castilla, el testador debía instituir herederos necesariamente a todos sus legitimarios. En caso contrario el heredero preterido podía impugnar el testamento y solicitar que se declare su nulidad[432].

---

traten con él, pues a banderas desplegadas a querido ser afrenta de sus agüelos y padres, y esto se cunpla ynbiolablemente en cualquiera de los dichos casos…

[432] *P 6,8,5: Cómo si el padre da á su hijo su parte legítima puede facer de lo al lo que quisiere. El padre faciendo testamento en que dexase á su fijo su parte legítima, si esta parte le dexase como á heredero, et establesciese en ese mesmo testamento á otro en los bienes otros que hobiese, ó ordenase dellos en otra manera qualquier, entonce maguer se querellase el fijo, non podrie quebrantar el testamento… Otrosi decimos que dexando el padre al fijo alguna cosa en su testamento como á heredero, maguer non le dexase toda la su parte legítima, que debe haber segunt derecho; por todo eso decimos que non podrie quebrantar el testamento, mas podrie demandar que aquello quel menguaba de la su parte que debie haber, que gelo compliesen; et los otros que son escriptos por herederos en el testamento son tenudos de lo facer*. Sobre la interpretación de esta ley, vid. T. DE MONTAGUT I ESTRAGUÉS, «El testamento inoficioso en Las Partidas y sus fuentes», cit., pp. 309 y ss. En el derecho anterior al Código civil, no podía haber heredero que no fuera legitimario, de ahí la expresión *heredero forzoso*. Es clarificadora la definición de *heredero forzoso ó necesario* que nos ofrece J. ESCRICHE, *Diccionario razonado*

En consecuencia, observamos que en este caso la voluntad testamentaria de D. Diego Calderón, tal y como se especifica en las cláusulas particionales, deroga la norma que establece el reparto igualitario de la herencia. La ley presume que si los cuatro hijos son nombrados herederas, las cuotas hereditarias serán iguales: un cuarto cada uno. Pero el testador deseaba *disponer* de la manera en que *partió*, es decir, atribuir a Diego un lote de valor superior al resto, dejando sólo la legítima a Pedro y Jussepe, y excluyendo de la herencia a Dorotea, porque ingresó en un convento de monjas.

4.5. El testamento cerrado de D. Juan Díez Escobar, de 22 de abril de 1750

4.5.1. El contenido del testamento

El tercer y último testamento analizado sigue el esquema de los dos documentos anteriores: el testador comienza con una invocación y profesión de la fe católica, manifestando la voluntad de otorgar testamento cerrado ante la certeza de la muerte. A esta presentación le siguen una serie de disposiciones sobre su entierro, sepultura, y número de misas por su alma y la de sus antepasados.

La parte material y económica del testamento se inicia cuando el testador declara una deuda pendiente, especificando su importe y quiénes son los deudores, y pide a sus herederos que la cobren. A continuación, designa a tres personas como testamentarios para que ejecuten el contenido de su testamento: sus dos hijos varones y un clérigo que, además, es sobrino del testador.

---

de legislación y jurisprudencia, vol. II, Libreria de la señora Viuda e Hijos de D. Antonio Calleja, 1847, p. 15.: *El que no puede ser excluido de la herencia por el testador sin causa legal: tales son todos y solos los parientes del testador por línea recta, esto es, los descendientes y ascendientes legítimos, sin limitacion de grados; y en algunos casos lo son también los ilegitimos, como se verá mas abajo. Dicese* forzoso y necesario*, porque el testador no puede prescindir de nombrarle heredero, y bajo cierto aspecto se llama también legítimo porque la ley prohíbe que se le prive de la herencia.*

El Código civil sigue empleando la expresión *heredero forzoso* para referirse al legitimario. No obstante, no se requiere que se le nombre *heredero*. El término *forzoso* viene referido al causante, que está obligado a realizar atribuciones patrimoniales a favor de los citados legitimarios. No al legitimario, pues este puede renunciar a percibir la legítima (M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, cit., vol. V, p. 381.).

Con posterioridad el testador procede a realizar la partición de sus bienes. Afirma que lleva a cabo personalmente la partición con el fin de evitar a sus cinco hijos herederos los considerables gastos que conlleva su realización, debido a la intervención de terceros profesionales, ya sea en un proceso judicial o ante un escribano[433]. Inicia la partición manifestando cuáles son sus deudas. Estas consisten en diversos *censos*, es decir, préstamos con intereses solicitados a otras personas, cuya devolución garantizaban directamente determinados bienes del prestatario. Para garantizar la devolución del principal y los intereses del préstamo, divide estos censos en cuatro grupos, incluyendo en cada grupo una serie de bienes inmuebles que se utilizarán para cubrir su pago. Luego asigna cada grupo a uno de sus hijos.

Una vez establecidas y distribuidas sus deudas personales, el testador procede a realizar una cuantificación de los gastos de su funeral y entierro, para obtener así el activo líquido de la herencia. D. Juan Díez Escobar cuantifica el activo líquido de su herencia en 257.104 marvs. De esta cantidad extrae el quinto de libre disposición (51.421 marvs.), que destina para el pago de los gastos de su herencia, quedando como remanente del quinto 38.909 marvs. De los cuatro quintos restantes extrae el tercio de mejora (68.561 marvs.) y la legítima total de sus herederos (137.122 marvs.). Como tiene cinco hijos, la legítima individual de cada uno asciende a 27.424 marvs.

Realizados estos cálculos, manifiesta que es su deseo mejorar a tres de sus cinco hijos, por lo que les asigna el remanente del quinto y el tercio de mejora. Esta mejora se materializa mediante la adjudicación a cada uno de los mejorados de una serie de bienes inmuebles. Tras concretar las mejoras, el testador procede a efectuar los lotes (*hijuelas*) que les corresponde a cada uno de sus

---

433 *…Nota. Considerando los cortos medios con que me allo al presente las crecidas deudas que tengo sobre mis vienes de censos y otros créditos y que muerto yo seande aumentar mas; mea parecido combeniente por escusar amis hijos de los gastos tan ynsoportables que causan las justicias en los ymbentarios Almonedas, tutelas curadurías contadores defensores [ilegible] meaparecido combeniente el hacer yo quenta y partija de todos mis vienes. Y adjudicar acada uno de los cinco hixos que tengo aquello que por otro les pertenece y mexorando a quien fuere de mi voluntad para lo qual hago y Adjudico acada uno eneste mi testamento los vienes que me pareciere justos yapara suherencia ya para las deudas que [ilegible] declaradas. La qual hago en la forma siguiente…*

cinco herederos. Cada lote tiene un valor que se corresponde con la legítima de cada uno, esto es, 27.424 marvs.

Finalizada la partición de todos sus bienes, y tras recordar a sus herederos que deben cobrar el crédito especificado al inicio del testamento, el testador ordena que sus hijos cumplan con el testamento y la partición, que obedezcan sus preceptos. En caso contrario, si alguno desobedece lo dispuesto y acude a los tribunales, será sancionado con la desheredación, y los bienes del *desobediente* pasarán al resto de los herederos que hayan sido *obedientes*[434]. Justifica esta prohibición en que ha conocido casos en los que la herencia se ha consumido íntegramente en pleitos[435]. Finaliza el documento en el lugar y la fecha de su elaboración, pero antes de terminarlo y para asegurarse de que el testamento cumple con los requisitos necesarios de validez, nombra a sus cinco hijos como herederos, designándolos por sus nombres, y reitera su voluntad de mejorar a tres de ellos.

4.5.2. La voluntad del testador de disponer como partió

Comprobamos nuevamente, que esta partición sirve para romper el reparto igualitario que sanciona la ley castellana, y que el testador no especifica si es su deseo que los cinco herederos hereden en partes iguales o desiguales. La determinación exacta de la cantidad que recibirá cada uno se establece en dos

---

[434] *…Y en la forma referida tengo fenecido yacavada la particion de todos mis vienes muebles y raíces excepto la deuda de Diego Moncada que quiero que mis hijos hagan la diligencia de cobrarla pues me es devida y[ilegible] deesta otra [ilegible] amonesto a [ilegible] mis hijos esten y pasen por ella porque es mi voluntad que así lo executen y que sean obedientes amis prezeptos Y si por alguna causa alguno o algunos de los citados mis hijos no estuviesen contentos con las cantidades que [ilegible] adjudicadas por herencia mia y sobre ello quisieren poner demanda ante las Justicias queriendo consumir en gastos superfluos mis cortos aberes luego que qualquiera quiera de los citados mis hijos pongan demanda sobre mi herencia [ilegible] que acadauno llevo echo, es mi voluntad dedesheredarle como desde luego le deseheredo de todos mis vienes muebles y rayzes presentes y futuros derechos y acziones queme pertenezcan como ynobedientes a los mandatos y prezeptos de sus padres; y sea laherencia de los ynobedientes para los obedientes que se contentan con lo que sus padres les mandan y dejan por herencia:…*

[435] *…pues [ilegible] queme a llebado el hazer este testamento cerrado hasido el considerar los cortos medios conque allo y que he visto muchos caudales maiores que este mio y que por temeridad de los herederos sean consumido y [ilegible] no les aquedado que heredar motibo justo que me ha obligado aexecutar esta escriptura que es quiero que se guarde ymbiolablemente con todas las mandas legados y mexoras queenella llevo echas que quiero que valga por mi testamento por mi cobdicilo y como mi ultima y postuma voluntad [ilegible]…*

momentos: primero, en la cláusula en que establece la mejora en el remanente del quinto y del tercio de mejora; y posteriormente, en las cláusulas particionales, donde adjudica a cada uno de los cinco herederos un lote con determinados bienes. Por tanto, es evidente la voluntad del testador de que sus cinco hijos hereden de manera desigual, y así lo explicita al final de su testamento al nombrar a los herederos mejorados.

Por otra parte, cabe señalar que aunque el testador manifiesta su intención de que el valor de los cinco lotes se ajuste a la legítima de cada heredero, esto no siempre sucede así. En el caso de la hijuela de su hijo Juan, su valor real está muy alejado de lo que por legítima le corresponde. Esto se debe a que el testador incluye en dicho lote los gastos de la compra del vestido de boda de su esposa por un importe de 19.364 marvs[436]. Este gasto representa la mayor parte de la hijuela que, con un valor de 27.424 marvs., debería recibir Juan.

5. Aspectos a destacar del análisis de los ejemplos de particiones anteriores

5.1. La determinación de las cuotas hereditarias en las cláusulas de partición

Las tres particiones testamentarias analizadas constituyen verdaderas particiones, porque los testadores manifiestan su voluntad de instituir herederas a varias personas en determinadas cuotas hereditarias. La voluntad del testador es que varias personas le sucedan, en calidad de herederos, en todas las titularidades de sus relaciones jurídicas que no se extingan con su muerte. Sin embargo, resulta destacable que ninguno de los tres testadores, pese a encontrarse en distintos siglos y localidades, establece previamente la cuota

[436] En la actualidad, este gasto de boda sería considerado colacionable. La colación consiste en la adición contable a la herencia del importe de las donaciones otorgadas en vida por el causante a favor de los herederos que sean legitimarios, con el fin de procurar entre ellos la igualdad, por presumirse que el causante no quiso la desigualdad de trato (J. J. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, cit., vol. II, p. 1.340.. Lo que significa que aumentaría el monto total del activo a repartir a efectos de calcular la legítima (arts. 818, 1.044 y 1.045 CCEsp). Vid al respecto la STS 142/2001, de 15 de febrero (ECLI:ES:TS:2001:1026). Sin embargo, en la partición que estamos analizando, el testador no tiene en cuenta este regalo de bodas para computar la legítima global de los herederos (los dos tercios).

hereditaria que corresponde a cada heredero, es decir, si heredan en partes iguales o desiguales.

Una explicación de esta omisión podría ser que su mención resulta innecesaria al establecer la ley el reparto igualitario de la herencia cuando el testador nombraba varios herederos sin indicar la cuota de cada uno (P 6,3,17). Esta explicación tiene sentido cuando la partición pretende ajustarse a las cuotas hereditarias, como en el primer testamento analizado[437], pero no se comprende en los dos testamentos restantes, en los que se reparte la herencia de manera claramente desigual. En estas particiones, la concreción de las cuotas hereditarias se determina a posteriori, según el valor del lote adjudicado a cada coheredero. Es decir, una vez compuestos y adjudicados los lotes que corresponden a cada heredero, se podrá determinar cuál es la medida de lo que le corresponde a cada coheredero, si el testador ha querido que todos heredasen por partes iguales o por partes desiguales. El testador establece la cuota hereditaria de cada coheredero en las cláusulas particionales, las cuales pueden coincidir o no con la presunción legal de un reparto igualitario de la herencia entre los coherederos, lo que la doctrina denomina una *divisio inter coheredes sine partibus scriptos.* En esta modalidad de partición hereditaria, la cuota hereditaria se determina comparando el valor del lote recibido con el valor total de los bienes repartidos y que tuviera presente el testador, sin tener en cuenta, por tanto, aquellos que el testador ignorase ser titular o los que adquiera con posterioridad a la realización de la partición[438].

5.2. La partición del testador permite destruir el reparto igualitario que presume la ley a falta de manifestación expresa de las cuotas hereditarias

Sólo existe una voluntad manifestada en las cláusulas particionales, contra la cual no puede prevalecer la voluntad presunta que contempla la ley. Por este

[437] Cabe señalar que D. Alonso Díaz de Montalvo (1405-1499) fue precisamente un gran conocedor del derecho de Castilla, pues él mismo recopiló sus leyes por orden de los reyes católicos: las *Ordenanzas reales por las cuales primeramente se han de librar los pleitos* (año 1484), también conocidas como *Ordenanzas de Montalvo*.

[438] Vid supra p. 125.

motivo, los juristas de la época afirman que el causante tiene la facultad de realizar una partición *inaequaliter* y repartir su herencia entre sus hijos de manera que no todos reciban lo mismo, declarando que sólo cabía impugnar esta partición cuando los bienes que adjudicaba el testador a un heredero forzoso no cubrían la legítima que le correspondía[439]. Los juristas consideran que, en este caso de reparto desigual, se entiende que el hijo que ha recibido de más ha sido *mejorado*, en el sentido de que su cuota hereditaria ha sido aumentada mediante la aplicación del tercio de mejora y/o el quinto de libre disposición.

Ahora bien, una cosa es que prevalezca la voluntad manifestada por el testador de realizar una partición desigual frente a la presunción legal de igualdad en las cuotas hereditarias. En este caso, es lógico que se imponga la voluntad declarada por el testador frente a una presunción legal que actúa con carácter subsidiario. Pero cuestión distinta es que el testador establezca unas determinadas cuotas hereditarias y realice una partición que se adecue a dichas cuotas, pero en el momento en que esta partición sea efectiva se haya perdido esta equivalencia debido a una variación en el valor de algún bien incluido en el lote, o porque el testador haya valorado erróneamente un bien incluido en el lote.

[439] A. AYERBE DE AYORA, *Tractatus de partitionibus*, pars I, I, n. 9: *Respondeo que se a de hazer sigun la forma y orden dada por el testador, y si es entre hijos y descendientes se ha de guardar la forma dada por el padre o madre, aun que no la mande hazer por yguales partes, y mande mas a unos que a otros. y mande que no lleve las casas, y otro las viñas y otro los ganados, y vala lo uno mas que lo otro se deve hazer como el testador le mando como no agravie a ninguno de los hijos en su legitima, y le dexe lo que le pertenesce de su legitima a cada uno, porque que le manda mas es visto mejoralle en aquello, que lo puede hazer el padre o la madre no dexandole menos de lo quele pertenece al hijo de su legitima. ut in.l. parentibus arbit.C.de in offitio,test.& in.l.quoties C.fami.hercis.vbi no.dd. & in.l.filijpatris.C.co tit.& in.l.filia.§fipater.ff.eod.titu.* A. PÉREZ, *Praelectiones*, lib. III Cod., tit. XXXVI, Familiae erciscundae,17: *Ceterum hace divisio ita parentibus & testaoribus permissa est, & a Judice eatenus adimplenda, quatenus salva est heredi scripto Falcidia, & liberis legitima, nam ut in institutionibus, ita & in divisionibus bonorum salva debet manere quarta. Adeo ut si plus uni filiorum relictum sit quam alteri, hic possit quartam petere; quia divisio, etiam inaequalis, ita permissa est, modo nihil siat contra leges, quas nemo potest prohibere, quin locum habeant in testamento.* MORQUECHO, *Tractatus de bonorum divisione*, I,8,2: *Divisio a patre inter filios facta servari debet, etiam si uni filio, plus quam alii datum a patre sit: ut in l. Ex parte.§.ult.&ibi Bald.ff.Famil.Ercifcun.1.Que pater.§.Si pater.ff.eod tit. Alexand.confi. 77.lib.3. Et contra eam filii conqueri non possunt.* J. FEBRERO*, Libreria de escribanos..., cit.,* vol. II, p. 503: *Pero la hecha por el padre entre sus hijos se debe observar, sin embargo de que haya dado mas a uno que à los otros; y asi no pueden quexarse de ella, ni contravenirla, porque este se entiende mejorado.*

5.3. El deber de obediencia de los hijos hacia el testador impide a los coherederos impugnar su partición

En dos de los tres testamentos analizados, el testador, padre de los herederos, les recuerda su deber de obedecerle, advirtiéndoles que aquel que acudiera a los tribunales sería desheredado y los bienes del *desobediente* pasarán al resto de los herederos que hayan sido *obedientes*[440]*.* Se comprueba por tanto el peso significativo que tenía el deber moral de los hijos de obedecer a la autoridad paterna, un deber al que los testadores apelaban y les recordaban para asegurar la firmeza de su partición.

El motivo de que el testador les recuerde su deber de obedecerle se explicita en el caso de D. Juan Díez Escobar. Este testamento, al tratarse de un testamento cerrado, es decir, redactado de manera privada por el testador y entregado cerrado al notario para su protocolización, presenta algunos aspectos que desbordan el formalismo de las escrituras realizadas por los notarios. El testador indica que es su voluntad que sus herederos no acudan a los tribunales de justicia, con el fin de evitar que su patrimonio se disipe en costas judiciales, ya que ha conocido casos en los que la herencia se ha consumido íntegramente en

---

[440] Testamento abierto de D. Alonso Díaz de Montalvo: *Item por que los dichos mis hijos despues de mis dias vivan en paz y concordia y rueguen á Dios por mi anima y entre ellos haya siempre buena hermandad, les mando que luego en mi presencia y por ant' el presente escribano consientan é hayan por bueno y firme este mi testamento y lo que yo por él mando y ordeno, y lo ternan y guardaran y cumpliran y no habra mas recurso ni accion el uno contra el otro, ni el otro contra el otro sobre los bienes de la herencia de su padre y madre, ni por otra razon ni causa alguna, so pena qu ' el que fuere contra ello ó contra parte d' ello , haya perdido y pierda por el mismo hecho la mitad de la dicha herencia y bienes, y se' aplicado al que fuere obediente; é que se obliguen é prometan y juren en forma de lo ansi tener y guardar y cumplir ant el presente escribano*

Testamento de D. Juan Díez Escobar…*Y en la forma referida tengo fenecido yacavada la particion de todos mis vienes muebles y raíces excepto la deuda de Diego Moncada que quiero que mis hijos hagan la diligencia de cobrarla pues me es devida y[ilegible] deesta otra [ilegible] amonesto a [ilegible] mis hijos esten y pasen por ella porque es mi voluntad que así lo executen y que sean obedientes amis prezeptos Y si por alguna causa alguno o algunos de los citados mis hijos no estuviesen contentos con las cantidades que [ilegible] adjudicadas por herencia mia y sobre ello quisieren poner demanda ante las Justicias queriendo consumir en gastos superfluos mis cortos aberes luego que qualquiera quiera de los citados mis hijos pongan demanda sobre mi herencia [ilegible] que acadauno llevo echo, es mi voluntad dedesheredarle como desde luego le deseheredo de todos mis vienes muebles y rayzes presentes y futuros derechos y acziones queme pertenezcan como ynobedientes a los mandatos y prezeptos de sus padres; y sea laherencia de los ynobedientes para los obedientes que se contentan con lo que sus padres les mandan y dejan por herencia:…*

pleitos[441]. Ello se cohonesta con la imagen del padre que se tiene en el Antiguo Régimen, de jefe de la familia. El padre era el custodio del patrimonio heredado y el responsable de preservarlo, mejorarlo y transmitirlo a la siguiente generación. En una época en que no existía una administración de justicia y el costo de los procesos era exorbitante, no serían infrecuentes los casos en que la herencia minoraba considerablemente al destinarse a gastos judiciales. Esto representaba un fracaso en el papel económico del padre. Para evitarlo, dispone de la facultad de desheredar a los hijos que contravinieran su voluntad. La desheredación se concibe, de esta manera, como un instrumento de disuasión para que los hijos no quebrantaran los deberes de sumisión y respeto debidos a sus mayores[442].

El heredero perjudicado únicamente podría impugnar la partición si no recibe lo que por legítima le corresponde, pero ello implicaría correr el riesgo que precisamente trataba de evitar el testador al realizar él mismo la partición de sus bienes: que su patrimonio se consumiera en pleitos. Además, el demandante correría el peligro de resultar desheredado, por contravenir la prohibición del causante de impugnar su partición.

En esta partición realizada por D. Juan Díez Escobar, su hijo Juan en realidad solo recibe 8.058 marvs.: un carro herrado por valor de 7.820 marvs, y unas tierras que, descontado el censo por el cual responden, tienen un valor de 238 marvs. ¿Qué ocurriría si el carro herrado en realidad fuera de otro propietario? Según las leyes de Castilla, no puede presumirse que el testador quiso que se mantuviese la igualdad entre sus herederos, pues precisamente los discrimina considerablemente al efectuar la partición hereditaria. En consecuencia, los herederos no estarían obligados a responder en caso de evicción.

---

[441] *…pues [ilegible] queme a llebado el hazer este testamento cerrado hasido el considerar los cortos medios conque allo y que he visto muchos caudales maiores que este mio y que por temeridad de los herederos sean consumido y [ilegible] no les aquedado que heredar motibo justo que me ha obligado aexecutar esta escriptura que es quiero que se guarde ymbiolablemente con todas las mandas legados y mexoras queenella llevo echas que quiero que valga por mi testamento por mi cobdicilo y como mi ultima y postuma voluntad [ilegible]…*

[442] E. GACTO, «El grupo familiar de la Edad Moderna en los territorios del mediterráneo hispánico: una visión jurídica», cit., p. 30.

¿Qué sucedería si el testador hubiese valorado erróneamente el carro, considerando su antigüedad y estado de conservación, y en realidad valiera sólo 1.000 marvs en lugar de los 7.820 marvs estimados? Pues en este caso el heredero perjudicado tampoco podría impugnar la partición por *laesio enormis*, pues esta posibilidad simplemente no la contempla el derecho castellano.

CAPÍTULO IV. LA REGULACIÓN DE LA RESCISIÓN POR LESIÓN DE LA PARTICIÓN HEREDITARIA EN LA CODIFICACIÓN: LA RUPTURA CON EL PASADO

1. El Código civil francés de 1804: la rescisión por lesión como garantía de la equivalencia económica en la partición hereditaria

1.1. La naturaleza declarativa de la partición hereditaria en el antiguo Derecho civil francés: la partición concreta el derecho abstracto del coheredero sobre la herencia en la propiedad exclusiva sobre bienes específicos

A comienzos de la Edad Moderna, los juristas franceses abandonaron la consideración de la partición hereditaria como un negocio de intercambio de cuotas (teoría de la *permutatio*), para concebirla como un acto meramente distributivo, en el que se *declaran* los bienes concretos que ya eran de propiedad del coheredero desde el fallecimiento del causante (naturaleza *declarativa* de la partición hereditaria).

La tesis de la naturaleza declarativa de la partición se elaboró dogmáticamente en el siglo XVI, con el fin de evitar el pago doble de derechos señoriales en la sucesión hereditaria[443]. Considerar la partición hereditaria como un contrato oneroso asimilable a la permuta, en el que los coherederos se transmiten entre sí las cuotas respectivas que poseen sobre los demás bienes, excluyendo la correspondiente al bien singular que desean adjudicarse, implicaba que los coherederos adquirían los bienes adjudicados por dos títulos: uno como heredero en la parte del bien sobre el que ya tenían una cuota, y otro como contratante en las partes adquiridas de los otros coherederos. Esto permitía al señor feudal reclamar su derecho de cobrar por dos conceptos acumulables: por

[443] F. LAURENT, *Cours élémentaire de Droit Civil*, vol. II, Bruxelles-Paris, 1878, p. 121; J.-P. LÉVY; A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, cit., p. 1.400 y 1.401.

la sucesión mortis causa y por la transmisión inter vivos realizada entre sus vasallos (el *laudemium*).

Para evitar esta duplicidad impositiva, los juristas y las costumbres locales comenzaron a resaltar el carácter especial de la partición respecto de los contratos onerosos[444]. A diferencia de estos, la partición es necesaria para concretar los derechos que se adquieren mortis causa y no crea ni transmite derechos. Los bienes se transmiten directamente desde el mismo momento de la muerte del causante, lo que implica que los coherederos han tenido la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados desde la apertura de la sucesión y que, por el contrario, no han tenido nunca derechos sobre los bienes que forman parte del lote de los otros coherederos. La partición, por tanto, no es un título de adquisición, ya que no existe ningún intercambio de cuotas entre los coherederos[445]. El único título que legitima la adquisición de la propiedad es la sucesión, que es el único concepto por el que se debe tributar. La partición hereditaria se considera un acto que determina el derecho abstracto del coheredero a recibir una parte de los bienes que conforman la herencia.

1.2. La igualdad o equivalencia entre la cuota hereditaria y el valor del lote de bienes adjudicado: el principio esencial de la partición

Si la partición traduce la cuota hereditaria en la titularidad ordinaria y exclusiva sobre determinados bienes hereditarios, la consecuencia lógica es que el valor del lote de bienes adjudicado a cada coheredero debe corresponderse con su cuota hereditaria. Por tanto, es inherente a su naturaleza que exista una igualdad

---

[444] R. J. POTHIER, *Oeuvres complètes: Traité du contrat de vente*, Chez Thomine et Fortic, 1821, pp. 476 y 477.: *Selon les principes de notre droit françois, très opposés à ceux du droit romain, les partages n'ont aucun rapport avec le contrat d'échange: ce ne sont pas des actes par lesquels les copartageants acquièrent, ni soient censés acquérir rien les uns des autres. Un partage, suivant nos principes, n'est autre chose qu'un acte qui détermine la part indéterminée qu'avoit avant le partage chaque cohéritier dans la masse qui a été partagée , aux seules choses qui tombent dans son lot.* (…) *Le partage détermine tellement la part de chacun des héritiers dans la succession aux choses qui tombent dans son lot, que chacun desdits héritiers est censé avoir succédé au défunt, dès l'instant de sa mort, auxdites choses pour le total, et n'avoir succédé à rien de ce qui est tombé dans les autres lots.*

[445] *Ibid.*, p. 477.

o equivalencia entre la cuota hereditaria de cada coheredero y el valor del lote de bienes adjudicado. Esta idea se expresa en el siglo XVI con el adagio *l'egalité est l'âme des partages*[446], y se considera el primer principio del derecho francés en la partición hereditaria[447].

1.3. La concepción de la naturaleza declarativa de la partición hereditaria en el Código civil francés de 1804

El Código civil francés de 1804 (también llamado *Code Napoléon* en honor a su principal impulsor) asume esta concepción de la naturaleza declarativa de la partición hereditaria cuando establece que cada coheredero ha sucedido por sí solo e inmediatamente en todos los bienes incluidos en su lote, o en los que le han correspondido por subasta, y que nunca ha tenido la propiedad de los demás bienes de la sucesión[448].

---

[446] G. A. CHABOT DE L'ALLIER, *Commentaire sur les successions, suivant le code civil*, vol. II, 7ª ed., H. Tarlier, Bruxelles, 1834, p. 285; C. DEMOLOMBE, *Traité des Successions*, vol. V, A. Lahure, éditeur, Paris, 1880, p. 479; M. PLANIOL; G. RIPERT, *Traité élémentaire de Droit Civil*, vol. III, 11ª, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1932, p. 629.

La autoría de este adagio se atribuye a A. LOYSEL, jurista francés del siglo XVI (G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil : contenant dans une première partie l'exposé des principes, et dans une deuxième les questions de détail et les controverses*, vol. II, L. Larose et Forcel, Paris, 1883, p. 235.)

[447] A. M. POULLAIN DU PARC, *Principes du Droit François, suivant les maximes de Bretagne*, vol. IV, Chez François Vatar, Arennes, 1768, p. 180.: *Le premier príncipe du Droit François en general, sur la matière des partages, est que l'égalité doit être observée. Le mot d'égalité ne s'entend pas d'une simple proportion arithmétique, mais de la proportion que la Loi établit entre les cohéritiers, suivant la qualité de la succession & des biens. Ainsi la maxime sur l'égalité est aussi inviolable en succession noble, qu'en succession roturière.*

[448] *Art. 883 CCFr 1804:*
Chaque cohéritier este censé avoir succédé seul et immédiatament à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. (Utilizamos la edición de *CODE CIVIL DES FRANÇAIS. ÉDITION ORIGINALE ET SEULE OFFICIELLE*, imprimerie de la République, Paris, 1804.)

La doctrina francesa del siglo XIX interpreta que, en este precepto, el *Code Napoléon* establece la naturaleza declarativa de la partición hereditaria: C. AUBRY; C. RAU, *Cours de Droit Civil Français, d'après la méthode de Zachariae*, vol. VI, Quatrième édition, imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Paris, 1873, p. 556; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, cit., vol. II, p. 223; G. A. CHABOT DE L'ALLIER, *Commentaire sur les successions, suivant le code civil*, cit., vol. II, p. 284; C. DEMOLOMBE, *Traité des Successions*, cit., vol. V, p. 267; F. LAURENT, *Cours élémentaire de Droit Civil*, cit., vol. II, p. 121; M. PLANIOL; G. RIPERT, *Traité élémentaire de Droit Civil*, cit., vol. III, p. 609.

1.4. Una ruptura con el pasado: la rescisión por lesión como garantía de la equivalencia económica en la partición hereditaria

Desde esta perspectiva, resulta lógico que se establezca un remedio específico para corregir los posibles desajustes entre el valor del lote adjudicado a un coheredero y su cuota hereditaria. Este remedio lo constituye la rescisión por lesión en más de la cuarta parte, diseñada para proteger la igualdad o equivalencia económica entre estos dos elementos[449], tal como se declara expresamente en los discursos pronunciados con anterioridad a la publicación del *Code Napoléon*[450]. En estos discursos se destaca que la partición consiste simplemente en distribuir a cada uno el justo valor de lo que le pertenece y de lo que poseía anteriormente en propiedad indivisa[451]. A diferencia de las transacciones comerciales, donde las partes buscan maximizar su propio beneficio, la partición hereditaria debe basarse en la equidad y la justicia, asegurando que cada heredero reciba lo que le corresponde según su cuota. La partición tiene como función concretar el derecho que tiene cada coheredo en la herencia, transformando su parte abstracta sobre el patrimonio común en propiedad exclusiva sobre bienes concretos. Por tanto, en la partición se exige una rigurosa *igualdad*, entendida como equivalencia entre el valor del lote adjudicado y la cuota hereditaria correspondiente al coheredero entre la cuota hereditaria de cada coheredero. De ahí que se permita al coheredero que resulta

---

[449] C. AUBRY; C. RAU, *Cours de Droit Civil Français, d'après la méthode de Zachariae*, cit., vol. VI, p. 578; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, cit., vol. II, p. 235; C. DEMOLOMBE, *Traité des Successions*, cit., vol. V, p. 479; A. DURANTON, *Cours de Droit Français suivant le Code Civil*, vol. VII, 4ª ed., G. Thorel-E. Guilbert, Paris, 1844, p. 753.

[450] Nos referimos al discurso pronunciado por G. A. CHABOT DE L'ALLIER el 16 de abril de 1803 y al discurso de J. J. SIMÉON del 19 de abril del mismo año. Estos discursos, que son esenciales para comprender el desarrollo y la justificación de la rescisión por lesión en la partición hereditaria en el *Code Napoléon*, se encuentran recogidos como los números 53 y 54 respectivamente en *CODE CIVIL DES FRANÇAIS, SUIVI DE L'EXPOSÉ DES MOTIFS, SUR CHAQUE LOI, PRÉSENTÉ PAR LES ORATEURS DU GOUVERNEMENT*, vol. IV, Chez Firmin Didot, Paris, 1804, p. 175 a 256.

[451] Discurso de G. A. CHABOT DE L'ALLIER de 16 de abril de 1803: *Le partage a pour objet de faire cesser l'indivision et d'attribuer à chaque cohéritier la portion à laquelle il a droit sur la masse commune: il n'est question dans un partage que de distribuer à chacun la juste valeur de ce qui lui appartient et de ce qu'il possédait auparavant par indivis. Ce n'est pas une affaire de négoce ni de commerce: il n'y a de part et d'autre ni vente, ni échange; tout consiste à régler divisément la portion dont chacun était déja propriétaire dans la masse indivise. Il faut donc que l'égalité regne dans les partages: elle y est rigoureusement nécessaire, et toutes les conséquences qui en résultent, doivent être maintenues avec soin* (*Ibid.*, p. 223.)

lesionado rescindir la partición si el valor total del lote de bienes que se le adjudica no supera las tres cuartas partes de lo que le corresponde según su derecho[452].

De este modo, el *Code Napoléon* establece que la partición hereditaria puede rescindirse por lesión en más de la cuarta parte (art. 887, párr. 1º CCFr 1804)[453], es decir, cuando el valor total de los bienes incluidos en el lote de un coheredero es inferior a las tres cuartas partes de lo que debería recibir conforme a su cuota hereditaria[454].

El Código civil francés rompe con el pasado al crear una nueva figura que difiere significativamente de la antigua *laesio enormis*. La rescisión por lesión en más de la cuarta parte de la partición hereditaria no tiene como objetivo proteger la justicia en los intercambios, como lo hacía la antigua *laesio enormis*, sino asegurar un elemento esencial de la partición: la adjudicación de bienes conforme a la cuota hereditaria. A diferencia de la *laesio enormis*, no se trata de garantizar que cada heredero reciba lo mismo que los demás, sino de asegurar

---

[452] Discurso de G. A. CHABOT DE L'ALLIER de 16 de abril de 1803: *L'égalité qui doit être observée dans les partages, exigeait aussi que la rescision fût admise pour cause de lesion , et même pour une lésion moindre que celle qui est nécessaire en vente ordinaire , puisque dans les ventes ordinaires il se fait une espece de commerce ou de négoce qui n'exige pas une égalité aussi rigoureuse que dans les partages où rien n'est à commercer ni à négocier* (*Ibid.*, p. 225.)

Discuso de J. J. SIMÉON de 19 de abril de 1803: *La base de la vente est l'avantage que chacun des contractants y cherche aux dépens de l'autre; celle du partage est, au contraire, l'égalité. Le partage est donc rescindable de sa nature, car il cesse d'être partage s'il n'est pas égal, sinon mathématiquement, du moins jusqu'à une certaine proportion* (*Ibid.*, p. 253.).

[453] *Art. 887 CCFr 1804:*
Les partages peuvent être rescindés pour cause de violence ou de dol.
Il peut aussi y avoir lieu à rescisión, lorsqu'un des cohéritiers établit, à son préjudice, une lésion de plus du quart. La simple omission d'un objet de la succession ne donne pas ouverture à l'action en rescisión, mais seulement à un supplément à l'acte de partage.

La rescisión por lesión en más de la cuarta parte de la partición hereditaria se regula en la sección V (*De la Rescision en matièrie de partage*), capítulo VI (*Du partage et des rapports*), título I (*Des successions*), libro III (*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*), arts. 887 a 892 CCFr 1804

[454] C. AUBRY; C. RAU, *Cours de Droit Civil Français, d'après la méthode de Zachariae*, cit., vol. VI, p. 578; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, cit., vol. II, p. 235; G. A. CHABOT DE L'ALLIER, *Commentaire sur les successions, suivant le code civil*, cit., vol. II, p. 293; F. LAURENT, *Cours élémentaire de Droit Civil*, cit., vol. II, p. 125; R. J. POTHIER, *Oeuvres complètes*, cit., p. 485.

que cada coheredero reciba, como mínimo, un lote de bienes cuyo valor alcance las tres cuartas partes de lo que tiene derecho a recibir según su cuota hereditaria[455]. Por tanto, como explican los autores franceses en relación con el art. 887 CCFr 1804, no cabe ejercer esta acción si un coheredero recibe más que otro; por ejemplo, si en una herencia de valor cien, con cuatro herederos, uno recibe un lote de valor cuarenta mientras que los demás sólo reciben un lote de veinte cada uno[456]. Esta partición *inaequaliter* podrá ser impugnada por dolo[457], en su caso, pero no a través de la acción de rescisión por lesión, ya que ninguno de los coherederos ha recibido menos de las tres cuartas partes de lo que le corresponde según su cuota hereditaria.

La ruptura con el pasado y con la *laesio enormis* se refleja también en la excepcionalidad con que el Código civil francés de 1804 admite la aplicación del remedio de la rescisión por lesión en los contratos. Influenciado por la ideología del liberalismo político y económico, que ve con disfavor la rescisión por lesión al considerarla una traba a las transacciones y a la libertad de contratación[458], el Código civil francés rompe con la tradición de la época bajomedieval, que permitía impugnar cualquier contrato oneroso en el que exista una diferencia superior a la mitad en el valor de las prestaciones intercambiadas[459]. El *Code Napoléon*, en lugar de regular la rescisión por lesión como un remedio general aplicable a todos los contratos onerosos, sólo concede la posibilidad de impugnar

---

[455] C. AUBRY; C. RAU, *Cours de Droit Civil Français, d'après la méthode de Zachariae*, cit., vol. VI, p. 578; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, cit., vol. II, pp. 234 y 235; G. A. CHABOT DE L'ALLIER, *Commentaire sur les successions, suivant le code civil*, cit., vol. II, p. 293; C. DEMOLOMBE, *Traité des Successions*, cit., vol. V, pp. 482 y 483; F. LAURENT, *Cours élémentaire de Droit Civil*, cit., vol. II, p. 129.

[456] C. DEMOLOMBE, *Traité des Successions*, cit., vol. V, pp. 482 y 483; A. DURANTON, *Cours de Droit Français suivant le Code Civil*, cit., vol. VII, p. 753; M. GENTY, *Traité des partages d'ascendants*, August Durand, libraire, Paris, 1850, p. 305; F. LAURENT, *Cours élémentaire de Droit Civil*, cit., vol. II, p. 129; M. PLANIOL; G. RIPERT, *Traité élémentaire de Droit Civil*, cit., vol. III, p. 630.

[457] G. A. CHABOT DE L'ALLIER, *Commentaire sur les successions, suivant le code civil*, cit., vol. II, p. 483.

[458] J. A. MARTÍN PÉREZ, *La rescisión...*, cit., p. 162.

[459] Contrato de compraventa, arrendamiento, permuta, sociedad, mutuo y cambio, seguro, dote estimada, dación en pago, donación remuneratoria o recíproca, renuncia o liberación recíprocas, contrato de cesión, feudo y enfiteusis, y la transacción. Vid. supra pp. 159 y 160.

por lesión al vendedor de un bien inmueble que recibe un precio inferior a siete doceavas partes del valor de mercado del inmueble[460].

Si se admite la acción de rescisión, se considera que el contrato nunca se ha celebrado[461] y se vuelve a la situación anterior a la celebración del mismo, debiendo cada parte restituir lo que hubiera recibido de la otra. La rescisión tiene efectos retroactivos y, en consecuencia, los gravámenes y las transmisiones realizadas con posterioridad a la compraventa lesiva pierden su eficacia[462]. El comprador tiene la opción de devolver el bien inmueble y recuperar el precio que pagó por él, o de conservar el bien inmueble y mantener la eficacia de la compraventa, pagando su justo precio, con una deducción de una décima parte del precio total[463].

1.5. La partición hecha por el ascendiente también puede ser rescindida por lesión en más de la cuarta parte

El *Code Napoléon* permitía que la partición hereditaria de sus bienes fuera realizada por el propio causante, pero únicamente en el supuesto de que fuera un ascendiente[464] de los herederos, es decir, un progenitor o abuelo. Según establece expresamente el *Code*[465]*,* esta modalidad de partición también puede

---

[460] *Art. 1.674 CCFr 1804:*
Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value.

[461] G. BAUDRY-LACANTINERIE; A. WAHL, *Traité théorique et practique de droit civil. De la vente et de l'échange*, vol. XIX, Librairie de la Société du Recueil Général des lois et des ârrets, Paris, 1908, p. 744.

[462] P. ANGLÈS, *De la lésion en droit romain et en droit français, these pour le doctorat*, Imp. Schneider fréres, Lyon, 1878, p. 59.

[463] *Art. 1.681 CCFr 1804:*
Dans le cas où l'action en rescision est admise, l'acquéreur a le choix ou de rendre la chose en retirant le prix qu'il en a payé, ou de garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total.
Le tiers possesseur a le même droit, sauf sa garantie contre son vendeur.

[464] A*rt. 1.075 CCFr 1804:*
Les père et mère et autres ascendans pourront faire, entre leurs enfans et descéndans, la distribution et le partage de leurs biens.

[465] *Art. 1.079 CCFr 1804:*

ser rescindida si causa una lesión en más de la cuarta parte a alguno de los coherederos, equiparando así la partición hecha por el ascendiente al resto de las particiones[466].

La posibilidad de rescindir por lesión la partición hecha por el ascendiente supone una novedad en relación con el derecho anterior al *Code*[467], pues en los territorios franceses donde el derecho romano tuvo mayor arraigo, la partición hecha por el ascendiente sólo podía impugnarse si vulneraba la legítima, conforme a la herencia jurídica romana[468]. Esta especial protección desaparece con el *Code*, que prioriza la protección de los coherederos sobre la preservación

---

Le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué pour cause de lésion de plus du quart: il pourra l' être aussi dans le cas où il résulterait du partage et des dispositions faites par préciput, que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet.

[466] P. ANGLÈS, *De la lésion en droit romain et en droit français, these pour le doctorat*, cit., p. 134; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, cit., vol. II, p. 489; F. LAURENT, *Cours élémentaire de Droit Civil*, cit., vol. II, p. 313; M. PLANIOL; G. RIPERT, *Traité élémentaire de Droit Civil*, cit., vol. III, p. 990.

[467] La novedad más importante en esta materia, según M. GENTY, *Traité des partages d'ascendants*, cit., p. 73.

[468] Así lo refiere D. LEBRUN, *Traite des Successions*, vol. IV, Chez Jean Guignard, Paris, 1692., *Des partages*, Liv. IV, Chap. I, 11. La imposibilidad de impugnar la partición hecha por el ascendiente, salvo que lesionara la legítima, se encuentra en varias recopilaciones de costumbres locales, que exponemos a continuación:

Coutumes Générales et Locales du pays et duché de Bourbonnois, Chez la V. Faure & Vidalin, Imprimeur – Libraire, Paris, 1779, art. CCXVI: *Le pere & la femme autorisée, ou la mere après le trépas de son mari &usant de ses droits, peuvent, durant leur vie, jusqu'à quarante jours avant leur trépas, partir & diviser leurs biens meubles & immeubles entre leurs dits enfants , soient en leur puissance ou non, & tient & vaut telle disposition & partage ; & ne peuvent les dits enfants aller au contraire, sinon que par le dit partage leur fût avenu moins que de leur légitime;*

Les Coutumes du duché de Bourgogne, tome I, Chez Arnauld Jean-Baptiste Auge', Dijon, 1742, Des successions, Tit. VII, Art. VII: *Si la légitime n'est laisée entiere aux enfans, elle será supléée. Au cas que par ladite disposition, ou partage , fût moins laissé aux enfans, que la légitime, qui par Droit Ecrit leur apartient (c'est à sçavoir le tiers de ce que chacun d'eux eût reçû ab intestat, s'il y a quatre enfans, ou moins, ou la moitié, s'il y a plus grand nombre) ladite légitime sera supléée par les autres, chacun pour sa contingente part & portion, &par rate; ledit partage neanmoins demeurant en sa force&vertu. Et seront lesdits enfans saisis &vêtus des choses, à eux délaissées par icelui partage, sans qu'ils puissent autre chose demander, outre ladite légitime & suplement, qui seront faits&donnez, c'est à sçavoir, aux mâles, enchevances, &corps héréditaires, &aux filles (si bon semble aux dsſposans) endeniers; les dites légitimes déchargées de legs, frais funeraux, & dispofition de derniere volonté.*

La Coutume de Nivernais, accompagnée d'extraits du commentaire de cette coutume par Guy Coquille, nouvelle édition, par M. Dupin, Henri Plon, imprimeur-èditeur, Paris, 1864, Chapitre XXVII, Des donations, art. 7: Pere et mere ne peuvent advantager par donation quel conque l'un de leurs enfans au préjudice de la légitime des autres; et la donation autrement faite est réputée inofficieuse, et doit être révoquée jusques à ladite légitime, et pour le surplus vaudra.

de la partición hecha por el ascendiente, asegurando que exista una equivalencia económica en esta modalidad de partición y garantizando que el valor del lote adjudicado corresponda al derecho de cada coheredero en la herencia, de igual manera que en las otras modalidades de partición.

1.6. El régimen de la acción de rescisión por lesión de la partición hereditaria

1.6.1. Legitimación activa y pasiva

a) Legitimación activa para solicitar la rescisión por lesión de la partición hereditaria: el coheredero perjudicado en más de la cuarta parte

La legitimación activa para solicitar la rescisión por lesión de la partición hereditaria recae en el coheredero que ha sido perjudicado en más de la cuarta parte del valor que le correspondía según su cuota hereditaria[469]. Esto se deduce de la propia norma que establece el remedio de la rescisión por lesión[470], que hace referencia únicamente a los coherederos como sujetos lesionados, lo que implica que son ellos quienes tienen la facultad de impugnar la partición. No obstante, esta acción no tiene el carácter de personalísima, pudiendo ser ejercitada también por sus herederos o por sus acreedores por vía subrogatoria[471].

El actor debe demostrar que el valor total de los bienes adjudicados en su lote es inferior a las tres cuartas partes de lo que debería haber recibido según su cuota hereditaria. La lesión se calcula tomando como referencia el valor de los

---

[469] C. AUBRY; C. RAU, *Cours de Droit Civil Français, d'après la méthode de Zachariae*, cit., vol. VI, p. 585; C. DEMOLOMBE, *Traité des Successions*, cit., vol. V, p. 533.

[470] *Art. 887, párr. 2º CCFr 1804:*
Il peut aussi y avoir lieu à rescisión, lorsqu'un des cohéritiers établit, à son préjudice, une lésion de plus du quart.

La rescisión por lesión en más de la cuarta parte de la partición hereditaria se regula en la sección V (*De la Rescision en matièrie de partage*), capítulo VI (*Du partage et des rapports*), título I (*Des successions*), libro III (*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*), arts. 887 a 892 CCFr 1804

[471] P. ANGLÈS, *De la lésion en droit romain et en droit français, these pour le doctorat*, cit., p. 129.

bienes en el momento en que se realizó la partición[472], sin tener en cuenta las posibles fluctuaciones en su valor que puedan haber ocurrido hasta el momento en que se solicita la rescisión, ya que se trata de averiguar si lo recibido por la partición no cubre las tres cuartas partes de la cuota hereditaria.

b) La falta de legitimación para ejercer la acción de rescisión por lesión del heredero que enajena todo o parte de los bienes adjudicados para ejercer la acción de rescisión por lesión

El coheredero perjudicado en una partición lesiva no siempre podrá ejercer la acción de rescisión por lesión. El Código impide impugnar la partición cuando los coherederos han alcanzado un convenio transaccional para resolver las desavenencias que haya podido provocar la partición hereditaria[473]. Asimismo, tampoco se reconoce la legitimación activa al coheredero lesionado que, posteriormente, confirma la partición lesiva de manera expresa o tácita, por ejemplo, al transmitir todos o una parte de los bienes incluidos en su lote[474]. Aunque el *Code Napoléon* no lo establece expresamente, la doctrina deduce esta falta de legitimación *a fortiori*, teniendo en cuenta que el código impide al coheredero impugnar la partición por fraude o violencia si ha enajenado la totalidad o parte de su lote después de descubrir el fraude o de que haya cesado la violencia[475].

---

[472] *Art. 890 CCFr 1804:*
Pour juger s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage.

[473] *Art. 888, párr. 2º CCFr 1804:*
Mais après le partage, ou l'acte qui en tient lieu, l'action en rescision n'est plus admissible contre la transaction faite sur les difficultés réelles que présentait le premier acte, même quand il n'y aurait pas eu à ce sujet de procès commencé.

[474] P. ANGLÈS, *De la lésion en droit romain et en droit français, these pour le doctorat*, cit., p. 126; C. AUBRY; C. RAU, *Cours de Droit Civil Français, d'après la méthode de Zachariae*, cit., vol. VI, pp. 586 y 587; G. A. CHABOT DE L'ALLIER, *Commentaire sur les successions, suivant le code civil*, cit., vol. II, pp. 302 y 303; C. E. DELVINCOURT, *Cours de Code Civil*, vol. III, P.J. de Mat, a la Librairie Française et Étrangère, Bruxelles, 1825, pp. 413 y 414; F. LAURENT, *Cours élémentaire de Droit Civil*, cit., vol. II, p. 133.

[475] *Art. 892 CCFr 1804:*
Le cohéritier qui a aliéné son lot en tout ou partie, n'est plus recevable à intenter l'action en rescision pour dol ou violence si l'aliénation qu'il a faite est postérieure à la découverte du dol ou à la cessation de la violence.

c) Legitimación pasiva: el resto de los coherederos en la partición lesiva

El ejercicio de la acción de rescisión por lesión se plantea contra el resto de los coherederos que han participado en la partición hereditaria lesiva[476]. En caso de que la acción prospere, los coherederos demandados estarán obligados a restituir los bienes que les han sido adjudicados o compensar el valor necesario para restablecer la equivalencia con la cuota hereditaria del coheredero perjudicado.

1.6.2. El plazo de ejercicio de la acción de rescisión por lesión

La ausencia de una norma específica que regule el plazo para el ejercicio de la acción de rescisión por lesión en la partición hereditaria genera incertidumbre sobre cuál debe ser el plazo aplicable. Pese a que el *Code Napoléon* establece un plazo de dos años para el ejercicio de la acción de rescisión por lesión de los contratos de compraventa de bienes inmuebles, la doctrina[477] entiende que el plazo para el ejercicio de la acción de rescisión por lesión de la partición hereditaria es de diez años, por aplicación de las reglas generales de la rescisión de los contratos[478].

La norma que establece este plazo se encuentra sistemáticamente ubicada en sede de contratos y establece un plazo de prescripción de diez años tanto para la anulación de los contratos como para su rescisión. Por ello, la norma dispone

[476] P. ANGLÈS, *De la lésion en droit romain et en droit français, these pour le doctorat*, cit., p. 129; G. A. CHABOT DE L'ALLIER, *Commentaire sur les successions, suivant le code civil*, cit., vol. II, p. 300.

[477] P. ANGLÈS, *De la lésion en droit romain et en droit français, these pour le doctorat*, cit., p. 128; C. AUBRY; C. RAU, *Cours de Droit Civil Français, d'après la méthode de Zachariae*, cit., vol. VI, p. 590; M. PLANIOL; G. RIPERT, *Traité élémentaire de Droit Civil*, cit., vol. III, p. 632.

[478] *Art. 1.304 C. Nap.:*
Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans.
Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts ; et pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées, du jour de la dissolution du mariage.
Le temps ne court, à l'égard des actes faits par les interdits, que du jour où l'interdiction est levée, et à l'égard de ceux faits par les mineurs, que du jour de la majorité.

que el cómputo del plazo comienza, en caso de violencia, desde el día en que esta cesa; en caso de error o fraude, desde el día en que se descubren; y para los actos realizados por mujeres casadas no autorizadas, desde el día en que se disuelve el matrimonio. Ante el silencio del Código sobre el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de rescisión por lesión de la partición hereditaria, surge la duda sobre si el plazo debe contarse desde descubrimiento de la lesión, desde el fallecimiento del causante o desde el momento en que se realiza la partición. La doctrina[479], finalmente, se inclina por considerar que el plazo comienza a contarse desde el momento en que se lleva a cabo la partición hereditaria.

1.6.3. Las posibles consecuencias de la estimación de la acción de rescisión por lesión

a) La ineficacia de la partición hereditaria y la necesidad de realizar una nueva

La rescisión implica la ineficacia de la partición realizada y la vuelta al estado de indivisión, como si la partición nunca hubiera tenido lugar[480]. Por este motivo, la ineficacia de la partición también afecta a los terceros titulares de derechos reales constituidos después de la primera partición, ya que el derecho se extinguirá si el bien objeto del derecho real no vuelve a ser adjudicado al mismo coheredero[481].

---

[479] C. AUBRY; C. RAU, *Cours de Droit Civil Français, d'après la méthode de Zachariae*, cit., vol. VI, p. 590; G. A. CHABOT DE L'ALLIER, *Commentaire sur les successions, suivant le code civil*, cit., vol. II, p. 295; C. DEMOLOMBE, *Traité des Successions*, cit., vol. V, p. 539.

[480] *Art. 891 CCFr 1804:*
Le défendeur à la demande en rescision peut en arrêter le cours et empêcher un nouveau partage, en offrant et en fournissant au demandeur le supplément de sa portion héréditaire, soit en numéraire, soit en nature.

[481] C. AUBRY; C. RAU, *Cours de Droit Civil Français, d'après la méthode de Zachariae*, cit., vol. VI, p. 585; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, cit., vol. II, p. 241; F. LAURENT, *Cours élémentaire de Droit Civil*, cit., vol. II, p. 132.

b) El mantenimiento de la partición mediante el pago de la diferencia hasta alcanzar lo que le corresponde al coheredero perjudicado según su cuota hereditaria

El demandado puede evitar los inconvenientes que implica la ineficacia de la partición realizada y la necesidad de llevar a cabo una nueva partición mediante el pago del suplemento de la cuota, es decir, la diferencia entre el valor de lo que se le ha adjudicado al actor en la partición lesiva y el valor que le corresponde recibir según su cuota hereditaria[482]. Con ello, el Código civil francés adopta la postura de los autores[483] favorables a reconocer al demandado la posibilidad de evitar la rescisión mediante el pago del valor, en contra de la opinión de quienes negaban[484] esta opción, considerando más equitativa la vuelta al estado de indivisión cuando alguno de los coherederos resultaba lesionado en la partición.

El pago del suplemento puede realizarse en dinero o en otros bienes de la herencia[485]. Cabe señalar que en la partición hereditaria no se prevé una deducción en el importe que debe pagar el demandado para evitar la rescisión, a diferencia de lo que se establece en la rescisión por lesión en el contrato de compraventa[486]. Esta diferencia se explica[487] por la distinta naturaleza de la compraventa y de la partición. En la compraventa, las partes procuran obtener el máximo beneficio; por ello, el legislador permite al comprador obtener cierto

[482] Cfr. art. 891 CCFr 1804

[483] R. J. POTHIER, *Traités divers sur les successions, Nouvelle édition, mise en rapport avec le Code Napoléon et les Lois nouvelles*, vol. I, Letellier, Paris, 1812, p. 302.; A. FAVRE, Codex Fabrianus, liber III, tit. XXVII, def. VIII.; H. DONELLUS, ad tit. XLIV, lib. IV, C. De rescind. vend., 21.

[484] C. DUMOULIN, *Commentariorum in Consuetudines Parisienses*, Prima pars, cit. Tit.I. de matiere feodal, Paragraph.XXII, n. 42.

[485] P. ANGLÈS, *De la lésion en droit romain et en droit français, these pour le doctorat*, cit., p. 130; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, cit., vol. II, p. 239; M. PLANIOL; G. RIPERT, *Traité élémentaire de Droit Civil*, cit., vol. III, p. 632.
[486] Cfr. art. 1.681, párr. 1º CCFr 1804

[487] G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, cit., vol. II, p. 239; G. A. CHABOT DE L'ALLIER, *Commentaire sur les successions, suivant le code civil*, cit., vol. II, p. 300; C. DEMOLOMBE, *Traité des Successions*, cit., vol. V, p. 529; F. LAURENT, *Cours élémentaire de Droit Civil*, cit., vol. II, p. 128; M. PLANIOL; G. RIPERT, *Traité élémentaire de Droit Civil*, cit., vol. III, p. 632.

provecho de la venta al permitirle deducir una décima parte del importe que debe abonar para evitar la rescisión. En cambio, la partición hereditaria debe regirse por una estricta igualdad, ya que se trata de un acto de liquidación en el que los derechos hereditarios de cada coheredero se traducen en la propiedad exclusiva sobre bienes concretos de la herencia. Por este motivo, el demandado no puede eludir la rescisión mediante una compensación parcial de la lesión, sino que deberá abonar el valor total que falta para que el lesionado perciba lo que le corresponde en la herencia según su derecho.

1.7. El Código civil francés regula específicamente las consecuencias del error en la realización de la partición hereditaria

A pesar de las dudas iniciales en la doctrina francesa sobre si la falta de referencia al error en la primera parte del art. 887 CCFr 1804, que permite rescindir la partición hereditaria por causa de violencia o de dolo, fue una omisión deliberada o involuntaria del legislador[488], finalmente se impuso la opinión entre los autores franceses del siglo XIX de que el legislador quiso otorgar un tratamiento especial al error en la partición hereditaria, diferenciando sus efectos de los supuestos de violencia o dolo. De esta manera, mientras que el dolo y la violencia provocan en todo caso la nulidad de la partición, el error sólo es atendible si causa un perjuicio superior a una determinada cantidad, en más de la cuarta parte. Al coheredero perjudicado por el error se le concede la acción de rescisión por lesión, la cual se distingue de la nulidad en que el demandado puede evitar la ineficacia de la partición mediante el pago al actor de la diferencia de valor entre el lote de bienes percibido, y el valor de lo que debería haber recibido conforme a su cuota hereditaria.

Pero no todo error en que se incurre en la realización de la partición justifica el ejercicio de la acción de rescisión por lesión en más de la cuarta parte. El error

[488] Ambas acciones, la de nulidad y la de rescisión, se encuentran recogidas en el art. 887 CCFr 1804 Este precepto es el primero de la sección V (*De la Rescision en matièrie de partage*), arts. 887 a 892; capítulo VI (*Du partage et des rapports*), título I (*Des successions*), libro III (*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*). Para esta discusión doctrinal, vid J. GHESTIN, *La Notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1963, p. 290.

que sustenta esta acción recae en la valoración de los bienes[489], pues el legislador otorga diferentes soluciones a errores que afectan otros aspectos de la partición: si por error se omiten bienes del causante en la partición, se procede a realizar una partición complementaria[490]; si se incluyen bienes que se creían propiedad del causante pero luego son reivindicados por su verdadero propietario, se aplica la responsabilidad por evicción de los coherederos[491]; y si la partición se realizó con una persona que erróneamente se creía heredera, la partición es ineficaz[492]. Aunque en este último caso la doctrina no era unánime respecto de los efectos que producía la realización de una partición con un falso heredero. Mientras que unos autores consideraban que la consecuencia debía ser la nulidad de la partición[493], otros entendían más adecuado declarar la ineficacia sólo con respecto al heredero aparente, y redistribuir los bienes adjudicados entre los herederos legítimos[494].

---

[489] C. AUBRY; C. RAU, *Cours de Droit Civil Français, d'après la méthode de Zachariae*, cit., vol. VI, p. 574; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, cit., vol. II, p. 234; G. A. CHABOT DE L'ALLIER, *Commentaire sur les successions, suivant le code civil*, cit., vol. II, p. 293; C. E. DELVINCOURT, *Cours de Code Civil*, cit., vol. III, p. 413; C. DEMOLOMBE, *Traité des Successions*, cit., vol. V, p. 460; F. LAURENT, *Cours élémentaire de Droit Civil*, cit., vol. II, p. 128.

[490] *Art. 887, párr. 2º in fine CCFr 1804:*
La simple omission d'un objet de la succession ne donne pas ouverture à l'action en rescision, mais seulement à un supplément à l'acte de partage.

[491] *Art. 884 CCFr 1804:*
Les cohéritiers demeurent respectivement garants, les uns envers les autres, des troubles et évictions seulement qui procèdent d'une cause antérieure au partage.
La garantie n'a pas lieu si l'espèce d'éviction soufferte a été exceptée par une clause particulière et expresse de l'acte de partage ; elle cesse si c'est par sa faute que le cohéritier souffre l'éviction.

[492] *Art. 1.109 CCFr 1804:*
Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.

[493] C. DEMOLOMBE, *Traité des Successions*, cit., vol. V, pp. 465 y 466.

[494] C. AUBRY; C. RAU, *Cours de Droit Civil Français, d'après la méthode de Zachariae*, cit., vol. VI, p. 575; F. LAURENT, *Principes de Droit Civil*, vol. X, Bruxelles-Paris, 1887, p. 495.

2. El Proyecto de Código civil español de 1851: la incorporación de la rescisión por lesión en la partición hereditaria siguiendo al Código civil francés, y la prohibición de su aplicación a la partición hecha por el causante

El Proyecto de Código Civil de 1851 supuso uno de los primeros intentos de codificación del derecho civil en España. Aunque este proyecto no llegó a ser promulgado como ley, representa el precedente más inmediato del vigente Código civil español de 1889[495]. Esto se debe a que el organismo encargado de elaborar el primer Código civil español, la sección de lo civil de la *Comisión General de Codificación*, debía utilizar como modelo el Proyecto de Código civil de 1851, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888. La ley dispone en su base 1ª que el futuro Código civil debe tomar como fuente primordial el Proyecto de Código civil de 1851, ya que en él se encuentran recogidas *las instituciones civiles del derecho histórico patrio*[496]. Su influencia y sus disposiciones fueron relevantes en el posterior desarrollo del Código civil español de 1889, como lo demuestra la constante referencia a sus disposiciones en los trabajos preparatorios[497].

[495] Así lo entiende la doctrina: F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España. Parte General*, vol. I, 3ª ed., Inst. de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 211; J. L. LACRUZ BERDEJO Y OTROS, *Elementos de Derecho civil. Parte general. Introducción*, vol. I, 5ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2012, p. 65.

[496] Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 (Gaceta de Madrid de 22 de mayo de 1888), *Base 1ª: El Código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio, debiendo formularse por tanto este primer cuerpo legal de nuestra codificación civil sin otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica, y atender á algunas necesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico ó un precedente autorizado en legislaciones propias ú extrañas, y obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos, ó que resulten bastante justificadas, en vista de las exposiciones de principios ó de método hechas en la discusión de ambos Cuerpos Colegisladores.*

[497] Vid infra p. 271.

2.1. La influencia del Código civil francés de 1804 y de la doctrina francesa en el Proyecto de Código civil español de 1851

Se ha destacado[498] la profunda influencia del Código civil francés de 1804, y de la doctrina francesa desarrollada a partir del *Code Napoléon* en el Proyecto de Código civil español de 1851. Se ha afirmado[499] que este proyecto español es un código realizado sobre el patrón del francés, cuyos preceptos se transcriben en gran medida de manera más o menos literal. No obstante, los redactores del Proyecto no se limitaron a copiar servilmente el *Code Napoléon*, sino que lo utilizaron como argumento de autoridad para revitalizar o actualizar algunas instituciones del derecho castellano, con la finalidad de alinear el Proyecto con la doctrina más avanzada de la época y con los códigos civiles extranjeros publicados hasta ese momento[500]. Teniendo en cuenta estas consideraciones, es de interés para nuestro objeto de estudio comprobar si el Proyecto de Código civil español de 1851 regula la figura de la rescisión por lesión de la partición hereditaria de conformidad con la tradición jurídica castellana o si, por el contrario, sigue el patrón del *Code Napoléon*, que, como se ha demostrado anteriormente, representa una ruptura con la doctrina de la *laesio enormis* del derecho anterior.

2.2. Sistemática de la sección IV *De la rescisión de la partición*; capítulo II *De la colación y partición*; título III *Disposiciones comunes á las herencias por testamento ó sin él*; libro III *De los modos de adquirir la propiedad*

La regulación de la rescisión por lesión de la partición hereditaria se establece en los arts. 923 a 928 PCC 1851. Estos preceptos se encuentran situados dentro de la sección IV (*De la rescisión de la partición*), capítulo II (*De la colación y*

[498] F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España. Parte General*, cit., vol. I, pp. 210 y 211; M. LORENTE Y OTROS (EDS.), *Manual de Historia del Derecho*, cit., p. 433; C. PETIT, «España y el "Code Napoléon"», *Anuario de Derecho Civil*, 61, 2008, p. 1.816; F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, cit., p. 541.

[499] J. L. LACRUZ BERDEJO Y OTROS, *Elementos de derecho civil III*, cit., vol. I, p. 65.

[500] J. BARÓ PAZOS, *La codificación del derecho civil en España (1808-1889)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1992, pp. 101 y 142.

partición), título III (*Disposiciones comunes á las herencias por testamento ó sin él)* del libro III (*De los modos de adquirir la propiedad*).

El artículo que inicia la sección titulada *De la rescisión de la partición*, el art. 922 PCC 1851[501], establece que la partición hereditaria puede impugnarse por violencia, intimidación y dolo, de igual manera que los contratos, y por ello remite a las causas de invalidez de los mismos. Después de afirmar que la partición hereditaria puede ser impugnada por las mismas causas que los contratos, el art. 923 PCC 1851[502] prohíbe la rescisión por lesión de la partición hecha por el difunto, excepto en los casos contemplados en los arts. 899 y 918 PCC 1851. El primero de estos artículos establece que la partición hecha por el causante, ya sea por acto inter vivos o de última voluntad, debe respetarse a menos que vulnere la legítima de los herederos forzosos[503]. El segundo artículo se refiere a la exclusión de la responsabilidad por evicción entre los coherederos en la partición realizada por el causante, salvo que aparezca o se presuma racionalmente que el causante quiso lo contrario[504]. A continuación, el proyecto contempla en su art. 924 PCC 1851[505] la rescisión por lesión en más de la cuarta parte como una acción de impugnación aplicable a todas *las demás* particiones.

---

[501] *Art. 922 PCC1851:*
Lo establecido en los artículos 990, 991, 992 y 993, tiene tambien lugar en las particiones de herencia.

Estos preceptos tratan de la violencia, la intimidación y el dolo como causas de anulación de los negocios jurídicos.

[502] *Art. 923 PCC 1851:*
La particion hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, salvas las escepciones de los arts. 899 y 918.

[503] *Art. 899 PCC 1851:*
Cuando el difunto hizo por acto entre vivos ó por última voluntad la particion de sus bienes, se pasará por ella en cuanto no perjudique á la legitima de los herederos forzosos.

[504] *Art. 918 PCC 1851:*
La obligacion señalada en el artículo anterior [saneamiento por evicción] *cesa cuando el difunto hizo la particion, á no ser que aparezca ó racionalmente se presuma haber querido lo contrario.*

[505] *Art. 924 PCC 1851:*
Todas las demas particiones pueden ser rescindidas por causa de lesion en mas de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas.

El plazo para ejercer esta acción es de cuatro años desde la realización de la partición, según lo establece el art. 925 PCC 1851[506].

Los efectos de la estimación de la acción de rescisión por lesión se recogen en el art. 926 PCC 1851[507]. Según este precepto, la estimación conlleva declarar la ineficacia de la partición y la consiguiente vuelta al estado de indivisión. Sin embargo, el demandado tiene la opción de evitar esta rescisión indemnizando al actor el perjuicio. Si el demandado no opta por indemnizar el daño, la ineficacia de la partición no afectará, conforme al art. 927 PCC 1851[508], a aquellos herederos que hayan recibido exactamente lo que les correspondía en la partición.

La regulación de la rescisión por lesión concluye con el art. 928 PCC 1851[509], que impide impugnar la partición cuando las partes han alcanzado un convenio transaccional para resolver las desavenencias surgidas a raíz de la partición hereditaria.

Tras regular la rescisión por lesión, el proyecto dispone en su art. 929 PCC 1851 que, si en la partición se ha omitido algún bien, ésta no será rescindida; en su lugar, se procederá a realizar otra partición complementaria que incluirá únicamente los bienes omitidos[510]. Además, el proyecto establece la nulidad en

---

[506] *Art. 925 PCC 1851:*
La acción rescisoria, por causa de lesión, no durará sino cuatro años desde que fue hecha la partición.

[507] *Art. 926 PCC 1851:*
El coheredero demandado podrá escoger entre indemnizar el daño ó consentir que se proceda a nueva partición. La indemnización puede hacerse en numerario, o en las mismas cosas de que resulta el daño.

[508] *Art. 927 PCC 1851:*
Si se procede á nueva partición, no alcanzará esta a los que no hayan sido perjudicados, ni percibido más de lo justo.

[509] *Art. 928 PCC 1851:*
Cesa la acción rescisoria por lesion, cuando después de la partición se transigió sobre dificultades suscitadas acerca de ella.

[510] *Art. 929 PCC 1851:*
La omisión de alguno o algunos objetos en la partición no da derecho para que se rescinda la ya hecha, sino para que se continue en los objetos omitidos.

el caso de que la partición haya sido realizada con un heredero aparente, según lo previsto en el art. 930 PCC1851[511].

La sección IV finaliza con la regulación de los aspectos relativos a las deudas de la herencia, dedicando a este tema nueve preceptos[512], que representan la mitad de los artículos incluidos en dicha sección.

2.3. El Proyecto de 1851 distingue entre la anulación de la partición hereditaria por causa de dolo o violencia y la rescisión de la partición hereditaria por causa de lesión en más de la cuarta parte

La influencia del código francés se aprecia claramente en el título de la sección[513], y también en la norma que le da comienzo[514]. De esta manera, el Proyecto de 1851 sigue la distinción del *Code Napoléon* entre el dolo y la violencia, por un lado, y la rescisión por lesión, por otro lado, como causas de impugnación de la partición hereditaria. F. García Goyena (1783-1855), considerado el autor principal de este proyecto de código civil[515], señala en sus comentarios a este cuerpo legal[516] que el *Code Napoléon* emplea de manera impropia el término *rescisión*, ya que el legislador francés lo aplica a verdaderos supuestos de anulabilidad por vicios del consentimiento. Por ello, continua este autor, en el Proyecto español de 1851 se ha tratado de distinguir entre las causas que pueden dar lugar a la anulación de la partición hereditaria (dolo y violencia) y la causa de rescisión de la partición, que consiste en la lesión de un coheredero

---

[511] *Art. 930 PCC 1851:*
La partición hecha con un heredero falso es nula, y se regirá por lo dispuesto en la sección 3ª, capítulo 2º y en el 6º, título 5º de este libro.

[512] Cfr. arts. 931 a 939 PCC 1851.

[513] El Código civil francés la denomina *De la Rescision en matièrie de partage*.

[514] A diferencia del Código francés, el Proyecto español establece en un precepto aparte las consecuencias de la omisión de bienes en la partición (art. 929 PCC 1851), en lugar de abordarlas dentro del mismo artículo que regula las acciones de impugnación de la partición hereditaria (art. 887 CCFr 1804).

[515] J. BARÓ PAZOS, *La codificación del derecho civil en España*, cit., p. 100.

[516] F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, vol. III, Imprenta de la Sociedad Tipogràfica, F. Abienzo, 1852, p. 177.

en más de la cuarta parte[517]. El dolo y la violencia deben provocar consecuencias más graves que la rescisión, por ser *más feos y odiosos en un acto de familia*[518].

2.4. La adopción de la regulación de la rescisión por lesión de la partición hereditaria del *Code Napoléon*, salvo la exclusión de la partición hecha por el causante de este remedio

La diferencia más notable entre el Proyecto español y el *Code Napoléon* consiste en que el primero no incluye la partición hecha por el causante en el ámbito objetivo de esta acción, salvo en supuestos muy concretos. En cuanto a la regulación de la rescisión por lesión de la partición hereditaria, se aprecia que el Proyecto de 1851 transpone en lo esencial la regulación del *Code Napoléon*.

El Proyecto de Código civil de 1851 presenta la rescisión por lesión como un medio de impugnación general de todas las modalidades de partición hereditaria[519], excepto la realizada por el propio causante. F. García Goyena remite[520] al art. 887 del *Code Napoléon* para explicar que un coheredero puede solicitar la ineficacia de la partición cuando el valor del lote de bienes que se le adjudica no cubre las tres cuartas partes del valor de lo que debería recibir según su cuota hereditaria. La causa que origina esta lesión se deduce a partir de una interpretación conjunta con el resto de los preceptos de la sección. El Proyecto establece que, si se omite algún bien relicto, se debe realizar una partición

---

[517] F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit., vol. II, p. 276. *El artículo 887 Frances dice en su primera parte «que las particiones pueden ser rescindidas por causa de violencia ó dolo:» segun los artículos á que se refiere el nuestro y el 998 serán nulas, con lo que se evita la sutilísima cuestion sobre nulidad y rescision.*

[518] *Ibid.* El autor emplea los mismos términos que G. A. CHABOT DE L'ALLIER en su discurso de 16 de abril de 1803: *Le dol et la violence, qui sont des vices résolutifs de tous les contrats, semblent encore plus odieux dans un acte de famille* (*CODE CIVIL DES FRANÇAIS, SUIVI DE L'EXPOSÉ DES MOTIFS, SUR CHAQUE LOI, PRÉSENTÉ PAR LES ORATEURS DU GOUVERNEMENT*, vol. IV, p. 225.)

[519] *Art. 924 PCC 1851: Todas las demás particiones pueden ser rescindidas…*
El Proyecto de Código civil español de 1851 contempla las siguientes modalidades de partición hereditaria: la partición hecha por el causante (art. 899 PCC 1851), por un tercero facultado por el causante (art. 900 PCC 1851), por los propios coherederos (art. 902 PCC 1851) y la partición judicial (arts. 903 y 914 PCC 1851).

[520] F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit., vol. II, p. 277. El comentarista también cita los códigos holandés, sardo, napolitano y de Luisiana, si bien estos códigos siguen el modelo francés.

complementaria que comprenda únicamente los bienes omitidos; y, si la partición se realiza con alguien que se cree erróneamente un coheredero sin serlo, se declara la nulidad de la partición y se debe proceder a realizar una nueva. En consecuencia, el desajuste entre la cuota y lote que motiva la rescisión por lesión no debe producirse en la fase de inventario ni en la consideración de quiénes sean los coherederos intervinientes en la partición, sino en el valor de los bienes comprendidos en la partición.

El Proyecto adopta del código francés el importe de la lesión en más de la cuarta parte, a pesar de que esta cuantía carece de precedentes en la tradición jurídica castellana. Los tribunales del reino de Castilla establecían el importe de la lesión en una sexta parte para las particiones realizadas por un albacea o testamentario, contador partidor o el juez, y mantenían la cuantía de la lesión *ultra dimidium* únicamente para rescindir la partición realizada extrajudicialmente por los coherederos mayores de edad.

Las consecuencias de la estimación de la acción de rescisión por lesión de la partición hereditaria son las establecidas en el *Code Napoléon*. Así, el Proyecto otorga al demandado la opción de aceptar la ineficacia de la partición o mantener su validez mediante el pago de una indemnización al coheredero perjudicado, que puede realizarse en numerario o mediante la entrega de bienes que compensen el daño. F. García Goyena señala que este precepto es conforme con el *Code Napoléon*, aunque también recuerda que esta opción ya estaba prevista en las leyes romanas respecto a la rescisión de la compraventa (las leyes 2ª y 8ª, *De rescindenda venditione*). El comentarista considera apropiada la inclusión de esta opción de mantener la validez de la partición hereditaria mediante el pago de una indemnización, ya que procura la estabilidad de este tipo de negocio[521].

De igual manera que el código francés, el Proyecto de 1851 prohíbe impugnar la partición, incluso si es lesiva, si posteriormente los coherederos han alcanzado

[521] *Ibid.*, pp. 278 y 279.

un convenio transaccional para resolver las desavenencias derivadas de la misma.

Sin embargo, el Proyecto de Código civil de 1851 no reproduce miméticamente la regulación de la figura de la rescisión por lesión de la partición hereditaria del *Code Napoleón*. Además de no incluir la partición hecha por el causante en el ámbito objetivo de esta acción, salvo en supuestos muy concretos, el Proyecto se aparta del Código francés cuando dispone que la nueva partición no afectará a aquellos coherederos que hayan recibido lo que les correspondía. Además, el Proyecto español establece un plazo más corto para ejercer esta acción, cuatro años desde la realización de la partición, mientras que en el Código francés es de diez años. F. García Goyena justifica en sus comentarios este plazo de cuatro años en que es el establecido por la Novísima Recopilación para la rescisión de las compraventas[522].

2.5. La rescisión por lesión es un medio de impugnación de la partición hereditaria diferente de la antigua *laesio enormis*

2.5.1. El Proyecto de Código civil de 1851 excluye el remedio de la laesio enormis en los contratos onerosos

En el Proyecto de Código civil de 1851 se constata claramente la distinción entre la *laesio enormis* y la rescisión por lesión de la partición hereditaria. Como se ha estudiado en el capítulo anterior, el remedio de la *laesio enormis* se justifica, según los autores medievales, en la necesidad de que exista un mínimo de equivalencia entre el valor de las prestaciones que las partes intercambian en los contratos onerosos, equivalencia que deriva de la exigencia de observar la justicia conmutativa en los contratos de intercambio (*aequalitas*). De esta manera, un contratante podía rescindir el contrato cuando el valor de la prestación que recibía era inferior a la mitad del valor de la prestación que realizaba.

[522] *Ibid.*, p. 278.

El derecho de Castilla contemplaba, ya desde las Partidas, la posibilidad de rescindir los contratos onerosos que producen una lesión *ultra dimidium* a cualquiera de los contratantes. La ley 2ª, título 1º, libro 10 de la *Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1805*, que constituye la última recopilación oficial de leyes realizada antes de la aparición del Código civil en 1889, otorga[523] a cualquiera de las partes en un contrato de compraventa el derecho a impugnarlo y solicitar su ineficacia, si existe una desproporción superior a una determinada cantidad entre el valor de las prestaciones. En concreto, si el vendedor recibe menos de la mitad del justo precio del bien que transmite (vende por menos de cinco lo que vale diez), o si el comprador paga un cincuenta por ciento más del valor real que tiene dicho bien en el mercado (compra por más de quince lo que vale diez)[524]. La ley dispone en su final que puede aplicarse también a las rentas, permutas *y otros contratos semejantes*, además de las compraventas.

Sin embargo, en la época en que se redacta el Proyecto de Código civil de 1851, dominada por la ideología del liberalismo político y económico, la posibilidad de deshacer un contrato por falta de equivalencia entre el valor de las prestaciones

[523] *NR 10,1,2: Si el vendedor ó comprador de la cosa dixere, que fué engañado en mas de la mitad del justo precio, así como si el vendedor dixere, que lo que valió diez vendió por ménos de cinco maravedís, ó el comprador dixere, que lo que valió diez dió por ello mas de quince; mandamos, que el comprador sea tenido de suplir el precio derecho que valia la cosa al tiempo que fué comprada, ó de la dexar al vendedor, tornándole el precio que rescibió, y el vendedor debe tornar al comprador lo demas del derecho precio que le llevó, ó de tomar la cosa que vendió, y tornar el precio que recibió: y esto mismo debe ser guardado en las rentas y en los cambios, y en los otros contratos semejantes; y que haya lugar esta ley en todos los contratos sobredichos, aunque se haga por almoneda del dia que fueren hechos fasta en quatro años, y no despues. Y mandamos que esta ley se guarde, salvo si la vendicion de los tales bienes se hiciere contra voluntad del vendedor, y fuesen compelidos y apremiados compradores para la compra, y fueren vendidos por apreciadores y públicamente, que en tal caso, aunque haya engaño de mas de la mitad del justo precio, no haya lugar esta ley.*

Utilizamos la edición *Novísima Recopilación de las leyes de España, dividida en XII libros, Impresa en Madrid, año 1805*.

[524] No cabe confundir la *lesión enorme* con la *lesión enormísima*. Mientras que la rescisión por *lesión enorme* implica una diferencia en más de la mitad, entre el precio justo y el precio de la venta, la rescisión por *lesión enormísima* tiene lugar cuando una compraventa se realiza por un precio que no alcanza ni la tercera parte de su justo precio. La doctrina y la jurisprudencia equiparan este supuesto al dolo, y por tanto la acción tiene un plazo de prescripción de treinta años y su estimación conlleva la nulidad del negocio impugnado (STS de 30 de enero de 1864, *Colección legislativa de España. Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, primer semestre de 1864*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1865, p. 88).

intercambiadas se considera una traba al libre comercio y a la seguridad jurídica necesaria para el tráfico jurídico y económico. Siguiendo esta línea de pensamiento, el Proyecto de Código civil de 1851 prohíbe con carácter general rescindir por lesión ningún contrato[525].

2.5.2. La rescisión por lesión asegura la equivalencia económica en la partición hereditaria entre la cuota hereditaria y el valor del lote adjudicado a cada coheredero

La exclusión de la posibilidad de rescindir por lesión los contratos contrasta con la amplitud con que se admite en la partición hereditaria, ya que se puede impugnar por lesión en más de la cuarta parte cualquier modalidad de partición, excepto la realizada por el causante. F. García Goyena reconoce[526] que las leyes históricas castellanas no recogen la rescisión por lesión de la partición hereditaria, a diferencia de la rescisión por lesión de los contratos, cuya posibilidad está admitida desde las Partidas. Para justificar la diferencia de trato en el Proyecto de la rescisión por lesión en los contratos onerosos y en la partición hereditaria, F. García Goyena ofrece las mismas razones que se dieron en los debates del Código civil francés de 1804[527]. La posibilidad de rescindir por

---

[525] *Art. 1.164 PCC 1851:*
Ninguna obligación o convenio se rescinde por lesión, aunque sea enormísima, sino en los casos del artículo siguiente.

El art. 1.165 PCC 1851 contempla la *restitutio in integrum* y la rescisión por fraude de acreedores. F. García Goyena, en su extenso comentario al art. 1.164 PCC 1851, expresa las razones que justifican la exclusión de la *laesio enormis* en los contratos (F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit., vol. III, p. 177 a 181.).

[526] *Ibid.*, p. 278. El comentarista también afirma que sostiene que la ley 2ª, título 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación no es aplicable a la partición hereditaria, porque esta ley contempla la rescisión por lesión en más de la mitad del justo precio únicamente para los contratos onerosos.

[527] F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit., vol. II, p. 277.*: Las razones de diferencia acerca de este punto entre la partición y la venta están muy bien esplicadas en los discursos motivados 53 y 54 del Código Francés; reproduciré una sola. «Hay libertad para no vender, no la hay para permanecer en la indivisión. La base de la venta es la ventaja que cada uno de los contrayentes busca en ella á espensas del otro; la de la particion es por el contrario la igualdad. Asi la particion es rescindible por naturaleza; porque cesa de ser particion si no es igual, ya que no matemáticamente, por lo menos hasta una cierta proporcion». Por estas mismas razones, á pesar de lo dispuesto en nuestro artículo 1164, se admite en este la rescision que, hablando con rigurosa propiedad, no es una excepción.*

El fragmento es del discurso pronunciado por J. J. SIMÉON el día 19 de abril de 1803, citado supra, p. 209.

lesión la partición hereditaria se justifica en que la partición carece del carácter especulativo propio de los contratos onerosos, donde las partes buscan obtener el mayor beneficio. En cambio, en la partición hereditaria debe regir el *principio de igualdad*…*Asi la particion es rescindible por naturaleza; porque cesa de ser particion si no es igual, ya que no matemáticamente, por lo menos hasta una cierta proporción.*

La *igualdad* a que se refiere el comentarista no es la misma igualdad (*aequalitas*) que contemplaba la *laesio enormis*. Según esta última, la partición es desigual (*inaequaliter*) cuando el valor de los bienes adjudicados a un copartícipe (lo que recibe) no es igual al valor de los que se adjudican al resto de copartícipes (lo que da); es decir, cuando los bienes que recibe un coheredero son de peor calidad y condición que los que recibe el otro. Este coheredero que recibe menos podrá rescindir la partición hereditaria por *laesio enormis* si el valor de su lote es inferior a la mitad del valor del lote que recibe el otro coheredero.

La *igualdad* a la que se refiere F. García Goyena, tal como se entiende en los discursos pronunciados durante la elaboración del *Code Napoléon* a los que remite, consiste en la *equivalencia económica* entre lo que se tiene derecho a recibir y lo que efectivamente se recibe, entre el valor de lo que un coheredero tiene derecho a recibir según la cuota hereditaria y el valor del lote de bienes relictos que efectivamente se le adjudica en la partición. Esta equivalencia es esencial en la partición, porque su función es concretar el derecho que tiene cada coheredo en la herencia, transformando su derecho abstracto en la propiedad exclusiva sobre bienes concretos. De esta manera, la partición será rescindible si se produce un desajuste, en más de la cuarta parte, entre el valor del lote adjudicado a un coheredero en relación con lo que le corresponde recibir según su derecho.

2.6. Las justificaciones a la prohibición de rescindir por lesión la partición hecha por el causante

La equivalencia entre la cuota hereditaria y el lote de bienes adjudicados a cada coheredero es un elemento esencial de la partición hereditaria, como el propio

F. García Goyena afirma al hacer suyas las palabras pronunciadas por el legislador francés respecto a la rescisión por lesión de la partición hereditaria[528]. Por esta razón, el Código civil francés de 1804 permite rescindir por lesión todas las particiones, incluida la partición hecha por el causante. Sin embargo, el Proyecto de código civil de 1851 se aparta de su modelo francés y establece un régimen especial de la partición hecha por el causante. De acuerdo con el art. 923 PCC 1851, este tipo de partición no puede impugnarse por lesión en más de la cuarta parte, excepto en los casos contemplados en los arts. 899 y 918 PCC 1851. El primer artículo al que remite establece que la partición hecha por el causante, ya sea por acto inter vivos o de última voluntad, debe respetarse a menos que vulnere la legítima de los herederos forzosos[529]. El segundo supuesto consiste en la exclusión de la responsabilidad por evicción entre los coherederos en la partición realizada por el causante, salvo que aparezca o se presuma racionalmente que quiso lo contrario[530]. Por lo tanto, el art. 923 PCC 1851 constituye el precedente del actual art. 1.075 CCEsp, que fusiona los tres preceptos mencionados. ¿Cuáles son los motivos que se dan para justificar este tratamiento especial de la partición hecha por el causante?

2.6.1. Las leyes que respaldan la prohibición de la rescisión por lesión en la partición del causante

F. García Goyena, en su comentario al precepto que establece la prohibición de la rescisión por lesión en la partición del causante (art. 923 PCC 1851), hace referencia a las explicaciones dadas en los arts. 899 y 918 PCC 1851. De estas, realiza el siguiente resumen: la partición hecha por el causante solo puede impugnarse si vulnera la legítima, y si se evidencia que el testador deseaba que

[528] Vid. supra p. 229.

[529] *Art. 899 PCC 1851:*
Cuando el difunto hizo por acto entre vivos ó por última voluntad la particion de sus bienes, se pasará por ella en cuanto no perjudique á la legitima de los herederos forzosos.

[530] *Art. 918 PCC 1851:*
La obligacion señalada en el artículo anterior [saneamiento por evicción] *cesa cuando el difunto hizo la particion, á no ser que aparezca ó racionalmente se presuma haber querido lo contrario.*

se mantuviera la igualdad entre los coherederos, es decir, que ninguno de ellos sufra la menor lesión en lo que respectivamente les adjudicaba[531].

De esta manera, el proyecto exige la prueba de la voluntad favorable del causante para que el heredero perjudicado pueda plantear la rescisión por lesión, de manera similar a como el art. 918 PCC 1851 establece para la responsabilidad por evicción de los herederos. Esto supone una novedad respecto a la tradición jurídica castellana, pues como hemos visto anteriormente, la constatación de la voluntad favorable del causante legitimaba que los herederos respondieran ante la evicción de un bien, pero no se mencionaba nada acerca de esta voluntad favorable para la rescisión por lesión[532]. Pese a esta novedad, F. García Goyena no ofrece ninguna explicación sobre por qué se aplica también la presunción favorable del causante a la rescisión por lesión.

El segundo artículo al que remite, el art. 899 PCC 1851 es el precedente del actual art. 1.056 CCEsp, ya que su contenido es prácticamente idéntico, ordenando *pasar* por la partición del causante realizada inter vivos o por última voluntad, salvo que vulnere la legítima de los herederos forzosos. Las leyes que F. García Goyena cita en su comentario a dicho precepto quizás nos puedan ayudar a entender el motivo que justifica la prohibición de la rescisión por lesión en la partición hecha por el causante. El comentarista cita como fuentes, y por este orden, el art. 1.225 del Código de Luisiana, la *lex Quotiens* (C 3,36,10), la ley de Partidas P 6,1,7 y la ley 19 de Toro[533].

---

[531] F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit., vol. II, p. 277.: *Ve lo espuesto en los dos artículos de referencia; es decir, que solo podrá ser impugnada cuando por ello se cause perjuicio en la legítima ó aparezca ó se presuma racionalmente que el testador quiso lo contrario, ó, lo que es lo mismo, que se conservara la igualdad entre los coherederos, y ninguno de ellos sufrirá la menor lesion en lo que respectivamente les adjudicaba.*

[532] Vid. supra p. 173.

[533] F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit., vol. II, p. 263.

a) El art. 1.225 del Código de Luisiana de 1824

Este precepto establece que no procede la partición cuando el difunto ya la ha realizado, en cuyo caso el juez deberá seguir las indicaciones del testador[534]. La norma no menciona la improcedencia de su impugnación, sino que establece la vinculación del juez a las disposiciones particionales del causante, dando a entender que los coherederos no podrán practicar entre ellos una nueva partición. De ser así, la cita de este precepto americano parecería más correcta en el art. 902 PCC 1851, que permite realizar la partición a los herederos cuando el causante no la hizo ni encomendó a un tercero su realización[535].

b) La *lex Quotiens* (C 3,36,10)

Se ha visto anteriormente que este rescripto del emperador Gordiano dispone el respeto de la *divisio* realizada por el testador que no vulnere la legítima, y que era citada por los juristas clásicos para sustentar la facultad del testador de distribuir sus bienes de manera desigual entre sus herederos[536]. Por este motivo, F. García Goyena afirma que *la partición hecha por el testador era la más firme*

---

[534] *Art. 1.225 del Código de Luisiana:*
Il n'y a pas lieu à partage si le défunt l'a réglé entre ses héritiers légitimes ou étrangers, et à cet égard le juge doit suivre la volonté du défunt. Il en est de même, si le testateur a indiqué la légitimité paternelle de ses enfans à prendre sur une ou plusieurs espèces de biens.

El Código civil del Estado de Luisiana fue promulgado en el año 1824. Los artículos de este texto legal provienen de *CODE CIVIL DE L'ÉTAT DE LA LOUISIANE. TRAITÉ DE CESSION DE CET ÉTAT PAR LA FRANCE; CONSTITUTION DE CET ÉTAT; CONSTITUTION DES ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE*, Publié par un Citoyen de la Louisiane, 1825.

[535] *Art. 902 PCC 1851:*
Cuando el difunto no hizo la particion ni cometió esta facultad á otro, si todos los coherederos se encuentran en el caso del artículo 893 y están presentes, podrán, de comun acuerdo ó por mayoría absoluta, partir la herencia en el modo y forma en que convengan judicial o extrajudicialmente.

En su comentario a este precepto, F. García Goyena no hace referencia a ningún artículo extranjero (F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit., vol. II, p. 264.).

[536] Vid supra p. 183.

entre los Romanos, pues no se rescindia por lesion enorme si quedaba salva la legítima[537]*.*

c) La ley de Partidas P 6,1,7

Esta ley trata sobre los requisitos formales que deben cumplir el *testamentum parentum inter liberos* y la *divisio parentum inter liberos*. Estas figuras provienen del Derecho romano y consisten en el testamento y/o la partición hereditaria que realiza el padre o abuelo con sus futuros herederos. El Derecho romano tradicionalmente privilegió este tipo de disposiciones entre el padre y sus descendientes (disposiciones *inter liberos*), estableciendo requisitos formales más flexibles en comparación con los exigidos para el resto de testadores. El privilegio de forma consistía en que los ascendientes podían otorgar testamento y/o repartir sus bienes entre sus descendientes de manera oral y ante la presencia de un número menor de testigos. Justiniano eliminó esta libertad de forma después de constatar que la división paterna realizada sin ninguna solemnidad eran una fuente de conflictos entre sus hijos. El emperador ordenó que a partir de ese momento el padre procurase efectuar la partición de sus bienes en el mismo testamento; y si esto no era posible, que al menos revistiera una serie de requisitos formales: su redacción por escrito, la suscripción por el padre o los hijos, y la presencia de dos testigos (Nov.18,7; Nov.107,1).

La ley de Partidas recoge estas leyes de Justiniano, estableciendo los requisitos formales del testamento y de la partición *inter liberos*[538]. Pero cabe señalar que

[537] F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit., vol. II, p. 263.

[538] *P 6,1,7: Cómo vale el testamento que el padre face entre sus fijos, maguer non sea fecho acabadamiente. Acabado testamento es aquel que es fecho en alguna de las maneras que diximos en las leyes ante desta, et si de otra guisa lo feciesen non serie valedero. Pero si el padre ficiese testamento en que establesciese por herederos los fijos et los nietos que descendiesen dél ó partiese lo suyo entrellos, maguer en tal testamento non fuesen escriptos mas de dos testigos, valdrie bien asi como si fuese fecho acabadamiente ante siete testigos que posiesen hi sus seellos. Eso mesmo serie quando desta manera el padre ó el abuelo partiese ó ordenase lo suyo por palabra tan sola miente entre sus fijos et sus nietos, faciéndolo ante dos testigos rogados et llamados para esto. Otrosi decimos que si en tal testamento como este fuese ayuntada otra persona extraña á quien heredase el padre en uno con sus fijos, que quanto tañe en la persona del extraño non valdrie el testamento, como quier que en todas las otras cosas que fuesen hi escriptas ó dichas serie valedero. Et aun decimos que si el padre quisiese facer testamento en escripto non guardando todas las cosas que diximos que deben hi seer*

la legislación castellana posterior derogó, por dos veces, el privilegio de forma del testamento realizado por los ascendientes: la ley única, título 19 del Ordenamiento de Alcalá (año 1348) y la ley 3 de Toro (año 1505) eliminaron los privilegios en cuanto a forma del *testamentum parentum inter liberos*, unificando los requisitos formales para todos los testadores, sean o no ascendientes de los herederos. Por este motivo el Proyecto de 1851 tampoco recoge especialidad alguna en la forma en los testamentos y particiones realizadas por los ascendientes.

d) La ley 19 de Toro

Esta ley[539] permite a los ascendientes, ya sea en vida o al tiempo de su muerte, la facultad de señalar en bienes concretos la mejora del tercio o quinto, siempre y cuando dichos bienes no excedan del valor de la cuota de mejora en el momento del fallecimiento del mejorante, y sin posibilidad de delegación de dicha facultad. Como se ha visto anteriormente, esta ley permitía a los ascendientes romper el reparto igualitario de la herencia establecido en las Partidas y efectuar una partición desigual entre sus hijos y descendientes, de manera que el heredero mejorado reciba más que los demás.

guardadas, poderlo hie facer en dos maneras. La primera es que despues quel testamento sea escripto, debe sobrescrebir el padre deciendo asi: este testamento que fice quiero que sea guardado: otrosi deben decir et sobrescrebir los fijos; este testamento que fizo nuestro padre otorgámoslo. La segunda manera es que si el padre sopiere escrebir que lo pueda facer de su mano, deciendo en él los nombres de todos sus fijos et todo su testamento en qué manera lo face, et como lo ordena, et sobre todo debe asi escrebir; todo quanto en este testamento escrebi quiero que sea guardado. Et en el testamento que fuese fecho en alguna destas dos maneras puede mandar el padre algo á home extraño si se quisiere, et puede franquear sus siervos; pero ha meester que quando franqueare sus siervos que tal testamento sea fecho ante dos testigos á lo menos rogados et llamados para esto.

[539] *LT 19: El padre e la madre e avuelos en vida, o al tiempo de su muerte, puedan señalar en cierta cosa o parte de su fazienda, el tercio e quinto de mejoría, en que lo aya el fijo o fijos o nietos que ellos mejoraren, con tanto que no exceda el dicho tercio de lo que montare o valiere la tercia parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte. Pero mandamos que esta facultad, de lo poder señalar el dicho tercio y quinto como dicho es, que no la pueda el testador cometer a otra persona alguna*.

2.6.2. La prohibición de la rescisión por lesión en la partición hecha por el testador en el Proyecto de Código civil de 1851 se justifica en la tradición, la gratitud y la obediencia

Comprobamos que las cuatro leyes que cita F. García Goyena en sus comentarios al proyecto contemplan la facultad del causante de realizar él mismo la partición de sus bienes. Sin embargo, poca luz nos ofrecen sobre los motivos que llevaron a establecer la prohibición de la rescisión por lesión en la partición del causante. El art. 1.225 del Código de Luisiana establece que no procede la partición cuando el difunto ya la ha realizado; la ley 19 de Toro versa sobre el límite a la facultad de los padres de mejorar a un hijo; y la ley de las Partidas regula requisitos formales en las disposiciones realizadas por el ascendiente que ya fueron superadas por la legislación castellana. Por su parte, la *lex Quotiens* recuerda el deber que tiene el causante de respetar la legítima de sus herederos forzosos. Esta ley romana es la única que, en nuestra opinión, ofrece algo de luz, pues nos viene a decir que este tipo de partición reviste una protección especial. Por este motivo F. García Goyena considera que en el Derecho romano no cabía rescindir por lesión este tipo de partición, ya que era la más firme entre los romanos[540]. Con este comentario comprobamos que el peso de la tradición jurídica para justificar la exclusión de la rescisión por lesión de la partición hecha por el testador, aunque hayamos visto que el Derecho romano no conoció la figura de la rescisión por lesión.

Ahora bien, el peso de la tradición no posee suficiente fuerza como para justificar por sí sola la exclusión de un remedio dirigido a proteger un elemento esencial en la partición hereditaria, la equivalencia económica entre la cuota hereditaria y el lote adjudicado a cada coheredero. De hecho, el proyecto de 1851 se ha separado de la tradición castellana cuando lo ha considerado necesario. Por ejemplo, en la cuantía de la legítima cuando el testador no tuviera más que un hijo. Desde la época visigoda, la legítima de los descendientes en Castilla era de

[540] F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit., vol. II, p. 263.

cuatro quintas partes de la herencia, con independencia del número de hijos[541] . Sin embargo, el proyecto de 1851 rompió con esta tradición al establecer que cuando el testador tuviera solamente un hijo, su legítima se vería reducida a dos tercios del caudal paterno[542]. El Proyecto también se aparta en materia sucesoria de la tradición castellana cuando elimina la posibilidad de realizar el testamento por comisario o mandatario, o el testamento mancomunado, formas de testar todas ellas que habían gozado de intensa atención legislativa castellana desde la época medieval[543].

En nuestra opinión, al peso de la tradición se le suma otro elemento que explicita F. García Goyena al final de su comentario al art. 899 PCC1851, que ordena *pasar* por la partición hecha por el causante en cuanto no perjudique a la legitima de los herederos forzosos:

---

[541] *LT 28: La ley del fuero que permite que el que tuviere fijo o descendiente legitimo pueda hazer donación fasta la quinta parte de sus bienes e no mas, e la otra ley del fuero, que assi mismo permite, que puedan mandar, teniendo fijos o descendientes legítimos al tiempo de su muerte, la quinta parte de sus bienes, se entienda e platique que por virtud de la una ley e de la otra, no pueda mandar el padre ni la madre, a ninguno de sus fijos nin descendien/tes, mas de un quinto de sus bienes en vida e en muerte.*

[542] *Art. 642 PCC 1851:*
La legítima de los hijos y descendientes será de los cuatro quintos de los bienes. Quedando un solo hijo descendiente, será de los dos tercios. La de los padres y ascendientes será de los dos tercios, siendo aquellos dos o más; y de la mitad, siendo uno solo. Lo dispuesto en este articulo se entiende con sujeción a lo determinado en el articulo 653.

[543] El testamento por comisario o mandatario contaba con regulación propia castellana desde el Fuero Real, texto legal elaborado por encargo de Alfonso X y redactado entre los años 1252 y 1255 (F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, cit., p. 163.). Este cuerpo legal lo contempla en la siguiente ley: *FR 3,5,6: Si alguno non quisiere o non pudiere ordenar por si la manda que ficiere de sus cosas, e dier su poder a otre, que él que la ordene e la dé en aquellos logares ô el toviere por bien, pudalo facer, e lo que él ordenare o diere, vala asi como si la ordenase aquel quel dió el poder.* Las citas del Fuero Real provienen de *EL FUERO REAL DE ESPAÑA, DILIGENTEMENTE HECHO POR EL NOBLE REY DON ALONSO IX: GLOSADO POR EL EGREGIO DOCTOR ALONSO DIAZ DE MONTALVO*, en la oficina de Pantaleon Aznar, 1781. Más tarde, las leyes 31 a 39 de Toro lo regularon con más detalle.

El testamento mancomunado o de hermandad se recoge también en el Fuero Real:
FR 3,6,9: Si el marido e la muger fizieren hermandat de sus bienes desque fuer el año pasado que casaren en uno, non aviendo fijos de cosouno nin de otra parte que yan derecho de heredar, vala tal hermandat. Et si despues que ficieren la hermandat ovieren fijos de consouno, non vala la hermandat: ca no es derecho que los fijos porque son fechos los casamientos sean deseredados por esta razon.

El Proyecto de 1851 prohíbe que puedan testar más de una persona en el mismo acto, eliminando por tanto el testamento de hermandad:
Art. 557 PCC 1851: No pueden dos ó mas personas testar en un mismo acto, sea recíprocamente en provecho suyo, ó de un tercero.

> *Cuando los herederos no sean forzosos mal podrán ir contra la voluntad del que los ha favorecido; y si son hijos ó descendientes deben respetar el juicio y la voluntad del padre en cuanto no menoscabe su legítima*[544].

Esta justificación nos recuerda la que ofreció el neerlandés J. Voet más de un siglo antes, de que los herederos no pueden impugnar la partición por *laesio enormis*, sino que se le ordena contentarse con lo que el causante le ha adjudicado (*contentus esse jubetur*), siempre y cuando reciban al menos lo que por su legítima les corresponde. La importancia del deber de obediencia al padre se ha comprobado al analizar diversas particiones contenidas en testamentos otorgados durante la Edad Moderna según el derecho de Castilla, en que el testador les recuerda reiteradamente a sus hijos este deber, advirtiéndoles que aquel que acudiera a los tribunales sería desheredado y los bienes del *desobediente* pasarán al resto de los herederos que hayan sido *obedientes*.

En definitiva, la prohibición de la rescisión por lesión en las particiones realizadas por el testador en el Proyecto de Código Civil de 1851 se basa en la creencia de estar siguiendo la tradición jurídica, aunque esta creencia es incorrecta dada la novedad que supone el remedio de la rescisión por lesión. Además, se fundamenta en la idea de gratitud hacia el testador y en el deber de obediencia y sumisión de los herederos a la autoridad paterna, que impide contravenir su última voluntad.

3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior al Código civil de 1889: la creación de la *rescisión por lesión enorme* en la partición hereditaria

El análisis de los precedentes de la figura de la rescisión por lesión en la partición hereditaria estaría incompleto sin un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada con anterioridad a la aparición del Código civil. El organismo encargado de elaborar el primer Código civil español, la sección de lo civil de la *Comisión General de Codificación*, debía utilizar como modelo el Proyecto de

[544] F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit., vol. II, p. 263.

Código civil de 1851, según establecía la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 en su base 1ª, ya que en este se recogen *las instituciones civiles del derecho histórico patrio*. La Ley de Bases ordenaba, en materia de sucesiones, *mantener en su esencia la legislación vigente*, *ordenando y metodizando lo existente*[545]. Concretamente en cuanto a la partición hereditaria, la base 18ª dispone que su regulación se efectuará con la mayor precisión posible, tomando como referencia la doctrina en torno a la legislación vigente, explicada y completada por la jurisprudencia[546]*.* En consecuencia, los redactores del futuro Código civil tenían que tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada para elaborar este cuerpo legal.

Nuestro propósito ahora es analizar los fallos judiciales emitidos con anterioridad a la aparición del Código civil, con el fin de comprender cómo se abordaban los perjuicios sufridos por los coherederos a consecuencia de las particiones hereditarias, los mecanismos de reparación de dichos perjuicios y la protección del principio de equivalencia en la distribución de bienes. Con el propósito de cumplir con este objetivo, hemos analizado las sentencias del Tribunal Supremo dictadas en recursos de nulidad y de casación en materia civil desde 1839, año en que comenzó a dictar este tipo de resoluciones[547], hasta el 24 de julio de 1889, fecha de publicación de la edición definitiva del Código civil.

---

[545] *Base 15ª: El tratado de las sucesiones se ajustará en sus principios capitales á los acuerdos que la Comisión general de Codificación reunida en pleno, con asistencia de los Sres. Vocales correspondientes y de los Sres. Senadores y Diputados, adoptó en las reuniones celebradas en Noviembre de 1882, y con arreglo á ellos se mantendrá en su esencia la legislación vigente sobre los testamentos en general, su forma y solemnidades, sus diferentes clases de abierto, cerrado, militar, marítimo, y hecho en país extranjero, añadiendo el ológrafo, así como todo lo relativo a la capacidad para disponer y adquirir por testamento, á la institución de heredero, la desheredación, las mandas y legados, la institución condicional ó á término, los albaceas y la revocación ó ineficacia de las disposiciones testamentarias, ordenando y metodizando lo existente [cursiva nuestra] y completándolo con cuanto tienda á asegurar la verdad y facilidad de expresión de las últimas voluntades.*

[546] *Base 18ª: Respecto de las reservas, el derecho de acrecer, la aceptación y repudiación de la herencia, el beneficio de inventario, la colación y partición, y el pago de las deudas hereditarias, se desenvolverán con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, explicadas y completadas por la jurisprudencia.*

[547] J. MONTERO AROCA; J. FLORS MATÍES, *El Recurso de casación civil*, 2ª ed, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 324 y 325.: *Puede ya hablarse de una verdadera casación con el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, sobre recurso de segunda suplicación e injusticia notoria, pues en el mismo: 1) Se puso fin a los recursos de segunda suplicación y de injusticia notoria, lo que se hizo en los artículos 1 y 2 sin más, y 2) Se reguló un recurso de nulidad que quedaba como único a interponer ante el Supremo Tribunal. Se trató ahora realmente de*

3.1. Los supuestos en los que cabe ejercitar la acción de *rescisión por lesión enorme*

El análisis de las sentencias del Tribunal Supremo revela una notable diversidad de situaciones en las que se permite el ejercicio de la acción de *rescisión por lesión enorme* (así se la denomina en las resoluciones judiciales) para impugnar una partición hereditaria. Como veremos a continuación, esta acción va más allá de la errónea valoración de los bienes relictos del Proyecto de Código civil de 1851, y supone un medio de impugnación de la partición que se considera mal hecha.

3.1.1. Cuando se ha realizado incorrectamente la liquidación de la sociedad de gananciales efectuada en la partición hereditaria

La STS de 12 de junio de 1862[548] conoce de una partición hereditaria realizada entre la viuda y los herederos de su esposo, que son sus hijastros, fruto de un matrimonio anterior del finado. Con posterioridad a su realización, la viuda impugna la partición hereditaria porque considera que se le ha causado un perjuicio al haberse realizado incorrectamente la liquidación de la sociedad de gananciales, paso necesario para determinar los bienes excluidos de la herencia. La incorrecta liquidación de la sociedad de gananciales generó que la viuda recibiera menos de lo que le correspondía. Por ello considera que la partición le ha causado un perjuicio que cuantifica en una determinada cantidad, que al ser superior en más de la cuarta parte justifica que se declare su rescisión. La demanda se estima en primera instancia y es confirmada por la audiencia provincial y el Tribunal Supremo.

---

introducir la casación, aunque ello se hiciera bajo un nombre simulado, distinguiéndose entre errores in iudicando *(sentencias "contrarias a ley clara y terminante") y errores* in procedendo *(con enumeración taxativa de siete motivos), procediendo a su regulación en términos similares a como se recogerá en la LEC de 1855, aunque aquí ya con el nombre de casación.*

[548] *STS de 12 de junio de 1862, Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia*, tomo VII, p. 383.

3.1.2. Cuando la partición incluye bienes que ya pertenecen a un coheredero

La STS de 28 de junio de 1866[549] versa sobre una partición hereditaria realizada convencionalmente entre dos hermanos, en la que se reparten por mitades las herencias de sus padres. Uno de los hermanos considera que la partición se realizó incorrectamente, ya que se consideraron comunes y se repartieron por mitad bienes que en realidad eran de su exclusiva propiedad, al haberlos adquirido con anterioridad por otros títulos. Este error que ha padecido al realizar la partición entiende que le ha causado una lesión enorme, y por tanto impugna dicha partición mediante la acción de rescisión por lesión. La demanda se estima en ambas instancias y es confirmada por el Tribunal Supremo.

3.1.3. Cuando se omiten en la partición bienes del causante

La STS de 28 de septiembre de 1860[550] conoce de una partición hereditaria realizada entre la viuda y su hijastro, el hijo único del finado y fruto de un matrimonio anterior. Con posterioridad a la partición surgieron una serie de desavenencias que fueron resueltas en un convenio transaccional. Sin embargo, la viuda descubre que su hijastro ha cobrado unos créditos de la herencia que no fueron incluidos en la partición hereditaria, ni por tanto en el convenio transaccional. Le reclama la parte que le corresponde, esto es, la mitad del dinero cobrado. Para ello, la actora impugna la partición hereditaria y ejerce la acción de rescisión por lesión enorme, alegando que resultó perjudicada en una sexta parte por la falta de inclusión de ese dinero en el momento de realizar la partición hereditaria. La demanda fue estimada en primera instancia, pero

[549] *STS de 28 de junio de 1866, Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia*, tomo XIV, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1866, p. 219.

[550] *STS de 28 de septiembre de 1860, Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia*, tomo V, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1862, p. 602. En la actualidad se consideran nulas las particiones en las que se omite una parte tan importante de los bienes hereditarios que no sea posible corregirla mediante una partición complementaria. La nulidad se justifica en la falta de un requisito esencial, la existencia de objeto cierto (arts. 1.261.2º y 1.273 CCEsp). *Vid* la STS 307/1993, de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:1993:19240). Sobre este tema *vid*. T. RUBIO GARRIDO, *La partición de la herencia*, cit., pp. 233 y 234.

posteriormente la audiencia provincial revocó la sentencia y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de segundo grado por dos motivos: primero, porque entiende acreditado que la cuestión de los créditos ya quedó resuelta en el acuerdo transaccional posterior a la partición hereditaria; y segundo, porque, al haberse realizado la partición y adjudicación de los bienes hereditarios de conformidad de los interesados, la rescisión no procedería en ningún caso.

Nótese que el Tribunal Supremo no manifiesta la improcedencia de la acción de rescisión por lesión, en más de la sexta parte, para impugnar la partición hereditaria en la que se han omitido bienes de la herencia. De hecho, la acción se estima en primera instancia y posteriormente se revoca en apelación, pero no por una indebida elección de la acción, sino por una cuestión de interpretación del convenio transaccional, respecto a si contemplaba o no el crédito que posteriormente cobra el demandado.

El Alto Tribunal tampoco cuestiona la procedencia de la acción de rescisión por lesión en la STS de 28 de mayo de 1864[551], que trata sobre la impugnación de una partición hereditaria en la que no se habían incluido los frutos generados por las fincas del causante durante el período de indivisión, esto es, antes de realizarse la partición. El actor, hijo del finado y de la demandada, reclama su pago y para ello ejerce la acción de rescisión por lesión enorme. La demanda se desestima en ambas instancias, y el Tribunal Supremo también desestima el recurso de casación, entre otras razones, porque el recurrente no prueba el importe de la lesión, y además, había prescrito el plazo para interponer la acción.

3.1.4. Cuando se produce una errónea valoración de los bienes

Dado que cualquier error cometido al realizar una partición hereditaria permite solicitar la rescisión por lesión enorme, la errónea valoración de un bien también

[551] *STS de 28 de mayo de 1864, Colección legislativa de España. Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, primer semestre de 1864*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1865, p. 530.

legitima para impugnar la partición y solicitar su rescisión. La STS de 15 de abril de 1889[552] conoce de una partición hereditaria realizada entre los dos hijos del finado. Uno de los hijos descubre posteriormente que se le adjudicaron unas tierras que en realidad tienen una extensión menor a la que se declara en la escritura de partición. Por ello, demanda a su hermana coheredera y le reclama la entrega de la parte de tierras que, según la partición hereditaria, le corresponden. La demanda fue estimada en primera y segunda instancia.

En este caso la condena a la hermana a entregar la diferencia de extensión supondría realizar una nueva repartición de las tierras y dejar sin eficacia la partición ya realizada. Por ello el Tribunal Supremo estima el recurso de casación y declara que el actor incurre en una indebida elección de la acción. El tribunal de casación considera que la acción procedente y que debió ejercitar es la rescisión por lesión y acreditar que el perjuicio que le causó la partición es superior en más de la mitad. El tribunal hace suyos los argumentos de la recurrente de que no bastaba demostrar que hubiera menos tierra de la que se decía en la escritura, sino que también debía demostrar que su valor era menor al que se declaró en ella, y en la cuantía rescisoria que exige el derecho, pudiendo muy buen haber error en la medida y ser su valor el correcto.

La STS de 8 de marzo de 1886[553] también resuelve un asunto en el que se habían valorado incorrectamente los bienes relictos en una partición hereditaria. En este caso, la herencia provenía de la esposa de un deudor, y madre de la heredera. En la partición hereditaria se habían sobrevalorado los bienes del matrimonio para aumentar la mitad de gananciales que le correspondía a la esposa fallecida, y en consecuencia, la mayor parte de los bienes se adjudicaban a la heredera. Con ello, se evitaba que los deudores del padre tuvieran bienes que perseguir para cobrar sus créditos. Uno de los acreedores del esposo de la finada impugna esta partición hereditaria porque considera que los bienes se han

[552] *STS de 15 de abril de 1889, Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo*, tomo 65, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1889, p. 539.

[553] *STS de 8 de marzo de 1886, Colección legislativa de España. Sentencias del Tribunal Supremo en materia civil, primer semestre de 1886*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1887, p. 595.

sobrevalorado de tal manera que le causa un perjuicio en más de la sexta parte. A tal fin, compara el valor en que se tasaron los bienes del marido en el concurso de acreedores con el valor en que estos mismos bienes se tasan dos años después en la escritura de partición. El valor de estos bienes era sensiblemente superior en esta última escritura. Sin embargo, la demanda se desestima en ambas instancias, y el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, porque con la prueba de su valor dos años antes no se demuestra que el valor de los bienes en el momento de la partición fuera exagerado.

3.2. El cálculo de la lesión y el importe necesario para rescindir la partición por lesión enorme

La partición mal hecha debe causar al demandante un perjuicio superior a una determinada cantidad para que pueda interponer la acción de *rescisión por lesión enorme*. El actor tiene la carga de probar la existencia del agravio y su importe, pues en caso contrario la acción no prosperará, como hemos visto que ocurre en la STS de 28 de mayo de 1864 anteriormente citada. No parece que sea requisito indispensable cuantificar exactamente en la demanda el importe del agravio sufrido, según se deduce de la STS de 28 de junio de 1866**.** En este caso, el agravio proviene de incluir en el inventario de la partición bienes que ya pertenecían a un coheredero por otro título. El actor, propietario de los bienes, alega haber sido lesionado en más de la mitad, sin fijar su cuantía. Por ello el demandado alega en su defensa que no puede prosperar la acción de rescisión, porque para que ello ocurra es preciso que conste la lesión por número, peso o medida[554]. El Tribunal Supremo rechaza este motivo porque la lesión enorme queda suficientemente acreditada mediante prueba documental (la inclusión de dichos bienes en la escritura de partición), y por la declaración de los testigos que depusieron en el juicio[555].

---

[554] *STS de 28 de junio de 1866, Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia*, tomo XIV, p. 221.

[555] *STS de 28 de junio de 1866, Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia*, tomo XIV, p. 222: *Considerando que el error padecido en el otorgamiento de dicha escritura consistió en haber tenido como bienes comunes á los dos hermanos, José y Juan Ledo y Rodriguez, y divisibles entre ambos por mitad algunos que eran de la esclusiva pertenencia del primero, … y que la existencia de este error comprensivo de la lesion indicada, como cuestiones de mero hecho, han sido apreciadas por la Sala*

3.2.1. El cálculo de la lesión según sea la causa del agravio

La lesión puede derivar, además de una errónea valoración de los bienes, también de una errónea elaboración del inventario. En consecuencia, el cálculo de la lesión dependerá del motivo por el cual se considere mal hecha la partición.

a) Cuando la lesión la causa una incorrecta liquidación de la sociedad de gananciales

Cuando la lesión proviene de una incorrecta liquidación de la sociedad de gananciales, el importe de la lesión supone la diferencia entre la cantidad que debería haber recibido si se hubiera realizado correctamente y la que efectivamente ha recibido. Así ocurre en la citada STS de 12 de junio de 1862. En este caso la actora declara que procede la rescisión porque la partición le causa una lesión superior a la cuarta parte de lo que por justicia debería recibir[556]. La lesión es superior a la cuarta parte porque el importe de lo que ha percibido no alcanza a cubrir las tres cuartas partes de lo que debería haber recibido si se hubiera realizado correctamente la partición hereditaria.

b) Cuando la lesión proviene de la falta de inclusión de un bien en el inventario de la partición

En estos casos, el importe del agravio lo determina la parte proporcional del valor del bien omitido que le correspondería al perjudicado. Así se deduce de la STS de 28 de septiembre de 1860[557], que trata de una partición hereditaria en la que no se incluyeron unos créditos cobrados. La actora cuantifica el importe de la lesión en la mitad de lo cobrado, y considera que esta cantidad supone más de

---

sentenciadora, no solamente en mérito de las escrituras y documentos presentados por el demandado, sino tambien en el de las declaraciones de testigos y demás medios de prueba que el mismo ha suministrado. La sentencia no aclara cuáles son estos otros medios de prueba a que se refiere.

[556] *STS de 12 de junio de 1862*, *Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia*, tomo VII, p. 386.

[557] *STS de 28 de septiembre de 1860, Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia*, tomo V, p. 602.

la sexta parte de lo que efectivamente a recibido en la partición. Es decir, la actora compara la cantidad que reclama con lo que efectivamente recibió en la partición, y como la primera cantidad es superior a una sexta parte de lo percibido, se cumple con el *quantum* necesario para la rescisión de la partición.

c) Cuando la lesión proviene de una errónea valoración de los bienes

El método de cálculo de la lesión en estos casos parece que fue también el que se emplea en la actualidad para el art. 1.074 CCEsp: comparar el valor real de mercado de los bienes en el momento de realizar la partición con el valor que se establece en dicha partición. El demandante de rescisión por lesión en la STS de 8 de marzo de 1886 calcula la lesión comparando el valor de mercado de los bienes relictos con el valor en que se tasan en la escritura de partición. Considera que la diferencia es superior en más de la sexta parte, y por tanto es procedente rescindirla por lesión. No obstante, su demanda fue desestimada en ambas instancias, y vio rechazado su recurso de casación. El motivo fue que no acreditó que los bienes hubieran sido sobrevalorados en el momento de la partición. Es decir, faltó la prueba del valor de mercado de los bienes en el momento de la partición, ya que el actor aportó una valoración de esos bienes que se realizó dos años antes, para el concurso de acreedores del marido de la fallecida.

3.2.2. El importe de la lesión requerido para rescindir la partición: superior a la sexta parte o a la mitad

A lo largo de la exposición de las diversas resoluciones del Tribunal Supremo, se habrá observado que el importe de la lesión que los demandantes consideran suficiente para rescindir la partición hereditaria no es idéntico. En algunas sentencias se alega que la lesión es superior a la sexta parte (SSTS de 28 de septiembre de 1860 y de 8 de marzo de 1886), y en otras que es superior a la mitad (STS de 15 de abril de 1889)[558].

[558] En un único caso hemos encontrado que la parte actora alegara que la lesión es superior en más de la cuarta parte, en la STS de 12 de junio de 1862, *loc.cit*., p. 385 y 386: *…Y que habiéndose inferido una lesion enormísima, relativamente hablando, con violacion terminante de la ley 1ª, tít. 4º, libro 10 de la Novísima Recopilacion, y siendo doctrina constante en materia de particiones que la lesion ó agravio en la cuarta parte de lo justo dá lugar á la rescision de lo*

La doctrina[559] señala que la divergencia en los criterios para impugnar particiones hereditarias se relaciona con la presencia o ausencia de un albacea o contador. Cuando la partición la realiza un albacea o contador, la partición puede ser impugnada si ocasiona a algún interesado un agravio de cuantía superior a la sexta parte. Por otro lado, cuando la partición se realiza únicamente entre los coherederos mayores de edad, sin la intervención de un tercero imparcial, se exige un umbral más alto para impugnar la partición. En este caso, la partición sólo puede ser impugnada si el agravio que ocasiona es superior en más de la mitad.

El importe en más de la mitad proviene de la ley 2ª, título 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación, cuya cita es constante en las sentencias estudiadas. Esta ley otorga a cualquiera de las partes en un contrato de compraventa el derecho a impugnarlo y solicitar su ineficacia, si existe una desproporción superior a una determinada cantidad entre el valor de las prestaciones. La ley dispone en su final que puede aplicarse también a las rentas, permutas *y otros contratos semejantes*, además de las compraventas. Dado que en esa época la doctrina concibe dogmáticamente la partición hereditaria como un negocio de transmisión similar a la permuta[560], esta ley también sería aplicable en estos

obrado y el remedio de la restitucion cuando no procede el de nulidad, estaba en el caso de poner en ejercicio legal estas acciones….

[559] F. GARCÍA GOYENA; J. AGUIRRE, *Febrero. Libreria de jueces, abogados y escribanos*, cit., vol. III, p. 48.: …*y tambien procede* [la rescisión por lesión en más de la sexta parte]*, ya la particion se haga por el juez, ya por árbitro, ya con el que en realidad no es heredero. Y para que solo tenga lugar la lesion en mas de la mitad, es necesario que se haya hecho la particion por convenio de los interesados, pues cuando lo es por partidores basta que sea en la sesta parte.* D. DOMINGO DE MORATÓ, *El Derecho Civil español con las correspondencias del romano*, vol. II, Imprenta, Librería Nacional y Extrangera de Hijos de Rodriguez, Libreros de la Universidad y del Instituto, Valladolid, 1868, p. 266.: *La rescision de las particiones tiene lugar cuando ha habido lesion ultra dimidium, si las particiones son hechas por convenio entre los mismos interesados (L. 2ª tit. 1 lib. 10. Nov. Rec); mas si la particion se hizo de otro modo bastará para la rescision, segun el parecer de nuestros prácticos, una lesion que represente la sesta parte del valor que correspondía al coheredero que reclama.*

[560] F. GARCÍA GOYENA; J. AGUIRRE, *Febrero. Libreria de jueces, abogados y escribanos*, cit., vol. III, p. 50.: …*porque la division se considera como una permuta y compra tácita de la porcion que competia al coheredero en cada una de las cosas que habia pro indiviso, y cada interesado tiene derecho á cualquiera mínima parte de la cosa ó cosas que están sin dividir; y el contrato de permuta es tal, que si la cosa recibida en trueque falta ó se quita por eviccion al cambiador, tiene recurso para recuperar lo que dió ó dimitió…*

casos, lo que permitiría impugnar la partición en caso de sufrir una lesión enorme.

Ni los autores ni la jurisprudencia explican el motivo por el cual se distingue entre una lesión en más de la mitad o en más de la sexta parte. Una explicación lógica podría ser que cuando la partición la realiza una persona que no es coheredera, como un albacea o contador, se espera un nivel más riguroso de imparcialidad y precisión en la división de los bienes. En consecuencia, un agravio menor justificaría que pudiera impugnarse. Por otro lado, cuando la partición la realizan entre sí los coherederos adultos, se presume que estos son capaces de negociar y acordar una división justa por sí mismos, por lo que el perjuicio que cause la partición debe ser considerable para justificar su rescisión.

3.3. La *rescisión por lesión enorme* no está orientada a proteger la equivalencia económica entre el lote adjudicado y la cuota hereditaria

La *rescisión por lesión enorme* persigue la finalidad de *que cada interesado perciba lo que legítimamente le corresponda*, según la expresión utilizada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de junio de 1862 y citada al inicio de este apartado. Esta frase nos recuerda la definición de *justicia* como la voluntad de dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*), atribuida al jurista romano Ulpiano[561]. De este modo, la justicia actuaría en la partición hereditaria cuando cada uno de los herederos recibe de conformidad con lo que le es debido. Esto nos aproxima a la finalidad que el Proyecto de Código civil de 1851 concede a la

[561] *D 1,1,10 pr: Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*.

La justicia en el reparto se realiza cuando esta se atiene a un título previo, como explica J. HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, 2a ed, Universidad de Navarra, Pamplona, 1982, p. 28.: *El reparto puede entenderse como acto primero o como acto segundo. Entendemos el reparto como acto primero cuando produce por primera vez la atribución de bienes a los destinatarios, sin que precedentemente éstos tuvieran algún título sobre los bienes. El reparto como acto primero genera el título de los destinatarios sobre los bienes. El reparto será acto segundo cuando sea el cumplimiento de un reparto primero; lo que distingue al reparto como acto segundo es que los destinatarios gozan, con anterioridad al hecho del reparto, de un título sobre la parte de los bienes a repartir que se les entrega (…) El reparto como acto primero no es propio de la justicia, sino de otras virtudes (como la liberalidad), o del buen gobierno, los contratos, las convenciones, etc. Lo propio de la justicia en sentido estricto es el reparto segundo, aquel reparto en el cual los destinatarios tienen, bajo algún aspecto o de algún modo, un título sobre los bienes a repartir.*

rescisión por lesión, que es la protección de la equivalencia entre el lote adjudicado y la cuota.

Sin embargo, esta similitud es engañosa, ya que el análisis de la jurisprudencia demuestra que la *rescisión por lesión enorme* se utiliza para impugnar una partición mal hecha, y no para garantizar la equivalencia entre el valor del lote adjudicado y la cuota hereditaria de cada coheredero. Esta acción procede frente a cualquier fallo en que incurra la partición hereditaria, ya sea en la fase de inventario cuando se omiten bienes del causante, o por el contrario, cuando se incluyen bienes que no le pertenecen; ya sea en la fase de avalúo, cuando se valoran incorrectamente uno o varios bienes relictos.

Que la *rescisión por lesión enorme* se utiliza para impugnar la partición mal hecha se ve respaldado por la renuncia que habitualmente se incluía en las escrituras de partición realizadas por los propios coherederos antes del Código civil [562]. En esta cláusula de estilo se indica que un copartícipe no recibe lo que le corresponde cuando la partición incurre en un error. Este error puede ocurrir en cualquier fase del proceso: en la fase de inventario, cuando se incluyen u omiten bienes de manera incorrecta; en la fase de avalúo, cuando se valoran erróneamente los bienes; en la fase de liquidación de deudas, cuando se incluyen u omiten deudas incorrectamente; o en la fase de adjudicación, cuando no se forman los lotes de manera equitativa. El agraviado por este error renuncia a impugnar la partición hereditaria, y la ley mencionada es la que trata la rescisión por lesión enorme (NR 10,1,2). También es indiferente si el fallo fue

[562] *Ademas, declaran que en la valuacion de los bienes inventariados, y en la liquidacion, deducciones, cuota ó calidad de los aplicados á todos tres no ha habido lesion, engaño ni el mas leve perjuicio, por haberse practicado con rectitud y pureza, observando en su distribucion y repartimiento la proporcion correspondiente al haber de cada uno en todas sus clases sin causarles agravio; y en caso que se haya hecho, ya consista en error material de cálculo, ya en el modo y forma de liquidar, deducir, aplicar ó distribuir, ya en otra cosa que por olvido ó ignorancia no se haya tenido presente, se remiten la cantidad á que ascienda, sea mucha ó poca, haciendose donacion pura, perfecta e irrevocable de ella, y renunciando à mayor abundamiento ley 2ª, tit.1, lib. 10, Novís. Recop, que trata de lo que se vende y permuta, y de otros contratos en que hay lesion en mas o menos de la mitad de lo justo, y los cuatro años que prescribe para medir la rescision de dichos contratos ó el suplemento al legítimo y verdadero valor de las cosas de que se habla en ellos* (F. GARCÍA GOYENA; J. AGUIRRE, *Febrero. Libreria de jueces, abogados y escribanos*, cit., vol. III, p. 95.).

causado dolosamente o por error[563], ya que lo determinante para rescindir la partición por lesión enorme es que un coheredero *no reciba lo que legítimamente le corresponda*, esto es, que resulte agraviado por no recibir todo lo que debería si la partición se hubiera realizado correctamente[564].

En consecuencia, podemos afirmar que la *rescisión por lesión enorme* de la partición, en esta época anterior al Código civil, no se dirige a proteger el principio de equivalencia o correspondencia entre el lote adjudicado y la cuota hereditaria: se dirige a eliminar los agravios que padece una persona como consecuencia de un fallo en la realización de la partición hereditaria, sin importar ni la causa que lo origina ni el momento en que se incurre en él. La injusticia que se intenta corregir consiste en que una persona resulte perjudicada por una partición que no se ha realizado correctamente, sin importar si es heredero o no, y si ha participado o no en su realización. La justicia actúa cuando se obliga a quien ha infringido un derecho a reparar la lesión, de modo que el perjudicado reciba lo que le es propio, o lo que se le debe. De ahí que estén legitimados activamente para interponer esta acción los acreedores de uno de los copartícipes, como ocurre en la sentencia citada STS de 8 de marzo de 1886. La posibilidad de que el acreedor actúe vía subrogatoria[565] queda rechazada por los términos que

[563] La doctrina también considera que es indiferente el momento en que se produce la lesión, así como la causa que la origina. *Ibid.*, p. 45.: *La tercera es por razon de lesion en la sesta parte de lo que tocó al perjudicado…lo cual procede, ya provenga la lesion de error sustancial sin fraude, ya se omita por dolo ó ignorancia el colacionar alguna cosa, ya los partidores causen agravio en el modo de liquidar y deducir, ya se origine de otro motivo, pues la ley no distingue, escepto que sobre el error y agravio haya recaido transaccion ó sentencia exequible dada en juicio contradictorio con pleno conocimiento de causa, y tambien procede, ya la particion se haga por el juez, ya por árbitro, ya con el que en realidad no es heredero.* P. GOROSÁBEL, *Redacción del Código civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nación*, Imprenta de la viuda de la Lama, Tolosa, 1832, pp. 303 y 304.:*Tambien se puede impugnar por razon de lesion, cuando esta es en mas de la sesta parte de todo el haber, bien provenga por error, ignorancia ú otra causa.*

[564] Por ello el Tribunal Supremo en un asunto en que se omitieron bienes en una partición de forma dolosa, declara que esta omisión *ha inferido notorio agravio á los demandantes, privándoles de la parte que legítimamente les correspondía en la propiedad del enunciado quinto, así como en el resto de la herencia* (*STS de 24 de septiembre de 1866*, *Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia*, tomo XIV, segundo semestre de 1866, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1866, p. 339).

[565] Posibilidad que actualmente está admitida por la doctrina con base en el art. 1.111 CCEsp: L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., p. 109; C. GARCÍA PÉREZ, *La rescisión de la partición hereditaria. Notas a los artículos 1073 a 1078 del Código Civil*, cit., p. 41; F. HERNÁNDEZ GIL, «Sobre la ineficacia de las particiones realizadas por el comisario», cit., p. 540; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, cit., vol. V-3, p. 495; J. J. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de*

emplea el actor, quien impugna la partición en ejercicio de un derecho propio porque *no ha recibido lo que le corresponde*[566]. La lesión en los intereses del acreedor es evidente cuando, a resultas de una partición realizada incorrectamente, la mayor parte de los bienes se adjudican a la heredera, lo que impide a los deudores del padre tener bienes sobre los cuales puedan ejecutar sus créditos. La justicia se realizará cuando el acreedor *perciba lo que legítimamente le corresponda*, esto es, cuando cobre de manera efectiva y completa lo que le corresponde según su derecho de crédito. Pero sólo de una manera muy general se puede considerar que un acreedor no ha recibido lo que le corresponde, que es el cobro de su derecho de crédito.

3.4. Las posibles consecuencias de la estimación de la acción de *rescisión por lesión enorme*

La acción de *rescisión por lesión enorme* de la partición hereditaria tiene por finalidad subsanar y reparar el agravio que produce en algún interesado[567]. La manera de reparar el agravio viene determinada por la causa que ha originado la lesión, por lo que el efecto de la estimación de esta acción será distinto dependiendo del caso.

---

sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial, cit., vol. III, p. 3.243; L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, cit., vol. IV, p. 274.

[566] *STS de 8 de marzo de 1886*, *Colección legislativa de España. Sentencias del Tribunal Supremo en materia civil, primer semestre de 1886*, p. 596 y 597: *…que resultaba que éstas dos diferentes valoraciones discrepan en 27.768 pesetas, sólo por lo referente á los bienes adjudicados á D. Joaquín Frutos, y esto desde 6 de Julio de 1880 hasta 18 de mayo de 1882, con lo cual, el perjuicio causado á los acreedores, y en la proporción correspondiente al demandante, excedía con mucho de la sexta parte de lo que á éste hubiera de corresponder.* Nótese que se está refiriendo a la parte que le debiera corresponder a él, esto es, al actor. En los fundamentos de derecho de la sentencia se reitera que el agravio lo sufre el actor porque no ha recibido lo que le corresponde: *…y después de alegar varios fundamentos de derecho, pidió se declarase que al demandante se le había inferido un agravio ó perjuicio en las operaciones de testamentaría de Doña Juana Márquez Criado, excedente de la sexta parte de lo que correspondía, y se decretase la rescisión de aquéllas, ordenando se volvieran à practicar en debida forma…*

[567] *STS de 12 de junio de 1862*, *Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia*, tomo VII, p. 388.

3.4.1. La ineficacia de la partición y la necesidad de realizar una nueva

Cuando la lesión proviene de una mala liquidación de la sociedad gananciales, los órganos jurisdiccionales declaran la rescisión de la partición hereditaria, es decir, tenerla por ineficaz e insubsistente, debiendo las partes proceder a realizar una nueva partición de manera correcta[568]. También se declara este efecto cuando se han incluido en el inventario bienes ajenos al causante[569]. Podemos deducir que también en el caso de que la lesión provenga de una errónea valoración de los bienes, pues así lo pide el actor en la STS de 8 de marzo de 1886[570], y en la STS de 15 de abril de 1889 el tribunal de casación considera que la acción procedente y que debió ejercitar es la rescisión por lesión y acreditar que el perjuicio que le causó la partición es superior en más de la mitad, para así proceder a realizar una nueva repartición de las tierras y dejar sin eficacia la ya realizada[571].

---

[568] *STS de 12 de junio de 1862*, *Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia*, tomo VII, p. 386 y 387: *Resultando que recibido el pleito á prueba, y hechas las que articularon las partes, dictó sentencia el Juez de primera instancia en 20 de julio de 1860, que confirmó con las costas la Sala tercera de la Audiencia de Burgos en 10 de diciembre siguiente, declarando haber lugar á la demanda propuesta por D. Hilario Quemada, como esposo de Doña Antonia de las Heras, y en tal concepto á la reparacion del agravio irrogado á esta en la cuantía de 281,888 rs; y condenó en su consecuencia á los herederos de D. Ramon Guillen, D. Cipriano y Doña Francisca , y á Doña Antonia y á don Balbino, representados estos tres por D. Luis Diez y D. Justo Ortega, marido y padre respectivo, al abono de los intereses legales que habian debido producir desde que el agravio se causó, á estilo de comercio, sin perjuicio de las reclamaciones que se creyesen con derecho á deducir al confeccionarse de nuevo la cuenta y particion tantas veces referida; que igualmente declaraba, como la escritura de aprobacion en su virtud otorgada, sin valor ni efecto legal para que tuviese lugar la rectificacion en los términos consígnados*.

[569] *STS de 28 de junio de 1866*, *Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, tomo XIV,* p. 221: *Resultando que en 11 de junio de 1865 el Juez de Chantada dictó sentencia, que revocó la Sala segunda de la Audiencia de la Coruña por la suya de 4 de enero de este año, en la que declaró ineficaz é insubsistente la escritura de division de 24 de noviembre de 1862 por haber mediado en ella errores de hecho; que causando lesion enorme al demandado José Ledo Rodriguez la hacian rescindible*.

[570] *STS de 8 de marzo de 1886, Colección legislativa de España. Sentencias del Tribunal Supremo en materia civil, primer semestre de 1886*, p. 597: *…y después de alegar varios fundamentos de derecho, pidió se declarase que al demandante se le había inferido un agravio ó perjuicio en las operaciones de testamentaría de Doña Juana Márquez Criado, excedente de la sexta parte de lo que correspondía, y se decretase la rescisión de aquéllas, ordenando se volvieran à practicar en debida forma y quedasen con toda preferencia sujetos los bienes al pago de las deudas, especialmente al crédito de 7.500 pesetas que á su favor tenía el D. Mamerto Sánchez Rodriguez*.

[571] *STS de 15 de abril de 1889, Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo*, tomo 65, p. 544: *…es improcedente toda acción que tienda a anularlas, máxime cuando se prescinde de ejercitar las acciones que la ley reconoce a todos los*

3.4.2. La condena al pago del valor omitido si así lo solicita el actor

En los casos en que la partición hereditaria se ha hecho de manera incorrecta porque no comprende todos los bienes a repartir, es posible reparar el agravio sufrido por la parte demandante sin recurrir a una medida tan drástica como declarar la ineficacia de la partición realizada. El agravio puede repararse simplemente mediante el pago de una cantidad, tal y como se establece en el caso resuelto por la STS de 28 de septiembre de 1860. En este caso, la actora alegaba que el heredero había cobrado unos créditos que no fueron incluidos en la partición. En la demanda sólo se solicita el pago correspondiente a la parte de la demandante, lo que mantiene la validez de la partición realizada. Esta petición se efectúa a pesar de que en la demanda se declara ejercer la acción de rescisión por lesión en más de la sexta parte[572].

3.4.3. La inexistencia de la opción de evitar la rescisión mediante el pago de una indemnización.

Sorprende el hecho de que ninguna sentencia mencione la posibilidad de que el demandado pueda evitar la rescisión de la partición hereditaria mediante el pago de una indemnización. Es curioso que una facultad que actualmente se considera definitoria de la figura de la rescisión por lesión no aparezca en

---

perjudicados en dichas operaciones para defender la integridad de un derecho, por cuanto D. Pedro Valdés Quintana pudo pedir la rescisión por lesión, conforme a la ley 2ª, título 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación y doctrina de este Tribunal Supremo, consignada en sentencias de 28 de mayo y 30 de junio de 1864, pero necesitaba hacerlo en el tiempo que dicha ley fija probando la acción que hubiera alegado.

[572] *STS de 28 de septiembre de 1860, Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia*, tomo V, p. 603: *Resultando que en 11 de Octubre de 1856 acudió Doña Inés Nuñez al Juzgado de primera instancia de Castuera, y, reclamando, el perjuicio que por su ignorancia y buena fé habia sufrido en la indicada particion de bienes, dejando de incluir varios efectos y de abonarla la mitad de los créditos cobrados por el heredero, cuyo importe total escedia de la sesta parte de su haber, concluyó con la solicitud de que, siendo un motivo legal para rescindir en dicho estremo aquella operacion , se condenase a D. Manuel Nuñez à pagarla 9,464 rs., á que ascendia el perjuicio causado.* La demanda se estima en primera instancia y condena al demando al pago de dicha cantidad: *Resultando que, recibido el pleito á prueba, la dieron una y otra parte para justificar é impugnar las partidas reclamadas , y el Juez en su vista dió sentencia en 4 de Agosto de 1858 , condenando à D. Manuel Nuñez al pago de varias partidas, y á rendir cuenta de los créditos, que hubiese cobrado, pertenecientes à la testamentaría , facilitando á la Doña Inés los documentos que la correspondiesen para hacer efectiva la parte, que le tocase*.

ninguna de las sentencias mencionadas. Esta ausencia resulta especialmente sorprendente, cuando la ley que habitualmente se alega para rescindir la partición por lesión enorme de la partición hereditaria precisamente establezca esta opción del demandado. En efecto, la ley 2ª, título 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación establece a favor del demandado la posibilidad de evitar la ineficacia de la compraventa si corrige la lesión, esto es, si el vendedor paga la diferencia hasta alcanzar el valor real del bien, o si el comprador devuelve el exceso de precio recibido.

Sin embargo, queremos hacer varias consideraciones al respecto, que nos llevan a cuestionar la utilidad de la ley 2ª, título 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación para la rescisión de la partición hereditaria. En primer lugar, hemos visto que la cuantía exigida para rescindir una partición hereditaria no necesariamente debe ser en más de la mitad, sino que existe otra cuantía más: en más de la sexta parte. Por otro lado, queremos destacar nuevamente que ninguna de las sentencias examinadas hace mención de la facultad del demandado de evitar la ineficacia de la partición mediante el resarcimiento del daño. Esta omisión se explica por dos motivos alternativos e incompatibles entre sí: o bien se presupone la posibilidad de evitar la rescisión de la partición hereditaria, por lo que su referencia en la sentencia es innecesaria, como ocurre en la actualidad[573]; o bien esta posibilidad de indemnizar el daño no se recoge en las sentencias debido a que el demandado carece de esta opción.

La primera explicación parece quedar descartada por el hecho de que las sentencias de instancia que estiman la acción de rescisión por lesión de una compraventa, declaran el derecho que tiene el demandado de evitar la rescisión del contrato mediante el pago del precio justo[574]. Además, el Tribunal Supremo

[573] La STS 396/2004, de 17 de mayo (ECLI: ES:TS:2004:3327) rechaza el motivo alegado por la recurrente de que la sentencia de apelación infringe el art. 1.077 CCEsp, al no haberse reconocido y consignado en la sentencia el derecho que corresponde al demandado entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición: *El motivo se desestima. El demandado tiene la opción del art. 1.077 por imperativo legal, no depende para su ejercicio de que la sentencia se la reconozca, y el mismo lo podrá efectuar en la fase procesal que le interese, pues el precepto no indica nada al respecto.*

[574] *STS de 27 de febrero de 1858, Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia*, tomo III, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1859, p. 334: *Resultando que el Juez de primera instancia pronunció sentencia definitiva,*

por la que declaró que hubo lesion enorme en el contrato, y condenó al D. Julian Perez al pago de 2,510 rs.vn., ó á devolver á la Doña Vicenta Pousa, en representacion de sus hijos, el prado del Escoiredo, percibiendo de la misma los 2,500 rs. vn. porque lo habia comprado y el importe de las mejoras hechas de su órden en dicha finca.

STS de 18 de marzo de 1865, Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, tomo XI, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1865, p. 361: *Resultando que habiendo reproducido la Sobral la demanda de lesion enorme en la venta de 30 de mayo de 1824, recayó ejecutoria en 25 de abril de 1837 declarando que la habia probado bien y cumplidamente, condenando en su consecuencia á José Barcia y Antonio Sobral, por sí y como apoderados de los vecinos del lugar de Aranza, á que, ó bien restituyesen á la Josefa Sobral los 480 ducados precio de la venta otorgada á Juan Antonio Sobral para su yerno Francisco Lourido, marido de dicha Josefa, por cédula simple de 30 de mayo de 1824, entendiéndose rescindida, ó bien la cantidad de 2,028 reales en que consistia el esceso de mas de la mitad del justo precio, segun la tasacion del perito de los demandados y del tercero.*

STS de 21 de marzo de 1873, Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, tomo XLII, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1880, p. 108: *Resultando que seguido el pleito por sus trámites, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de este distrito, por sentencia de 15 de Abril último, confirmando en parte la del Juez de primera instancia de Piedrahita, absolvió á D. Remigio Rodriguez Solis, hoy sus testametarios, de la peticion que en primer término se dedujo en la demanda con relacion á la nulidad de la escritura de venta de 21 de Marzo de 1873; declaró que, con arreglo á la ley, es procedente la rescision de dicho contrato de venta por lesion enorme de más de la mitad del justo precio, y en su virtud condenó á los referidos testamentarios á que en el término de 15 dias paguen á Doña Inés Rodriguez Leal 242.708 pese- tas 40 céntimos, diferencia entre el precio de la venta y el verdadero valor de las cuatro fincas vendidas, o que dentro del expresado término otorguen la correspondiente escritura de rescision de dicha venta, devolviendo á la Doña Inés las fincas vendidas y recibiendo de la misma las 180.000 pesetas.*

STS de 5 de enero de 1875, *Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia*, tomo XXXI, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1875, p. 151: *Resultando que seguido el juicio por sus trámites, la Sala de justicia de la Audiencia de Puerto-Rico, por sentencia de 6 de Marzo de 1872, revocatoria de la del Juez de primera instancia, declaró con lugar la demanda establecida por D. Vicente Piccioni sólo en cuanto se refiere a la lesion enorme, y en su consecuencia condenó á la expresada Sociedad J. B. Anduce é hijos á que dentro de tercero dia restituya al comprador Piccioni 34,501 pesos 22 centavos, ó sean 172,506 pesetas 50 centimos, que es la diferencia que resulta entre el justo precio de la mencionada hacienda y el pagado por el referido Piccioni, o bien que, quedando rescindida la venta, la mencionada Sociedad admita nuevamente como suya la repetida hacienda, abonando á Piccioni los 60,000 pesos que le entregó por ella, indemnizándole además en este caso las mejoras que aparezcan hechas al tiempo de la entrega á juicio de peritos nombrados por ámbas partes, partiendo de la base que ofrece la tasacion de lo existente al tiempo de la venta, sin especial condenacion de costas de ámbas instancias.*

STS de 18 de octubre de 1879, *Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo*, tomo XLII, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1880, p. 220: *…admitida la apelacion interpuesta por Doña Inés Rodriguez Leal, á la que se adhirió D. Remigio Rodriguez Solís, por cuyo fallecimiento comparecieron en los autos sus testamentarios Don Juan García Collantes , D. José Hernandez Prieto y D. Cecilio Martin Avezuela, y sustanciada la alzada, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de este distrito dictó sentencia en 15 de Abril de 1879, por la que absolvió á D. Remigio Rodriguez Solís, hoy sus testamentarios, de la peticion que en primer término se dedujo en la demanda origen de este pleito con relacion á la nulidad de la escritura de venta de 21 de Marzo de 1873 , declaró que con arreglo á la ley es procedente la rescision de dicho contrato de venta por lesion enorme de más de la mitad del justo precio; y en su virtud, condenó al referido D. Remigio Rodriguez Solis, hoy sus testamentarios, á que paguen á Doña Inés Rodriguez Leal en el término de 15 dias de como sea firme esta sentencia , 242.708 pesetas 40 centimos, diferencia entre el precio de la venta y el verdadero valor de las cuatro fincas vendidas, ó que dentro del expresado término otorgasen la*

en su sentencia de 20 de octubre de 1880 establece como doctrina legal que la sentencia que declare la rescisión del negocio debe necesariamente manifestar el derecho del demandado a evitar su rescisión mediante el pago del justo precio[575]. Por lo tanto, tiene mayor solidez el argumento de que las sentencias omiten esta opción del demandado, porque a diferencia de lo que sucede en la actualidad, la estimación de la demanda conlleva inexorablemente la declaración de ineficacia de la partición hereditaria, lo que devuelve los bienes al estado de indivisión y obliga a las partes a realizar una nueva partición.

correspondiente escritura de rescision de dicha venta, devolviendo á Doña Inés Rodriguez Leal las cuatro fincas vendidas.

STS de 13 de mayo de 1889, Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, tomo 65, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1889, p. 704: *Resultando que en 13 de Junio de 1888 dictó la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte sentencia confirmatoria con las costas de la apelación al apelante Valcárcel, declarando haber lugar á la rescisión del contrato de compraventa comprensivo de las partes de la casa núm. 20 antiguo y 17 moderno de la calle del Barco, celebrado en 4 de Noviembre de 1881 entre D. Fernando Segundo Bustamante y D. José Valcárcel, ó en otro caso, á que éste entregue à aquél el exceso de precio que resulte entre lo entregado y el valor pericial dado al inmueble de estos autos, con deducción de cargas y gastos suplidos por el demandado D. José Valcárcel y Biale justificados debidamente, sin hacer especial condenación de las costas de primera instancia.*

Es doctrina legal del Tribunal Supremo que el remedio de la rescisión por lesión enorme tiene lugar también en las ventas que se hacen en subasta pública (STS de 12 de junio de 1863, *Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia*, tomo VIII, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1863, p. 412). Por ejemplo, conoce de la rescisión por lesión de una partición efectuada en subasta pública la STS de 31 de marzo de 1868, *Colección legislativa de España. Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, primer semestre de 1868*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1869, p. 354: *Resultando que el Juzgado de la Capitanía general en 7 de Mayo de 1862 dictó sentencia, condenando á D. Martin Ureta y consortes á qué dentro de nueve dias pagasen á la testamentaría concursada de D. Manuel Martinez Pinillos el justo precio del ingenio San Francisco Javier, que se habia justificado ser en 1856, en que tuvo lugar el remate, el de 565.137 pesos, consignando en la Escribanía la diferencia entre esta cantidad y la en que fue rematado, inclusos los aumentos; bajo apercibimiento que trascurrido dicho término sin verificar la entrega, se tendria por rescindido el remate con todas sus consecuencias.*

[575] *STS de 20 de octubre de 1880, Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo*, tomo XLIV, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1881, p. 249: *Que al omitir en la sentencia en que se estima la lesion ultra dimidium, la declaracion del derecho del comprador á adquirir la finca comprada pagando el justo precio de la misma, se infringe la ley 2ª, título 44, libro 4° del Código de Justiniano, los capitulos 3° y 6 ° del titulo 17, libro 3º de las Decretales y la ley 16, tit. 22 de la Partida 3ª, por los cuales se concede al comprador de una cosa por ménos de la mitad del justo precio el derecho de optar entre abandonar la cosa ó pagar su justo valor, declaracion esencial y consiguiente á la de existencia de la lesion.*

3.5. Las particiones excluidas de la *rescisión por lesión enorme* según el Tribunal Supremo

3.5.1. La partición judicial

La partición judicial se realiza siguiendo los trámites del *juicio de testamentaría* establecido en el tít. X de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855[576]. El juicio de testamentaría puede ser voluntario o necesario. Es voluntario cuando un coheredero, el cónyuge supérstite o el legatario de parte alícuota lo solicita; y es necesario cuando en una herencia hay personas interesadas que son menores de edad, están incapacitadas o ausentes, y cuando los acreedores lo solicitan[577].

---

[576] La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 regula este tipo de juicio en los arts. 404 a 499 LEC 1855. La actual Ley de Enjuiciamiento civil de 7 de enero de 2000 regula el procedimiento para la división de la herencia en los arts. 782 a 789 LEC, secc.1ª (Del procedimiento para la división de la herencia), cap. I (De la división de la herencia), tít. II (De la división judicial de patrimonios), del Libro IV (De los procesos especiales). La doctrina define el *proceso de división de la herencia*, como aquel procedimiento de carácter universal (afectan a una pluralidad de bienes considerados unitariamente), colectivo (exige la intervención de una pluralidad de personas interesadas) y especial (no está pensado para hipótesis generales, sino para la específica función de división de una herencia), por el que se solicita del órgano jurisdiccional competente que decrete un conjunto de actuaciones encaminadas a la conservación, intervención, administración, división y adjudicación de un caudal hereditario cuando no hay acuerdo entre los coherederos (M. J. OSTOS MOTA, «Proceso de división judicial de la herencia», en X. O'CALLAGHAN MUÑOZ (ed.) *La partición de la herencia*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 20.). La doctrina discute la naturaleza contenciosa o de jurisdicción voluntaria del procedimiento del art. 782 y ss LEC. A favor de su naturaleza contenciosa se postula la autora citada; a favor del carácter de jurisdicción voluntaria C. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La partición judicial de la herencia. Un análisis del régimen legal y su aplicación judicial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 37.

[577] *Art. 406 LEC 1855:*
Son parte legitima para promover el juicio voluntario de testamentaría:
1º. Los herederos ó cualquiera de ellos.
2º. El cónyuge que sobreviva.
3º. Los legatarios de parte alicuota del caudal, ó cualquiera de ellos.

Art. 407 LEC 1855:
Es necesario el juicio de testamentaria:
1º. Cuando los herederos están ausentes y no hay quien los represente legítimamente.
2°. Cuando los herederos son menores ó están incapacitados, bien se hallen ausentes ó presentes, si el testador no hubiere dispuesto lo contrario.
3º. Cuando uno ó varios acreedores lo solicitaren.

En virtud de la ley 2ª, tít. 19 Partida 6ª, la mayoría de edad se adquiere al cumplir los veinticinco años.

El procedimiento en ambos casos es el mismo. Se inicia mediante una *solicitud de formación de inventario, cuenta y partición del caudal*, y se siguen los trámites del *juicio voluntario de testamentaría*[578]. La ley divide el proceso que se debe seguir para la realización de la partición judicial en tres etapas: la etapa de *inventario* de los bienes a repartir, la etapa de *avalúo* de dichos bienes, y una última etapa de *división*, en la cual se procede a liquidar las deudas del causante y de la herencia, y a la formación de los lotes y su adjudicación a los coherederos. Las operaciones realizadas en cada una de estas fases deben ser aprobadas por las partes antes de pasar a la siguiente. A tal fin, antes de avanzar a la etapa consecutiva, las operaciones realizadas se exponen en escribanía durante ocho días para que los interesados puedan examinarlas, y si lo solicitan, se les otorga un plazo de quince días para manifestar su conformidad o presentar oposición a las operaciones realizadas dentro de esa etapa[579]. Esta oposición puede fundamentarse en cualquier motivo relacionado con la fase en la que se encuentre el expediente, y es resuelta por el juez tras seguir un proceso contradictorio. La resolución que se dicte en este incidente es apelable ante la audiencia provincial y recurrible en casación ante el Tribunal Supremo. Por esta razón, encontramos resoluciones de este tribunal que resuelven cuestiones relacionadas con la inclusión u omisión de bienes en el inventario[580], la

[578] Así lo dispone la ley cuando inicia la regulación del juicio necesario de testamentaria:
Art. 499 LEC 1855:
Practicadas las diligencias precisas para la seguridad de los bienes, libros y papeles, se acomodará el juicio á los trámites establecidos para el voluntario con las modificaciones siguientes…

[579] Arts. 433 a 440 LEC 1855 (periodo de inventario), arts. 453 a 466 LEC 1855 (fase de avalúo) y arts. 481 a 491 LEC 1855 (fase de liquidación y división). La ley establece un plazo de ocho días para que las partes puedan consultar los autos y, en su caso, oponerse. El Tribunal Supremo interpretó estos preceptos de la manera que hemos expuesto en la STS de 22 de mayo de 1875, *Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, segundo semestre de 1875,* tomo XXXIII, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1875, p. 124: *Considerando que habiendo pedido la entrega de los autos con la liquidacion y particion los herederos fiduciarios de D. José María Escandon dentro del término de los ocho dias, con arreglo á dicho art. 483, procedia la entrega de todo con arreglo á la ley por el nuevo y mayor término de 15 dias para que pudiesen formalizar la oposicion ó manifestar su conformidad ó devolver los autos sin despacho, como conviniese á su derecho: Considerando que la denegacion de esta entrega, á pretexto de que no habian hecho oposicion en el término de los ocho dias y aplicar á este caso los articulos 481 y 482 , que como se ha demostrado antes se refieren á otro caso distinto, es una violacion evidente del art. 483, que era el aplicable.*

[580] *STS de 26 de octubre de 1858*, *Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia*, tomo IV, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1860, p. 46; STS 26 de junio de 1871, *Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, segundo semestre del año de 1874*,

valoración de los bienes de la herencia[581], la colación de determinados gastos realizados en favor de un coheredero[582], y la manera en que se ha realizado la liquidación de deudas[583].

Cabe destacar que para formalizar la oposición no es necesario que la lesión o el agravio sea superior a la sexta parte o a la mitad. Incluso en la fase de avalúo de los bienes hereditarios, no se requiere un mínimo de diferencia entre las diferentes valoraciones para poder oponerse a la valoración realizada por los peritos en el proceso. La ley de enjuiciamiento civil únicamente requiere que la oposición a la tasación se fundamente en las siguientes causas: que se haya incurrido en un error en la cosa objeto del avalúo, o en sus condiciones y circunstancias esenciales; o que la tasación se haya realizado bajo cohecho[584].

El silencio equivale al consentimiento a las operaciones realizadas. Así, en la sentencia de 24 de mayo de 1872, el Tribunal Supremo declara que no cabe impugnar una partición judicial cuando se dejó precluir el plazo para la oposición a las operaciones realizadas sin haber manifestado nada al respecto[585].

---

tomo XXIV, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1871, p. 272; STS de 17 de marzo de 1879, *Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo*, tomo XLI, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1880, p. 338.

581 *STS de 23 de diciembre de 1858, Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia*, tomo IV, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1860, p. 110.

582 *STS de 10 de febrero de 1866, Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, segundo semestre del año 1866*, tomo XIII, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1866, p. 178.

583 *STS de 21 de enero de 1868, Colección legislativa de España. Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, primer semestre de 1868*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1869, p. 87.

584 *Art. 457 LEC 1855:*
A los avalúos hechos por peritos de nombramiento de los interesados de la manera que queda establecida, solo puede hacerse oposicion por dos causas: 1º. Por error en la cosa objeto del avalúo, ó en sus condiciones y circunstancias esenciales. 2º. Por cohecho á los peritos, ó inteligencias fraudulentas entre ellos y alguno ó algunos de los interesados para aumentar ó disminuir el valor de cualesquiera bienes. Ninguna otra reclamación será admisible contra los avalúos.

585 *STS de 24 de mayo de 1872, Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia*, *primer semestre del año de 1872,* tomo XXV, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1872, p. 588: *Considerando que cumplidos en los presentes autos los preceptos indicados, se pusieron en efecto de manifiesto por término de ocho dias la liquidacion y division á que se refieren, concluidas por los contadores, haciéndose saber*

Una vez aprobadas las operaciones de inventario, avalúo y división, ya sea porque no se ha manifestado oposición alguna o porque se haya presentado y resuelto en las diferentes instancias, la partición judicial deviene inatacable. La oposición a las operaciones realizadas debe realizarse en su momento y mediante los recursos pertinentes, siendo inadmisibles las demandas que soliciten la nulidad o rescisión por lesión enorme de una partición que ha sido realizada judicialmente y sea firme. Así lo declara el Tribunal Supremo en numerosas sentencias. Por ejemplo, la sentencia de 13 de julio de 1872[586]**,** en la que la actora solicita la nulidad de la partición judicial realizada, argumentando que se efectuó con personas que en realidad no eran herederos. Los sobrinos de la actora que intervinieron en representación de su madre fallecida, hermana de la actora y nombrada coheredera junto con ella, no tenían ningún derecho en la herencia, dado que su madre falleció antes que el causante de la herencia que se estaba dividiendo. Aunque la demanda de nulidad fue estimada en primera y segunda instancia, el Tribunal Supremo finalmente casa la sentencia porque no procede impugnar la partición que ha sido confirmada por las partes.

---

oportunamente al Procurador que la sazon representaba legítimamente á D. Casimiro Calderon, como procedia con arreglo á los artículos 13 y 16 de la mencionada ley, sin que por parte del mismo se hiciese durante dicho término, que espiró en 3 de Agosto de 1870, oposicion alguna á dichas operaciones, ni se pidiese la entrega de autos para su exámen en conformidad á lo prevenido en el art. 483. Considerando que, en virtud de tal omision y consentimiento, perdió Calderon todo derecho á impugnar las operaciones referidas, así como á oponerse á la aprobacion judicial de las mismas…

[586] *STS de 13 de julio de 1872*, *Colección legislativa de España. Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, segundo semestre del año 1872*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1872, p. 122 y 123: *Considerando que habiéndose hecho por los herederos el inventario y avalúo de todos los bienes que al óbito de Doña María Ignacia Goitia poseía ésta, sin que hubiese oposicion, y al tratar de la division de los mismos entre las hijas de la testadora se celebró la junta á que se refiere el art. 475 de la ley de Enjuiciamiento civil, la cual tuvo efecto el 10 de Diciembre de 1867, habiendo convenido las partes, entre otras cosas, en que el caudal hereditario, despues de deducidas las mandas y mejora sin distincion de procedencias, se dividiese por partes iguales entre Doña María Antonia Zuaznabar, representada por su marido D. José Manuel Franconi, y los hijos que quedaron de Doña Josefa Antonia, hermana de la anterior, representados por su padre y marido respectivamente que habia sido de ésta D. José Antonio Goitia; y respecto á la adjudicacion de bienes raíces sobre cuyo particular no hubo conformidad, autorizaron á los contadores para hacerla como creyesen procedente á derecho; cuyo acuerdo fué aprobado por auto del dia siguiente que causó ejecutoria, no han podido las partes ai los peritos contadores separarse de las bases convenidas, y conforme á las cuales habia mandado el Juez de primera instancia ejecutar la adjudicacion, es indudable que la Sala sentenciadora, al estimar la demanda de agravios propuesta con notoria inoportunidad por D. José Manuel Franconi, separándose de lo pactado en el acta judicial antes citada, ha infringido los artículos 476 y 479 de la ley de Enjuiciamiento civil , y la ley 1, tit. 1., libro 10 de la Novísima Recopilacion que á este propósito se citan en primer término en el recurso de casación.*

3.5.2. La partición extrajudicial aprobada judicialmente cuando intervienen menores de edad, incapacitados o ausentes

La partición judicial implica unos gastos en profesionales que pueden resultar muy elevados si existe una gran conflictividad entre los coherederos. Estos gastos podían llegar, en algunos casos, a consumir la propia herencia, de manera que los herederos no recibieran nada al final del proceso. Con la finalidad de evitar que esto ocurra, y proteger especialmente a aquellos que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, una disposición de 1791[587] estableció que en las particiones hereditarias en las que haya personas interesadas que sean menores de edad, están incapacitadas o ausentes, el juicio de testamentaría no será necesario si el testador ha nombrado un albacea o contador para realizar la partición. Cuando el testador haya dispuesto de esta manera, la partición realizada por el albacea o contador únicamente requiere que posteriormente sea aprobada judicialmente[588].

La persona encargada de llevar a cabo la partición tiene la obligación de presentarla a la autoridad judicial para su aprobación[589], una vez concedido un plazo a las personas interesadas para que se ratifiquen o se opongan a ella[590].

---

[587] *NR 10,21,10: Con el fin de evitar que el caudal de los pupilos y huerfanos se disipase en diligencias judiciales y en costas, que por lo comun causaban los llamados padres generales de menores, y defensores de ausentes, cuyos oficios por gravosos se han consumido en muchos pueblos del reyno, adoptó el mi Consejo el medio de conceder perrmiso á los testadores, para que luego que fallezcan, formen los aprecios, cuentas y particiones de sus bienes los albaceas, tutores ó testamentarios que señalen, como sugetos imparciales, íntegros y de su total confianza, cumpliendo despues dichos testamentarios con presentar las diligencias ante la Justicia del pueblo para su aprobacion, y que se protocolicen en los Oficios del Juzgado del Juez ante quien se presenten (…).*

[588] Tampoco se requiere la aprobación judicial cuando la partición la realiza el propio testador (J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Ley de enjuiciamiento civil*, cit., vol. III, pp. 257 y 258. Vid. también art. 1.050 LEC 1881) .

[589] Sin embargo, el Tribunal Supremo declaró que el incumplimiento de la obligación de presentar la partición para su aprobación no produce su nulidad (STS de 29 de abril de 1867, *Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia*, *primer semestre del año de 1867,* tomo III, Madrid, 1867, p. 391).

[590] *STS de 24 de septiembre de 1875*, *Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia*, *segundo semestre de 1875,* tomo XXII, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1875, p. 456: *Resultando que los testamentarios en 30 de Setiembre presentaron á la aprobacion del Juzgado las operaciones de inventario, cuenta y particion que se les mandó en auto de 18 de Julio; y acordado en otro de 9 de Octubre que se pusieran de manifiesto á los interesados por ocho dias en la Escribanía,…y arreglada por el*

Si las partes se ratifican, el juez debe dictar un auto aprobando la partición hereditaria, deviniendo la partición inimpugnable. Así lo declara la sentencia de 28 de mayo de 1864[591], en la que el actor había solicitado alternativamente la nulidad de la partición hereditaria porque no se había realizado por los albaceas nombrados por el testador. La partición se realizó extrajudicialmente y posteriormente se presentó para su aprobación judicial debido a la presencia de un menor de edad, un incapacitado y un ausente entre los ocho herederos del causante. El actor participó en el proceso y manifestó su conformidad ante los tribunales, siendo la partición finalmente aprobada por auto del juez. Por ello el Tribunal Supremo declara que el actor no puede posteriormente impugnar la partición hereditaria[592].

actuario diligencia de haber trascurrido los ocho dias por que se habian puesto de manifiesto en la Escribanía las diligencias sin que nádie hubiera opuesto nada contra ellas, se dictó por el Juzgado en 9 de Julio de 1866 auto de aprobacion, y se mandó llevar á efecto las operaciones practicadas por los testamentarios.

[591] *STS de 28 de mayo de 1864,* publicada en la *Colección legislativa de España. Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, primer semestre de 1864*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1865, p. 533: *Considerando que las operaciones de inventario, avalúo y division del caudal hereditario, hechas estrajudicialmente, bien por convenio de los interesados, bien en virtud de lo ordenado por el testador, una vez presentadas y aprobadas judicialmente, prévia audiencia y conformidad de aquellos con dichas operaciones, y mandadas protocolizar, como lo han sido las de que se trata, no son ya susceptibles de agravios que han podido esponerse y probarse á su tiempo.*

[592] Pero es posible impugnar posteriormente la partición aprobada judicialmente, si al ratificarla se reserva el derecho a emprender acciones legales, tal y como establece el Tribunal Supremo en la STS de 1 de diciembre de 1865, *Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia*, *segundo semestre del año 1865,* tomo XII, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1865, p. 406 y 408: *Resultando que aprobado el inventario por auto de 15 de marzo de dicho año, con audiencia de los interesados, … habiendo prestado su aprobacion D. Juan Presa y Huerta en representacion de su hijo, y D. Manuel Gomez en la de su esposa Doña Micaela, sin perjuicio de proponer en su dia los agravios que pudieran tener. (…) Considerando que, aunque es indudable que no puede decirse de agravios contra las operaciones de inventario, avalúo y division del caudal hereditario practicadas estrajudicialmente, una vez aprobadas por la autoridad judicial, prévia audiencia y conformidad de las partes, esta doctrina, reconocida por este Supremo Tribunal en su sentencia de 28 de mayo de 1864, no es aplicable, ni por lo tanto puede citarse como infringida en el presente pleito, ya porque la demanda no vá encaminada contra las referidas operaciones, y ya por la reserva que hicieron los interesados al conformarse con la cuenta y particion de 20 de setiembre de 1851 de deducir en tiempo oportuno cualquiera reclamacion que creyeran asistirles.*

3.5.3. La exclusión de la partición hecha por el testador se deduce de la ausencia de resoluciones sobre la rescisión por lesión enorme en esta modalidad de partición hereditaria

En el periodo objeto de estudio, que abarca desde 1839 hasta 1889, son escasas las sentencias del Tribunal Supremo dictadas en relación con una partición hereditaria hecha por el propio testador. No obstante, hemos identificado tres sentencias que versan sobre una partición hecha por el causante: la sentencia de 3 de diciembre de 1868[593], la sentencia de 7 de febrero de 1874[594] y la sentencia de 12 de julio de 1879[595]. Los tres casos se tratan de una partición de los bienes de una madre con sus hijos, en las cuales la progenitora transmite en vida la propiedad de sus bienes a cambio de la obligación de cuidarla. En ocasiones también se reserva un derecho de usufructo o impone restricciones a la disposición de los mismos. En ninguno de los tres casos se impugna la partición por considerarla que perjudica a alguno de los herederos, ni se alude a la posibilidad de rescindirla por lesión enorme. Las sentencias citadas únicamente se centran en analizar el efecto transmisivo de la partición, es decir, si los herederos han adquirido o no la propiedad a través de la partición, y si esta transmisión es revocable mediante el otorgamiento de una posterior disposición *mortis causa*.

---

[593] *STS de 3 de diciembre de 1868*, *Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia*, tomo XVIII, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1868, p. 577 y 588.

[594] *STS de 7 de febrero de 1874*, publicada en la *Colección legislativa de España. Sentencias del Tribunal Supremo, primer semestre de 1874,* Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1876, p. 232 y 233.

[595] *STS de 12 de julio de 1879, Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo*, tomo XLII, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1880, p. 73.

3.5.4. El régimen especial de la partición que perjudica a un menor de edad. La restitutio in integrum.

a) Los supuestos en que cabe el beneficio de la *restitutio in integrum*

En virtud de la ley 2ª, tít. 19 Partida 6ª, la mayoría de edad se adquiere al cumplir los veinticinco años. Hasta entonces, el menor de edad no tiene capacidad suficiente para actuar por sí mismo en una partición hereditaria porque se trata de un negocio transmisivo, similar a la compraventa y la permuta[596]. Por esta razón una persona debe actuar en su representación. En la partición judicial se le nombra un curador *ad litem* que defienda sus intereses, mientras que en la partición extrajudicial debe actuar por él un tutor, curador o su progenitor. Como el menor de edad no interviene personalmente en la partición hereditaria, la ley le concede un remedio extraordinario denominado *beneficio de restitutio in integrum*, que le permite impugnar una partición hereditaria lesiva cuando ha alcanzado la mayoría de edad. Si esta persona se considera que ha sido perjudicada por la actuación de su representante, dispone de un plazo de cuatro años a partir de la adquisición de la mayoría de edad para poder impugnar la partición[597].

[596] F. GARCÍA GOYENA; J. AGUIRRE, *Febrero. Libreria de jueces, abogados y escribanos*, cit., vol. III, p. 49.: *…aunque está prohibida al menor la división de la herencia ó cosa común sin que intervengan el decreto del juez y la autoridad de su tutor ó curador, porque es especie de enagenación…*

[597] La regulación de la figura de la *restitutio in integrum* se encuentra dispersa en diversas leyes de las Partidas: P 3,25,2; P 3,13,1; P 6,19,2; P 6,19,3; P 6,19,5; P 6,19,8. Esta última ley explica en qué consiste este remedio, P 6,19,8*: Ante quién puede el menor demandar la entrega, et qttándo et en qué manera debe seer fecha. Delante del judgador ordinario del logar debe demandar el menor restitucion et entrega de los daños et de los menoscabos que hobiese rescebudo en sus cosas por pleyto que hobiese fecho á daño de sí, ó por alguna de las razones sobredichas que dixiemos en las leyes ante desta: et el juez debe llamar ante sí la otra parte á quien face la demanda: et si fallase que el pleyto ó la conoscencia, ó el juicio sobre que demanda la entrega fue fecha á daño del menor, débelo tornar en aquel estado en que era enante, de manera que cada una de las partes hayan en salvo su derecho, asi como lo habien primeramiente. Et esta restitucion puede demandar en todo pleyto ó conoscencia que él hobiese fecho á daño de sí, ó su guardador ó su abogado. Et tal demanda como esta puede facer el menor en todo tiempo fasta que sea de edat complida de veinte et cinco años; et aun en quatro años despues deso: et non tan solamiente puede el menor facer demanda fasta este tiempo, mas aun sus herederos.*

No obstante, para ejercer este derecho no se requiere que el actor demuestre la negligencia con la que actuó su representante, sino que únicamente debe probar el daño que le ha causado la partición, así como su condición de menor de edad en el momento de la partición[598]. Es indiferente la causa que origine el perjuicio al menor de edad. Así, entre otros motivos, puede impugnarse una partición que le perjudica porque se han valorado erróneamente los bienes relictos[599], o porque se han omitido bienes en la partición[600]. En cualquier caso, es importante destacar que el beneficio de la *restitutio in integrum* no está condicionado por el importe del daño causado al menor de edad, siempre que no sea de una cantidad inmódica[601]. Esto significa que, independientemente de si el perjuicio es grande o pequeño en términos monetarios, el menor tiene el derecho de impugnar la partición, si considera que sus derechos han sido vulnerados.

---

[598] *STS de 21 de enero de 1869, Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, primer semestre del año 1869*, tomo XIX, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1869, p. 74: *Considerando que los menores de 25 años gozan del beneficio de la restitucion in integrum cuando sufren daño ó menoscabo por su liviandad ó por culpa de su guardador ó por engaño de otro, probando el daño y la menor edad cuando lo recibieron.*

[599] *STS de 6 de abril de 1866, Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, primer semestre del año 1866*, tomo XIII, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1866, p. 403; STS de 29 de abril de 1867, *Jurisprudencia civil. Colección de las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, primer semestre*, tomo III, Madrid, 1867, p. 387; STS de 15 de marzo de 1871, *Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, primer semestre de 1871*, tomo XXIII, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1871, p. 602.

[600] Es el caso de la citada STS de 21 de enero de 1869, en el que el menor de edad recibió menos de lo que le correspondía porque se consideraron como gananciales propiedades que eran privativas de su causante.

[601] *STS de 6 de abril de 1866*, *Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, primer semestre del año 1866*, tomo XIII, p. 406: *Considerando que el beneficio de la restitucion concedido á los menores de edad es procedente, segun las leyes 1.ª y 2.ª, tít. 19, Partida 6ª, siempre que se pruebe que han sufrido perjuicio, sin que sea necesario determinar su importancia; y que para probarlo no es taxativo por ninguna ley el juicio pericial.*

El Tribunal Supremo nuevamente se aparta de la doctrina de los autores, quienes consideran que para solicitar la *restitutio in integrum* el daño debe ser de cierta entidad. Así lo explica F. GARCÍA GOYENA; J. AGUIRRE, *Febrero. Libreria de jueces, abogados y escribanos*, cit., vol. III, p. 47.: *Este remedio tiene lugar aunque sea pequeña la lesion, escepto que por la restitucion de cosa ó cantidad mínima se cause perjuicio al mayor, pues entonces se le deniega; y para llamarse pequeña ó grande se debe considerar en si la cosa ó cantidad que pretende el menor que se le restituya, y no comparativamente á otra cosa ó cantidad mayor: v. gr., la lesion de 1000 rs respecto de 100,000 es pequeña, y en sí misma no lo es.*

b) El remedio de la *restitutio in integrum* tiene como finalidad la protección de los menores de edad

Es evidente el carácter protector de esta figura, basada en la premisa de que los menores pueden ser especialmente vulnerables y no tienen la misma capacidad para defender sus intereses que los adultos[602]. Por lo tanto, es justo y equitativo brindarles la oportunidad de poder impugnar una partición en la que propiamente no ha intervenido.

La *restitutio in integrum* supone un beneficio extraordinario, en el sentido de que no se reconoce a la generalidad de las personas, sino solo a aquellas que fueron menores de edad cuando se realizó la partición hereditaria. No es un remedio extraordinario en su sentido procesal, esto es, que únicamente pueda ejercitarse esta acción subsidiariamente y para el caso de que no sean posibles otras maneras de reparar el perjuicio causado al menor. Todo lo contrario, la *restitutio in integrum* debe ejercitarse con carácter preferente a las acciones de nulidad o de rescisión para impugnar una partición que perjudica a un menor[603]. Esta

[602] B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Codigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, vol. IV, 2ª ed., Librería de Sánchez, Madrid, 1871, p. 43.: *Los menores, como por su inexperiencia, están más espuestos á los fraudes, gozan de el beneficio de la restitucion en sus contratos por cualquier lesion aun sin ser enorme.*

[603] *STS de 29 de abril de 1867*, *Jurisprudencia civil. Colección de las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, primer semestre*, tomo III, Madrid, 1867, p. 391: *Considerando que aun en el supuesto de ser estas rescindibles por la expresada omision cuando proceda la reparacion de perjuicios sufridos por los menores, han de intentar necesariamente los perjudicados para obtener dicha rescision el remedio que les conceden las leyes, que es el de la restitucion in integrum, antes de haber espirado el cuadrienio legal.*

La *restitutio in integrum* también se concedía a personas jurídicas como el Estado, los municipios, y las corporaciones eclesiásticas. En estos casos, la *restitutio in integrum* sí que tenía carácter subsidiario, en el sentido de subordinación a otras vías de reparar el daño menos severas que declarar la ineficacia del negocio celebrado (STS de 14 de enero de 1864, Colección legislativa de España. Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, primer semestre de 1864, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1865, p. 26; STS de 4 de junio de 1864, ibid. p. 554; STS de 11 de julio de 1868, Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, segundo semestre del año 1868, tomo XVIII, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1868, p. 263). Curiosamente, un gran conocedor del Derecho Civil como Benito Gutiérrez Fernández, quien también participó en la elaboración del Código civil, cita estas tres sentencias del Tribunal Supremo para afirmar que la *restitutio* a favor de los menores de edad es un remedio extraordinario y subsidiario, cuando precisamente las sentencias tratan sobre demandas ejercitadas por personas jurídicas (B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Codigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, vol. I, 3ª ed., Librería de Sánchez, Madrid, 1871, p. 800. Esta obra se considerada el mejor texto universitario de la época, según indica C. PETIT, «El Código inexistente. Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX», *Anuario de Derecho Civil*, 48, 1995, p. 66.).

preferencia resulta lógica si tenemos en cuenta que la *restitutio in integrum* tiene un plazo para su ejercicio más favorable para su titular. El plazo para su ejercicio comienza a correr a partir de la mayoría de edad, mientras que el de la rescisión por lesión enorme se inicia con la realización de la partición hereditaria. Por ello, una persona que tenía dos años de edad cuando se realizó la partición perjudicial podrá impugnarla transcurridos veintitrés años después, y por tanto más allá de los cuatro años que se establecen para la rescisión por lesión enorme.

c) Los efectos de su estimación: la vuelta al estado anterior al momento de la producción del daño

La consecuencia de la estimación de esta acción es, como su propio nombre indica, la restitución a la situación anterior a la producción del daño al menor[604]. En el caso de la partición hereditaria, la estimación de la acción conlleva la ineficacia de la partición y la necesidad de realizar una nueva que no perjudique al menor[605]. Estos efectos equivalen en la práctica a la nulidad de la partición,

---

[604] *P 6,19,1: Qué cosa es entrega et á qué tiene pro. Restitutio en latin tanto quiere decir en romance como demanda de entrega que face el menor al juez, quel torne algunt pleyto ó alguna postura que ha fecho con otro á daño de sí, en el estado primero en que ante estaba, ó que revoque el juicio que fuese dado contra él, et que torne el pleyto en el estado en que era ante que lo diese. Et tiene pro esta entrega á los menores; ca por ella son guardados de daño que les podrie venir por su liviandat ó por engaño que les hobiesen fecho.*

P 6,19,8: …et si fallase que el pleyto ó la conoscencia, ó el juicio sobre que demanda la entrega fue fecha á daño del menor, débelo tornar en aquel estado en que era enante, de manera que cada una de las partes hayan en salvo su derecho, asi como lo habien primeramiente...

[605] *STS de 11 de noviembre de 1880, Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo*, tomo XLIV, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1881, p. 318: *Resultando que suministrada prueba por las partes, y sustanciado el juicio en dos instancias, dictó sentencia la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete en 7 de Junio de 1879 declarando haber lugar al beneficio de restitucion in integrum invocado por el demandante Don Miguel Fernandez de Sevilla; y consiguientemente rescindidas y sin ningun valor ni efecto las partijas hechas por la muerte de su abuela Victoria Yañez Romo entre sus herederos, …mandando que repuestas las cosas por lo concerniente á los expresados bienes vinculares al estado en que se encontraban antes de verificarse la mencionada particion*…El Tribunal Supremo confirma la sentencia y desestima el recurso de apelación.

STS de 21 de enero de 1869, Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, primer semestre del año 1869, tomo XIX, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1869, p. 73: *Resultando que practicadas las pruebas que las partes articularon, y hechas sus alegaciones, el Juez de primera instancia dictó sentencia, que revocó la Sala segunda de la Audiencia de Búrgos por la suya de 14 de mayo de 1868, en la que dejando sin efecto el auto de 6 de noviembre de 1852, que aprobó sin perjuicio de tercero la operacion de cuenta y particion practicada por los contadores y partidores de los bienes que á su defuncion dejó el General D. Martin Zurbano, declaró rescindidas dichas operaciones, y*

por ello el Tribunal Supremo declaró en la sentencia de STS de 14 de enero de 1879 que la restitución persigue el mismo fin que la nulidad de la partición, por lo que no son acciones contradictorias[606]. En este asunto, el demandante solicitaba la restitución *in integrum* de una partición extrajudicial aprobada judicialmente, alegando que se adjudicaron una serie de bienes a un coheredero porque se consideraban vinculados, cuando esta suposición era errónea y los bienes eran libres. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia dictada por la audiencia provincial, que estimó la demanda y declaró rescindida y nula la partición impugnada, ordenando que se procediera a realizar una nueva considerando como libres todos los bienes.

3.6. El Tribunal Supremo crea la figura de la *rescisión por lesión enorme* en la partición hereditaria, dejando obsoleta la legislación vigente (la ley 2ª, título 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación)

El estudio de la jurisprudencia también ha determinado que la ley citada para fundamentar la rescisión por lesión enorme de una partición hereditaria, la ley 2ª, título 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación, se encontraba superada a las puertas de la aparición del Código civil. Esta ley concede a cualquiera de las partes en un contrato de compraventa el derecho a impugnarlo y solicitar su ineficacia si existe una desproporción en más de la mitad entre el valor de las prestaciones. Además, permite al demandado la posibilidad de evitar la ineficacia

mandó que se procediera á nueva liquidacion, division y adjudicacion de los precitados bienes segun las leyes, acumulándose al haber hereditario los frutos y rentas de los bienes de la testamentaría desde el fallecimiento de la viuda usufructuaria Doña Hermenegilda Martinez, y quedando á cada una de las partes su derecho así como le tenían antes de que dichas operaciones fueran aprobadas. El Tribunal Supremo confirma la sentencia y desestima el recurso de apelación.

606 *STS de 14 de enero de 1879, Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo*, tomo XLI, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1880, p. 35: *Considerando que solicitada por el demandante la rescision de la particion de la herencia de D. Mariano Manglano, utilizando al efecto principalmente y para todo caso el remedio de la restitucion in integrum, habia necesidad de resolver si ésta era ó no procedente, y siéndolo no podia utilizarse porque en la misma demanda se pidiera tambien la nulidad de dicha particion, ya porque no son acciones contrarias, sino dirigidas al mismo fin…* En este asunto el demandante solicita la *restitución in integrum* de una partición extrajudicial aprobada judicialmente, alegando que se adjudicaron una serie de bienes a una persona porque se consideraban vinculados, cuando esta suposición era errónea y eran libres. La audiencia provincial estima la demanda y declara rescindida y nula la partición impugnada, ordenando que se proceda a realizar una nueva considerando como libres todos los bienes.

de la compraventa si corrige la lesión, es decir, si el vendedor paga la diferencia hasta alcanzar el valor real del bien, o si el comprador devuelve el exceso de precio recibido. Esta ley también se considera aplicable a la partición hereditaria, ya que dispone que puede aplicarse también a las rentas, permutas *y otros contratos semejantes*, además de las compraventas, y en esta época la partición hereditaria se concibe dogmáticamente como un negocio de transmisión similar a la permuta la doctrina.

Sin embargo, la práctica forense había desarrollado la institución jurídica de la *rescisión por lesión enorme* de la partición hereditaria al margen de esta ley, modificándola en todos sus aspectos. En las personas legitimadas para ejercer la acción de rescisión, pues a diferencia de en los contratos, estaban legitimadas activamente para impugnar la partición personas que no habían intervenido en su realización como los acreedores; en el importe exigido para la rescisión, que en la partición podía ser en más de la sexta parte según los casos; y, en fin, en las consecuencias de la rescisión por lesión, pues en el caso de una partición hereditaria no se admitía la opción de evitar su ineficacia mediante el pago de una cantidad.

4. El Código civil de 1889: la definitiva incorporación de la rescisión por lesión en la partición hereditaria, prescindiendo de la doctrina jurisprudencial, y su prohibición en la partición hecha por el testador

Los autores del Código civil tenían el encargo de elaborar el Código civil siguiendo el camino marcado por la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888. La ley establece que el Código civil debe tomar como fuente primordial el proyecto de Código civil de 1851, ya que en este se encuentran recogidas *las instituciones civiles del derecho histórico patrio* (base 1ª). En materia de sucesiones se debía *mantener en su esencia la legislación vigente*, *ordenando y metodizando lo existente* (base 15ª), regulando la partición hereditaria según la legislación vigente en aquel momento, explicada y completada por la jurisprudencia (base 18ª). Los autores del Código, en definitiva, no debían introducir cambios

significativos respecto al derecho anterior[607]. Su objetivo era recoger en un único código las leyes del derecho de Castilla, que se encontraban dispersas en varios cuerpos legales[608], y plasmarlas de manera articulada, con intervenciones puntuales destinadas a aclarar su aplicación y atendiendo a la práctica jurisprudencial de la época.

Hasta el momento de la publicación del Código civil, la ley que se citaba en los tribunales para impugnar una partición mal hecha era la ley 2ª, título 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación[609]. Como acabamos de exponer, esta norma contemplaba la posibilidad de solicitar la ineficacia del contrato de compraventa y otros contratos onerosos si existía una desproporción en más de la mitad entre el justo precio (el valor de mercado) entre las prestaciones intercambiadas, permitiendo al demandado evitar la ineficacia del contrato supliendo la diferencia hasta alcanzar el justo precio. En este apartado comprobaremos que los

---

[607] J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español.*, vol. V, 1ª ed, Imprenta de la revista y legislación, Madrid, 1896, pp. 264 y 265.: *Los autores de dicho Código recibieron con la ley de Bases de 11 de Mayo de 1888, la norma á que habían de ajustarse en la resolución de los problemas jurídicos que necesariamente se debían suscitar con motivo de la codificación. No tuvieron la misión de hacer una legislación nueva, sino que la esfera de sus atribuciones, y por lo tanto de sus trabajos, estaba reducida á más estrechos limites: á reproducir el derecho histórico, regularizando, aclarando y armonizando los preceptos de las leyes á la sazón vigentes; á recoger las enseñanzas de la jurisprudencia en las dudas suscitadas en la práctica constante de los tribunales, y á atender á las necesidades nuevas con soluciones que tuvieran fundamento científico ó precedente autorizado en las legislaciones propias ó extrañas. Donde más se fijó este criterio y se estableció como precisa la limitación indicada, fué en la materia de sucesiones…*

F. SÁNCHEZ ROMÁN, *La Codificación civil en España*, estab. tip. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1890, pp. 68 y 69.: *…todo se reduce á procurar la reproducción del Derecho anterior, expresado en forma más moderna y enriquecido y aclarado por las interpretaciones y aclaraciones de la doctrina; pero á más de esto, que constituye dentro del propósito del legislador lo esencial y fundamental del nuevo Código, había de atenderse también en su formación á las «necesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico ó un precedente autorizado en legislaciones propias ó extrañas, y obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos», es decir muy general, casi unánime, que de serlo por completo resultaría reducido el alcance de la novedad, y de serlo de una mayoría más ó menos respetable, entregaba la formación del Código al peligro de criterios innovadores, ó á hacer que sus preceptos fueran reflejo de una tendencia doctrinal de los jurisconsultos, más ó menos numerosa, pero no muy general, á no ser que dichas soluciones para nuevas necesidades, que habían de tener siempre «un fundamento científico ó un precedente autorizado en legislaciones propias ó extrañas, resultaran bastante justificadas, en vista de las exposiciones de principios ó de método hechas en la discusión de ambos Cuerpos colegisladores».*

[608] Es significativo en este sentido el título de la obra de P. GOROSÁBEL, *Redacción del Código civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nación*, cit.

[609] La ley *Maioribus* no se recoge ni en las Partidas ni en la Novísima Recopilación.

redactores del Código civil únicamente consideraron la regulación de la rescisión por lesión contenida en el Proyecto de Código civil de 1851, lo que supuso una innovación respecto a la legislación vigente (la ley 2ª, título 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación), y desatendieron la jurisprudencia del Tribunal Supremo desarrollada a partir de dicha norma.

4.1. El Anteproyecto de 1882-1888 permite la rescisión por lesión de la partición hereditaria siguiendo al Proyecto de Código civil de 1851

Los miembros de la sección de lo civil de la *Comisión General de Codificación*, encargada de elaborar el primer Código civil español[610], prepararon una serie de cuadernos con las distintas partes del futuro Código. Estos cuadernos estaban destinados al estudio y debate posterior en sus reuniones[611]. La consulta de estos documentos es de gran interés, ya que al final de cada artículo del Anteproyecto se incluía la referencia a la fuente normativa que había inspirado dicho artículo, proporcionando así información sobre el origen y el sentido de los preceptos del actual Código civil[612]. Se ha constatado[613] que la fuente más citada es el Proyecto de Código civil de 1851, lo cual es natural, dado que la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 ordenaba utilizarlo como fuente primordial porque en él se recogían *las instituciones civiles del derecho histórico patrio* (Base 1ª).

El Anteproyecto de Código civil de 1882-1888 contempla la rescisión por lesión de la partición hereditaria en la sección 4ª (*De la rescisión de la partición*),

---

610 La Real Orden de agradecimiento de 8 de diciembre de 1888 (Gaceta de Madrid núm. 344 de 9 de diciembre de 1888) da la lista completa de los que redactaron el Código civil formando parte de la sección civil de la Comisión General de Codificación: Manuel Alonso Martínez; Francisco de Cárdenas; Salvador Albacete y Albert; Germán Gamazo y Calvo; Hilario Igón y del Roist; Santos de Isasa; José María Manresa; Eduardo García Goyena (hijo de F. García Goyena).

611 M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El Anteproyecto del Código civil en 30 de abril de 1888», *Anuario de Derecho Civil*, 1960. relata que en 1960 descubrió un ejemplar de los cuadernos correspondientes al Libro III (*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*) y Libro IV (*De las obligaciones*). Estos cuadernos se pueden consultar en J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española. Codificación civil: génesis e historia del Código*, vol. 4-II, Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, pp. 39 y ss. , Apéndice VII.

612 Así también lo entiende M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El Anteproyecto del Código civil en 30 de abril de 1888», cit., p. 1.182.

613 *Ibid.*, p. 1.183.

capítulo VI (*De la colación y partición*), título III (*De las sucesiones*) del libro III (*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*). La sección se compone de nueve preceptos, los arts. 1.090 a 1.098 APPCC 1882-1888. La lectura del Anteproyecto muestra que este reproduce la regulación de la rescisión por lesión de la partición hereditaria que establece el Proyecto de Código civil de 1851.

El precepto que abre la sección declara que las particiones pueden rescindirse por causa de violencia o dolo[614]. Se cita como fuente de esta norma el art. 1.028 del Código civil italiano de 1865. Sin embargo, resulta evidente que la referencia a este precepto es una errata, ya que dicho precepto del Código italiano trata sobre la partición hereditaria que incluye un bien inmueble gravado con un préstamo hipotecario[615]. La referencia correcta debería ser el art. 1.038 CCIt 1865, que inicia la sección dedicada a la rescisión de la partición hereditaria[616]. Este precepto separa en dos párrafos la impugnación de la partición por causa de violencia o dolo (párr. 1º) y por lesión en más de una cuarta parte (párr. 2º). A continuación, el código italiano dedica el resto de la sección a regular la rescisión por lesión de la partición hereditaria (arts. 1.039 a 1.043 CCIt 1865). El primer código civil del reino de Italia, de 1865, transcribió artículo por artículo la regulación del *Code Napoléon* de la partición hereditaria y sus motivos de impugnación, incluida la rescisión por lesión. En cualquier caso, el Anteproyecto, al establecer en el artículo que inicia la sección 4ª que las particiones hereditarias pueden impugnarse por violencia y dolo, también sigue en este punto al Proyecto de Código civil de 1851, que venía a declarar lo mismo, pero mediante la

614 *Art. 1.090 APCC 1882-1888:*
Las particiones pueden rescindirse por causa de violencia o dolo (1.028 italiano).

615 *Art. 1.028 CCIt 1865*:
Ciascun coerede, quando i beni immobili di una eredità sono gravati con ipoteca da una prestazione di rendita redimibile, può esigere che gli immobili ne sieno affrancati e resi liberi prima che si proceda alla formazione delle quote ereditarie: se i coeredi dividono l'eredità nello stato in cui si trova, il fondo gravato deve stimarsi colle medesime norme, con cui si stimano gli altri beni immobili, detratto dal valore del fondo il capitale corrispondente alla prestazione. Il solo erede nella cui quota cade questo fondo, è incaricato della prestazione medesima, coll'obbligo di guarentire i coeredi.

616 *Art. 1.038 CCIt 1865:*
Le divisioni possono rescindersi per causa di violenza o di dolo. Può altresì aver luogo la rescissione quando uno dei coeredi provi di essere stato leso nella divisione oltre il quarto. La semplice omissione di un oggetto della eredità non dà luogo all'azione di rescissione ma soltanto ad un supplemento allá divisione.

remisión a los preceptos que tratan el dolo y la violencia como vicios del consentimiento[617].

El Anteproyecto establece que la lesión que permite rescindir la partición hereditaria debe ser superior a una cuarta parte, es decir, si el valor de lo que percibe un coheredero no alcanza las tres cuartas partes de lo que debería recibir según el testamento o la ley, este coheredero perjudicado puede solicitar la ineficacia de la partición hereditaria. El Anteproyecto cita como fuente inspiradora el Proyecto de Código civil de 1851[618]. Por este motivo el Anteproyecto reproduce la regulación de la rescisión por lesión del Proyecto de Código civil de 1851 en cuanto al plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de rescisión por lesión[619]; los efectos que conlleva la estimación de la acción[620], que son la declaración de ineficacia de la partición y la posibilidad de evitarla mediante el pago de una indemnización, ya sea en dinero o en bienes; y la posibilidad de que la nueva partición no afecte a aquellos herederos que no han resultado ni beneficiados ni perjudicados en la partición impugnada[621]. El Anteproyecto cierra el paso a la acción rescisoria cuando los coherederos, después de la partición hereditaria, han resuelto sus disputas mediante un acuerdo transaccional[622]. No obstante, como novedad respecto del Proyecto de

---

617 *Art. 922 PCC1851:*
Lo establecido en los artículos 990, 991, 992 y 993, tiene tambien lugar en las particiones de herencia.

618 *Art. 1.091 APCC 1882-1888:*
Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas. (924 Proy.)

619 *Art. 1.092 APCC 1882-1888:*
La acción rescisoria por causa de lesión durará cuatro años, contados desde que se hizo la partición. (925 Proy.)

620 *Art. 1.093 APCC 1882-1888:*
El heredero demandado podrá escoger entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición.
La indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio. (926 Proy.)

621 *Art. 1.094 APCC 1882-1888:*
Si se procede a nueva partición, no alcanzará ésta a los que no tengan la obligación de indemnizar al perjudicado. (927 Proy.modif.)

622 *Art. 1.095 APCC 1882-1888:*
Cesa la acción rescisoria por lesion cuando se hubieren transigido las diferencias o dificultades a que hubiere dado lugar la partición.

1851, el Anteproyecto introduce la excepción al ejercicio de la acción del coheredero que hubiere enajenado en todo o en parte de los bienes inmuebles que le hubiesen sido adjudicados.

Un aspecto destacable de la regulación de la rescisión por lesión de la partición hereditaria es que el Anteproyecto no prohíbe expresamente aplicar este remedio a la partición realizada por el testador. No obstante, el Anteproyecto considera que esta modalidad de partición es de observancia obligatoria, que debe ser respetada, y que sólo puede ser impugnada cuando vulnera la legítima de los herederos forzosos[623].

4.2. El Código civil de 1889 también permite la rescisión por lesión en la partición hereditaria

La primera edición del Código civil se publicó en fascículos en la Gaceta de Madrid, entre el 9 de octubre y el 8 de diciembre de 1888. El texto del Código se debatió en las Cortes Generales, primero en el Senado y después en el Congreso de los Diputados. A raíz de las enmiendas y opiniones expresadas en estos debates, la Ley de 26 de mayo de 1889 (Gaceta de Madrid de 28 de mayo de 1889) ordena al Gobierno hacer una edición del Código civil, con las enmiendas y adiciones que a juicio de la Sección de lo civil de la Comisión General de Codificación sean necesarias y convenientes, según el resultado de la discusión habida en ambos Cuerpos Colegisladores. La Sección de lo civil de la *Comisión General de Codificación* cumple con este encargo y elabora una nueva edición reformada del Código civil con las enmiendas y adiciones

También cesará respecto al heredero que hubiese enajenado el todo o parte de los bienes inmuebles que le hubieren sido adjudicados. (928 Proy. adic.)

[623] *Art. 1.073 APCC 1882-1888:*
Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.
El padre que en interés de la familia quiera conservar indivisible una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos. (899 Pro.adic.)

mencionadas. Esta segunda versión del Código se publica en la Gaceta de Madrid, también por fascículos, entre el 25 y el 27 de julio de 1889[624].

El Código civil de 1889 realiza algunas modificaciones respecto de la regulación de la rescisión por lesión de la partición hereditaria en el Anteproyecto de 1882-1888. El art. 1.073 CCEsp suprime la referencia a la violencia y al dolo que contiene el art. 1.090 del Anteproyecto como causas de rescisión de las particiones hereditarias. Quizás tuvieron presente el comentario de F. García Goyena[625] cuando modificaron el contenido del art. 1.090 APCC 1882-1888, en el sentido de resultar innecesario aclarar en el precepto que la partición hereditaria, si tenía naturaleza contractual, también podía impugnarse por dolo o violencia, como cualquier otro contrato.

El Código tampoco incluye todas las causas de exclusión de la acción de rescisión por lesión que contiene el art. 1.095 del Anteproyecto. El Anteproyecto cerraba el paso a la acción rescisoria en dos supuestos: cuando los coherederos, después de la partición hereditaria, han resuelto sus disputas mediante un acuerdo transaccional, y cuando el coheredero lesionado ha enajenado todo o parte de los bienes adjudicados. En cambio, el Código civil elimina el primer supuesto[626] y sólo recoge el segundo en el actual art. 1.078 CCEsp. El Código civil también realiza algunas modificaciones menores respecto del Anteproyecto, como sustituir el término *escoger* por *optar*, al regular la posibilidad del

---

[624] La regulación de la segunda edición es idéntica a la que aparece con la misma numeración en la primera edición del Código civil; únicamente se diferencia en que en la segunda edición se separa entre comas la oración *o racionalmente se presuma* del art. 1.075 CCEsp.

[625] La primera edición del Código civil se publicó en fascículos en la Gaceta de Madrid, entre el 9 de octubre y el 8 de diciembre de 1888. El texto del Código se debatió en las Cortes Generales, primero en el Senado y después en el Congreso de los Diputados. A raíz de las enmiendas y opiniones expresadas en estos debates, la Ley de 26 de mayo de 1889 (Gaceta de Madrid de 28 de mayo de 1889) ordena al Gobierno hacer *una edición del Código civil, con las enmiendas y adiciones que a juicio de la Sección de lo civil de la Comisión general de Codificación sean necesarias y convenientes, según el resultado de la discusión habida en ambos Cuerpos Colegisladores*. La sección primera de la Comisión general de Codificación cumple con este encargo y elabora una nueva edición reformada del Código civil con las enmiendas y adiciones mencionadas. Esta segunda versión del Código se publica en la Gaceta de Madrid, también por fascículos, entre el 25 y el 27 de julio de 1889.

[626] Q. M. SCAEVOLA, *Código Civil*, cit., vol. XVIII, pp. 461 y 462. considera que el Código omite esta causa porque ya se desprende de otros preceptos del Código que la transacción posterior a la partición no puede impugnarse.

demandado de evitar la rescisión mediante el pago de la indemnización; o incluir en este mismo precepto, el art. 1.077 CCEsp, la clarificación de que si se procede a una partición, no alcanzará ésta a los que no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo, clarificación que el Anteproyecto establecía en un artículo separado, el art. 1.094 del Anteproyecto.

La publicación del Código civil español supuso la ruptura con el pasado en muchos sentidos[627], pero esta ruptura es más evidente en la figura de la rescisión por lesión de la partición hereditaria que recoge el Código civil, en relación con las figuras de la *laesio enormis* de la doctrina clásica castellana.

La rescisión por lesión que recoge el Código civil es un medio de impugnación creado por el Código civil francés de 1804. Se trata de un remedio diseñado para asegurar que haya una igualdad o equivalencia económica entre el valor del lote adjudicado a un coheredero y su cuota hereditaria. La lesión se produce en un plano *vertical*, comparando lo que el coheredero debe recibir según su cuota hereditaria con el valor efectivo del lote que se le adjudica. De esta manera, es indiferente lo que el resto de los coherederos reciban a través de la partición, ya que este remedio no está dirigido a procurar que todos los coherederos reciban igual cantidad de bienes, de igual calidad y condición[628].

El remedio de la *laesio enormis*, en cambio, permitía impugnar una partición desigual (*inaequaliter*) en la que un coheredero recibía más de la mitad del valor total de lo que el otro recibía. Este remedio, por tanto, no se preocupaba por que existiera una equivalencia económica entre la cuota hereditaria y el lote adjudicado, sino de que, en una partición en la que los herederos eran llamados a suceder por partes iguales recibieran, sin embargo, bienes de distinta calidad y condición. La lesión se produce en un plano *horizontal*, comparando el valor

[627] Basta con leer la Disposición Final del Código civil, el art. 1.976 CCEsp:
Quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código, y quedarán sin fuerza y vigor, así en su concepto de leyes directamente obligatorias como en el de derecho supletorio. Esta disposición no es aplicable a las leyes que en este Código se declaran subsistentes.
[628] C. DEMOLOMBE, *Traité des Successions*, cit., vol. V, pp. 482 y 483; F. LAURENT, *Cours élémentaire de Droit Civil*, cit., vol. II, p. 129; M. PLANIOL; G. RIPERT, *Traité élémentaire de Droit Civil*, cit., vol. III, p. 630.

del lote adjudicado a un coheredero con el valor del lote adjudicado a otro coheredero.

4.3. El Código civil de 1889 prescinde de la jurisprudencia en su regulación de la rescisión por lesión de la partición hereditaria

La novedad de la rescisión por lesión de la partición hereditaria que recoge el Código civil también se evidencia al compararla con la doctrina del Tribunal Supremo dictada antes de su publicación.

La *rescisión por lesión enorme* de la jurisprudencia decimonónica del Tribunal Supremo constituye un recurso general para impugnar particiones mal realizadas a causa de un fallo en el proceso de elaboración de la partición hereditaria, lo que genera un agravio. Cualquier fallo puede sustentar el ejercicio de esta acción, ya sea en la fase de inventario, avalúo, liquidación, división o adjudicación. También es indiferente si el fallo fue causado dolosamente o por error. El fundamento de esta acción en un agravio conlleva necesariamente una amplia legitimación activa para impugnar la partición hereditaria a cualquier persona que resulte perjudicada por su realización, ya sea un coheredero, el cónyuge viudo o un acreedor.

El importe requerido para ejercer la *rescisión por lesión enorme* varía según la modalidad de partición hereditaria, que puede ser en más de la mitad o de la sexta parte.

La estimación de la demanda conlleva inexorablemente la declaración de ineficacia de la partición hereditaria, lo que devuelve los bienes al estado de indivisión y obliga a las partes a realizar una nueva partición. No obstante, se contempla otro efecto distinto a la rescisión cuando en la partición se han omitido bienes. En este caso, si el actor lo solicita en la demanda, el resultado de la estimación de la demanda de rescisión es la condena al pago de una cantidad, consistente en la parte proporcional de lo que le corresponde al actor.

La amplitud de supuestos de hecho que abarca la acción de *rescisión por lesión enorme* queda compensada con la limitación de su ámbito objetivo y subjetivo. No todas las modalidades de partición pueden ser impugnadas por esta acción, ni todas las personas pueden ejercerla de la misma manera. En el ámbito objetivo, se excluyen de este remedio las particiones judiciales o aprobadas judicialmente. Respecto a las personas que pueden ejercer esta acción, se establece un régimen especial para los menores de edad. Si la partición mal hecha perjudica a una persona menor de veinticinco años, dispone de una acción específica para la reparación del agravio, la *restitutio in integrum*, que debe ejercer con preferencia respecto de la *rescisión por lesión enorme*.

En cambio, y a diferencia de esta doctrina jurisprudencial, la rescisión por lesión que regula el Código civil de 1889 protege exclusivamente el principio de que en la partición hereditaria debe haber un mínimo de equivalencia económica entre el valor del lote adjudicado y el valor de lo que le corresponde recibir a cada coheredero según su respectiva cuota hereditaria, de manera que un coheredero (no un acreedor o cónyuge viudo) puede impugnar cualquier tipo de partición (también la judicial) en la que recibe menos de las tres cuartas partes de lo que le corresponde según su cuota. El desajuste contemplado en el art. 1.074 CCEsp se origina en una valoración errónea de los bienes incluidos en la partición. Esta valoración errónea de los bienes relictos produce una lesión o perjuicio a un coheredero, consistente en que el valor de los bienes que se le adjudican es inferior al valor de lo que le corresponde por derecho.

Como novedad respecto a la práctica judicial, se establece un único importe de la lesión, en más de la cuarta parte, lo que legitima al coheredero perjudicado para impugnar la partición si no recibe al menos las tres cuartas partes de lo que le corresponde según su cuota hereditaria.

Así mismo, en el sistema del Código civil, la reparación de la lesión causada a un heredero en la partición hereditaria puede llevarse a cabo de dos maneras: mediante la realización de una nueva partición, o bien mediante la indemnización del daño. En consecuencia, el demandado tiene la opción de evitar la ineficacia de la partición hereditaria pagando al heredero lesionado la diferencia entre el

valor de su cuota y el valor de los bienes adjudicados; opción que no se contemplaba en la práctica judicial.

4.4. La novedad introducida por el Código civil de 1889: la prohibición de la rescisión por lesión de la partición hecha por el testador en el art. 1.075 CCEsp

La modificación más significativa para nuestro estudio es la inclusión del art. 1.075 CCEsp en el Código civil. Este artículo, como sabemos, prohíbe la rescisión por lesión en la partición hecha por el testador, salvo que lesione la legítima o que aparezca, o se presuma, que fue otra la voluntad del testador. No aparece en el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888, sino que fue incorporado posteriormente en la primera edición del Código civil por los mismos redactores del Anteproyecto[629]. Esta incorporación debió producirse entre los meses de abril y noviembre de 1888. Después del mes de abril, porque se considera que el Anteproyecto de Código civil ya estaba terminado el día 30 de abril de 1888, ya que una Real Orden de esa fecha invitaba a todos los miembros de la Comisión a hacer sus observaciones sobre dicho texto, concediéndoles un plazo de cuarenta y cinco días para ello[630]. La introducción del art. 1.075 CCEsp debió realizarse antes del 23 de noviembre de 1888, fecha en la que se publicaron los artículos 1.074 a 1.078 CCEsp de la primera edición del Código civil en la Gaceta de Madrid (núm. 328, de 23 de noviembre de 1888).

Las Actas de las reuniones de la *Comisión General de Codificación* posteriores a 1882 se encuentran en paradero desconocido[631], lo que imposibilita averiguar los motivos que llevaron a la comisión a incorporar el art. 1.075 en la primera edición del Código civil. Por lo tanto, solo podemos movernos en el ámbito de las

---

[629] M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El Anteproyecto del Código civil en 30 de abril de 1888», cit., p. 1.184.: *El Anteproyecto fue redactado, según ya dijimos, por la Sección de lo civil de la Comisión de Códigos; es decir, por la misma Sección que, después de la Ley de Bases, formularía el texto del Código civil vigente.*

[630] M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS considera que el Anteproyecto podría estar acabado ya en el año 1887 (*Ibid.*, p. 1.176, n. 28.).

[631] J. BARÓ PAZOS, *La codificación del derecho civil en España*, cit., p. 259, n. 231.

hipótesis. Se ha sugerido que la falta de referencia en el Anteproyecto a la particularidad de la rescisión por lesión en la partición realizada por el testador, podría deberse a que consideraban suficiente lo dispuesto en el art. 1.073 del Anteproyecto, de igual contenido que el actual art. 1.056 CCEsp –es decir, que sólo cabe impugnar la partición hecha por testador cuando no respeta la legitima de los herederos forzosos– de manera que en la primera edición del Código se incluiría este art. 1.075 CCEsp como un recordatorio de que la partición hecha por el testador sólo se puede impugnar si lesiona la legítima[632]. Sin embargo, resulta evidente que el art. 1.075 CCEsp añade otra causa de impugnación de este tipo de partición, aparte de la lesión a la legítima. Parece más lógico entender que los codificadores quisieron que constara expresamente la prohibición de rescindir por lesión la partición hecha por el testador, excepto cuando *aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador*.

En cualquier caso, no resulta correcto sustentar que la prohibición de la rescisión por lesión en la partición hecha por el testador tiene su origen en la tradición jurídica castellana[633]. La ley de Partidas presumía que las cuotas hereditarias de los coherederos eran iguales, pero el causante podía efectuar la partición hereditaria de forma desigual, de manera que un coheredero recibiera más que otro. Así, el testador podía instituir a varias personas como coherederas y, posteriormente, realizar la partición adjudicando un lote de mayor valor a uno de los coherederos, o atribuyendo los bienes de mejor condición a uno en detrimento del resto. También podía incluso no adjudicar ningún lote a un instituido coheredero, pues según el derecho de Castilla, el testador debía instituir herederos necesariamente a todos sus legitimarios, aunque posteriormente no le atribuyese ningún lote en las cláusulas particionales. La partición hereditaria tenía, por tanto, un carácter dispositivo, ya que la identidad

[632] Q. M. SCAEVOLA, *Código Civil*, cit., vol. XVIII, pp. 444 y 447.: *Y casi holgaba incluirle entre los preceptos que nos hallamos comentando [arts. 1.074 a 1.079 CCEsp], puesto que se ha declarado ya terminantemente en el art. 1.056 de este mismo tratado que cuando el testador hiciere, por acto entre vivos ó por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique á la legítima de los herederos forzosos. No está de más que, en evitación de posibles dudas, y más para los espíritus escrupulosos, se vuelva á dar otra prueba de la intangibilidad, en ciertos casos, de las particiones hechas por el mismo causante de la herencia.*

[633] Vid. supra p. 62.

de la cuota hereditaria se determinaba a posteriori en función del valor del lote adjudicado a cada coheredero.

La firmeza de la partición del causante se basaba en una norma moral arraigada en la sociedad del Antiguo Régimen, según la cual el deber de gratitud y obediencia se anteponía a la justicia del reparto de la herencia. Esto lo demuestra el hecho de que tanto J. Voet como F. García Goyena, a pesar de ser dos juristas de siglos y países diferentes, coincidan en considerar como un acto de ingratitud impugnar la disposición que un tercero graciosamente le concede. Si un causante instituía herederas a varias personas que no eran parientes del disponente, y efectuaba una partición hereditaria desigual, de manera que uno recibía un importe considerablemente mayor que otro, el que recibía de menos no podía impugnar la partición hereditaria. Socialmente se consideraba reprobable solicitar al juez que deshiciera la partición realizada, argumentando que no era justa ya que el perjudicado debería recibir una parte igualitaria de la herencia según la ley. Esta actitud se percibía como contraria a la voluntad de quien te había favorecido al nombrarte sucesor sin tener obligación legal alguna. Además, si el beneficiario era hijo del causante, a la ingratitud se le añadía la falta de respeto hacia la autoridad paterna, una actitud peligrosa que podía provocar que la herencia se consumiera en pleitos. Esta mentalidad se aprecia claramente en las particiones testamentarias analizadas en el capítulo anterior, donde el testador ordena a los hijos que *obedezcan* sus preceptos, y que en caso contrario, si alguno desobedece lo dispuesto y acude a los tribunales, será sancionado con la desheredación, y los bienes del *desobediente* pasarán al resto de los herederos que hayan sido *obedientes*[634]*.*

Sin duda, estos mismos valores existían en otras sociedades europeas, como la francesa y la italiana, y el ambiente de la época les era propicio, pues se ha señalado que los códigos civiles promulgados en la Europa liberal y burguesa del siglo XIX tendían a reforzar el patriarcado, legitimando el control del hombre sobre la esposa y los hijos. Además, la irrupción del capitalismo provocó cambios en las relaciones personales entre los miembros de la familia, que generó un

[634] Vid supra p. 199.

aumento de la autoridad del padre en el hogar[635]. Sin embargo, cuando los legisladores francés[636] e italiano[637] procedieron a la tarea de codificar su derecho propio en el siglo XIX, optaron por admitir de manera más amplia la rescisión por lesión en más de la cuarta parte de la partición hecha por el causante, y dieron prioridad a que exista una igualdad o equivalencia entre la cuota hereditaria de cada coheredero y el valor del lote de bienes adjudicado.

---

[635] J. CASSEY, *Historia de la familia*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1990, p. 231.

[636] *Art. 1.079 CCFr 1804:*
Le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué pour cause de lésion de plus du quart: il pourra l' être aussi dans le cas où il résulterait du partage et des dispositions faites par préciput, que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet.

El *Code Napoléon* fusionó bajo el concepto de *partage d'ascendants* (arts. 1.075 a 1.080 CCFr 1804) dos instituciones provenientes del antiguo derecho francés: la *démission de biens* y el *testament-partage.* Esta fusión originó gran confusión entre los juristas, pues no sabían si aplicar los principios de la partición o de la donación para resolver las dudas que surgieran. En vez de evitar los pleitos entre hermanos, la partición del ascendiente devino una fuente inagotable de pleitos, por lo que la doctrina la criticó duramente, tildándola de *regalo desastroso de nuestro legislador* (G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, cit., vol. II, p. 481.).

Los problemas que generó la figura del *partage d'ascendants* junto con el hecho de que la rescisión en derecho francés implica la nulidad de la partición, provocaron que en 1971 el legislador francés excluyera la partición del ascendiente del ámbito de la acción de rescisión por lesión, para así otorgarle mayor estabilidad (J.-P. LÉVY; A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, cit., p. 1.303.). En el año 2006 el legislador francés sustituyó la acción de rescisión por lesión por la *action en complément de part* (arts. 889 a 892 CC Fr). Esta última reforma elimina la opción que tenían los demandados entre permitir la rescisión o evitarla mediante el pago del complemento, y establece imperativamente la obligación de corregir la partición lesiva mediante el pago del importe de la lesión. La lesión, pues, ya no provoca la ineficacia de la partición, sino sólo el complemento del valor.

[637] *Art. 1.048 CCIt 1865:*
La divisione fatta dall'ascendente può essere impugnata, se dalla medesima o dalle altre disposizioni fatte dall'ascendente risulta che sia leso nella porzione legittima alcuno di quelli, fra i quali sono stati divisi i beni. Se la divisione è fatta per atto tra vivi, può altresì essere impugnata per lesione oltre il quarto a norma dell'articolo 1038.

El Código civil italiano de 1865 sólo concedía la faculta de partir sus bienes al ascendiente de los herederos, es decir, al progenitor o abuelo. Posteriormente el Código civil de 1942 reconoció la facultad de realizar la partición hereditaria de sus bienes a todo testador, no solo al ascendiente de los herederos, y eliminó la facultad de realizar dicha partición en acto inter vivos, siendo posible únicamente realizarla en testamento:
Art. 734 CCIt: Divisione fatta dal testatore.
Il testatore puo' dividere i suoi beni tra gli eredi comprendendo nella divisione anche la parte non disponibile.
Se nella divisione fatta dal testatore non sono compresi tutti i beni lasciati al tempo della morte, i beni in essa non compresi sono attribuiti conformemente alla legge, se non risulta una diversa volonta' del testatore.

5. La doctrina contemporánea del Código civil de 1889: la ruptura con la tradición jurídica castellana pasa inadvertida

Aunque la regulación de la rescisión por lesión en la partición hereditaria representó una ruptura con el pasado, su relevancia y potencial transformador no fueron inmediatamente apreciados por los contemporáneos del Código Civil de 1889. La introducción de una figura como la rescisión por lesión, aunque importante, no logró alterar la percepción dominante de que su regulación estaba en plena consonancia con el derecho castellano tradicional, y de que se trataba de un remedio dirigido a proteger la justicia en los intercambios, asegurando una partición *aequaliter* en la que cada coheredero reciba un lote con bienes de igual cantidad, calidad y condición que el del resto de los coherederos.

5.1. La ausencia de debate en las Cortes Generales sobre la nueva regulación de la rescisión por lesión en la partición hereditaria tras la publicación de la primera edición del Código civil

La segunda edición del Código civil se realiza con el fin de recoger algunas de las enmiendas y opiniones expresadas durante los debates realizados en las Cortes Generales posteriores a la publicación de la primera edición del Código civil. Tras la consulta de los diarios de sesiones de los debates parlamentarios[638], podemos constatar que ni en el Senado ni en el Congreso de los Diputados se presentó objeción alguna a la regulación de la rescisión por lesión de la partición hereditaria. De hecho, esta materia casi pasó desapercibida en los debates en las Cortes. Únicamente hemos encontrado en las actas una mención a la rescisión por lesión de la partición hereditaria, y fue en la sesión del Congreso de los Diputados del día 16 de abril de 1889. En ella el diputado D. Rodríguez San Pedro cuestiona el motivo por el cual el Código admite la rescisión de las particiones por lesión de la cuarta parte *del precio*, pero en cambio la rechaza *en*

[638] R. HERRERO GUTIÉRREZ; M. A. VALLEJO ÚBEDA (EDS.), *El Código Civil. Debates parlamentarios. 1885-1889*, Dirección de Estudios y Documentación, Servicio de Publicaciones del Senado, Madrid, 1989.

los otros contratos onerosos[639]*.* Obsérvese que el diputado califica la partición hereditaria como un contrato *oneroso*, y que la lesión se produce en una desproporción en el *precio*, lo que nos recuerda al remedio de la *laesio enormis*. El diputado considera, por tanto, la rescisión por lesión de la partición hereditaria como un remedio dirigido a procurar la justicia en los intercambios, de manera que un coheredero puede solicitar la rescisión de la partición si el valor de lo que recibe (el lote adjudicado) no equivale a lo que da (el lote adjudicado a otro coheredero).

5.2. La errónea opinión doctrinal según la cual la regulación de la rescisión por lesión de la partición hereditaria del Código civil reproduce la legislación vigente hasta el momento

La doctrina contemporánea a la aparición del Código civil consideró que el codificador cumplió su cometido y los arts. 1.074 y ss CCEsp se adecuaban a dichas bases, y por tanto, no suponían una innovación respecto al derecho anterior del Código interpretado por la jurisprudencia[640]. Por este motivo, no se

---

[639] Discurso ante el Congreso de 16 de abril de 1889 (Diario núm. 96 p. 2.579): *Yo pregunto, y aquí es donde me abismo en confusiones cuando trato de buscar el espíritu de este Código, yo pregunto: ¿por qué este Código, que admite la rescision de las particiones por lesion de la cuarta parte del precio, cuando trata de estos otros contratos onerosos rechaza la lesion de la mitad del precio, lesion no solo enorme, sino enormísima, que está equiparada al dolo en todas las legislaciones?*

[640] N. LÓPEZ R. GÓMEZ, *Tratado teorico-legal del Derecho de Sucesión, segun los precedentes históricos del Derecho de Castilla, el Código civil y las especialidades de las Legislaciones forales*, vol. II, Imprenta y librería nacional y extranjera de Andrés Martín, Valladolid, 1896, p. 265.: *Las modificaciones que el vigente Código ha venido á introducir en la materia de la partición hereditaria, no pueden ser consideradas sino bajo el punto de vista de aclaraciones de nuestro derecho anterior, en cuanto este fue el espíritu que informa la Base 18 de la Ley de 11 de mayo de 1888.*

J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., vol. V, p. 265.: *No tuvieron la misión de hacer una legislación nueva…Donde más se fijó este criterio y se estableció como precisa la limitación indicada, fué en la materia de sucesiones…*

F. SÁNCHEZ ROMÁN, *La Codificación civil en España*, cit., p. 65.: *reproduce sustancialmente, con alguna novedad de pormenores, las doctrinas del antiguo Derecho de Castilla sobre los bienes sujetos á reserva, el derecho de acrecer, la aceptación y repudiación de la herencia, el beneficio de inventario y el derecho de deliberar, la colación y la partición de la herencia.* El autor señala tres preceptos en materia sucesoria que merecen una mención especial: el primero es el que ordena respetar la partición hecha por el testador, salvo que perjudique a las legítimas, y permite al testador ordenar el pago de la legítima en dinero (art. 1.056 CCEsp); el segundo precepto es el que establece que si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, estos podrán solicitar al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de heredero (art. 1.001, párr.1º CCEsp); y el tercer precepto que merece especial atención es el que reconoce

comprendía por qué se aceptaba con amplitud la rescisión por lesión en la partición hereditaria y, por el contrario, se restringía considerablemente en el resto de contratos onerosos. Esta incoherencia, señalada por un diputado en los debates parlamentarios, también fue advertida por la doctrina[641], donde surgieron posturas favorables a excluir esta posibilidad cuando la partición la realizan personas mayores de edad, y solo permitir el remedio de la rescisión por lesión a la partición hereditaria en los mismos casos que en los contratos, es decir, cuando resulten lesionados menores de edad, incapacitados o ausentes[642].

Estas consideraciones demuestran que la doctrina relacionaba la figura de los arts. 1.074 a 1.078 CCEsp con la antigua *laesio enormis* bajomedieval, considerándola un remedio dirigido a proteger la justicia en los intercambios contractuales. Esta identificación venía favorecida por la concepción dogmática en la época en la que se publica el Código civil, y hasta bien entrado el siglo XX, de la partición hereditaria como un negocio de transmisión similar a la permuta[643]. Se considera que, al aceptar la herencia, los coherederos adquieren una cuota hereditaria sobre cada uno de los bienes del caudal relicto, lo que da lugar a que se forme una comunidad ordinaria sobre cada bien. A la titularidad exclusiva sobre los bienes adjudicados se llega a través de la partición. Esta

---

un derecho de retracto entre los coherederos, en caso de que alguno de los herederos venda a un extraño su derecho hereditario antes de la partición (art. 1.067 CCEsp).

M. PEDREGAL Y CAÑEDO, *Texto y comentarios al Código civil español*, vol. II, Imprenta de Enrique Maroto y Hermano, Madrid, 1889, p. 41.: *Las demás disposiciones, relativas á la aceptación y repudiación de la herencia, la colación y partición, son, con ligeras variantes, reproducción de nuestras antiguas leyes.*

641 M. MODESTO FALCÓN, *Código civil español, redactado por el gobierno en cumplimiento de la Ley de 11 de mayo de 1888 y publicado á virtud de autorización concedida al mismo por real decreto de 6 de octubre del mismo año*, vol. III, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1889, p. 391.: *Todos los Códigos están conformes en admitir la rescisión de las particiones durante cierto tiempo y á virtud de causas determinadas, siendo la principal la existencia de una lesión en el reparto. Los Códigos incurren en una contradicción difícil de salvar: niegan la rescisión de los contratos por causa de lesión, y admiten la rescisión de las particiones de una herencia cuando hay lesión.*

642 *Ibid.*, p. 392; M. PEDREGAL Y CAÑEDO, *Texto y comentarios al Código civil español*, cit., vol. II, p. 336.

643 J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., vol. VII, p. 557; F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil...*, cit., vol. tomo VI-3, p. 2.079; Q. M. SCAEVOLA, *Código Civil*, cit., vol. XVIII, p. 442.

implica un intercambio recíproco de las cuotas que cada coheredero tiene sobre cada uno de los bienes, excepto la que recae sobre el bien singular que quiere adjudicarse el coheredero y del cual ya es titular en parte. Por tanto, mediante la partición hereditaria, cada coheredero adquiere *ex novo* los diferentes derechos que le eran adjudicados. Es decir, cada uno de los adjudicatarios obtiene la titularidad exclusiva de los bienes relictos por dos títulos: la cuota sobre el bien que finalmente se le adjudica la recibe a título de heredero, y el resto de las cuotas que recaen sobre dicho bien a título de causahabiente del resto de coherederos.

CAPÍTULO V. ¿CÓMO INTERPRETAR A LA LUZ DEL ESTUDIO HISTÓRICO LA TERCERA EXCEPCIÓN DEL ART. 1.075 CCESP QUE PERMITE RESCINDIR POR LESIÓN LA PARTICIÓN HECHA POR EL TESTADOR?

1. Las tres excepciones a la prohibición de rescindir por lesión la partición hecha por el testador

El Código civil español asegura que, en el partición hereditaria, el valor de los bienes relictos adjudicados a cada coheredero sea equivalente al valor que le corresponde recibir en la herencia, según la cuota hereditaria dispuesta en el testamento o por la ley. Si el valor de lo adjudicado a un coheredero no alcanza las tres cuartas partes de lo que debería recibir conforme a su cuota hereditaria, el Código civil le ofrece la posibilidad de rescindir por lesión la partición realizada. De esta manera, el coheredero recibe el completo valor de su cuota hereditaria, ya sea mediante la ineficacia de la partición lesiva y la realización de una nueva, o mediante el pago de la diferencia hasta alcanzar el valor completo.

Únicamente impide rescindir por lesión la partición hecha por el testador, salvo en tres supuestos excepcionales: primero, cuando el valor del lote de bienes adjudicado sea inferior a la legítima que le corresponde a un coheredero que además sea legitimario; segundo, cuando aparezca que fue otra la voluntad del testador, es decir, cuando el propio testador autorice a los herederos a impugnar la partición si alguno de ellos resultase lesionado en más de una cuarta parte; y a falta de esta autorización expresa, cuando *racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador*.

A lo largo de nuestro estudio se ha demostrado que la prohibición de rescindir por lesión la partición hecha por el testador no puede sustentarse en precedentes normativos ni dogmáticos sólidos. También se constatado que la libertad reconocida al testador para elaborar la partición hereditaria no está en

contradicción con la necesidad de que exista una equivalencia económica entre la cuota hereditaria atribuida a cada coheredero y el valor del lote que se le adjudica. Así, la doctrina y la jurisprudencia entienden[644] que, cuando en la partición realizada por el testador existe una contradicción entre las cláusulas de disposición y de partición, o bien se corrige la cuota hereditaria adaptándola al valor de lote adjudicado al heredero en las cláusulas de partición (en el caso de una partición testamentaria), o bien el valor del lote se debe corregir y ajustar a la cuota hereditaria establecida en las cláusulas de disposición (en el caso de una partición extratestamentaria). Esta solución ha sido, además, positivizada en los ordenamiento civiles aragonés, catalán y navarro[645].

Estas consideraciones justifican una interpretación extensiva del tercer supuesto en que el Código civil permite rescindir por lesión la partición hecha por el testador: cuando *racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador*, es decir, cuando pueda presumirse una voluntad del testador favorable a la rescisión por lesión. La interpretación que proponemos a continuación se basa, por un lado, en las enseñanzas obtenidas del análisis del origen histórico de la rescisión por lesión y de los precedentes de su regulación; y, por otro lado, en la importancia de la rescisión por lesión como remedio específicamente dirigido a reparar la falta de equivalencia económica en la partición hereditaria, cuando el valor atribuido a los bienes no refleja adecuadamente su valor real.

2. Los supuestos en que cabe presumir racionalmente una voluntad favorable del testador a la rescisión por lesión de su partición

2.1. Cuando en la partición exista una falta de equivalencia en más de la cuarta parte entre la cuota hereditaria y el lote adjudicado, debido a una errónea valoración de los bienes

Se *presume racionalmente* que el testador ha querido que la partición se rescindiera por lesión cuando ha creído que los lotes que configuraba tienen un

[644] Vid supra pp. 131 y ss

[645] Vid supra p. 138.

valor económico equivalente a la cuota hereditaria de cada coheredero. Sin embargo, a causa de una errónea valoración de los bienes que reparte, cuando la partición deviene efectiva, esto es, cuando fallece el causante y se abre la sucesión, el valor total del lote adjudicado a uno de los coherederos no alcanza a cubrir las tres cuartas partes de lo que debería recibir según su cuota hereditaria.

Compartimos la opinión de los autores[646] que defienden la pertinencia de la acción de rescisión por lesión cuando el testador incurre en un error sobre el verdadero valor de los bienes. Este remedio se impone a la anulabilidad porque el Código civil ofrece un tratamiento especial el error en la partición hereditaria, siguiendo la estela iniciada por el Código civil francés de 1804 y el Proyecto de Código civil español de 18511, donde ambos diferenciaban el dolo y la violencia de la rescisión por lesión, como motivos de impugnación de una partición hereditaria.

Es indiferente que el error haya recaído en la sustancia o cualidades del bien, ya que lo determinante para poder rescindir por lesión la partición es la diferencia *ultra quartum* entre cuota hereditaria y valor total del lote adjudicado. Separar ambos tipos de error daría lugar a un resultado final poco coherente, ya que lesiones de menor trascendencia (esto es, inferiores a la cuarta parte) desencadenarían la ineficacia de la partición, mientras que lesiones en más de la cuarta parte podrían ser reparadas mediante el pago del complemento[647]. De hecho, el origen de la lesión supone un error sobre uno de los aspectos más importantes cualidades que puede tener un bien, esto es, su valor en cambio[648].

---

[646] M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.525; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.745; M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia...», cit., p. 518; P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Art. 1.075 CC», cit., p. 1.371; R. M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, cit., vol. II, p. 439; T. RUBIO GARRIDO, *La partición de la herencia*, cit., p. 460.

[647] M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.522.

[648] F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, cit., vol. tomo III, p. 194., si bien se refiere a la lesión en los contratos, no considera el error que origina la lesión como un tipo de error distinto del error que causa la anulación un contrato: *¿la lesión, acusa la presencia de una nueva causa de un motivo distinto de los hasta aquí estudiados, que vician el consentimiento é influyen en la eficacia y vida del contrato? Claro es que no: á lo sumo, la lesión*

Además, el remedio de la rescisión por lesión es más respetuoso con el principio de *favor partitionis*[649], al conceder al demandado la posibilidad de evitar la ineficacia de la partición del testador mediante el pago de la diferencia de valor.

No cabe duda que supone una gran dificultad convencer al tribunal de que el testador desconocía el valor y las características de sus propios bienes. Pero la distinción que en España se realiza entre los casos de contradicción voluntaria e involuntaria entre disposición y partición, obliga a tener que demostrar la involuntariedad del testador al causar la falta de equivalencia entre cuota y lote para acudir al remedio de la rescisión por lesión. De manera que cabe rescindir por lesión la partición hecha por el testador, pero con la particularidad de que, mientras en el resto de las particiones el coheredero perjudicado únicamente debe probar el *perjuicio*, en la partición practicada por el testador debe probar el *vicio y el perjuicio*[650].

2.2. Cuando la partición exista una falta de equivalencia en más de la cuarta parte entre la cuota hereditaria y el lote adjudicado, por una modificación sobrevenida en el valor de los bienes partidos, difícilmente previsible para el testador y que no pudo conocer.

Otro supuesto en que cabe impugnar la partición del testador es cuando, en el momento de la apertura de la sucesión, un coheredero resulte lesionado debido

---

representa la idea de un error sobre una, si se quiere, de las más importantes cualidades de la cosa, que es su valor en cambio, su precio.

De ahí que entienda L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., vol. I, p. 481. que, en realidad, no existe una verdadera contraposición entre rescisión y anulabilidad, siendo más bien una decisión del legislador separar ambos regímenes de ineficacia, ya que no hay diferencias sustanciales entre ambos.

649 M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Arts. 1.073 a 1.081 CC», cit., p. 2.522.: *No se olvide, además, que la lesión puede repararse por la vía de la indemnización sin que sea necesario, como regla general, proceder a una nueva petición* (sic)*, lo que no parece admisible en el caso de la anulabilidad.*

650 Tomamos la expresión de F. HERNÁNDEZ GIL, «Sobre la ineficacia de las particiones realizadas por el comisario», cit., p. 536., si bien este autor la utiliza para contraponer la acción de rescisión por lesión con la acción de anulabilidad: …*quien proponga la acción de anulabilidad no habrá de probar más que el vicio en los elementos esenciales, el que utilice la acción rescisoria deberá probar el perjuicio que la partición le ocasiona*.

a un desajuste de más de una cuarta parte entre su cuota hereditaria y el valor total de los bienes adjudicados, provocado por causas sobrevenidas al momento de la partición[651].

La modificación en el valor de los bienes debe ser imprevista, es decir, que fuera difícilmente previsible para el testador anticipar dicha modificación[652]. Este supuesto se aplicaría, por ejemplo, si un terreno experimenta una revalorización debido a un boom inmobiliario, si las acciones sufren una variación espectacular en su valor de cotización bursátil, o si se descubren aguas termales en un solar que el testador consideraba sin valor. Con ello, se normalizaría, en el ámbito sucesorio, el reajuste de la partición proyectada para adaptarla a las circunstancias sobrevenidas con la finalidad de evitar injusticias, de igual manera que ya se tiene en cuenta en el ámbito del derecho de familia con las medidas adoptadas en un proceso matrimonial, y es la tendencia actual en el derecho de los contratos[653].

También es necesario que el causante no haya tenido conocimiento de estas variaciones o no haya tenido la posibilidad de modificar su partición[654]. De lo

---

[651] Defienden esta posibilidad en nuestro país M. ALBALADEJO GARCÍA, «Dos aspectos...», cit., pp. 958 y 959; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Art. 1.075 CC», cit., p. 7.840; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.745; P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Art. 1.075 CC», cit., p. 1.371.

[652] L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., p. 128; G. GALICIA AIZPURÚA, «Art. 1.074 CC», cit., p. 1.746.

[653] Sobre la tendencia europea a la positivización de la denominada cláusula *rebus sic stantibus*, vid. CH. MOLL DE ALBA LACUVE, «La modificación de los contratos por cambio de circunstancias en España y en otros ordenamientos europeos», en V. PÉREZ DAUDÍ, I BARRAL VIÑALS, CH. MOLL DE ALBA LACUVE (eds.) *La modificación de los contratos por alteración imprevista de las circunstancias. La cláusula rebus sic stantibus. Aspectos sustantivos, mediación y cuestiones procesales*, Ed. Atelier, Barcelona, 2022, p. 13 a 29.

Es fundamental la STS 333/2014, de 30 de junio (ECLI:ES:TS: 2014:2823), de la que fue ponente F.J. ORDUÑA MORENO, en la que se defiende la necesidad de normalizar la posibilidad de revisar un contrato en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, con base en el principio de conmutatividad del negocio jurídico y en el principio de la buena fe contractual.

Vid al respecto las siguientes obras de F.J. ORDUÑA MORENO: «La cláusula "rebus sic stantibus" y la crisis derivada del coronavirus"», *Aranzadi digital*, nº 1/2020 parte Estudios y comentarios, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2020; *Cláusula rebus y modernización del derecho contractual: tratamiento doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2020.

[654] Por ejemplo, por padecer el testador un grave deterioro cognitivo con posterioridad a la realización de la partición.

contrario, cabría entender que su voluntad era que la partición se mantuviera, ya que si el testador tuvo ocasión de conocer tales circunstancias, bien pudo haber variado la partición para ajustarla a ellas. Si no lo hizo, es de presumir que quería que la partición se mantuviera pese a los cambios[655].

3. Los supuestos en que no cabe presumir la voluntad favorable del testador a que los coherederos rescindan por lesión su partición

Si el testador desea evitar que los herederos impugnen su partición, puede prohibir expresamente que se rescinda por lesión o manifestar su voluntad de que sus herederos la cumplan en todo caso. También puede disponer que, en el caso de que el heredero sea hijo o descendiente, las diferencias de valor en el lote adjudicado a un coheredero se imputen al tercio de mejora o al de libre disposición. Finalmente, puede evitar la rescisión por lesión efectuando una partición sin establecer previamente en las cláusulas de disposición la parte que corresponde recibir a cada coheredero, de modo que esta se determine a posteriori según el valor del lote adjudicado.

3.1. Cuando el testador dispone los medios para corregir la falta de equivalencia económica entre la cuota hereditaria y el lote adjudicado

No cabría rescindir por lesión la partición del testador en que exista un desajuste en más de una cuarta parte entre la cuota hereditaria y el valor total del lote adjudicado, cuando el testador dispone el abono de las diferencias en metálico o que se entiendan dichas diferencias como mejoras o legados impuestos a favor de quienes resulten favorecidos con estas diferencias de valor. En ambos casos, la rescisión se evita de la manera que establece el propio testador: en el primer caso, mediante el pago de la indemnización, y en el segundo, mediante la propia voluntad dispositiva, que ordena corregir la cuota hereditaria o simplemente otorgar un legado al favorecido en la cuantía que constituye la diferencia.

---

[655] Así lo entiende L. COSTAS RODAL, *La ineficacia...*, cit., p. 128.

3.2. Cuando el testador prohíbe la intervención judicial en su herencia

Otro supuesto en que tampoco cabe impugnar la partición hecha por el testador es cuando este prohíbe expresamente la intervención judicial en su herencia[656]. El Código civil admite esta posibilidad, exceptuándola únicamente en los casos en que se impugna por una causa de nulidad [657]. De esta manera, la prohibición no surtiría efecto si se impugna la partición porque se han incluido bienes gananciales, o si la partición se ha realizado sobre la base de un testamento que no cumple con las formalidades legales o se haya revocado. Por tanto, el coheredero que recibe menos de las tres cuartas partes de lo que debería recibir según su cuota hereditaria no podrá solicitar la rescisión por lesión de la partición si la partición no incurre en ninguna causa de nulidad.

El Tribunal Supremo ha reconocido la validez de esta prohibición que cierra la posibilidad de que los herederos impugnen las cláusulas particionales ordenadas por el testador, incluso si la prohibición va acompañada de la sanción de perder total o parcialmente de su derecho en la herencia para aquel heredero que la contradiga y acuda a los tribunales de justicia[658]. Si la partición hecha por el

---

[656] Lo entienden también así C. GARCÍA PÉREZ, *La rescisión de la partición hereditaria. Notas a los artículos 1073 a 1078 del Código Civil*, cit., p. 55; T. RUBIO GARRIDO, *La partición de la herencia*, cit., p. 576.

[657] *Art. 675, párr. 2º CCEsp:*
El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley.

[658] STS 838/2013, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2014:5816): *En efecto, conceptualmente analizada, y pese a su usual redacción bajo una formulación de sanción, la cautela socini, al amparo de la voluntad del testador como eje vertebrador de la ordenación dispuesta (STS de 6 de mayo de 2013 , núm. 280/2013) no constituye un fraus legis (fraude de ley) dirigido a imponer una condición ilícita (coacción) o gravamen directo sobre la legítima (813 del Código Civil), pues su alcance en una sucesión abierta y, por tanto, diferida, se proyecta en el plano del legitimario configurada como un derecho de opción o facultad alternativa que, sujeta a su libre decisión, puede ejercitar en uno u otro sentido conforme a sus legítimos intereses, esto es, ya aceptando la disposición ordenada por el testador, extremo que ya le sirve para calcular la posible lesión patrimonial de su derecho hereditario, o bien ejercitando la opción de contravenir la prohibición impuesta por el testador y solicitar la intervención judicial en defensa de la intangibilidad de su legítima, decisión que le llevará a recibir únicamente lo que resulte de su legítima estricta, acreciendo el resto a los legitimarios conformes. Libertad de decisión que, en suma, una vez abierta la sucesión puede llevar, incluso, a la propia renuncia de la herencia ya diferida. Desde el plano conceptual señalado no se observa, por tanto, que la potestad dispositiva y distributiva del testador infrinja el límite dispositivo que a estos efectos desempeña la función de la legítima, pues la opción que necesariamente acompaña la configuración testamentaria de esta cautela, determina la salvaguarda de su esencial atribución patrimonial en la herencia, es decir, su derecho a recibir la legítima estricta. Obsérvese, que en el ámbito particional se alcanza la misma*

testador asigna a cada coheredero legitimario como mínimo lo que le corresponde por legítima, el coheredero que reciba menos de las tres cuartas partes de lo que debería recibir según su cuota hereditaria no podrá solicitar la rescisión por lesión de la partición.

3.3. Cuando el testador manifiesta su voluntad de que la partición se cumpla en todo caso

El testador puede asegurar que su partición no produzca ningún conflicto entre sus coherederos, si es esa su intención, manifestando su voluntad de que todas sus operaciones particionales se cumplan y que los herederos pasen por ella. Esta manifestación provoca que no pueda presumirse racionalmente una voluntad favorable a la rescisión por lesión y, por tanto, que no se aplique la tercera excepción del art. 1.075 CCEsp. Un ejemplo lo encontramos en la STS 31/2008, de 29 de enero (ECLI:ES:TS:2008:327), donde la testadora manifiesta que ha sido su intención realizar la partición de la manera más justa y equitativa, y que por ello los herederos debían respetarla sin modificación alguna, aunque existiera alguna diferencia de valor[659]. El Tribunal Supremo interpretó que de esta manifestación no cabía deducir la voluntad de la testadora de que sus herederos le sucedieran en partes iguales y, por tanto, que aquel que reciba un lote de menor valor pueda rescindirla por lesión.

---

conclusión cuando la partición la realice el propio testador (artículo 1056 y 1075 del Código Civil).

[659] STS 31/2008, de 29 de enero (ECLI:ES:TS:2008:327): *En la disposición sexta, la testadora explicaba así las adjudicaciones hechas a cada heredero: "La testadora ha formado las anteriores hijuelas procurando la mayor justeza y equidad, y los herederos deberán respetarlas sin modificación alguna, aunque existiera alguna diferencia de valor.- Si a pesar de la voluntad de la testadora de mantener la justicia y equidad a que se hace mención, existiera alguna diferencia de valor, los herederos deberán respetar las hijuelas realizadas por la testadora conforme a la presente disposición sin modificación alguna aún en el caso de que concurriera cualquiera de los supuestos contemplados en la disposición séptima siguiente, toda vez que ninguno de ellos ha podido ser perjudicado en su legítima en virtud de la indicada partición, y deberá cualquiera de ellos soportar, si la hubiera, por causa de las hijuelas y adjudicaciones hechas, que deberán mantenerse en todo supuesto, una menor participación en los tercios de mejora y libre disposición.*

3.4. Cuando el testador establece la cuota hereditaria de cada coheredero en las cláusulas de partición, determinándose a posteriori según el valor del lote adjudicado

La rescisión por lesión es un remedio dirigido a proteger la equivalencia entre la cuota y el valor del lote adjudicado, por ello resulta lógico que no opere en los casos en que la cuota hereditaria se determina a posteriori, en función del valor del lote adjudicado en relación con el valor de los bienes que el testador tuvo en cuenta a la hora de efectuar la partición (supuesto de *divisio inter coheredes sine partibus scriptos*). Esta opción elimina cualquier posibilidad de falta de equivalencia económica entre la cuota hereditaria y el valor del lote adjudicado: nunca habrá un desajuste ni, por tanto, una lesión que justifique su impugnación[660], ya que siempre existirá identidad entre el lote adjudicado y la cuota hereditaria, pues el valor de la primera determina la entidad de la segunda.

4. La aplicación de la interpretación defendida en esta tesis doctoral al Código civil de Cataluña

4.1. La regulación de la rescisión por lesión en la partición hereditaria del Código civil de Cataluña

La partición de la herencia no ha tenido la misma atención en el derecho civil de Cataluña que en el de Castilla, debido a la costumbre de instituir un único heredero (el *hereu* o la *pubilla*), lo que hacía innecesario acudir a la división de la herencia[661]. La ausencia de normativa propia y la falta de atención de los

[660] Así también lo entiende unánimemente la doctrina italiana: G. AMADIO, «La divisione del testatore senza predeterminazione di quote», cit., p. 261,262 y 265; P. FORCHIELLI; F. ANGELONI, *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Libro secondo-Delle Succesioni,* cit., p. 735; L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 176.

[661] A. BARRERA GONZÁLEZ, *Casa, herencia y familia en la Cataluña rural*, Ed. Alianza, Madrid, 1990, pp. 61 y 117; P. DEL POZO CARRASCOSA, «Capítulo 23. La partición», en P. DEL POZO CARRASCOSA, A. VAQUER ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA (eds.) *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, 2ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 551; C. MALUQUER DE MOTES I BERNET, «Art. 274 CDCC», en M. ALBALADEJO GARCÍA, S. DÍAZ ALABART (eds.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, vol. XXIX-3, Ed. Edersa, Madrid, 1986, pp. 511 y 512.

autores clásicos catalanes explican que el primer texto legal que contenía una regulación completa de la partición hereditaria, el *Codi de Successions*[662], fuese directamente tributario del Código civil español, consistiendo una buena parte de sus artículos en una simple traducción o resumen de los correspondientes artículos del código estatal[663]. Como consecuencia, la regulación de la partición hereditaria en el libro IV del Código civil de Cataluña, y en especial de la rescisión por lesión, es equiparable a la del Código civil español.

El Código civil catalán regula la rescisión por lesión de la partición hereditaria en dos preceptos, los arts. 464-13 y 464-14.1 CCCat[664]. De conformidad con el primer precepto, la partición hereditaria puede rescindirse por causa de lesión en más de la mitad del valor del conjunto de los bienes adjudicados al coheredero, con relación al de su cuota hereditaria, dado el valor de los bienes en el momento en que se adjudican[665]. La redacción de esta norma es más precisa que su equivalente en el Código civil español, el art. 1.074 CCEsp, pues mientras este únicamente contempla un elemento comparativo para la lesión, el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas, el precepto catalán incluye los dos elementos que debe compararse: el valor del conjunto de los bienes adjudicados al coheredero, con relación al de su cuota hereditaria.

El código catalán establece el mismo plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de rescisión por lesión que el Código civil español[666]. La norma precisa

---

662 Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña.

663 P. DEL POZO CARRASCOSA, «Capítulo 23. La partición», cit., p. 552.

664 Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. A diferencia del Código civil estatal, el código catalán no dedica un apartado específico a la ineficacia de la partición, sino que regula la rescisión por lesión, los efectos de la omisión de bienes en la partición y su realización con un heredero aparente al final de la sección dedicada a la partición hereditaria, la sección primera (*La partición*), capítulo IV (*La partición y la colación*), título VI (*La adquisición de la herencia*) del libro IV (*Sucesiones*).

665 *Art. 464-13.1 CCCat. Rescisión por lesión de la partición.*
La partición puede rescindirse por causa de lesión en más de la mitad del valor del conjunto de los bienes adjudicados al coheredero, con relación al de su cuota hereditaria, dado el valor de los bienes en el momento en que se adjudican.

666 *Art. 464-13.3 CCCat. Rescisión por lesión de la partición.*
La acción de rescisión caduca a los cuatro años de la fecha de la partición y debe dirigirse contra todos los coherederos.

que se trata de un plazo de caducidad, que se inicia desde la realización de la partición y que la acción debe dirigirse contra todos los coherederos. Se exige la constitución de un litisconsorcio pasivo necesario, porque la pretensión de la acción es dejar sin efecto una partición entera, y los efectos de cosa juzgada material de la sentencia afectan a todos los copartícipes, de manera que se evite que la partición sea eficaz para unos e ineficaz para otros[667].

Los efectos de la estimación de la acción de rescisión por lesión son los mismos que en el Código civil estatal, esto es, la declaración de ineficacia de la partición hereditaria, salvo que los demandados decidan abonar al actor el valor lesivo más los intereses contados desde la fecha de la partición[668]. El artículo parece imponer que la decisión de rectificar la partición se adopte por todos los demandados de mutuo acuerdo (*los coherederos demandados*). La exigencia de unanimidad podría justificarse en que, si alguno opta por realizar nueva partición, será necesario que todos restituyan los bienes adjudicados para proceder al nuevo reparto. No obstante, resulta lógico que cualquier codemandado interesado en impedir la rescisión, pueda rectificar unilateralmente la partición sin necesidad de acuerdo común con los demás demandados, ya que lo que se busca es reparar la lesión[669]. En todo caso, la exclusión del art. 1.078 CCEsp es acorde con lo que el código catalán prevé para las acciones en que se reclama la ineficacia de los testamentos y de las disposiciones testamentarias. En este sentido, el código catalán[670] impide el ejercicio de la acción de nulidad a las personas legitimadas que, conociendo la posible causa de nulidad, admiten la validez del testamento o de la disposición testamentaria después de la muerte del testador, lo ejecutan voluntariamente o renuncian a la acción.

---

[667] P. GÓMEZ CLAVERÍA, «Artículo 464-13 CCCat», cit., p. 1.387.

[668] *Art. 464-14.1 CCCat. Rectificación de la partición.*
Los coherederos demandados en ejercicio de una acción de rescisión pueden evitarla si rectifican la partición abonando al perjudicado, en dinero, el valor lesivo, más los intereses contados desde la fecha de la partición.

[669] P. GÓMEZ CLAVERÍA, «Artículo 464-13 CCCat», cit., p. 1.390.

[670] *Art. 422-3.3 CCCat. Acción de nulidad.*
No pueden ejercer la acción de nulidad las personas legitimadas que, conociendo la posible causa de nulidad, admiten la validez del testamento o de la disposición testamentaria después de la muerte del testador, los ejecutan voluntariamente o renuncian a la acción.

El Código civil catalán no contiene, en materia de rescisión por lesión de la partición hereditaria, un precepto como el art. 1.078 CCEsp, que excluya la legitimación para interponer la acción rescisoria al heredero que consienta tácitamente la partición. Ello ha sido valorado positivamente ante la imprecisión de la norma estatal, ya que la interpretación de lo que consista *una parte considerable* o *enajenación* genera inseguridad jurídica, y no necesariamente los bienes inmuebles han de ser de mayor valor en una herencia[671].

4.2. El elevado importe de la lesión para poder rescindir por lesión la partición hereditaria

Se aprecia que el umbral de la lesión para rescindir la partición es más elevado que el establecido por la norma estatal, pues en el Código catalán es de más de la mitad. Este umbral, en más de la mitad, ya lo establecía el *Codi de Successions*, que lo elevó para armonizarlo con el que se exige en los contratos onerosos[672]. Sin embargo, existe división de opiniones en la doctrina catalana sobre la pertinencia de equiparar el importe de la lesión en los contratos onerosos y en la partición hereditaria. Mientras algunos autores[673] consideran excesivo este umbral de la lesión en más de la mitad y contradictorio con la función especificativa que cumple la partición hereditaria, otros autores[674] consideran que este importe es adecuado, por cuanto reduce riesgos de

---

[671] Como señala J. L. MEZQUITA DEL CACHO, «Arts. 45-63 CS», en LL. JOU I MIRABENT (ed.) *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, p. 288.: *Esta desviación del CS es, a mi parecer, plausible. Por un lado, por la imprecisión en que el art. 1.078 incurre al enunciar su hipótesis ("...o una parte considerable..."), con riesgos evidentes de inseguridad jurídica y arbitrariedad decisoria; y por otro, porque dicho artículo hace un empleo no menos arbitrario de los demás factores que maneja para el diseño de su hipótesis normativa, como presuponer que la naturaleza inmueble de unos bienes es sinónima de mayor valor respecto a los muebles, cuando en multitud de casos concretos puede ser a la inversa; y la indistinción entre enajenaciones voluntarias y forzosas; o recuperables e irrecuperables; o perturbadoras y no perturbadoras de la rescisión y posterior rectificación de la partición, ya que hay enajenaciones ventajosas en cuanto a relación entre precio y valor real.*

[672] *Ibid.*

[673] P. DEL POZO CARRASCOSA, «Art. 464-13 CCCat», en *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, vol. II, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, p. 1.645; P. GÓMEZ CLAVERÍA, «Artículo 464-13 CCCat», cit., p. 1.384.

[674] J. L. MEZQUITA DEL CACHO, «Arts. 45-63 CS», cit., p. 288., refiriéndose al Código de Sucesiones.

inseguridad jurídica y litigiosidad, y refuerza el principio de *favor partitionis* o de conservación de las particiones.

4.3. La prohibición de rescindir por lesión la partición hecha por el causante

El Código catalán, de igual manera que el español, dispone que la partición hecha por el causante no puede rescindirse por lesión, salvo que este haya manifestado o sea presumible de forma clara la voluntad contraria[675].

El Código civil de Cataluña permite al futuro causante realizar la partición de sus bienes en el mismo testamento en que dispone quiénes serán sus herederos, o en un documento extratestamentario[676]. A diferencia del Código civil estatal, el precepto catalán se refiere al *causante* y no al *testador*, ya que el derecho civil catalán admite que una persona instituya herederos, no sólo en testamento sino también en el pacto sucesorio de heredamiento o *heretament*[677]. A través de este pacto, las partes acuerdan quién será el heredero de una de ellas[678]. Pero a diferencia del testamento, que puede ser modificado libremente por el testador hasta el momento de su fallecimiento, este pacto no puede ser revocado unilateralmente por ninguna de las partes, salvo que exista acuerdo entre ellas o en los casos previstos por la ley[679].

---

675 *Art. 464-13.2 CCCat. Rescisión por lesión de la partición.*
La partición hecha por el causante no puede rescindirse por lesión, salvo que haya manifestado o sea presumible de forma clara la voluntad contraria.

676 *Art. 464-4.1 CCCat. Partición por el causante.*
La partición puede hacerla el propio causante, mediante un acto entre vivos o de última voluntad y puede comprender toda la herencia, o solo una parte del caudal, o bienes concretos y determinados. El causante también puede establecer reglas vinculantes para la partición.

677 *Art. 411-3.1 CCCat. Fundamentos de la vocación.*
Los fundamentos de la vocación sucesoria son el heredamiento, el testamento y lo establecido por la ley.

678 *Art. 431-18 CCCat. Concepto de heredamiento.*
1.El heredamiento o pacto sucesorio de institución de heredero confiere a la persona o personas instituidas la calidad de sucesoras universales del heredante con carácter irrevocable, sin perjuicio de los supuestos regulados por los artículos 431-13, 431-14 y 431-21.
2. La calidad de heredero conferida en heredamiento es inalienable e inembargable.

679 E. BRANCÓS I NÚÑEZ, *Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Cataluña*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 111; M. ESCUTIA ABAD, «Capítol 14. Els pactes successoris», en A. LUCAS ESTEVE (ed.) *Dret civil català. vol. III. Dret de Successions*, J. M. Bosch, Barcelona, 2010, pp. 346 y ss; LL. PUIG I FERRIOL, «Capítol XXII. Els pactes successoris (II)», en E. ROCA

4.4. Las excepciones a la prohibición: la posibilidad de impugnarla cuando el causante haya manifestado o sea presumible de forma clara la voluntad contraria

Se aprecia la similitud de este precepto con su equivalente en el Código civil español, el art. 1.075 CCEsp, si bien lo mejora, pues sustituye la expresión *que aparezca que fue otra la voluntad del testador* por *que haya manifestado su voluntad contraria*. Con ello se aclara que el causante puede permitir que se impugne la partición por lesión en más de la mitad si manifiesta que esa es su voluntad. Se evita también que pueda entenderse que la otra voluntad del causante consista en la voluntad manifestada en las cláusulas de disposición, esto es, la manifestación del causante de que varias personas le sucedan a título de herederos, y que cada uno le suceda en determinadas partes, iguales o desiguales.

Cabe indicar que en Cataluña la lesión de la legítima no se contempla en el precepto que establece la exclusión de la rescisión por lesión. En el sistema sucesorio catalán, la legítima se puede pagar en dinero, incluso extrahereditario, por lo que la partición es neutra o inocua en relación con el pago de la legítima[680]. El coheredero que reciba en la partición hecha por el causante menos de lo que por legítima le corresponde, dispone de la acción de suplemento de la legítima[681]. Los autores que han dedicado mayor atención a la normativa catalana de la rescisión por lesión de la partición hereditaria entienden que cabría presumir esta voluntad favorable cuando el causante comete un error en la valoración de sus

---

I TRIAS, LL. PUIG I FERRIOL (eds.) *Institucions del dret civil de Catalunya. Volum III. Dret de Successions*, 7ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 472.

[680] P. DEL POZO CARRASCOSA, «La partición de la herencia», en M.C. GETE-ALONSO Y CALERA (ed.) *División de la comunidad de bienes*, Ed. Atelier, Barcelona, 2012, p. 187.

[681] P. DEL POZO CARRASCOSA, «Art. 464-13 CCCat», cit., p. 1.648 y 1.649. En contra, A. LAMARCA I MARQUÈS, «Art. 451-10 CCCat», en J. EGEA FERNÁNDEZ, J. FERRER RIBA, L. ALASCIO CARRASCO (eds.) *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, p. 1.356., considera que cuando el heredero es legitimario no le corresponde esta acción, puesto que como heredero también debería ser parte demandada en el procedimiento, lo cual resulta ilógico. El autor entiende que al heredero legitimario solo le cabe interponer la acción de inoficiosidad de legados y donaciones (art. 451-22 CCCat).

bienes[682], y se demuestra que habría realizado la partición de otra manera de haber tenido conocimiento de esta valoración incorrecta. También están a favor de presumir esta voluntad cuando el causante elabora los distintos lotes ajustando su valor a la cuota hereditaria, pero esta equivalencia se ve alterada en el momento de apertura de la sucesión debido a una modificación imprevista en el valor de los bienes[683]. Se constata, por tanto, una mayor aceptación a la posibilidad de rescindir por lesión la partición hecha por el causante dentro de la doctrina catalana. Ahora bien, esta mayor aceptación tiene su contrapeso en el elevado importe que la ley exige para rescindir por lesión la partición hereditaria, en más de la mitad, lo que provoca que sea muy excepcional la posibilidad de rescindir la partición.

4.5. La ineficacia de la prohibición de intervención judicial en la sucesión interpuesta por el causante

El Código civil estatal permite al testador prohibir la intervención judicial en su herencia, de manera que si un coheredero no está conforme con el lote que se le ha adjudicado, no podrá impugnar la partición sino en el caso de que su valor sea inferior al que por legítima le corresponde. El Código civil catalán, por el contrario, no admite esta prohibición de no recurrir a los tribunales de justicia en relación con una herencia, disponiendo que si el testador impone tal prohibición, no producirá ningún efecto y se tendrá por no puesta[684].

Este precepto marca un cambio significativo en el ordenamiento jurídico catalán, ya que con anterioridad a esta norma la prohibición se empleaba con igual

---

[682] P. DEL POZO CARRASCOSA, «Art. 464-4 CCCat», cit., p. 1.614; J. L. MEZQUITA DEL CACHO, «Arts. 45-63 CS», cit., p. 292.

[683] P. DEL POZO CARRASCOSA, «Art. 464-13 CCCat», cit., p. 1.645; P. GÓMEZ CLAVERÍA, «Artículo 464-13 CCCat», cit., p. 1.386; J. L. MEZQUITA DEL CACHO, «Arts. 45-63 CS», cit., pp. 292 y 293; LL. PUIG I FERRIOL, «Capítol XXIX. Institució simultània d'una pluralitat d'hereus», en E. ROCA I TRIAS, LL. PUIG I FERRIOL (eds.) *Institucions del dret civil de Catalunya. Volum III. Dret de Successions*, 7ª ed, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 651.

[684] *Art. 423-18 CCCat. Condición de no impugnar el testamento.*
Si el testador impone la condición de no impugnar el testamento o de no recurrir a los tribunales de justicia con relación a su sucesión, esta condición se tiene por no formulada y no afecta en ningún caso a la eficacia del testamento ni de la institución sometida a la condición.

alcance que en el ámbito estatal. La inadmisión de la condición de no impugnar judicialmente el testamento se justifica en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que declara el artículo 24 de la Constitución Española, pues se entiende que la prohibición de impugnar conculca este derecho fundamental de acceso a la justicia[685]. En consecuencia, la prohibición de impugnar la partición hecha por el causante se considera como no puesta[686], y por tanto, si un coheredero recibe un lote de bienes cuyo valor total es inferior a la mitad de lo que le correspondería recibir según su cuota hereditaria, podrá interponer la acción de rescisión por lesión.

No obstante la ineficacia de esta prohibición, el causante puede asegurar su partición manifestando que es su voluntad que la partición se cumpla en todo caso. Con ello, aunque no impide que el coheredero perjudicado acuda a los tribunales e impugne la partición, sí crea una seria dificultad para que la acción de rescisión por lesión prospere, pues esta manifestación supone un formidable obstáculo para presumir su voluntad favorable a dicho remedio.

[685] Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, Preámbulo III: *Finalmente, con relación a la tipología legal de las condiciones, es destacable la norma, de nueva redacción, que declara ineficaz la condición de no impugnar el testamento o de no promover litigios sucesorios, condición que aparece con una cierta frecuencia en los actos de última voluntad, pero que erosiona la seguridad jurídica y coarta inadmisiblemente el acceso a la tutela judicial.*

[686] R. FOLLIA CAMPS, «Artículo 423-18 CCCat», en E. ROCA I TRIAS (ed.) *Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, Sucesiones*, Ed. Sepín, Madrid, 2011, p. 282; Á. SERRANO DE NICOLÁS, «Capítol 7. La institució d'hereu», en A. LUCAS ESTEVE (ed.) *Dret civil català. vol. III. Dret de Successions*, J. M. Bosch, Barcelona, 2010, pp. 170 y 171.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Código civil español aborda de manera específica el tratamiento del error en la partición hereditaria en la sección 4ª (*De la rescisión de la partición*), capítulo VI (*De la colación y partición*), título III (*De las sucesiones*) del libro III (*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*). Los preceptos de esta sección regulan diversas situaciones en las que puede surgir un error, como la incorrecta valoración de los bienes, la omisión de algún objeto o valor de la herencia, la preterición de un heredero y la intervención de un heredero aparente. Salvo en el último supuesto, el Código civil procura mantener la eficacia de la partición realizada, siempre que se repare el perjuicio que ha ocasionado este error. Esta reparación puede lograrse mediante la indemnización del valor de la lesión, la realización de una partición adicional o el pago de la parte correspondiente al coheredero preterido.

SEGUNDA.- La rescisión por lesión en la partición hereditaria se configura como un remedio general de impugnación aplicable a cualquier modalidad de partición, salvo cuando esta ha sido realizada por el testador. Esta amplitud contrasta notablemente con la aplicación restrictiva que el Código civil establece para los contratos. En el ámbito contractual, la rescisión por lesión solo se permite cuando el contrato causa una lesión de más de la cuarta parte a menores de edad, personas con discapacidad o declaradas ausentes, y únicamente en aquellos contratos que su representante puede celebrar sin autorización judicial, limitándose a actos de escasa importancia económica.

TERCERA.- El Código civil español configura la rescisión por lesión como una acción dirigida a proteger la equivalencia económica entre la cuota hereditaria y el valor de los bienes adjudicados a cada coheredero. El coheredero perjudicado puede solicitar la ineficacia de la partición si no recibe al menos las tres cuartas partes de lo que le corresponde según su cuota hereditaria. Este desajuste se origina cuando el valor de los bienes incluidos en la partición no refleja su valor real en el momento de la adjudicación. En cuanto a los efectos de la estimación

de la acción de rescisión por lesión, el demandado puede evitar la ineficacia de la partición hereditaria pagando al heredero lesionado la diferencia entre el valor de su cuota y el valor de los bienes adjudicados. De esta manera, la rescisión por lesión actúa como un remedio que asegura la correcta función de la partición hereditaria: la adjudicación de los bienes en conformidad con la cuota hereditaria.

CUARTA.- La doctrina sustenta la prohibición de rescindir por lesión la partición hecha por el testador en cuatro argumentos. Primero, el testador goza de una amplia libertad para realizar la partición, con la única restricción de respetar la legítima de los herederos forzosos. Segundo, esta prohibición proviene de la tradición jurídica castellana, desde el Derecho romano hasta las Partidas, que considera que la partición hecha por el testador no debe ser impugnada salvo que el testador así lo disponga. Tercero, el Código civil protege esta partición para asegurar que la voluntad del testador de evitar conflictos entre los coherederos no se vea frustrada. Cuarto, se considera que las cláusulas de partición reflejan con mayor fidelidad la verdadera voluntad del testador, al ser un acto más detallado que la designación general de herederos en las cláusulas de disposición.

QUINTA.- La libertad del testador para realizar la partición de sus bienes no es incompatible con la posibilidad de rescindirla por lesión. Cuando en la partición hecha por el testador existe una evidente contradicción entre las cláusulas de disposición y de partición, la doctrina y la jurisprudencia tienden a restablecer la equivalencia económica ajustando el valor de la cuota hereditaria al del lote adjudicado al coheredero en la partición testamentaria, y a la inversa en la partición extratestamentaria. Esta protección de los coherederos es aún más necesaria cuando el desajuste entre la cuota hereditaria y el valor del lote adjudicado no proviene de la voluntad deliberada del testador, sino de circunstancias imprevistas o errores en la valoración de los bienes. La rescisión por lesión actuaría como un remedio que asegura la equivalencia económica en la partición hecha por el testador, cuando este ya no puede corregir el desajuste.

SEXTA.- El análisis del origen histórico de la rescisión por lesión revela que la posibilidad de impugnar una partición hereditaria en virtud de la *laesio enormis* se fundamenta en el principio de justicia en los intercambios, que exige que cada parte contratante reciba un valor equivalente al que entrega. En este sentido, una partición que adjudique a cada coheredero bienes de distinta calidad y cantidad (partición *inaequaliter*) podía deshacerse si la diferencia en los lotes era superior en más de la mitad.

SÉPTIMA.- Los juristas clásicos castellanos sostienen que el causante tiene la facultad de realizar una partición *inaequaliter* y repartir su herencia entre sus hijos de manera que no todos reciban lo mismo. Afirman que sólo cabe impugnar esta partición cuando los bienes adjudicados a un heredero forzoso no cubren la legítima que le corresponde. En estos casos de reparto desigual, se considera que el hijo que ha recibido de más ha sido *mejorado*, en el sentido de que su cuota hereditaria ha sido aumentada mediante la aplicación del tercio de mejora y/o del quinto de libre disposición.

OCTAVA.- El estudio de las particiones testamentarias realizadas por D. Alonso Díaz de Montalvo (año 1496), D. Diego Calderón de la Barca (1615) y D. Juan Díez de Escobar (1750) indica que la partición hereditaria realizada por el causante conforme el antiguo Derecho de Castilla se caracteriza por determinar la identidad de la cuota hereditaria a posteriori, en función del valor del lote adjudicado a cada coheredero. Se reconoce la necesidad de llevar a cabo un estudio más exhaustivo de los archivos históricos para obtener conclusiones definitivas sobre cómo se llevaban a cabo este tipo de disposiciones durante la Edad Moderna.

NOVENA.- El Código civil francés de 1804 regula la rescisión por lesión de la partición hereditaria como un acción dirigida a proteger la equivalencia económica entre la cuota hereditaria y el valor de lo adjudicado. El coheredero que, debido a un error en la valoración de los bienes, resulta lesionado en más de la cuarta parte puede solicitar la ineficacia de la partición. No obstante, el demandado puede mantener la partición mediante el pago de la diferencia de valor hasta completar el total de lo que corresponde al perjudicado. Se observa

así una transición desde un sistema que buscaba asegurar que cada heredero recibiera un lote de bienes de igual calidad y condición que los demás herederos, hacia un sistema que se preocupa más por garantizar la equivalencia entre la cuota hereditaria y el valor del lote de bienes adjudicado a cada coheredero.

DÉCIMA.- El Código civil español de 1889 adopta el remedio de la rescisión por lesión en más de la cuarta parte del Proyecto de Código civil de 1851, el cual, a su vez, proviene del Código civil francés de 1804. La regulación de la rescisión por lesión de la partición hereditaria en el Código civil no guarda relación con la doctrina clásica castellana ni con la jurisprudencia decimonónica del Tribunal Supremo. Pese a ello, su novedad pasó desapercibida para los contemporáneos de la publicación del Código civil.

UNDÉCIMA.- El estudio de los precedentes de la rescisión por lesión ha demostrado que la prohibición en el Código civil de la rescisión por lesión en la partición hecha por el testador no tiene precedentes normativos ni doctrinales. Esta prohibición proviene del Proyecto de Código civil de 1851, donde se fundamenta en tres argumentos: la tradición, el respeto y la obediencia a los padres.

DUODÉCIMA.- Las dudas interpretativas sobre la tercera excepción del art. 1.075 CCEsp (*cuando racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador*) provocan que, salvo en el caso en que la partición vulnere la legítima del heredero o en que el propio testador haya autorizado la rescisión por lesión, sea muy arriesgado impugnar la partición hereditaria realizada por el testador cuando el valor del lote adjudicado a un coheredero no se corresponde con su cuota hereditaria. Sería recomendable considerar una interpretación extensiva de la *presunción racional de la voluntad del testador*, que amplíe las posibilidades de impugnación de la partición por lesión cuando el testador haya realizado una valoración incorrecta de sus bienes en el momento de la partición o cuando dichos bienes hayan experimentado una modificación sobrevenida en su valor entre el momento de la partición y la apertura de la sucesión, difícilmente previsible y que el testador no pudo conocer.

ANEXOS

ANEXO A: Modelo de testamento abierto

- **Título:** Modelo de testamento abierto
- **Fuente:** P. MELGAREJO, *Compendio de contratos públicos, autos de particiones, executivos y de residencias*, Imprenta de Francisco Otero, Madrid, 1791, p. 83 a 86.

En el Nombre de Dios nuestro Señor, y de la Virgen Santísima su Madre y Señora nuestra, concebida sin mancha ni sombra de la culpa original, en el primer instante de su Ser purísimo y natural. Amen.

Sépase como yo F. vecino que soy de tal parte, estando enfermo (ó sano si lo estuviere) en mi libre juicio, memoria y entendimiento natural, y creyendo como firmemente creo el Misterio de la Santísima Trinidad, Padre, Hijo y Espíritu Santo, tres personas distintas, y un solo Dios verdadero, y en lo demas que tiene, cree y confiesa nuestra Santa Madre Iglesia Romana, en cuya Fe he vivido y protesto vivir y morir; temiendome de la muerte que es natural, y deseando salvar mi alma, otorgo mi testamento en la forma siguiente: Primeramente mando y encomiendo mi alma á Dios nuestro Señor, que la crió é redimió con el inestimable precio de su Sangre y suplíco á su Magestad la lleve consigo á su Gloria para donde fue criada; y el cuerpo mando á la tierra, de que fue formado.

Item, mando, que quando la voluntad de Dios nuetro Señor fuere servido de llevarme de esta presente vida, mi cuerpo sea sepultado en tal Iglesia y sepultura, con tal forma de entierro y acompañamiento, y mi cuerpo presente el dia dé mi entierro, si fuere hora, y si no otro siguiente, se me digan tantas Misas cantadas y ofrendadas, y tantas rezadas.

Item, mando la cantidad de Misas que manda decir, en qué partes y por qué devociones. Las obras pias, ó memorias de Misas. Las deudas que le deben, ó que debe. Si es casado, con quién, quántos matrimonios ha tenido, qué hijos de cada uno; quánto caudal trajo cada muger al matrimonio; y qué dieron á sus

hijos, y qué capital sería el suyo ; si hay escrituras ó inventarios; y si ha habido multiplicados ó no; y las demas declaraciones que tuviere que hacer. Y luego asi:

E nombro por mis Albaceas Testamentarios á F. y F. vecinos de tal parte, á los quales y á cada uno in solidum doy poder que se requiere, para que de lo que mas bien parado de mis bienes vendan los que bastaren, y cumplan y paguen las mandas y legados de este mi testamento, sobre que les encargo las conciencias; y lo que obraren valga como si yo lo otorgase.

Y cumplido y pagado este mi testamento, en el remanente de mis bienes, derechos y acciones que me pertenecen, instituyo y nombro por mis legítimos é universales herederos a F.F. y F. mis hijos, para que los hayan y hereden igualmente con la bendición de Dios y mia. *Si ha dado algo á sus hijos, prosiga asi*: Trayendo á colacion, y particion lo que cada uno hubiere recibido.

Y revoco y anulo otros qualesquier testamentos y codicilos que antes de éste haya hecho por escrito, de palabra, ó en otra forma, para que no valga ni haga fe: salvo éste que ahora otorgo, que quiero que valga por mi testamento y última voluntad, por la via y forma que mejor haya lugar de derecho en cuyo testimonio lo otorgo así, en tal parte, dia, mes y año &c,

ANEXO B: Testamento abierto de D. Alonso Díaz de Montalvo

- **Nombre del testador:** D. Alonso Díaz de Montalvo
- **Fecha:** 4 de mayo de 1496
- **Localidad:** Huete (Cuenca)
- **Fuente:** F. CABALLERO, *Noticias de la vida, cargos y escritos del doctor Alonso Díaz de Montalvo*, Tip. del Colegio Nacional de Sordo-mudos y de ciegos, Madrid, 1873, p. 333 a 339.

Porque la presente vida humana es llena de miserias y valle de lágrimas, en la cual como quier que los omes muchos años vivan, se pasa como sombra, y la muerte es cierta, é toda carne es obnexia é obligada á morir, y en ella los humanos sienten grandes dolores, cuidados y trabajos, mayormente aquellos que son en diclinacion de edad, y enfermos y flacos; y conosciendo que no hay otra buenaaventuranza en esta vida, salvo haber usado y usar los omes de virtudes, sirviendo á Dios, é dejando en esta vida buenos egemplos, é olor de buena fama: E por ende, yo el Doctor Alonso Diaz de Montalvo, oidor de la audiencia d' el Rey, é su Refrendario, é d' el su Consejo, conosciendo lo suso dicho, é que en esta vida yo he errado y pecado contra la Divina Magestad, quiriendo en fin de mis dias ordenar mi anima é disponer de los bienes de fortuna, que legitimamente se pierden é desamparan al poseedor d' ellos; é quiriendo vivir y morir en la Santa fé catolica y verdadera, creyendo firmemente en la Santa Trinidad, Padre é Hijo, y Espiritu-Santo, tres personas y una divina esencia; é creyendo otrosi en los artículos de nuestra fé; contenidos en el símbolo de los apóstoles d' el Nuestro Señor, y pidiendo como pido merced á Nuestro Redentor y Salvador Jesu-Cristo, verdadero Dios y verdadero Ome, que le plega no se remembrar de mis delitos, ni tome venganza d ' ellos; y le plega por su Santa piedad perdonar mi anima, en tanto que ha estado y está y estuviere encerrada en la carcel de las carnes: OTORGO y conozco que fago y ordeno este mi testamento y postrimera voluntad á servicio de Dios y de la Vírgen sin mancilla Nuestra Señora, su santísima madre. Lo primero encomendando como encomiendo mi anima inmortal en sus manos, y le suplico humillmente le plega de la perdonar y llebar á su santa gloria; E mando que cuando quier que finare, mi cuerpo sea sepultado en avito de señor San Francisco, en mi Capilla y

sepultura que yo tengo, situada en un arco dentro d' el coro d' el monesterio de señor Sant Francisco de la ciudad de Huete. La cual dicha mi sepultura yo docté una casa con su palomar que tenia y poseia, que es en fin de la huerta de las casas principales en que yo vivo y moro; el cual dicho palomar y casa compró mi hijo Martin de Montalvo d' el guardian y frailes d' el dicho monesterio de señor San Francisco, con licencia del reberendísimo señor arzobispo de Toledo D. Fr. Francisco Ximenez. Y mando otrosi, qu'el dia de mi sepultura vengan todos los señores de cabildo de los clerigos, mis hermanos, á llevar mi cuerpo á la sepultura, y asi mismo los clerigos del cabildo de los Capellanes, y los padres religiosos de todos los monesterios de la dha, ciudad, y les paguen sus derechos acostumbrados; é por esta misma via se digan oficios con misa de Requiem á los nueve dias, é otros en cabo del año, é se ofrezcan las ofrendas segun que á mi estado pertenece, é se queme la cera que mis testamentarios vieren é dispusieren, porque mi voluntad es que se faga sin pompas é sin llantos; porque de aquello no place a Dios, y es devedado por la santa fé católica y leyes del reino. Item mando que digan por mi anima cient misas, las treinta en el dho . monesterio de Sant Francisco, y las otras treinta en el monesterio de señora Sta. María de la Merced, y las otras treinta en el monesterio de señor Santo Domingo, y las otras diez en señor Sant Niculas de Medina, mi parroquia, todas con sus responsos. Item mando que el dia de mi sepultura sean convidados los pobres que mis testamentarios vieren é ordenaren, é que les den de comer, é á cada uno un real de limosna, porque rueguen á Dios por mi anima. Item mando que no se traigan gergas por mi, ni tomen luto persona alguna, salvo mis herederos y mis nietos, los varones y no las fembra. Item mando para la fábrica del monesterio de señor San Francisco dos mil y quinientos maravedis; y para la fábrica de señor San Nicolás, mi parroquia, ducientos maravedis. Iten mando á Santa María de Cuenca y á Santa Olalla de Barcellona, é á la Cruzada, é á Santa María de Toledo, é á los otros santuarios acostumbrados, á cada uno d' ellos cinco maravedis. Item mando que lleven mi añal de pan y vino y cera los nueve dias é todo el año; y que lo lleve la Señora Teresa Diaz mi hija, ó quien ella quisiere. Y otrosi mando que los libros de derecho canónico y cevil que yo tengo y poseo, que se partan por medio, conviene á saber, que los libros d' el derecho cevil sea una parte, y los libros d' el derecho canónico sea otra parte; los cuales mando que partan entre si Alonso de Montalvo mi nieto, hijo de Martin de

Montalvo, é Alonso de Montalvo mi nieto, hijo de Teresa Diaz mi hija , de los cuales yo dejo una copia, firmada de mi nombre, é que echen suertes entre sí; é á quien cupieren los libros de leyes que deprenda leyes; é á quien cupieren los libros de cánones que deprenda cánones. E si caso fuere que alguno de los dichos mis nietos no quisiere deprender derecho canónico ni cevil fasta ser graduado al menos de bachiller en estudio general, que los dichos libros tornen á cada uno de los dhos. mis herederos de aquel que su fijo no quisiere deprender fasta ser graduado como dicho es.== E cumplidos los legados é mandas de suso contenidas instituyo por mis herederos universales en todos los otros bienes raices que me cupieron en particion con la Sra. María de Leon mi muger, que Dios haya, los dichos Martin de Montalvo é Teresa Diaz mis fijos; de los cuales dichos bienes fago particion é division en mi vida entre los dichos mis fijos en la forma siguiente, conviene á saber, que el dho. Martin de Montalvo mi hijo haya para sí y para sus herederos la parte que me cupo de las casas de morada en que yo moro en el arrabal de la dha. ciudad, en el principio de la moreria, y por esta parte haya y herede la dha. Teresa Diaz mi hija para si é para sus herederos las mis casas y cueva y vasijas que están dentro de las muros de la dicha ciudad enfrente la puerta Almazan, con el establo que está debajo de la casa de Garcia de la Muela; con que si alguno de los dichos mis herederos se sintiere por agraviado, se aprecie por buenas personas el valor de la una casa y de la otra, é sea satisfecho el que fuere agraviado. Item que de los otros bienes raices, que ansi me copieron de la dha. partición haya para si el dho . Martin de Montalvo las casas que le oue encensado por quinientos maravedis, que son debajo de Sant'ana é d ' el ferreñal de Fernan Mexia, que ha por aledaños de la una parte huerta de Martin de Montalvo, y de la otra parte el Bardero del horno, y con esto entra una casilla con un corral que está enmedio. E por esta parte que haya la dha. Teresa Diaz mi hija otros seiscientos maravedis de censo en las casas que mora maestre Hamete de Ocaña, que ha por aledaños de la una parte casas de maestre Zulema, Carpintero; é de la otra parte casas de Hamad Toledano; pero que esta asentado entre mi y el dho . moro , que si pagare de aqui á cinco años primeros siguientes diez mil maravedis que le di d ' el precio de la dha. casa , que la dha . casa sea horra . Item que haya el dho . Martin de Montalvo en parte de la dicha herencia el Herreñal grande que asurca con su casa y palomar, que está apreciado en catorce mil maravedis. E por esta parte haya la dha. Teresa

Diaz mi hija ducientos y veinte mars. de censo de la casa que esta pegada al horno , que tiene encensada Juan de Corral; é que haya mas el herreñal Cabero, que está pegado á la huerta de la de Fernan Leon, que compré de Juan Sanchez Escribano é de Gonzalo de Alcazar por ocho mil é seiscientos maravedis, y despues lo cerqué y puse puertas. ==Item mando que los dichos mis hijos y herederos hayan para si en uno el horno de poya, y partan la renta entre si en cada un año.==Iten en razon de los bienes muebles que ahora tengo y poseo, por cuanto puede haber treinta años poco mas ó menos que yo ove fecho, mandado y dado y entregado donación al dho . Martin de Montalvo mi hijo, las mis casas y heredad de Aldehuela, la cual dha . manda y donacion yo le fice como á fijo bien meresciente y por muchos y buenos y leales servicios que me hizo sirviéndome y acompañándome continuamente en los tiempos que yo continue en servicio de los señores reyes D. Juan é D. Enrique, que santa gloria haya; é otrosi por le satisfacer en el dote que yo di á la dha . Teresa Diaz mi hija con Alvaro de Alcocer su marido, que Dios haya; y por otros cargos que d ' el dbo . Martin de Montalvo mi hijo yo tenia, el cual la tiene y posee desd ' el dicho tiempo (la cual confirmo y é por racto y firme) yo dige á la dha . mi hija qu ' el dejaria los bienes muebles que me quedasen al tiempo de mi muerte. E por cuanto para mantener mi vida en honra y estado he menester los dhos . bienes muebles: mando que d ,ellos sean dados á la dha . mi hija los bienes muebles que yo tengo señalados, é que los resciba ante escribano publico; en razon de los otros bienes muebles que en fin de mis dias quedaren, asi como ropas de vestir, é arreo , é alajas de casa, ansi lo fare cumplir como lo dige é prometi á la dha . mi hija. == Item por cuanto los dhos . mis hijos estan obligados á dar y pagar á Pedro de Angulo su yerno, con Costanza su hija, á cumplimiento de ochenta mil mars . que la dha . mi hija le mandó en casamiento, de los cuales quedaron por cumplir veinte y nueve mil mars . poco mas o menos: mando que luego le sean dados y entregados al dho . Pedro de Angulo , de la parte que ansi cabe de mis bienes á la dha .Teresa Diaz en esta particion que entre ellos fago por este mi testamento.==Item por que los dichos mis hijos despues de mis dias vivan en paz y concordia y rueguen á Dios por mi anima y entre ellos haya siempre buena hermandad, les mando que luego en mi presencia y por ant' el presente escribano consientan é hayan por bueno y firme este mi testamento y lo que yo por él mando y ordeno, y lo ternan y guardaran y cumpliran y no habra

mas recurso ni accion el uno contra el otro, ni el otro contra el otro sobre los bienes de la herencia de su padre y madre, ni por otra razon ni causa alguna, so pena qu ' el que fuere contra ello ó contra parte d' ello , haya perdido y pierda por el mismo hecho la mitad de la dicha herencia y bienes, y se' aplicado al que fuere obediente; é que se obliguen é prometan y juren en forma de lo ansi tener y guardar y cumplir ant el presente escribano.== E para hacer cumplir los legados y mandas d' este mi testamento fago é instituyo por mis testamentarios egecutores d ' el al dicho Martin de Montalvo mi hijo, é á Francisco Sanchez de Oliva, clerigo, cura de Santa Maria de Atienza; á los cuales doy todo mi poder cumplido para que puedan tomar é tomen de mi plata, é cumplan este mi testamento y las mandas y legados en el contenidas, y satisfagan á mis criados y criadas é mozos y mozas de su soldadas de lo que les fuere debido , y lo que restare y sobrare de la dicha mi plata y oro é de las joyas de oro y de plata que lo partan por medio los dichos mis herederos por iguales partes.==Otrosi mando que mi capilla que la tenga el dho. Martin de Montalvo por su vida, y que despues de su vida deje la dha, capilla á uno de los monesterios de San Francisco ó de Santa Maria de la Merced d ' esta ciudad, al cual él mas quisiere.==Y revoco otro cualquier testamento que yo haya fecho ; é qu' este testamento vala y sea firme, é que vala por testamento , é si no valiere por testamento que vala por codecilio , y si no que valga por mi ultima é postrimera voluntad , y en aquella mejor forma é manera que puede é debe valer. E para que esto sea firme etc. == Item lego y mando á Martin de Montalvo y á Teresa Diaz mis fijos las mis casas y heredades tierras y viñas y huertas, con el molino farinero y otros cualesquier bienes raices que yo tengo y poseo é me pertenescen en cualquier manera en Barajas y en Sacedas y en sus terminos, para que lo partan entre si por iguales partes, tanto al uno como al otro. Lo cual les mando con condicion qu' ellos ni alguno d ' ellos no puedan vender, donar, trocar ni en otra manera alguna enajenar el dho. legado y manda que les yo ansi mando, ni parte d ' el, salvo que se mantengan en ello por su vida, é que despues de su vida quede y finque la parte que cupiere al dho . Martin de Montalvo para Alonso su hijo con la misma condición; y la parte que'cupiere á la dha . Teresa Diaz, que después de sus dias quede y finque para Alonso su hijo, con la dha . condicion, que no lo puedan vender, trocar, cambiar ni enagenar los dhos . mis hijos y nietos, ni dar á iglesias, ni monesterios, ni por dotes, ni por donacion, ni propter nunpcias de fijos, ni en otra manera alguna, E

que ansi mesmo despues de los dichos mis nietos con esta condicion y vinculo lo hayan la dicha heredad sus descendientes. E que si acaesciere que cualquiera d ' ellos la intentare a enagenar ó enagenare que por este mismo fecho carezca la dha . heredad é sea del otro fijo. E si alguno de ellos muriere sin tener fijo ó descendiente le torne al padre ó á la madre si lo tubiere, si no al hermano mayor si lo tubíere , con la misma condicion. == Item mando á la dha. Teresa Diaz mi hija los ciento y cincuenta maravs. de censo que yo he y tengo en la tierra de Peñaora, que tiene encensada Bartolome Sanchez de Villanueva, para iguale si vale mas alguna parte de las que lleva el dho. Martin de Montalvo. Fecho é otorgada fue esta carta de testamento por el Sr. Doctor Alonso Diaz de Montalvo porque sea cierto y no venga en dubda en la Ciudad de Huete en cuatro dias del mes de mayo, año del nacimiento de nuestro Salvador Jesucristo de mil é cuatrocientos y noventa y seis años, siendo presentes y consintientes la Sra. Teresa Diaz de Montalvo, muger de Alvaro de Alcocer, que Dios haya, y el señor Martin de Montalvo su hermano, fijos del dho . señor Dor. de Montalvo. Los cuales dhos. Martin de Montalvo y Teresa Diaz su hermana dijeron: que tenian en merced al dho. Sr. Dor. Alonso Diaz de Montalvo su señor y padre todo lo por el mandado y testado, y qu ' ellos desde agora lo loaban y consentian y loaron, y aprobaban y loaron y consintieron y aprobaron; é que facian y ficieron juramento por el nombre santo de Dios y de Sta . Maria y por esta señal de [una cruz] que con sus manos corporalmente tocaron y por las palabras de los Santos evangelios do quier que son escritos, que lo habran por firme aora y en todo tiempo, que no iran ni vernan aora ni en algun tiempo contra ello ni contra parte d' ello so pena de perjuros. De lo cual fueron testigos presentes para esto llamados y rogados Rodrigo de Huete, y el bachiller Pedro de Leon, y Juan de las Cuevas, y Juan del Rincon, y Diego de Medina, vecinos de la dha. ciudad, é Francisco del Castillo y Juan de Ferianquez, vecinos de Alcazar, é yo Alvaro Gonzalez del Castillo, escribano ante quien el dho. Señor Doctor otorgó este testamento, y los dhos. sus hijos lo consintieron y aprobaron é juraron ante mi é ante los dhos. testigos.

ANEXO C: Testamento abierto de D. Diego Calderón de la Barca

- **Nombre del testador:** D. Diego Calderón de la Barca
- **Fecha:** 18 de noviembre de 1615
- **Localidad:** Madrid
- **Fuente:** *Revista de Filología Española*, vol. II, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 1915, p. 43 a 50.

En el nonbre de Dios Padre, Hijo y Espíritu Santo, tres personas y una esencia divina en quien creo vien y verdaderamente, como tiene y cree la santa madre yglesia de Roma, debajo de cuya fee y crehencia yo Diego Calderón de la Barca, escriuano de cámara de su magestad en su consejo y contaduría mayores de Hacienda y de quentas, protesto vivir y morir, y que si por la grave enfermedad en que al presente estoy, aunque sano de mi pobre entendimiento, o por asechanzes y engaños del demonio me dibirtiere, hiciere o dixere alguna cosa contra esta protestación, quiero que no ssea válida ni sse entienda ser hecha de voluntad, y que bibo y muero sienpre en la ssanta fe católica, y ansí mismo en nonbre de la bienaventurada Virgen Santa María, a quien tengo por señora y abogada y la suplico me anpare y fauorezca con su preciosísimo Hixo para que me perdone mis pecados y me alunbre para que todo lo que aquí hiciere y dispusiere sea endereçado en su santo seruiçio, y ansi mismo en nonbre de los bienaventurados apótoles San Pedro y San Pablo y de los gloriosos santos San Antonio de Padua, San Diego y San Gregorio vienauenturados, mis abogados, y de todos los santos de la corte celestial, y al ángel de mi guardia le pido y suplico no me dejen en esta ocasión y peligro en que estoy y que pidan y supliquen a Nuestro Señor Jesucristo no entre en juicio con este pecadoraço, porque en su presencia no sse justificara mi vida, y me perdone mis culpas y pecados mediante los méritos de su sacratisima passión; hordeno debajo deste fauor y anparo mi testamento y última voluntad en la forma y manera siguiente:

Primeramente quiero y es mi voluntad que si Dios Nuestro Señor fuere seruido de llevarme desta enfermedad, que mi cuerpo sea metido en vna caxa de madera aforrada en bayeta negra por dentro y por fuera muy bien clauada; sea depositado en la bóbeda de señor San Salvador, donde está doña Ana María

de Henao, mi querida muger, asta tanto que se vea tiene efeto cierta pretenssión que tengo de conprar y dotar la capilla de Nuestra Señora de los Peligros, adonde, si tuviere efeto, a de ser mudado con la dicha Ana María mi muger, si se consiente como auaxo irá declarado en las cláusulas que tratan desto.

Yten quiero y es mi voluntad que mi entierro, honrras y novenario se aga como lo hordenaren y dispussieren mis testamentarios, de manera que no sse agan obstentaciones ni gastos extrahordinarios, adbirtiendo que yo soy cofrade de la Soledad, los Dolores y Santa Elena, y les tengo pagados los derechos de mi entierro, y sin embargo sse les dé lo que pareciere a mis testamentarios.

Yten quiero y es mi boluntad que el día de mi entierro se me digan cinquenta misas de el alma, la quarla parte dellas en la yglesia de señor San Ginés, y las demás en altares prebilegiados desta corte, como pareciere a mis testamentarios.

Yten quiero y es mi voluntad que en el discursso del año en que yo muriere, se me digan otras mill misas por mis padres y hermanos y perssonas a quien tengo obligación, y se paguen la limosna dellas como se fueren diciendo de los frutos de la hacienda y no ssea necesario deshacerla.

Yten quiero y es mi boluntad que con la más brevedad que sea pusible se den a el licenciado Cristóbal Vaca nobecientos y catorce reales para que se aga dellos lo que con su merced tengo comunicado, y le encargo, rruego y suplico que esto se aga con el mayor recato y brebedad que sea pusible, de manera que yo salga de la obligación que su merced saue tengo por caridad.

Yten digo y declaro que por la misericordia de Dios yo me allo al presente con mi hacienda, de la dicha doña Ana María de Henao, mi querida mujer, en los vienes, juros, censos y cassas siguientes:

El dicho mi oficio, que con la merced que su magestad me a hecho valdrá veinte mill ducados y a mí me los an dado y ofrecido por él.

Yten vnas cassas principales en esta uilla, en la calle de las Fuentes, que acen esquina a la Vajada del Arroyo, que con los mexoramientos que yo he hecho en ellas valdrán seis mill ducados y rentan por mucho más.

Yten un censo de mili ducados de principal contra don Martin de Montalvo, rregidor desta uilla, y doña Ana Calderón, su muger, que está en el cielo.

Yten quinientos ducados de principal de juro en las salinas de Espartinas, que por más auer en ellas se paga en las de la costa de la mar tierra adentro.

Yten otros sencillos de poca consideración que deven de montar su principal dellos trescientos ducados, porque los demás se vendieron para pagar a doña Catalina de Henao ciento y veinte ducados y los gastos que se hicieron en la entrada de doña Antonia Calderón y del velo de doña Dorotea Calderón, mis hijas, y de la dicha doña Ana María, mi muger.

Yten vn pago de cassas que se me dieron en seis mill reales y valen y rrentan por mucho más.

Yten doce anegas de tierras en la uilla de Baraxas y lugar de Rexas, que sse me dieron en dos mili reales y valen más, porque me an llegado a dar dos mili y seiscientos.

Yten algunos vienes muebles de por cassa, que valdrán quinientos ducados

Que todos los dichos vienes montan once quentos y setenta y siete mili maravedís, los quales yo querría que mis hijos los partiessen y gozassen con la bendición de Dios y mia, sin que entre ellos aya diferencia, sino que Diego Calderón, mi hijo mayor, los anpare y sea su padre y gobierno, procediendo en ello conforme a lo que le hordenaren mis testamentarios y en la forma y manera siguiente:

Primeramente que se ponga en venta el dicho oficio de escriuano de cámara y se remate a quien más diere por él, y si el dicho Diego Calderón, mi hijo, le quissiere, se le den para servirle por tienpo de diez años, en dos mili ducados menos, con condición que le aya de seruir los dichos diez años por su persona, y si después dellos le quissieren vender o muriere durante ellos, quede enteramente para él y sus herederos y sucesores, y aunque el dicho oficio balga entonces mucho más precio, no sse le puedan repetir los dichos sus hermanos ni los dichos dos mill ducados que yo le doy de mejora en aquella bía e forma que mexor a lugar de derecho.

Yten sse aya de sacar y pagar a su magestad del montón de la dicha hacienda dos mill ducados que se rrestan debiendo de la compussición y merced que su majestad hiço por hacer el dicho oficio rrenunciable, que bajados los dichos quatro mill ducados del dicho cuerpo de hacienda, quedarán para partir entre quatro herederos los vienes a tocar a cada uno dos quentos trescientos y noventa y quatro mill ducientos y cinquenta maravedís, los quales querría que se adjudicassen en la forma y manera siguiente:

A Diego Calderón se le adjudiquen dos quentos trescientos y noventa y quatro mili y ducientos y cinquenta maravedis en el dicho oficio.

Yten se le adjudiquen al dicho Diego Calderón otros dos quentos trescientos y noventa y quatro mili docientos y cinquenta maravedis, que son los que a mi me pertenecen de las lixítimas de doña Dorotea Calderón, mi querida hija, monxa en el monasterio de Santa Clara la Real de Toledo, en birtud de las rrenunciaçiones que el dicho monasterio y ella hicieron en mi fauorcon los cargos y grauámenes siguientes:

Que tenga a su cargo pagar al dicho monasterio setecientos ducados de que yo fundé censso al dicho monasterio, a rraçón de a veinte, que es la dote de la dicha doña Dorotea, y en el ynterin que no se los pagare y redimiere, pague los rréditos dél, y para que se le dé satisfación, aga rreconozimiento dél, aunque sería mexor que en el ynterin que el dicho Diego Calderón tiene hedad para administrar su hacienda, con los frutos della estinguiese y redimiese este censo.

Yten le doy los dichos maravedís con cargo que dé y pague a la dicha su hermana cien ducados de rrenta por todos los días de su vida, y se los pague con mucho amor y voluntad, en que se yncluye los sesenta que yo le tengo mandados, que todos son ciento, por los tercios del año, y en muriendo la dicha doña Dorotea vuelva a ella la dicha renta, ecepto no es que si quedaren bibas mis hermanas doña María y doña Ysauel Calderón, dé a la dicha doña María cinquenta ducados para ella y para la dicha doña Ysauel, y si muriere la dicha doña Ysauel antes que la dicha doña María, dé a la dicha doña Marta los cinquenta ducados, y si antes muriese la dicha doña María, dé a la dicha doña Ysauel veinte y cinco ducados por todos los días de su vida, y en muriendo, quede estinguido este débito en veneficio del dicho Diego Calderón, mi hijo.= Yten le doy los dichos maravedís con cargo y obligación precisa de que aya de dar a doña Juana Freyle Caldera, mi muy amada y querida muger, dos mill ducados, de los quales se le a de fundar censo sobre el dicho oficio, y en el ynterin pagarle los rréditos desde el día de mi fallecimiento en adelante asta que se dé fin a el dicho censo o se le rredima o pague los dichos dos mili ducados, los quales le mando en satisfación de mili ducados de arras que yo le mandé quando me cassé, y por lo mucho que la quiero y estimo y amo, y por otras muy justas consideraciones que tengo para lo hacer, y quiero y es mi voluntad que en birtud desta cláusula se puedan enbargar los emolumentos y salarios de el dicho

oficio para que se le acuda con los cien ducados de renta que anssi la mando, porque así es mi voluntad. El dicho Diego Calderón, mi hijo, me dará mucho gusto en disponello de manera que ella cobre esta miseria sin pleitos ni diferencias, sino que la ayude y respete como ella lo merece por ser quien es y auer sido mi muger, y a los señores mis testamentarios se lo suplico con el carecimiento que puedo.

El vn quento y seis mill setecientos y cinquenta maravedís rrestantes se los doy y mando al dicho mi hijo con carga y obligación de que dé a don Alonsso de Montalvo, mi sobrino, hixo del señor don Martín de Montalvo y doña Anna Calderón, mi queridísima hermana, que esté en el cielo, cien ducados para ayuda alibios de sus estudios, y quissiera poder mandar cien mill, y doña María y doña Francisca, mis primas, que están en Toledo, otros ciento, por lo mucho que las he querido sienpre, y de lo rrestante pague todas las deudas que salieren y por rrecados y lixítimas paresciere de ver Pedro Calderón, mi padre, que esté en el cielo, y yo que pienso y tengo por cierto que con muchos ducados no llegan allá, procurando acomodarse con los acreedores, tomando plaços y cumpliendo con ellos, y si por ventura pareciere que las dichas deudas son más, que lo tengo por ynpusible, quiero y es mi voluntad que rata por cantidad se rrepartan entre él y Pedro Calderón y Jusepe Calderón, mis amados hijos, con lo qual quiero ansí mismo sse paguen todos los gastos funerales de mi entierro, porque quiero que de mi hacienda se aga, y no de la de mis hixos, y si las deudas destos gastos no llegaren al dicho vn quento y seis mil maravedís, se lo doy y dejo al dicho Diego Calderón, mi hijo, que lo haya y herede con la uendición de Dios y la mía, con lo qual tendrá en el dicho oficio el dicho Diego Calderón, mi hijo, quatro quentos seiscientos y ochenta y ocho mil quinientos maravedís.= Y más quiero y es mi voluntad que los gastos funerales entre los lutos para el señor don Manuel de Paz y mi sra. doña Phelipa su muger, y para el licenciado don Fernando Caldera y mi sra. doña Leonor Caldera, y a Ortiz, y a la otra moza y a los criados, como lo e dicho de palabra.

A Pedro Calderón, mi hijo, se le adjudicarán el un quento nouecientas y sesenta y cinco mill y quinientos maravedis rrestantes, a cumplimiento de los diez y ocho mili ducados en que va cargado el oficio, y lo demás que le espera en ello se le podrá dar en las tierras de Rexas y Baraxas y en las casas, y lo demás en algunos vienes muebles u algún censo.

A Jussepe Calderón, mi hijo, se le podrán dar en seis mill ducados las casas en que yo al presente bibo, con sus acessorias, como yo las tengo, y lo rrestante en el juro de las salinas, como pareciere, de suerte que quede muy satisfecho y pagado de lo que a de auer, con la uendición de Dios y de la mía, y yo descuidado en esta parte de que les e pagado y buelto la dote de su madre y la parte de la lixítima que de mi hacienda les puede tocary dado satisfación a todas las personas que en qualquier manera pretendieren que yo les debo alguna cossa por cualquier recado, cédula o escriptura, porque todo esto queda a cargo el dar satisfación dello de Diego Calderón, mi hizo, para cuyo efeto le he dado treinta mill reales escasos, quiero y es mi voluntad que venido el señor contador Antolín de la Serna, que será muy brevemente, placiendo a Dios, los señores mis testamentarios me hagan merced de juntarse con él y suplicarle se encargue de la curadoría de Pedro Calderón y Jussepe Calderón, y la de Diego encomendarla a quien mexor les pareciere, y dispongan en lo demás a su boluntad, como les pareciere.

Yten mando a los dichos Diego, Pedro y Jussepe Calderón, mis queridos hixos, que estén muy obedientes a las personas que les cupiere sus curadorías, y que les tengan el respeto que mí, sin salir ni un punto de su boluntad, aconsejándosse con ellos y pidiéndoles licencia para qualquiera cosa que ayan de hacer. A Pedro le mando y rruego que por ningún caso deje sus estudios, sino que los prosiga y acaue, y sea muy buen capellán de quien con tanta liueralidad le dejó con que poderlo hacer.

Yten mando expressamente a Diego Calderón, mi hijo, no sse casse ni disponga de su persona sin licencia y acuerdo de los señores mis testamentarios o de la mayor parte dellos, y en particular le proybo de que no sse casse con vna persona con quien me dijeron trataua dello ni con ninguna prima suya, de que él y los señores mis testarios tienen noticia porque se la e dado yo, y si todavía lo hiciere o tomare otro estado sin la dicha prevención, por la pressente revoco y anullo y doy por ninguno todo lo que por este testamento tengo hecho en su favor, y desde luego como hijo ynobediente le desheredo en todo aquello que puedo conforme las leyes del reyno, Y desde luego mejoro en el tercio y quinto de los dichos mis bienes de suso declarados a los dichos Pedro y Jusepe Calderón, a los quales les mando y encargo no sse comuniquen ni traten con él, pues a banderas desplegadas a querido ser afrenta de sus agüelos y padres, y

esto se cunpla ynbiolablemente en cualquiera de los dichos casos. Fue Nuestro Señor seruido de hacerme honrra y merced de darme por segunda mujer a doña Juana Freile Caldera, a quien amo y quiero tiernamente y por su birtud, christiandad y nobleça, con lo cual receuí en dote los bienes, juros y censos contenidos en vna escriptura de dote otorgada ante Juan Aláez de Pedrosa, en que estoy obligado a volver todo lo que rreceuí en la misma especie en caso que se disolviesse el matrimonio, y porque esto se va haciendo tan apriesa, quiero yo particularmente no e receuido del capital de esta hacienda más que vn censillo de cuatro mili reales poco más o menos que el licenciado Matienço le redimió el dia que nos desposamos, los cuales le van recopensados en la partida de los dos mill ducados antes desto escriptos, quiero y es mi voluntad que la dicha doña Juana Freile Caldera, mi muy amada y querida muger, se le vuelvan sus escripturas de censso y juros, y ansí mismo se le den todos su vestidos y preseas de su persona, y siete taburetes que yo compré los días passados, y todas las cossas que ella tiene en sus cofres, ecepto la rropa blanca, porque esto se a de diuidir y partir entre ella y mis hijos, dexándole a ella el coxer lo que quissiere.

Yten que por quanto mi señora doña Leonor Caldera, doña Felipa Caldera y don Manuel de Paz y don Fernando Caldera, me hicieron una escriptura de darme la quarta parte de lo que de algunos pleitos y diferencias que tenían con algunas personas de que no auía liquidación, y esto sólo a tenido efeto mill ducados que está obligado Casano Serra para Navidad, quiero y es mi voluntad que todo lo que a mi me pertenecia de lo susodicho conforme a la dicha escriptura, se lo den a la dicha doña Juana, mi querida y amada muger.

Yten quiero y es mi voluntad que demás de lo susodicho se le den las ocho almoadas de estrado y la alhonbra que a ella le mandó mi hermana, que es suya, pero para escussar ynconbinientes lo declaro y quiero que se la den.

Yten quiero que de las dos camas de campo que yo tengo, se le dé la una a la dicha doña Juana, la que ella quisiera escoxer con su madera; quiero que se la dé el escriptorio de Alemania alto, porque se otra hacienda (*sic*).

Yten quiero y es mi voluntad que se le dé a la dicha doña Juana vn quadro de sr. San Antonio de Padua que yo tengo y conpré en días passados, porque sé que es muy deuota deste santo.

Yten digo y declaro que en birtud desta escriptura antes desto referida y otorgada por los dichos señores doña Leonor Caldera y dlemás consortes, yo e

hecho algunos gastos de consideración en un pleito de Antonio Núñez, los quales les remito y perdono para que mis herederos no se los puedan pedir ni demandar en ninguna forma ni manera.

Quedan por testamentarios los señores contador Antolín de la Serna y Martín de Montalvo, Andrés Jerónimo de Henao y doña Juana Freile Caldera, para que de las cosas que les pareciere la den quenta y sea ella savidora sienpre de todo lo que se hiciere, en conformidad de lo qual doy poder cumplido a los dichos señores Antolín de la Serna y don Martín Montalvo y Andrés Jerónimo de Henao y doña Juana Freyle Caldera y a cada una (sic) yn solidum, para cumplir y executar las mandas y legatos y lo demás en este mi testamento contenido, y para ello puedan vender y rrematar mis vienes o qualquiera cossa o parte dellos y cumplido y executado si parecieren algunos otros vienes muebles demás de lo susodicho contenidos, y rayces, que se devan partir y dibidir entre los dichos mis hixos, los dejo y nonbro por herederos dellos para que sse rrepartan entre ellos en conformidad de lo susodicho, en testimonio de lo qual otorgo esta presente escriptura de testamento ante el presente escriuano y testigos en la forma que dicha es, la qual quiero que balga por mi testamento y vltima voluntad, y para ello reboco y anullo otro qualquier testamento o testamentos que antes de agora aya fecho y otorgado, porque como dicho es, este quiero que valga por mi vltima y postrimera boluntad; y requirió a mí el presente escriuano guarde este original en sus registros y protocolos sin mostrarle a persona alguna ni dar traslado dél, simple ni signado, asta tanto que yo sea fallecido, pena de falsario; fué otorgado en la uilla de Madrid a diez y ocho días del mes de noviembre de mill y seiscientos y quince años, a la vna de la noche dada, siendo testigos Carlos de Vergara y Diego Sedano y Francisco de Acevedo y Juan de la Carpintela y Martín Laqueron, criado del dicho Andrés de Henao, estantes en esta dicha villa de Madrid, y el dicho señor otorgante, que yo el escriuano doy fee que conozco, lo firmó de su nombre.

ANEXO D: Testamento cerrado de D. Juan Díez de Escobar

- **Nombre del testador:** D. Juan Díez de Escobar
- **Fecha:** 22 de abril de 1750
- **Localidad:** Cisneros (Palencia)
- **Fuente:** Archivo de la Real Chancillería de Valladolid (https://pares.mcu.es:443/ParesBusquedas20/catalogo/show/538802.)

Ynde ynomine Amen Sepan quantos esta carta de testamento ultima y postrera voluntad como yo Juan Diez Escobar vecino deesta villa de Cisneros; estando sano demi juicio y entendimiento natural; considerando quan cierta es la muerte a toda criatura viviente, la quan incierta la hora; y creiendo como firmemente creo en el Misterio de la Santísima Trinidad queson Padre, Hijo y Espíritu Santo, tres personas distintas y un solo Dios verdadero. Y creiendo todo quanto cree y confiessa nuestra Santa Madre Yglesia Catholica Romana: y Protestando como protesto Morir y vivir en derecha fe: Poniendo como pongo por mi intercesora y Abogada a la Reyna de los Angeles Maria Santísima ynterceda consu Preciosisimo Hizo melleve a la Gloria con los Vien aventurados adonde [le alave?] por toda una eternidad acuia honor y gloria hago [ilegible] este mi testamento cerrado en la forma siguiente==

Primeramente encomiendo mi Alma a Dios nuestro Señor que la crio y me dirimio con su preciosísima sangre, el cuerpo a la tierra de dofue formado Igual mando que si la voluntad de Dios fuere servido amellevar deesta [ilegible] vida mi Cuerpo sea sepultado en la Parroquial Yglesia de San Pedro deesta villa y en la sepultura donde esta enterrada Ysabel Roman mi segunda muger y sepague el que asi es mi voluntad.

Mando vengan por mi cuerpo los Señores curas y beneficiados de esta Yglesia de San Pedro consucruz capa y sobre pellizes; yse me haga el oficio menor de difuntos de un Noturno y [ilegible] lecziones iseme diga misa deterno si fuere ora competente y uno el siguiente día y se paguen. Los días acostumbrados que así es mi voluntad.

Mando se digan por mi Alma diez misas [ilegible] las que se digan por los otros señores Cura y beneficiarios de otra Yglesia y se de a dos marvs. delimosna por cada una que así es mi voluntad.

Mando se me hagan las Confradias de [ilegible] horden destavilla Cruz y Nuestra Señora del Castillo donde soy confrade y sepaguen sus [ilegible] queasi es mi voluntad.

Mando se digan por las animas de Francisco Diez y Estephania Escobar mis padres: y por las de Thorivio Diez; [espacio] mis abuelos paternos y por las de Juan de Escobar y Ana Toledo mis abuelos maternos y por las de Juan Roman Yvañes y Maria Phelipe mis suegros y señores; y por la de Ana Diez Hurtado mi primera muger; y [ilegible] Roman mi segunda muger Por las Animas Benditas del Purgatorio y penitencias mal cumplidas diez misas rezadas a disposición demis testamentarios [ilegible] de limosna a dos reales por cada una.

Mando seofrende sobre mi sepultura en el discurso de un año demi fallecimiento carga y media de trigo en pan cozido con la cera necesaria a disposición de mis testamentarios y me la lleven Maria y Juana Diez Roman mis hijas y por su ocupación y trabajo ofrezco en este mi testamento mejorarlas y remunerar su trabajo en aquello que las cupiere en oro y pido meencomienden a Dios.

Declaro que los herederos de Diego Moncada me estan deviendo de el Alcanze de las Cofradías digo de la [ilegible] de San Pedro: noventa y siete reales y dos mas de Vesto de Doscientos ochentaysiete reales y quatro [ilegible] me debe cinco cargas de cinco quartos tres celemines y [ilegible] me es deudor para descargo de mi conciencia y para aquí [ilegible] por Dios quees verdad.Ypido que mi herederos locobren.

Mando a las séptimas acostumbradas sus [ilegible] con que las aparto de mis vienes

Y para cumplir y pagar este mi testamento mandas y legados en el contenidos nombro por mis testamentarios y Albaceas cumplidores y pagadores deste mi testamento a D. Bernardo Carrascosa sobrino Arcipreste destavilla y su Arciprestazo ; a Juan y a Francisco Diez Roman mis hijos para que entren en mis vienes y lo mejor y mas bien parado que aya cumplan y paguen este mi testamento mandas y legados que en el se mandaren. Pues para ello les doy todo el poder queen tal caso se requiere y espero loagan con el [ilegible] quese debe pues de su piedad así lo espero

Nota

Considerando los cortos medios con que me allo al presente las crecidas deudas que tengo sobre mis vienes de censos y otros créditos y que muerto yo seande aumentar mas; mea parecido combeniente por escusar amis hijos de los gastos tan ynsoportables que causan las justicias en los ymbentarios Almonedas, tutelas curadurías contadores defensores [ilegible] meaparecido combeniente el hacer yo quenta y partija de todos mis vienes. Y adjudicar acada uno de los cinco hixos que tengo aquello que por otro les pertenece y mexorando a quien fuere de mi voluntad para lo qual hago y Adjudico acada uno eneste mi testamento los vienes que me pareciere justos yapara suherencia ya para las deudas que [ilegible] declaradas. La qual hago en la forma siguiente

Cuerpo de deudas

Primeramente sepone por cuerpo de deudas veintemill y quatrocientos maravedís del Principal de un censo que los [ilegible] beneficiados de la Iglesia de San Laurencio destan tienen contra mis vienes. ……20.400
veintemill y quatrocientos maravedís del Principal de otro censo que la Confradia de San Esteban [ilegible] tienen contra mis vienes……..20.400
Suman los dos censos quarenta mill ochocientos maravedís como consta de sus partidas. ……40.800

Entrega que se haze a Maria Diez mi hija para pagar estas deudas
Primeramente doy entregadas la otra Maria Diez Roman para la paga de los censos antecedentes una tierra [ilegible] diez y ocho quartas [ilegible] son lindero tierra de D. Antonio de Toledo y Manuel Hortelano [ilegible] de cincuentayseis que montan Onzemill seiscientos marevedís [ilegible] termino de esta villa quehaze otros [ilegible] lindero tierra D. Manuel Hortelano y [ilegible]……..……130600
480348

Suma la entrega echa a la otra María Diez quarenta y ocho mill trescientos quarenta y ocho que restados con los quarenta mill ochocientos que a de aver lleva [ilegible] = sietemill quinientos quarenta y ocho maravedís.

2º cuerpo de deudas

Veintemill y quatrocientos maravedís de Principal deun Censo que el [ilegible] Eclesiastico deestavilla tiene contra mis vienes……..20.400
Veintemill y quatrocientos maravedís de Principal de otro Censo que el otro [ilegible] Eclesiastico deestavilla tiene contra mis vienes……..20.400

Entrega que hago a Juan Diez mihijo para pagar estas deudas
Primeramente se leda entrega al otro Juan Diez mihijo para en pago delas deudas queadepagar =Veyntemill ochocientos y ocho maravedís El valor de una tierra a la Huerta [ilegible] Manchego lindero [ilegible] huerta y tierra de Alonso Pardo las quales tasada a [ilegible] y quatro reales [ilegible]…….23.258
Diezysietemill quatrozientos veinte y cinco maravedís del valor deunas [ilegible] a la [ilegible] de [ilegible] que hazen diez quartas y que son [ilegible] y herederos de Miguel Pasqual……..……17.425
Ochentaydos [ilegible] de unas tierras del corredor termino deesta villa que haze cinco quartas [ilegible] lindero tierra del [ilegible] Francisco Aldea y herederos del familiar [ilegible]……..……..……2.805
Deudas que debe pagar Juan Diez……..……...40.800
Bandeentregados…….……41.038
Lleva de mas……..…….238

3º cuerpo de deudas

Ponesse portercio cuerpo de deudas treinta y siete mil y quatrozientos maravedís al Principal de un Censso quellas confradia de San Antonio Abad deesta villa tiene contra mis vienes……...37.400

Seis mil y ocho cientos marvs. del principal deotro Censso que las memorias y obras pias de los Señores Peñas tienen contra mi y otros Particulares deesta Villa de dos mil y quinientos ducados que llaman [ilegible]……..……..6.800

Suman los dos censos antecedentes: quarenta y quatromill y doscientos

marvs……..44.200 marvs

Entrega quese haze a Francisco Diez para pagar estas deudas

Primeramente seda entrega a Francisco mi hijo para [ilegible] pago de las deudas antecedentes=novecientos yveinteycinco reales del valor [ilegible]diezyocho quantas y media de treinta [ilegible] pedazos de tierra en [ilegible]destavilla [ilegible]diez quartas y linda con [ilegible] de Juan [ilegible] Muñoz y herederos de ysabel Gonzalez Toledo [ilegible] y la otra de ocho quartas y media linda conla tierra de Juan Fernandez [ilegible] catorzemill seiscientos cinquenta y quatro marvs. del valor [ilegible] del termino de estas villas que haze cinco quartas [ilegible]

Y tres quarterones linda con tierra de la Capellania de [ilegible] y tierra de D. Manuel Ruiz presbitero beneficiado deestavilla [ilegible] tasada a setentaycinco [ilegible]

Suma la entrega echa a Francisco Diez mi hijo quarentayseis mill ciento y quatro marvs.: que restados con los quarenta y quatro mill y doscientos marvs. que a de aver: lleva demas mill novecientos y quatro marvs.

4º Cuerpo de deudas

Pongo por quarto cuerpo de deudas diez mill marvs. del principal de un censo que la Cofradia del Apóstol Santiago deesta villa tiene contra mis vienes……..……10.000

Entrega que hago a la otra Juana Diez Roman mi hija para el pago de estas deudas

Doy y entrego a la otra Juana Diez Roman mi hija para el pago de la deuda antecedente= trescientos y sesenta reales del valor [ilegible] obradas de tierra del [ilegible] termino deesta villa lindero tierra de D. Sebastian de Toledo y Capellania que goza [ilegible] Geronimo Moncada tasada a [ilegible]

Suma la entrega que llevo echa a la otra Juana mi hija para pagar las deudas Antecedentes dozemill doscientos y quarenta marvs: que restados con los diez mill marvs. que a de aver lleva demas= dosmill doscientos y quarenta marvs.

Gasto del testamento

Pongo por gasto de mi testamento quarenta y quatro reales que sean de pagar a los señores cura y beneficiados dela Iglesia de San Pedro deesta villa……...1.496

Treinta reales quesean de pagar al Maiordomo de la fabrica de dicha Iglesia por el [ilegible] de mi sepultura……1.020

Dos reales queseande pagar a la persona que ade abrir mi sepultura y me ade enterrar……..68

2.584

De manera que para que aya la claridad que es necesario digo que mi caudal importa trescientos noventa y dos mills novecientos y quatro marvs.

Sacaronse para pagar el primer cuerpo de deudas=quarenta mill y ochocientos marvs.

Para el segundo cuerpo de deudas sacaron quarenta mill y ochocientos mas

Sacaron para el tercer cuerpo de deudas=quarentayquatro mill y doscientos

Sacaronse para el quarto cuerpo de deudas=diezmill marvs.

Importan los quatro cuerpos de deudas juntas=ciento treintaycinco mill ochocientos marvs.

Quedan líquidos para sacar el quinto =doscientas cinquenta y sietemill ciento y quatro marvs.

Toco del quinto: cinquenta y un mill quatrozientos veintyuno marvs.

Destos sean sacado para mi testamento =dozemill quinientos y doce mas

Quedan del remanente del quinto= treyntaiocho mill novezientos nueve marvs.

Y [ilegible] para sacar el tercio adelante dize: doscientos cinco mill seiscientos ochentaytres marvs.

Quedan líquidos para partir= tocan del tercio sesentayocho mill quinientos sesenta y quatro marvs.

Quedan líquidos para partir cientotreintaysiete mill cientoveinteydos marvs.

toca a cada uno de cinco herederos a veintisiete mill quatrozientos veinteyquatro

Mexorados

Por causas justas quetengo y por el mucho amor y cariño que les he tenido y tengo a Francisco María y Juana Díez Roman mis hijos legítimos y de [ilegible] Ysabel Roman milegitima mujer es mi voluntad mejorales como desdeluego les mejoro en el terzio y remanente del quinto de mis bienes y para el pago de mi mejora se las señalo en las casas que alpresente vibo sitas en la quadrilla de [ilegible] lindero Cassas dela Capellanía de los Señores [ilegible] y lindan con cassas del cura D. Marzelo [ilegible] mejoras [ilegible] hijuela a los susodichos en la forma siguiente

Hijuelas de mejora del tercio y quinto [ilegible] Francisco, María y Juana Diez Roman

Adjudico [ilegible] a los hijos Francisco Maria y Juana Diez Roman mis hijosy dela [ilegible] mi muger para el pago de las mejoras de tercio y remanente del quinto que les llevo dichas en este mi testamento unas casas sitas en la quadrilla [ilegible] con todas sus salas quartos bodegas para cavalleriza corral [ilegible] lindero casas de la Capellania de los [ilegible] y casas de Juan Lopez [ilegible] tasadas en tres mill [ilegible] que han de partir sin engaño. Digo que las taso en tres mill ciento[ilegible]…

Y estando como están pagados los [ilegible] Francisco Maria y Juana de las mejoras que les llevo echas de tercio y remanente del quinto de mis vienes me a parecido el hazer a cada uno de los [ilegible] cinco hijos hijuelas de mi herencia con las quales partidos mis vienes sean de contentar que [ilegible] vienes son los siguientes=

Hijuela de Maria Diez

Primeramente sedayentrega a [ilegible] Maria Diez Roman mi hija para empago de lo que a de aver por mi legitima=quatromill quinientos ynobenta marvs.del valor de una tierra [ilegible] deestavilla que haze [ilegible] quartas lindero tierra deherederos de Cathalina [ilegible] y [ilegible] Juana [ilegible] tasada a quince reales [ilegible]…….4.590
Sietemill quinientosy quarenta y ocho marvs. que la [ilegible] llevo demas en la entrega que se la hizo para el pago del primero cuerpo de deudas como del consta,……..7.548
…….12.138
Mill ochenta y ocho marvs que asimismo la adjudico en el quinto cuerpo de deudas que los llevo demas como [ilegible] consta……..1.088
Dozemill setecientosy cinquenta marvs. en la quarta parte de una [ilegible] termino deesta villa que haze once quartas lindero [ilegible] de D. Antonio [ilegible] vecinos deesta villa tassado aciento treintayseis marvs. y a partir [ilegible] con Francisco, Theresa y Juana sus hermanos……12.750

Mill doscientos nobentaydos marvs. [ilegible]…….1.292
Trescientos y quarenta marvs. [ilegible] de un Banco de [ilegible]……340
Suma la entrega aque haga a [ilegible] Maria mi hija=veinteysietemill quatrozientosveinteydos que son los mismos que [ilegible] conque queda pagada

Hijuela de Juan Diez

Primeramente doy entrega al [ilegible] Juan Diez mi hijo para en pago de los veintysiete mill quatrocientos veintydos marvs. que a de aver de mi legitima herencia=doscientos treintayocho marvs. que el [ilegible] lleva de mas en la entrega quese hizo para [ilegible] segundo cuerpo de deudas……238
Diezynueve mill trescientos sesenta y quatro marvs. que [ilegible] los vestidos que compre [ilegible] mi hijo [ilegible] Matilde Escobar mi nuera al tiempo que se casaron que aunque es verdad pasaron de nobecientos reales los vestidos leremito loque [ilegible]…….19.364
…….19.602
Siete mill ochozientos y veinte marvs. del valor un carro herrado que se la adjudica para la paga de su hijuela tasado en dicha cantidad…….7.820
Suma la entrega [ilegible] Juan Diez Roman veinteysiete mill quatrozientos veinteydos marvs. que son los mismos queade aver conque queda pagado.

Hijuela de Francisco Diez

Primeramente doy yentrego al [ilegible] Francisco Diez Roman mi hijo para empago de los veintysietemill quatrocientos veinteydos marvs. que a de aver de mi herencia=dozemill setecientos y cinquenta marvs. [ilegible] de la quarta parte del [ilegible] termino desta villa que haze onze quartas Lindero [ilegible] del Comisario D. Antonio Calzada y [ilegible] vecino deestavilla a partir sin engaño con Maria Theresa y Juana Diez sus hermanas
Tasado a cientotreintayseis reales quarta…….12.750
Nueve mill cientoyochenta marvs. del valor de una tierra [ilegible] termino deesta villa que haze diezyocho quartas lindero tierra de [ilegible] Sebastian de Toledo y Manuel hortelano tasada a quince marvs. quarta……9.180

Mill seiscientos treintaydos marvs. del valor deun bufete de castaño consus caxones y cerraduras……1.632
Novecientos quarenta y seis marvs. del valor de una mesa con [ilegible]……946
Mill marvs. delos Vancos de [ilegible]……1.000
Millnobecientos y quatro marvs. quellevo de mas en la entrega que se le hizo para lapaga del tercero cuerpo de deudas ……1.904
Suma la entrega echa a [ilegible] Francisco Diez veintey siete millquatrozientos marvs. son los mismos queade aver con que queda pagado

Hijuela de Theresa

Primeramente doy y entrego a la [ilegible] Theresa Diez Roman mi hija para empago de mi herencia sietemill trescientos quarenta y quatro marvs. del valor de una tierra a [ilegible] termino deestavilla quehaze treintayseis quartas Lindero tierras de herederos de [ilegible] y de Antonio Santamaria [ilegible] linda con Domingo Hortelano tasada a seis reales [ilegible]……7.344
Dozemill setecientos y cinquenta marvs. del valor de la quarta parte de un [ilegible]que haze onze quartas Lindero [ilegible] del Comisario D. Antonio de la Calzada y Angel Toledo vecinos deesta villa. Tasada a ciento noventayseis [ilegible] a partir sin engaño con Francisco Maria y Juana sus hermanos…12.750
……...20.094
Cinco mill y treintaydos marvs. del valor de una [ilegible] termino deesta villa que hace dos quartas y media Lindero viña de Francisco de la Cruz tasada a setenta y quatro marvs……5.032
Dos mill doscientos nobentayseis marvs. que a de cobrar de Juana Diez su hermana por llevar mas en la entrega que las hago para empago desuherencia como della consta……...2.296
Suma la entrega echa a la [ilegible] Theresa Diez veinte y siete mill quatrozientos veinteydos que son los mismos que a de aver con que queda pagada.

Hijuela de Juana Diez

Primeramente doy entrega a la [ilegible] Juana Diez Roman mi hija dozemill setecientosy cinquenta marvs. del valor de la quarta parte de la [ilegible] que

haze onze quartas Lindacon [ilegible] del Comisario D. Antonio de la Calzada y Angel Toledo tasado a ciento noventayseis [ilegible] quarta y a partir sin engaño con Francisco Maria y Juana sus hermanos……12.750 Diezy siete mill novecientos cinquenta y dos marvs. del valor de una tierra que haze onze quartas Linda con tierra de D. Antonio Hurtado y Lorenzo Seco tasada a quarentayocho marvs. la quarta……..17.952 Dos milll doscientos quarenta marvs. que llevo demas en la entrega que se la hizo para la paga del quarto legado de deudas……..20.240 Suma la entrega que hago a [ilegible] Juana Diez mi hija treintaydos mill nobecientos quarenta y dos marvs. que restados con los queadeaver por mi herencia lleva de mas cinco mill quinientos y veintinueve marvs.

Y en la forma referida tengo fenecido yacavada la particion de todos mis vienes muebles y raíces excepto la deuda de Diego Moncada que quiero que mis hijos hagan la diligencia de cobrarla pues me es devida y[ilegible] deesta otra [ilegible] amonesto a [ilegible] mis hijos esten y pasen por ella porque es mi voluntad que así lo executen y que sean obedientes amis prezeptos Y si por alguna causa alguno o algunos de los citados mis hijos no estuviesen contentos con las cantidades que [ilegible] adjudicadas por herencia mia y sobre ello quisieren poner demanda ante las Justicias queriendo consumir en gastos superfluos mis cortos aberes luego que qualquiera quiera de los citados mis hijos pongan demanda sobre mi herencia [ilegible] que acadauno llevo echo, es mi voluntad dedesheredarle como desde luego le deseheredo de todos mis vienes muebles y rayzes presentes y futuros derechos y acziones queme pertenezcan como ynobedientes a los mandatos y prezeptos de sus padres; y sea laherencia de los ynobedientes para los obedientes que se contentan con lo que sus padres les mandan y dejan por herencia: pues [ilegible] queme a llebado el hazer este testamento cerrado hasido el considerar los cortos medios conque allo y que he visto muchos caudales maiores que este mio y que por temeridad de los herederos sean consumido y [ilegible] no les aquedado que heredar motibo justo que me ha obligado aexecutar esta escriptura que es quiero que se guarde ymbiolablemente con todas las mandas legados y mexoras queenella llevo echas que quiero que valga por mi testamento por mi cobdicilo y como mi ultima y postuma voluntad [ilegible] Por ninguno [ilegible] sin efecto que les quiero

[ilegible] testamento que antes deeste aya fecho [ilegible] quiero que valga por ultima y postuma voluntad. Y quiero no se abra este testamento [ilegible] aya fallecido[ilegible] y lo firmo en esta villa de Cisneros veinteydos de abril de mill setecientos y cinquenta años= Sin embargo que por las adjudicaciones que llevo echas a los [ilegible] mis hijos [ilegible] por mis legítimos herederos. Por si acaso fuese requisito esencial para la balidacion de lo operado eneste mi testamento digo que nombro por hijos y herederos alos [ilegible] Juan: Francisco: Maria: Theresa: y Juana Diez Roman mis hijos [ilegible] Ysabel Roman mi segunda muger para queestos ayan y lleven mis vienes con la vendicion de Dios y la mia, cada uno segun y como les llevo echas las particiones pues mi animo asido siempre y es mejorar como mejoro en el tercio y remanente del quinto de mis vienes a Francisco Maria y Juana Diez Roman mis referidos hijos por el mucho amor y cariño que les he tenido [ilegible] y por causas justas queaquello me mueven. Firmo fecha ut supra.

Juan Diez Escobar

BIBLIOGRAFÍA

ABELLA RUBIO, J. M.: «La partición extrajudicial. Partición hecha por el testador», en X. O'CALLAGHAN MUÑOZ (ed.) *La partición de la herencia*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 135 a 212.

ABRIL CAMPOY, J. M.: *La rescisión del contrato por lesión (enfoque doctrinal y jurisprudencial)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: «Dos aspectos de la partición hecha por el testador», *Anuario de Derecho Civil*, nº 3, 1948, pp. 922 a 980.

- *Instituciones de Derecho Civil. Parte general y derecho de obligaciones*, vol. I, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1972.

- *Curso de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, vol. V, 11ª ed., Edisofer, Madrid, 2015.

ALCIATO, A.: *D. Andreae Alciati Mediolanensis jureconsulti celeberrimi Operum*, vol. II, Sumptibus haeredum Lazari Zetzneri, Francofurti, 1617.

ALONSO CORTÉS, N.: «Algunos datos relativos a D. Pedro Calderón», en R. MENÉNDEZ PIDAL (ed.) *Revista de Filología Española*, vol. II, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 1915, pp. 41 a 51.

ÁLVAREZ DE VIGARAY, R.: «Los contratos aleatorios», *Anuario de Derecho Civil*, 1968, pp. 607 a 642.

ÁLVAREZ VIGARAY, R.; DE AYMERICH DE RENTERÍA, R.: *La Rescisión por lesión en el derecho civil español común y foral*, Editorial Comares, 1989.

ALVENTOSA DEL RÍO, J.; COBAS COBIELLA, M. E.; MONTES RODRÍGUEZ, M. P.; MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: «Capítulo II. Aspectos sustantivos del derecho hereditario», en ALVENTOSA DEL RÍO, J.; COBAS COBIELLA, M.E. (eds.) *Derecho de Sucesiones*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 138 a 703.

AMADIO, G.: «La divisione del testatore senza predeterminazione di quote», *Rivista di Diritto Civile*, nº 3, 1986, pp. 243 a 269.

ANGLÈS, P.: *De la lésion en droit romain et en droit français, these pour le doctorat*, Imp. Schneider fréres, Lyon, 1878.

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 2018.

AUBRY, C.; RAU, C.: *Cours de Droit Civil Français, d'après la méthode de Zachariae*, vol. VI, Quatrième édition, imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Paris, 1873.

AYERBE DE AYORA, A.: *Tractatus de partitionibus bonorum communium inter maritum, et uxorem, & filios ac haeredes eorum*., Apud Ioannem de Rueda Typographum, 1623.

BALDUS: *In Primum, Secundum & Tertium Cod. Lib. Commentaria*, apud Iuntas, Venetiis, 1599.

- *In Quartum & Quintum Cod. Lib. Commentaria*, apud Iuntas, Venetiis, 1599.

BALDWIN, J. W.: «The medieval theories of the just price. Romanists, Canonists, and Theologians in the Twelfth and Thirteenth Centuries», *Transactions of the American Philosophical Society*, New Series, vol. 49, nº 4, 1959.

BARBA, V.: «Institución de heredero en cosa cierta. Interpretación del testamento, determinación de la cuota hereditaria y partición de la herencia», *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, nº1, 2019, pp. 5 a 27.

BARCELÓ COMPTE, R.: *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2019.

BARÓ PAZOS, J.: *La codificación del derecho civil en España (1808-1889)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1992.

BARRERA GONZÁLEZ, A.: *Casa, herencia y familia en la Cataluña rural*, Ed. Alianza, Madrid, 1990.

BARTOLUS, *Commentaria*, vol. tomus VII, Venetiis, 1596.

- *Omnium Iuris Interpretum Antesignani Commentaria*, vol. IV, apud Iuntas, Venetiis, 1590.

BAUDRY-LACANTINERIE, G.: *Précis de droit civil : contenant dans une première partie l'exposé des principes, et dans une deuxième les questions de détail et les controverses*, vol. II, L. Larose et Forcel, Paris, 1883.

BAUDRY-LACANTINERIE, G.; WAHL, A.: *Traité théorique et practique de droit civil. De la vente et de l'échange*, vol. XIX, Librairie de la Société du Recueil Général des lois et des ârrets, Paris, 1908.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E.: *La partición efectuada por el causante. Régimen del Código civil y aragonés, con breve referencia a otros Derechos forales*, Ed. Reus, Madrid, 2018.

BELTRÁN DE HEREDIA, J.: «El saneamiento por evicción en la partición hereditaria», *Revista de Derecho Privado*, octubre 1954, pp. 837 a 859.

- *La comunidad de bienes en el derecho español*, Ed. Edersa, Madrid, 1954.

BIONDI, B.: *Sucesión testamentaria y donación*, Ed. Bosch, Barcelona, 1960.

BLANCO RODRÍGUEZ, M. L.: *Testamentum parentum inter liberos. La partición de la herencia en derecho romano*, Ed. Secretariado de Publicaciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 1991.

BLASCO GASCÓ, F. P.: *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, 5ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

- *Instituciones de Derecho civil. Doctrina general de las obligaciones, de los contratos y de la responsabilidad por daños*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

BRANCÓS I NÚÑEZ, E.: *Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Cataluña*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

CABALLERO, F.: *Noticias de la vida, cargos y escritos del doctor Alonso Díaz de Montalvo*, Tip. del Colegio Nacional de Sordo-mudos y de ciegos, Madrid, 1873.

CALAZA LÓPEZ, A.: «La partición hereditaria», en LASARTE ÁLVAREZ, C. (ed.) *Derecho de Sucesiones contemporáneo. Aspectos civiles y fiscales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 271 a 316.

CALVO ESPIGA, A.: «Sobre el método en el estudio del Derecho civil: una aproximación a la Historia», *Anuario de Derecho Civil*, nº 4, 2005, pp. 1.599 a 1.652.

CALVO, R.; PERLINGIERI, G.: *Diritto delle Successioni e delle donazioni*, vol. II, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015.

CARBALLO FIDALGO, M.: «Art. 1.056 CC», en CAÑIZARES LASO, A.; CÁMARA LAPUENTE, S.; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (eds.) *Código Civil comentado*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, pp. 1.732 a 1.735.

CARRASCO PERERA, A.: «Rescisión de la partición. Comentario a la STS 21/03/1985», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 8, 1985, pp. 2.535 a 2.542.

CASSEY, J.: *Historia de la familia*, Espasa Calpe, Madrid, 1990.

CHABOT DE L'ALLIER, G. A.: *Commentaire sur les successions, suivant le code civil*, vol. II, 7ª ed., H. Tarlier, Bruxelles, 1834.

COSTAS RODAL, L.: *La ineficacia de la partición de la herencia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.

COVIÁN Y JUNCO, V.: «Partición de herencia», en *Enciclopedia jurídica española*, vol. XXIV, Francisco Seix, Barcelona, 1911.

CUJAS, J.: *Jacobi Cujacii i.c. tolosatis opera ad parisiensem Fabrotianam editionem*, vol. IX, ex officina frat.Giachetti, 1839.

D'ORS, J. A.: *Elementos de derecho privado romano*, 6ª ed., Ed. EUNSA, Pamplona, 2016.

DE AQUINO, T.: *Summa Theologica. Diligenter emendata Nicolai, Sylvii, Billuart, et C.-J. Drioux*, vol. IV, 12a, Apud Bloud et Barral, Parisiis, 1880.

- *Opera omnia. Sententia libri Ethicorum. Cura et studio fratrum praedicatorum*, vol. XLVII-2, ad Sanctae Sabinae, Romae, 1969.

DE BOFARULL, M.: *El Código civil español según la edición oficial, anotado y concordado con la anterior legislación y jurisprudencia española y los códigos extranjeros*, 2ª ed, Imprenta de las Escalerillas, México, 1892.

DE BUEN, D., «Notas al Curso elemental de Derecho civil», en *Curso elemental de derecho civil*, 2ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1941.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España. Parte General*, vol. I, 3ª ed., Inst. de Estudios Políticos, Madrid, 1955.

- *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1985.

DE GUZMÁN, A.: *Tractatus de evictionibus*, sumptibus Fratum de Tourne, Coloniae Allobrogum, 1736.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: «Art. 1.056 CC», en *Comentario del Código Civil*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 2.478 a 2.485.

- «Arts. 1.061 a 1.066 CC», en *Comentario del Código Civil*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 2.501 a 2.505.

- «Art. 1.068 CC», en *Comentario del Código Civil*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 2.510 a 2.512.

- «Arts. 1.073 a 1.081 CC», en *Comentario del Código Civil*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 2.519 a 2.541.

DE LOS MOZOS, J. L.: «La partición de la herencia por el propio testador», *Revista de Derecho Notarial*, nº XXVII, 1960, pp. 99 a 234.

DE MONTAGUT I ESTRAGUÉS, T.: «El testamento inoficioso en Las Partidas y sus fuentes», *Anuario de Derecho Civil*, nº 62, 1992, pp. 239 a 326.

DE RÉVIGNY, J.: *Lectura super prima parte Codicis*, 1519.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: «Eficacia e ineficacia del contrato», en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (ed.) *Derecho civil II (Obligaciones y Contratos)*, 6ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 249 a 272.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.; CHAPARRO MATAMOROS, P.: «Lección 11. Autonomía privada: el derecho subjetivo», en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (ed.) *Derecho Civil I (Derecho de la Persona)*, 4ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 211 a 226.

DEKKERS, R.: *La lesión énorme. Introduction a l'histoire des sources du Droit*, Paris, 1937.

DEL POZO CARRASCOSA, P.: «Art. 464-4 CCCat», en EGEA FERNÁNDEZ, J.; FERRER RIBA, J.; ALASCIO CARRASCO, L. (eds.) *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, vol. II, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, pp. 1.610 a 1.1617.

- «Art. 464-13 CCCat», en *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, vol. II, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, pp. 1.643 a 1.650.

- «La partición de la herencia», en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. (ed.) *División de la comunidad de bienes*, Ed. Atelier, Barcelona, 2012, pp. 169 a 240.

- «Capítulo 23. La partición», en DEL POZO CARRASCOSA, P.; VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E. (eds.) *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, 2ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 551 a 596.

DELGADO ECHEVARRÍA, J.: «Capítulo VI. De la nulidad de los contratos», en ALBALADEJO GARCÍA, M.; DÍAZ ALABART, S. (eds.) *Comentario al Código Civil y Compilaciones forales*, vol. XVII-2, Ed. Edersa, Madrid, 1995, pp. 273 a 510.

DELVINCOURT, C. E.: *Cours de Code Civil*, vol. III, P.J. de Mat, a la Librairie Française et Étrangère, Bruxelles, 1825.

DEMOLOMBE, C.: *Traité des Successions*, vol. V, A. Lahure, éditeur, Paris, 1880.

DÍAZ ALABART, S.: «Facultades de los acreedores particulares de los herederos con respecto a la herencia en defensa de sus créditos», *Revista de Derecho Civil*, nº 3, 2022, pp. 255 a 287.

DÍEZ SOTO, C. M.: «La partición realizada por el propio testador en el Código Civil», en BLASCO, F.; CLEMENTE, M.; ORDUÑA, J.; PRATS, L.; VERDERA, R. (eds.) *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, vol. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 879 a 896.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: «Comentario al art. 1.111 CC», en CAÑIZARES LASO, A. (ed.) Comentarios al Código Civil, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 5.098 a 5.101.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I, 4ª ed, Ed. Civitas, Madrid, 1993.

DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, vol. IV, 8ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2001.

DOMINGO DE MORATÓ, D.: *El Derecho Civil español con las correspondencias del romano*, vol. II, Imprenta, Librería Nacional y Extrangera de Hijos de Rodriguez, Libreros de la Universidad y del Instituto, Valladolid, 1868.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al art. 1.061 CC», en CAÑIZARES LASO, A. (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 4.886 a 4.890.

- «Comentario al art. 1.073 CC», en CAÑIZARES LASO, A. (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 4.936 a 4.939.

- «Comentario al art. 1.075 CC», en CAÑIZARES LASO, A. (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 4.943 a 4.946.

- «Comentario al art. 1.077 CC», en CAÑIZARES LASO, A. (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 4.950 a 4.953.

- «Comentario al art. 1.080 CC», en CAÑIZARES LASO, A. (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 4.962 a 4.966.

DONELLUS, H.: *Opera omnia: cum notis Osualdi Hilligeri*, Ad signum Clius, 1846.

DUMOULIN, C.: *Commentariorum in Consuetudines Parisienses. Prima pars*, Dominorum Bernensium Typographus, Lausannae, 1572.

DURANTON, A.: *Cours de Droit Français suivant le Code Civil*, vol. VII, 4ª ed., G. Thorel-E. Guilbert, Paris, 1844

EGUSQUIZA BALSAMEDA, M. A.: «Art. 891 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. V, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 6.492 a 6.498.

ELLIOT, J.: *La rebelión de los catalanes. Un estudio de la decadencia de España (1598-1640)*, Ed. Siglo XXI de España Editores, Madrid.

ESCRICHE, J.: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, vol. II, Libreria de la señora Viuda e Hijos de D. Antonio Calleja, 1847.

ESCUTIA ABAD, M.: «Capítol 14. Els pactes successoris», en LUCAS ESTEVE, A. (ed.) *Dret civil català. vol. III. Dret de Successions*, J. M. Bosch, Barcelona, 2010, pp. 329 a 352.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *La partición realizada por contador partidor testamentario*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013.

- «Arts. 1.051 a 1.067 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. VI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 7.580 a 7.796.

- «Art. 1.068 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. VI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 7.797 a 7.801.

- «Arts. 1.073 a 1.087 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. VI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 7.819 a 7.946.

- «Art. 806 CCEsp», en CAÑIZARES LASO, A. (ed.) *Comentarios al Código civil*, vol. III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 3.903 a 3.910.

FAVRE, A.: *Codex Fabrianus definitionum forensium et rerum in sacro Sabaudiae senatu tractatarum*, Chouet, 1659.

FEBRERO, J.: *Libreria de escribanos, abogados y jueces*, vol. II, imprenta de don Pedro Marin, Madrid, 1786.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A.: «La ineficacia de la partición hereditaria», en O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (ed.) *La partición de la herencia*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 379 a 456.

FERRER I ALÒS, LL.: «Acceso y distribución de los medios de producción. Herencia y reproducción social», en CHACÓN JIMÉNEZ, F.; BESTARD-CAMPS, J.; AGUADO, A. (eds.) *Familias: historia de la sociedad española (del final de la Edad Media a nuestros días)*, 1ª ed., Ed. Cátedra, Madrid, 2011, pp. 255 a 324.

FOLLIA CAMPS, R.: «Artículo 423-18 CCCat», en ROCA I TRIAS, E. (ed.) *Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, Sucesiones*, Ed. Sepín, Madrid, 2011, pp. 281 a 283.

FORCHIELLI, P.; ANGELONI, F.: *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Libro secondo-Delle Succesioni*, 2ª ed., Ed. Zanichelli, Bologna-Roma, 2000.

GACTO, E.: «El grupo familiar de la Edad Moderna en los territorios del mediterráneo hispánico: una visión jurídica», en *La familia en la España mediterránea: siglos XV-XIX*, Crítica, Barcelona, 1987, pp. 36 a 64.

GALICIA AIZPURÚA, G.: «Arts. 1.073 a 1.081 CC», en CAÑIZARES LASO, A.; CÁMARA LAPUENTE, S.; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (eds.) *Código Civil comentado*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, pp. 1.733 a 1.760.

GALVÁN GALLEGOS, Á.: «Operaciones particionales», en O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (ed.) *La partición de la herencia*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 301 a 336.

GARCÍA AMIGO, M., «La integración del testamento», en GONZÁLEZ PORRAS, J.M.; MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (eds.) *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Murcia, 2004, pp. 1.833 a 1.850.

GARCÍA DEL CORRAL, L.: *Cuerpo del Derecho civil romano. A doble texto, traducido al castellano del latino por D. Ildefonso L. García del Corral*, editor Jaime Molinas, Barcelona, 1892.

GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *Herencia y patrimonio familiar en la Castilla del antiguo régimen (1650-1834). Efectos socioeconómicos de la muerte y la partición de bienes*, Secretariado de publicaciones, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1995.

GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Imprenta de la Sociedad Tipogràfica, F. Abienzo, 1852.

GARCÍA GOYENA, F.; AGUIRRE, J.: *Febrero. Libreria de jueces, abogados y escribanos*, Imprenta y librería de D. Ignacio Boix, Madrid, 1844.

GARCÍA PÉREZ, C.: *La rescisión de la partición hereditaria. Notas a los artículos 1073 a 1078 del Código Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GARCÍA RUBIO, M. P.: *La distribución de toda la herencia en legados (un supuesto de herencia sin heredero)*, Ed. Civitas, Madrid, 1989.

GARCÍA VICENTE, J. R.: «Art. 1.290 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. VII, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9.199 a 9.202.

- «Art. 1.291 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.) Comentarios al Código Civil, vol. VII, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9.203 a 9.216.

- «Art. 1.300 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.) Comentarios al Código Civil, vol. VII, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9.238 a 9.250.

GARCÍA-GALLO, A.: «Del testamento romano al medieval. Las líneas de su evolución en España», *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 47, 1977, pp. 425 a 498.

GENTY, M.: *Traité des partages d'ascendants*, August Durand, libraire, Paris, 1850.

GETE-ALONSO CALERA, M. C.: «Capítulo XXVII. Ineficacia e invalidez», en PUIG I FERRIOL, LL.; GIL RODRÍGUEZ, J.; HUALDE SÁNCHEZ, J.J.; GETE-ALONSO CALERA, M. C. (eds.) *Manual de Derecho Civil. Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, 3ª ed, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 667 a 684.

GHESTIN, J.: *La Notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1963.

GIMENO SENDRA, V.; DÍAZ MARTÍNEZ, M.; CALAZA LÓPEZ, S. (eds.): *Derecho procesal civil. Parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

GOMEZ, A.: *Variae resolutiones iuris civilis, communis et regii*, typis D. Gabrielis Ramirez, Matriti, 1768.

GÓMEZ CALLE, E.: *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2018.

GÓMEZ CLAVERÍA, P.: «Artículo 464-13 CCCat», en ROCA I TRIAS, E. (ed.) *Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, Sucesiones*, Ed. Sepín, Madrid, 2011, pp. 1.383 a 1.388.

GÓMEZ NAVARRO, S.: *La muerte en la provincia de Córdoba. Inventario de escrituras notariales de Córdoba, Montilla y Fuente Obejuna (1650-1833)*, Ilustre Colegio Notarial, Sevilla, 1996.

- «La documentación notarial de las "ultimidades" para la historia social y cultural rural de la Europa moderna», *Mundo Agrario. Revista de estudios rurales*, vol. 22, nº 49, 2021.

GÓMEZ-ACEBO SANTOS, F.: «Revisión del concepto de lesión: su estructura técnica», *Revista de Derecho Privado*, 1950, pp. 493 a 510.

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M.: «Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador por acto “inter vivos”», *Revista de Derecho Privado*, junio 1954, pp. 494 a 538.

GOROSÁBEL, P.: *Redacción del Código civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nación*, Imprenta de la viuda de la Lama, Tolosa, 1832.

GRADENWITZ, O.: «Interpolazione e interpretazione», *Bulletino dell’ Instituto di Diritto Romano*, nº 2, 1889.

GUARINO, A.: *Diritto privato romano*, vol. II, 12ª ed., Editore Jovene, Napoli, 2001.

GUILARTE ZAPATERO, V.: «Algunas consideraciones sobre la partición adicional del artículo 1.079 del Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pp. 55 a 79.

GUILLÉN CATALÁN, R.: «Capítulo VI. La empresa familiar: su planificación testamentaria como instrumento de conservación», en ALVENTOSA DEL RÍO, J.; COBAS COBIELLA, M.E. (eds.) *Derecho de Sucesiones*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 846 a 904.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Codigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil españo*l, vol. IV, 2ª ed., Librería de Sánchez, Madrid, 1871.

- *Codigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, vol. I, 3ª ed., Librería de Sánchez, Madrid, 1871.

HAENEL, G. F.: *Dissensiones dominorum: Sive controversiae veterum iuris Romani interpretum qui glossatores vocantur*, Scientia Verlag, Leipzig, 1834.

HERMOSILLA, G.: *Notae, additiones, et resolutiones ad glossas legum partitarum Gregorii Lopetii*, vol. II, ex officina Anissoniana, Lugduni, 1674.

HERNÁNDEZ GIL, F.: «Sobre la ineficacia de las particiones realizadas por el comisario», *Revista de Derecho Privado*, 1968, pp. 524 a 544.

HERRERO GUTIÉRREZ, R.; VALLEJO ÚBEDA, M. A. (EDS.), *El Código Civil. Debates parlamentarios. 1885-1889*, Dirección de Estudios y Documentación, Servicio de Publicaciones del Senado, Madrid, 1989.

HERVADA, J.: *Introducción crítica al derecho natural*, 2ª ed., Universidad de Navarra, Pamplona, 1982.

IGLESIA FERREIRÓS, A.: «Individuo y familia. Una historia del derecho privado español», en ARTOLA, M. (ed.) *Enciclopedia de Historia de España. Economía y sociedad*, vol. I, Alianza editorial, Madrid, 1988, pp. 433 a 536.

IMÍZCOZ BEUNZA, J. M.: «Las redes de la monarquía: familias y redes sociales en la construcción de España», en CHACÓN JIMÉNEZ, F.; BESTARD-CAMPS, J.; AGUADO, A. (eds.) *Familias: historia de la sociedad española (del final de la Edad Media a nuestros días)*, 1ª ed, Ed. Cátedra, Madrid, 2011, pp. 393 a 444.

IRIGOYEN LÓPEZ, A.: «Estado, Iglesia y familia: la complejidad de los cambios legislativos y socioculturales», en CHACÓN JIMÉNEZ, F.; BESTARD-CAMPS, J.; AGUADO, A. (eds.) *Familias: historia de la sociedad española (del final de la Edad Media a nuestros días)*, 1ª ed, Ed. Cátedra, Madrid, 2011, pp. 515 a 604.

JORDANO BAREA, J. B.: «Dictamen sobre validez de partición contenida en testamento», *Anuario de Derecho Civil*, 1952, pp. 233 a 247.

KLAMI, H. T.: «Laesio enormis in Roman law?», *Labeo*, nº 33, 1987, pp. 48 a 63.

KRUEGER, P.; MOMMSEN, T.: *Corpus iuris civilis*, Berolini: Apud Weidmannos, 1877.

LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho civil. Parte general. Introducción*, vol. I, 5ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2012.

- *Elementos de Derecho civil. Parte general. Personas*, vol. I-2, 6ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2010

- *Elementos de Derecho civil. Parte general. Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, vol. I-3, 3ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2005.

- *Elementos de Derecho civil. Derecho de obligaciones. Parte general. Teoría general del contrato*, vol. II-1, 5ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2011.

- *Elementos de Derecho civil. Derechos reales*, vol. III-2, 3ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2016.

- *Elementos de Derecho civil. Sucesiones*, vol. V, 4ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2009.

LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981.

LAMARCA I MARQUÈS, A.: «Art. 451-10 CCCat», en EGEA FERNÁNDEZ, J. FERRER RIBA, J.; ALASCIO CARRASCO, L. (eds.) *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, pp. 1.354 a 1.358.

LANDUCCI, L.: «La lesione enorme nella compra e vendita. Esame storico-critico d'una rinnovata proposta di interpolazioni giustinianee», *Atti del Reale Istituto Veneto di Scienze lettere ed arti*, nº 75, 1916, pp. 1.189 a 1.255.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil III. Contratos*, 14ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.

- *Principios de Derecho civil VII. Derecho de Sucesiones*, 8ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2023.

LASSO GAITE, J. F.: *Crónica de la codificación española. Codificación civil: génesis e historia del Código*, vol. 4-II, Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970.

LAURENT, F.: *Cours élémentaire de Droit Civil*, vol. II, Bruxelles-Paris, 1878.

- *Principes de Droit Civil*, vol. X, Bruxelles-Paris, 1887.

LEBRUN, D.: *Traite des Successions*, vol. IV, Chez Jean Guignard, Paris, 1692

LEICHT, P. S.: «Laesio enormis e iustum pretium», *Studi in onore di C. Calisse*, nº 1, 1939, pp. 37 a 57.

LÉVY, J.-P.; CASTALDO, A.: *Histoire du droit civil*, 2ª ed., Ed. Dalloz, Paris, 2010.

LLÁCER MATACÁS, M. R.: *El saneamiento por vicios ocultos en el código civil: su naturaleza jurídica*, J. M. Bosch, Barcelona, 1992.

LÓPEZ, G.: *Las Siete Partidas del rey D. Alfonso el Sabio, glossadas por el Sr. D. Gregorio López, del Consejo Real de la Indias. Partida Sexta*, en la imprenta de Benito Monfort, Valencia, 1767.

LÓPEZ PELÁEZ, P.: «Varios aspectos personales en la partición realizada por el propio testador», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 798, 2023, pp. 2.147 a 2.190.

LÓPEZ R. GÓMEZ, N.: *Tratado teorico-legal del Derecho de Sucesión, segun los precedentes históricos del Derecho de Castilla, el Código civil y las especialidades de las Legislaciones forales*, vol. II, Imprenta y librería nacional y extranjera de Andrés Martín, Valladolid, 1896.

LORENTE, M.; VALLEJO, J.; AGÜERO, A. (eds.), *Manual de Historia del Derecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

LUNA SERRANO, Á. «Del contrato justo por ser libre al contrato justo por ser equilibrado», en *Derecho Privado, Responsabilidad y Consumo*, Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 31 a 40.

LUQUIN BERGARECHE, R.: «Ley 338 FNN», en RUBIO TORRANO, E.; ARCOS VIEIRA, M.L. (eds.) *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, 2ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 1.393 a .1.399.

MALUQUER DE MOTES I BERNET, C.: «Art. 274 CDCC», en ALBALADEJO GARCÍA, M.; DÍAZ ALABART, S. (eds.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, vol. XXIX-3, Ed. Edersa, Madrid, 1986, pp. 510 a 515.

MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Ley de enjuiciamiento civil, comentada y esplicada*, vol. III, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1857.

- *Comentarios al Código Civil español*, vol. V, 1ª ed, Imprenta de la revista y legislación, Madrid, 1896.

- *Comentarios al Código Civil español*, vol. VII, 1ª ed., Imprenta de la revista y legislación, Madrid, 1900.

- *Comentarios al Código Civil español*. *Sexta edición, revisada por D. Miguel Moreno Mocholí*, vol. VIII-2, Ed. Reus, Madrid, 1967.

MARÍN LÁZARO, R.: «La partición de la herencia hecha por acto inter vivos», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1944, pp. 213 a 238.

MARTÍN CASALS, M.: «Artículos 321 a 325 de la Compilación de Cataluña», en ALBALADEJO GARCÍA, M.; DÍAZ ALABART, S. (eds.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, vol. XXX, Ed. Edersa, Madrid, 1987, pp. 451 a 581.

MARTÍN PÉREZ, J. A.: *La rescisión del contrato (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, J.M. Bosch Editor, 1995.

MARTÍNEZ ESPÍN, P.: «Art. 1.061 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.) *Comentarios al Código Civil*, 5ª ed., Thomson Reuters/Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 1.355 a 1.356.

- «Art. 1.075 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.) *Comentarios al Código Civil*, 5ª ed., Thomson Reuters/Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 1.370 a 1.371.

MATILLA TASCÓN, A.: *Testamentos de 43 personajes del Madrid de los Austrias, Instituto de Estudios Madrileños*, Madrid, 1983.

MELGAREJO, P.: *Compendio de contratos públicos, autos de particiones, executivos y de residencias*, Imprenta de Francisco Otero, Madrid, 1791.

MENGONI, L.: *La divisione testamentaria*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1950.

MEYNIAL, E. «Des conditions requises au Moyen-Age pour l'application de la rescision de la vente pour lesión d'outre-moitié», *Melanges P. Girard: études de droit romain dédiées a M. P. F. Girard*, vol. II, 1912, pp. 201 a 224.

MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: «Arts. 45-63 CS», en JOU I MIRABENT, LL. (ed.) *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pp. 167 a 313.

MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M. D.: «Tít. XX. De la partición de la herencia», en RUBIO TORRANO, E.; ARCOS VIEIRA, M.L. (eds.) *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, 2ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 1.372 a 1.418.

MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: *El pago de las deudas hereditarias*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.

- «Las legítimas en el Derecho civil común», en LASARTE ÁLVAREZ, C. (ed.) *Derecho de Sucesiones contemporáneo. Aspectos civiles y fiscales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 71 a 118.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.: «Arts. 392 a 395», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, vol. V-2, Ed. Edersa, Madrid, 1985, pp. 1 a 121.

MODESTO FALCÓN, M.: *Código civil español, redactado por el gobierno en cumplimiento de la Ley de 11 de mayo de 1888 y publicado á virtud de autorización concedida al mismo por real decreto de 6 de octubre del mismo año*, vol. III, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1889.

MOLL DE ALBA LACUVE, CH.: «La modificación de los contratos por cambio de circunstancias en España y en otros ordenamientos europeos», en PÉREZ DAUDÍ, V.; BARRAL VIÑALS, I; MOLL DE ALBA LACUVE, CH. (eds.) *La modificación de los contratos por alteración imprevista de las circunstancias. La cláusula rebus sic stantibus. Aspectos sustantivos, mediación y cuestiones procesales*, Ed. Atelier, Barcelona, 2022, pp. 13 a 29.

MONTAÑANA CASANÍ, A.: *La rescisión por lesión (origen, evolución histórica y recepción en el Derecho moderno)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MONTERO AROCA, J.; FLORS MATÍES, J.: *El Recurso de casación civil*, 2ª ed, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MORENO QUESADA, B.: «Capítulo V. De la rescisión de los contratos», en ALBALADEJO GARCÍA, M.; DÍAZ ALABART, S. (eds.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, vol. XVII-2, Ed. Edersa, Madrid, 1995, pp. 75 a 272.

MORQUECHO, P.: *Tractatus de bonorum divisione*, apud haeredes Ioannis Iñiguez à Lequerica, 1601.

MURILLO VILLAR, A.: «La división convencional de la comunidad de bienes en el derecho romano», *Revista Jurídica del Notariado*, nº 17, 1996, Consejo General del Notariado, pp. 61 a 110.

NÚÑEZ IGLESIAS, Á.: «Comentario a los arts. 1.082 y 1.083 CC», en CAÑIZARES LASO, A.; DE PABLO CONTRERAS, P.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R.; ORDUÑA MORENO, F.J. (eds.) *Comentarios al Código Civil*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 4.971 a 4.981.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: «La comunidad hereditaria y la partición. Sus especies», en O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (ed.) La partición de la herencia, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 1 a 16.

OLMEDO CASTAÑEDA, F.: «Arts. 273-275», en CORA GUERREIRO, J.M.; ORDÓÑEZ ARMÁN, F; PEÓN RAMA, V.; BERMEJO PUMAR, M. (eds.) *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia. Comentarios a los Títulos IX y X y a la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio*, vol. II, Consejo General del Notariado, Madrid, 2007, pp. 971 a 1.047.

ORDUÑA MORENO, F. J.: *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Libreria Bosch, Barcelona, 1987.

- *La responsabilidad por evicción y la partición de herencia (con el tratamiento de la jurisprudencia del T.S.)*, Ed. José Mª Bosch, Barcelona, 1990.

- «La cláusula "rebus sic stantibus" y la crisis derivada del coronavirus"», *Aranzadi digital*, nº 1/2020 parte Estudios y comentarios, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2020.

- *Cláusula rebus y modernización del derecho contractual: tratamiento doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2020.

ORDUÑA MORENO, F. J.; GUILLÉN CATALÁN, R.: «Comentario al art. 1.290 CC», en CAÑIZARES LASO, A. (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. IV, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 5.918 a 5.922

- «Comentario al art. 1.291 CC», en CAÑIZARES LASO, A. (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. IV, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 5.923 a 5.927

- «Comentario al art. 1.295 CC», en CAÑIZARES LASO, A. (ed.) *Comentarios al Código Civil*, vol. IV, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 5.940 a 5.945.

- «La cláusula "rebus sic stantibus" y la crisis derivada del coronavirus"», *Aranzadi digital*, nº 1/2020 parte Estudios y comentarios, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2020.

- *Cláusula rebus y modernización del derecho contractual: tratamiento doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2020.

ORTÍ VALLEJO, A.: «Las facultades de disposición "mortis causa" de bienes gananciales», *Anuario de Derecho Civil*, nº 3, 1989, pp. 665 a 715.

OSTOS MOTA, M. J.: «Proceso de división judicial de la herencia», en O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.(ed.) La partición de la herencia, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 17 a 134.

PEDREGAL Y CAÑEDO, M.: *Texto y comentarios al Código civil español*, vol. II, Imprenta de Enrique Maroto y Hermano, Madrid, 1889.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: «El Anteproyecto del Código civil en 30 de abril de 1888», *Anuario de Derecho Civil*, 1960, pp. 1.171 a 1.193.

PÉREZ, A.: *Praelectiones in dvodecim libros codicis Justiniani imp.*, apud Ludovicum Elzevirium, Amstelodami, 1653.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Partición y Registro de la Propiedad. Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2019.

PERRAULT, CH.: *El gato con botas. Edición bilingüe. Ilustrado por Javier Zabala*, Ed. Nordica libros, 2012.

PETIT, C.: «El Código inexistente. Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX», *Anuario de Derecho Civil*, nº 48, 1995, pp. 1.429 a 1.465.

- «España y el "Code Napoléon"», *Anuario de Derecho Civil*, nº 61, 2008, pp. 1.773 a 1.840.

PINELLUS, *De rescindenda venditione*, Typis Johannis Pieleri, 1667.

PLANIOL, M.; RIPERT, G.: *Traité élémentaire de Droit Civil*, vol. III, 11ª ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1932.

POTHIER, R. J.: *Traités divers sur les successions, Nouvelle édition, mise en rapport avec le Code Napoléon et les Lois nouvelles*, vol. I, Letellier, Paris, 1812.

- *Oeuvres complètes: Traité du contrat de vente*, Chez Thomine et Fortic, 1821.

POULLAIN DU PARC, A. M.: *Principes du Droit François, suivant les maximes de Bretagne*, vol. IV, Chez François Vatar, Arennes, 1768

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, vol. V-3, 4ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1991.

PUIG I FERRIOL, LL.: «Capítol XXII. Els pactes successoris (II)», en ROCA I TRIAS, E.; PUIG I FERRIOL, LL. (eds.) *Institucions del dret civil de Catalunya. Volum III. Dret de Successions*, 7ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 475 a 497.

- «Capítol XXIX. Institució simultània d'una pluralitat d'hereus», en ROCA I TRIAS, E.; PUIG I FERRIOL, LL. (eds.) *Institucions del dret civil de*

Catalunya. Volum III. Dret de Successions, 7ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 635 a 658.

QUICIOS MOLINA, S.: «La ineficacia contractual», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.) *Tratado de Contratos*, vol. I, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1.523 a 1.782.

RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

ROBLES LATORRE, P.: *La partición convencional y su impugnación*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996.

- «La subsidiariedad en la acción pauliana», *Anuario de Derecho Civil*, nº 2, 1999, pp. 663 a 704.

ROCA SASTRE, R. M.: *Estudios de Derecho privado*, vol. II, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2009.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho de Sucesiones*, vol. IV, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «La partición hecha por el testador», *Revista de Derecho Notarial*, nº LXVIII, 1970, pp. 209 a 231.

ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho sucesorio mortis causa*, Edelce, Sevilla, 1951.

RUBIO GARRIDO, T.: "La partición por el testador. Algunos aspectos problemáticos, al hilo de la Sentencia de 4 de noviembre de 2008", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8, 2009, pp. 19 a 28.

- *La partición de la herencia*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

SALAZAR REVUELTA, M.: *Evolución histórico-jurídica del condominio en el derecho romano*, Universidad de Jaén, Jaén, 2003.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: *La partición judicial de la herencia. Un análisis del régimen legal y su aplicación judicial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

SÁNCHEZ MORENO, M.: «Capítulo III. Aspectos notariales de la sucesión», en ALVENTOSA DEL RÍO, J.; COBAS COBIELLA, M.E. (eds.) *Derecho de Sucesiones*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp 704 a 752.

SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, vol. tomo III, estab. tip. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1888.

- *Estudios de Derecho Civil. Derecho de sucesiones*, vol. tomo VI-3, estab. tip. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910.

- *La Codificación civil en España*, estab. tip. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1890.

SANCHO GARGALLO, I.: «Eficacia, impugnación, adición y modificación de la partición hereditaria», en SEOANE SPIEGELBERG, J.L. (ed.) *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho de Sucesiones. Donación*, vol. III, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 99 a 164.

SANCHO REBULLIDA, F.: *Estudios de Derecho Civil I*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1978.

SANCIÑENA ASURMENDI, C.: *La partición hecha por el testador*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2023.

SCAEVOLA, Q. M.: *Código Civil*, vol. XVIII, 1ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1901.

SCIUTTO, P.: «Sulla c.d. rescissione per lesione enorme», *Labeo*, vol. 46, nº 3, 2000, pp. 404 a 433.

SERRANO DE NICOLÁS, Á.: «Capítol 7. La institució d'hereu», en LUCAS ESTEVE, A. (ed.) *Dret civil català. vol. III. Dret de Successions*, J. M. Bosch, Barcelona, 2010, pp. 145 a 174.

SIRKS, A. J. B.: «La laesio enormis en Droit Romain et Byzantin», RHD, nº 53, 1985, pp. 291 a 307.

SOLAZZI, S.: «L´origine storica della rescissione per lesione enorme», *Scritti di diritto romano*, vol. II, 1955, pp. 353 a 381.

STANOJEVIC, O.: «Laesio enormis e contadini tardoromani», *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, nº 8, 1990, pp. 217 a 226.

TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de historia del derecho español*, 4ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1983.

VALASCI, A.: *Decisionum, consultationum. Acrecerum iudicatarum in Regno Lusitaniae. Libri Duo*, ad Bernardum Iuntam, Ion. Bapt. Ciottum, & Socios, Venetiis, 1609.

VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Apuntes de Derecho sucesorio*, Instituto nacional de estudios jurídicos del Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1955.

- *Panorama del derecho de sucesiones*, vol. II, Civitas, Madrid, 1984.

- «El principio del "favor partitionis"», *Anuario de Derecho Civil*, 1990, pp. 5 a 24.

- «Sección segunda. De la partición», en ALBALADEJO GARCÍA, M.; DÍAZ ALABART, S. (eds.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, vol. XIV, 2º, Ed. Edersa, Madrid, 1989, pp. 71 a 442.

- «Sección cuarta. De la rescisión de la partición», en ALBALADEJO GARCÍA, M.; DÍAZ ALABART, S. (eds.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, vol. XIV, 2º, Ed. Edersa, Madrid, 1989, pp. 477 a 618.

- «Ley 336 FNN», en ALBALADEJO GARCÍA, M.; DÍAZ ALABART, S. (eds.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, vol. XXXVII-2, Ed. Edersa, Madrid, 2001, pp. 1.589 a 1.593.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R.: «Ineficacia del contrato», en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R (ed.) *Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 443 a 463.

VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de derecho civil español*, 3ª ed. corr. y aumentada, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1926.

VENTURELLI, A.: «Divisione testamentaria incompleta e vis expansiva della institutio ex re certa», *Rivista di Diritto Civile*, nº 3, 2023, pp. 542 a 564.

VERDERA SERVER, R.: *Lecciones de Derecho Civil. Derecho Civil I*, 2ª ed, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

VOET, J.: *De familia erciscunda*, typis Lamberti Thonon, Leodii, 1700.

ZAHÍNO RUIZ, M. L.: «Comentario a la STS de 8 de marzo de 2001», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 57, 2001, pp. 733 a 744.