



TÍTULO

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL ENTORNO A LA IMPUGNACIÓN POR NULIDAD EN LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA

AUTOR

Manuel Margallo Toral

Curso	Esta edición electrónica ha sido realizada en 2016
ISBN	Máster Oficial en Derecho de Familia (2014/15)
©	978-84-7993-710-2
©	Manuel Margallo Toral
Fecha documento	De esta edición: Universidad Internacional de Andalucía
	2016



Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas

Usted es libre de:

- Copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra.

Bajo las condiciones siguientes:

- **Reconocimiento.** Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciadore (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).
- **No comercial.** No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
- **Sin obras derivadas.** No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

- *Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.*
- *Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.*
- *Nada en esta licencia menoscaba o restringe los derechos morales del autor.*

**ANALISIS JURISPRUDENCIAL ENTORNO A
LA IMPUGNACION POR NULIDAD EN LA PARTICION DE LA HERENCIA**

Índice:

<u>INTRODUCCION.....</u>	<u>2-5</u>
<u>STS 15/2012 de 20 Enero.....</u>	<u>6-14</u>
<u>STS 415/2011</u>	<u>15-23</u>
<u>STS 1912/2014.....</u>	<u>24-29</u>
<u>STS 562/2008 12</u>	<u>30-35</u>
<u>STS 5773/2014</u>	<u>36-43</u>
<u>STS 3154/2015</u>	<u>44-50</u>
<u>STS. 3357/2013.....</u>	<u>51-57</u>

INTRODUCCION

La partición hereditaria, como cualquier otro acto jurídico puede adolecer de algún defecto o de la ausencia de presupuesto que perturbe sus efectos, pudiendo proceder los coherederos a la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados, ex art. 1069 C.C.

La sección Cuarta del Capítulo VI del Título III del Libro III de nuestro C. Civil, se ocupa de la “Rescisión de la Partición”, desde el art. 1073 al 1081, tan solo se dedican 9 artículos y de éstos sólo el art 1081, hace referencia a un caso de partición nula.

¿Por qué causas entonces se puede impugnar la partición de la herencia?

Cuando se constate la ausencia de requisitos esenciales o bien será anulable si concurriendo estos, adolecen de algún vicio o defecto que los invalida o bien se aprecia defecto de capacidad en alguna de las partes que intervienen en el acto particional.(1)

Lo cierto es que el C. Civil no tiene tasadas las causas de ineficacia y nos remite a los principios generales sobre la invalidez de los negocios jurídicos (STS 2/11/1957).

Siguiendo al Sentencia de 29 Marzo de 1958, las causas de impugnación de la herencia pueden ser:

- 1.-Por las causas que invalidan el consentimiento de todo contrato
- 2.-Por la existencia de lesión en determinados supuestos de montante económico
3. Por la de complemento o adicción al advertirse la omisión de alguno o algunos de los bienes hereditarios
- 4.- Por preterición de algún heredero
- 5.- Por haberse concluido con uno a quien se creyó heredero sin serlo en realidad.

Lo cierto es que no hay unas reglas concretas de aplicación cuando surge un vicio o defecto que invalide la partición, con lo cual iremos analizando jurisprudencialmente diferentes posiciones.

Pero antes de entrar a la valoración de las causas de nulidad hemos de considerar como hecho destacable dos cuestiones previas, en primer lugar que quien promueva la impugnación ha de estar legitimado, es decir, ha de llevarse a cabo por cualquiera de los coherederos que haya sufrido un perjuicio efectivo, con independencia del derecho de los acreedores, y además debe tenerse en cuenta el PRINCIPIO DE FAVOR PARTITIONIS, o de conservación del patrimonio.

He de señalar que es un principio muy generalista y consiste en que nuestro sistema judicial se muestra decididamente a favor del mantenimiento y conservación de las particiones ya efectuadas con el único objetivo de evitar gastos, molestias e inconvenientes.

Con independencia de las causas que se den para llevar a una nulidad radical, nulidad o anulabilidad en una sucesión testamentaria, debemos tener siempre presente el principio rector de nuestro derecho sucesorio "favor partitionis".

Podremos revisar sentencias recientísimas como STS 2968/2015 de 16 de Junio de 2015, donde un bien de escasa importancia puede ser adicionado a la liquidación, pero una discusión sobre una valoración debe ser llevado a la lesión ultra dimidium del artículo 1074 si supera los límites de ésta.

Así lo expresa la sentencia de 12 diciembre 2005 que no permite aplicar la cuestión del valor económico a la adición del artículo 1079, que se inspira en el principio de favor partitionis:

"error en la partición, tomando en cuenta el impacto del "principio de conservación de la partición" y la falta de referencia expresa a las consecuencias del error vicio o del error obstativo, salvo el tratamiento de algunos supuestos especiales, y estima que en el caso se ha producido error en las operaciones particionales, por inexacta representación de la medida o superficie de la finca.

Un error que no ha de llevarse al artículo 1079 CC , dando lugar a complemento o adición de la partición, sino al artículo 1074 CC , lo que se deduce de la letra del precepto, puesto

que no es lo mismo la omisión de un valor que la valoración errónea de un bien, y también de la función que en el conjunto del sistema corresponde al artículo 1074 CC , que reserva a la rescisión la lesión en más de la cuarta parte".

Principio igualmente empleado en la sentencia STS 5773/2014 de 10 Diciembre de 2.014 donde también se aplica el principio en este caso para una situación de preterición no intencional.

O en la sentencia de 14 de Mayo de 2.014 STS 1912/2014 , en este caso resulta de inaplicación el principio de favor partitionis, al tratarse de la rescisión de una partición.

Sentencias que veremos más detalladamente, pero que en el fondo veremos que este principio universal va a regir en nuestro sistema sucesorio.

Pero , ¿de dónde procede?

No puedo de dejar de destacar para la realización de este trabajo, el estudio que D. Juan Vallet hizo en su estudio monográfico **El principio del "Favor Partitionis"** , donde recordando que nuestro derecho civil se sustenta en el derecho romano, y todo derechos sucesorio con raíz en éste, tiene por principio fundamental "Dicat testato et erit lex voluntas eius"; o sea, "la voluntad del testador es ley de sucesión " y que del mismo se han derivado como corolarios los principios del favor testamenti , primero y después el de favor voluntas testantis , sin embargo no ha derivado de ahí el principio del favor partitionis.

Este principio de conservación de las particiones, tiene una misión eminentemente práctica, y el T. Supremo en sentencia de 2 de Julio de 1.904 , ya lo inicio al basar teleológicamente la conservación de la partición, con el objeto y fin practico de mantenerla siempre y cuando haya posibilidad de reparar tales perjuicios, sin necesidad de efectuar una nueva partición, estableciendo que en dicho principio se fundamentan los arts. 1073,1074,1075,1079,y 1080 de nuestro C Civil.

STS 15/2012 DE 20 DE ENERO

SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRICIPIO EN FAVOR PARTITIONIS

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

NATURALEZA DEL CASO

La adición de nuevos bienes a la herencia, una vez repartida ésta , incluso aun cuando haya herederos que hayan renunciado, implica que dichos bienes adicionados, sean repartidos de conformidad con el deseo del causante, dado que no se puede renunciar a bienes cuya existencia se desconoce, resultando injusto que se vean beneficiados otros, que no hayan renunciado.

RESUMEN DE LOS HECHOS

Como consecuencia del fallecimiento de D. Celestino ,el causante, quien fallece en estado viudo, éste deja como herederos a tres hijos, Cándido, don Luis Carlos y don Florentino y premuerto su hijo don Carlos Alberto, quedando tres hijos de éste don Norberto, don Leoncio y don Jose Pedro de tal modo que hace una serie de prelegados y designan herederos por cuartas partes, correspondiendo $\frac{1}{4}$ a cada uno de sus tres hijos y la última cuarta parte a sus tres nietos por igual.

Trascurrido un año del fallecimiento del causante, todos ellos otorgan ante notaria escritura de aceptación y adjudicación de herencia, practicándose la partición del patrimonio hereditario.

Dos años más tarde dos de los nietos Leoncio y don Jose Pedro, venden al tercero , Norberto, las participaciones de la adjudicación de los bienes hereditarios.

El causante, 20 años antes de su fallecimiento, había adquirido en documento privado de compraventa, un inmueble y unas participaciones indivisas de otros inmuebles, el documento se elevó a documento público y se solicitó la adición de los bienes conocidos a la herencia .

DOCTRINA DE LA SENTENCIA

La renuncia en la escritura de partición hecha por los herederos no alcanza a los bienes que aparecieron después, y en aplicación del principio del favor partitionis debe hacerse respecto a ellos una nueva partición conforme a la voluntad del testador .

El allanamiento de uno o varios de los codemandados es válido, pero no vincula a los demás ni al contenido de la sentencia, si ésta desestima la demanda alcanzará a todos por razón de la fuerza expansiva de la sentencia

ITER PROCESAL

Se inicia acción , por D. Norberto, nieto del causante y que había comprado a sus dos hermanos su participación en la herencia, formula demanda frente a los coherederos, interesando la adición de la herencia de estos últimos bienes y participaciones indivisas, excluyendo a sus dos hermanos.

Dos de los hijos, Cándido y Luis Cárlos, se allanan.

D. Florentino que se opone a la adición de los bienes, y mantiene que debe realizarse conforme a la voluntad del causante, es decir por cuartas partes.

Sus hermanos D. Leoncio y D. Jose Pedro, igualmente se oponen a la demanda

El **juzgado de 1º Instancia** nº 5 de Barcelona dio razón a D. Norberto, demandante siendo el contenido del FALLO:

Que debo estimar y estimo la demanda formulada por Don. Norberto, representado por la Procuradora xxx, contra Don. Florentino, representado por la Procuradora xxxx Luis Carlos, representado por el Procurador xxx y Candido por la Procuradora xxx y en su consecuencia, **debo condenar y condeno a los demandados a otorgar escritura pública de adición de bienes a la herencia Don. Celestino y de adjudicación de los mismos en la forma que se especifica en el hecho sexto de la demanda debiendo tenerse presente a los efectos oportunos que Don. Leoncio y Jose Pedro han renunciado a cuantos derechos les pudieran corresponder sobre los inmuebles en cuestión, acreciendo a los demás herederos, con la conformidad de las demás partes y con valor de transacción,**

habiéndose dictado auto de fecha 11-10-06 en el sentido reseñado; se impone 1/5 de las costas al codemandado Don. Florentino y no se efectúa expresa condena en costas en relación al resto de codemandados allanados.

D. Florentino **recurre en Apelación ante la Audiencia** Provincial de Barcelona quien confirmó la sentencia de instancia y resolvió con el siguiente FALLO:

Desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora xxx en nombre y representación de la D. Florentino, parte codemandada en esta litis, contra la sentencia dictada en fecha 16 de octubre de 2006 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Barcelona en las actuaciones del procedimiento ordinario n.º 951/2005 (rollo n.º 237/2007) que **confirmamos íntegramente**, con imposición de las costas de la alzada al recurrente.

D. Florentino **recurre en Casación ante la T.Supremo**

COMENTARIO

En principio vemos que la sentencia de instancia se apoya a su vez en reiterada jurisprudencia, para llegar a la conclusión de que inevitablemente se debe de hacer una nueva partición siguiendo el criterio que estableció el causante, es decir por igualitarias partes.

El problema surge como consecuencia de la renuncia de los coherederos, quienes tras la partición de la herencia renuncian a cualquier derecho que por cualquier título pudiesen tener sobre lo adjudicado a los demás coherederos, así como los derechos expectantes que pudieran tener sobre otras porciones (o cuotas) que pudieran tener sobre fincas no adjudicadas a cada uno. De este texto se desprenden dos extremos:

* primera: tal renuncia la hacen todos los coherederos; todos, no sólo alguno o algunos de ellos;

* segundo: la renuncia no alcanza a bienes que no fueron objeto de la partición; los derechos expectantes vienen referidos a los derechos sobre los bienes y cuotas adjudicadas ("... otras porciones de las fincas...") a los demás coherederos, no a bienes

teóricamente desconocidos y que, por ser ajenos a su conocimiento (no consta que los conocieran) no podían ser objeto de negocio jurídico.

Es decir, todos los coherederos, de común acuerdo, tienen voluntad de zanjar la posible polémica sobre la herencia de su padre y abuelo y así lo expresan.

Lo que no expresan, en modo alguno, es una renuncia a bienes futuros: si se admitiera así, debería alcanzar a todos ellos y aparecería la incógnita sobre el destino de tales bienes aparecidos y no conocidos, teóricamente, después.

Partiendo, pues, de la validez de la renuncia que alcanza a todos los coherederos y no alcanza a los bienes aparecidos tras la partición que contiene la renuncia han de considerarse dos puntos: la partición convencional y la adición a la partición.

La partición convencional la contempla el artículo 1058 del Código civil y es la realizada por los propios interesados, coherederos que forman la comunidad hereditaria que, como negocio jurídico plurilateral, tienen la facultad de distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente, como recuerda la sentencia de 18 de marzo de 2008 que añade que permite a los coherederos realizar actos particionales más allá de los propios divisorios... Cuya partición convencional sólo cabe cuando no la ha realizado el propio testador, soberano de su sucesión (artículo 1056 del Código civil), ni la ha encomendado a un contador-partidor (artículo 1057).

Esta partición es la que se ha dado en el presente caso; han sido unos coherederos los que la han practicado; el testador dispuso de su herencia entre sus hijos y nietos en una proporción de cuatro partes, provocando la comunidad hereditaria, no evitándola que hubiera sido así de haber la división y adjudicación a los coherederos del activo hereditario, confiriéndoles la propiedad exclusiva de los bienes que les han sido adjudicados, como dice el artículo 1068 del Código civil y reiteran las sentencias de 28 de mayo de 2004, 3 de junio de 2004, 12 de febrero de 2007, 17 de diciembre de 2007.

En caso de que en la partición, cualquier clase de ella, se hubieran omitido bienes hereditarios, se procede a una partición adicional, que se contempla en el artículo 1079 del Código civil y ha sido objeto de numerosa jurisprudencia (así, sentencias de 22 de octubre de 2002, 11 de diciembre de 2002, 13 de marzo de 2003, 18 de julio de 2005, 12 de junio de 2008) y que presupone que los bienes omitidos no sean de importancia, ya

que, de serlo, se produciría la nulidad de la partición y práctica de una nueva (lo que destacan las sentencias 11 de diciembre de 2002 y 19 de octubre de 2009).

Es una aplicación del principio del favor partitionis (así, sentencias de 13 de marzo de 2003 y 12 de diciembre de 2005).

En el presente caso, se ha pretendido en la demanda la práctica de la partición adicional respecto a los bienes contenidos en la escritura de 4 de mayo de 2004.

No se ha opuesto la importancia de los mismos, aunque simplemente se haya mencionado y, ciertamente, una nueva partición hubiera evitado problemas y este mismo litigio. Pero no se puede plantear aquí.

Esto es lo que con la sentencia de 31 de Mayo se denominaría “**básico postulado del favor a partitionis o principio de conservación de la partición**”.

En Sentencia de 17 de enero de 1985, el T Supremo, entronca este principio de derecho particional de conservación de particiones con otra más amplio , al exponer que el legislador por razones de economía y seguridad jurídicas, vela por el mantenimiento en lo posible de aquellos actos jurídicos que comportan una atribución de derechos que no es aconsejable sustraer del trafico jurídico, manteniéndolos en un estado de incertidumbre que ve en detrimento del interés común, preceptos que no hacen sino seguir el principio informador del art.1294”.

Sin embargo tal como nos **dice Juan Vallet de Goytisolo**, en su **estudio Monográfico del Principio del Favor Partitionis** , (pag. 7-8) la relación entre el principio de conservación y el de seguridad en el tráfico jurídico no es totalmente explicativa de aquel, ni convincente, pues solo en parte y únicamente en algunos casos la aplicación de aquel, favorece directamente a tercero. Básicamente pues su protección se centra en los mismos coherederos y solo redundando en beneficio del tráfico jurídico cuando genera incertidumbre. El fundamento nuclear del Favor partitionis, se haya en la STS de 17 de Mayo de 1955 inspirado en “ Razones de economía y sosiego familiar”, orientándose según precisan la STS de 31 de Mayo de 1980, en “que conviene consultar a la estabilidad” y “evitar nuevos dispendios y dilaciones” y la de 15 de Junio de 1982 “ para evitar la vuelta de los bienes a la indivisión y los gastos, molestias o inconvenientes, que acarrearía a la nueva partición”. Sin embargo en este caso además del principio en favor de partición, ha de considerarse el principio del derecho de acrecer, que en este caso ha sido claramente aplicado, tal como lo define Valverde (**TRATADO DE DERECHO DE SUCESIONES de Ruperto Isidoro Martínez**

Martinez, pag.1669 y ss) como la facultad de recibir de un heredero o de un legatario que ha aceptado su parte la porción vacante de otro coparticipe en la herencia o legado.

En este caso el concepto de acrecer debemos buscarlo en la vocación solidaria, de la que es un efecto.

Siguiendo a Ossorio Morales, lo entenderemos como el derecho que corresponde a cada uno de los coherederos llamados conjuntamente a una misma herencia o a una porción de ella, sin especial designación de partes a hacer suya la porción que en determinados supuestos queda vacante.

Y esto es lo que nos ha sucedido, se ha producido un acrecentamiento de los bienes originariamente repartidos, que nadie conocía, hasta que se dictó sentencia por el correspondiente Juzgado elevando a público la escritura de compra - venta del fallecido y su esposa.

Lo destacable es que todos los herederos salvo los que expresamente renunciaron a los nuevos bienes tiene igualdad de derecho en acrecer su herencia y en repartirse los bienes siguiendo los deseos de su causante.

Tal como explica **dice Juan Vallet de Goytisolo**, en su **estudio Monográfico del Principio del Favor Partitionis, recogiendo la explicación de Larenz (Metodología jurídica , ED CIVITAS)** este principio general tanto en favor partitionis como en favor testamenti y favor voluntas testantis, son complementarios del derecho de sucesiones que debemos tener presente, y como tales principios se caracterizan por :

-No son reglas propiamente concebidas, sino ideas jurídicas generales o pautas directivas de normación jurídica que en virtud de su propia fuerza de convicción pueden justificar soluciones jurídicas.

-En caso alguno cabe aplicar estos principios con método deductivo de dirección única. Requieren un movimiento doble, pues el Principio se aclara con sus concretizaciones y estas por su unión perfecta con el principio.

- Ese esclarecimiento recíproco se integra en el estructura hermenéutica del proceso de comprender en sentido estricto, que requiere en primer lugar la existencia de un orden jerárquico interno y en segundo término precisa la armonía no totalmente programada de diferentes principios de igual rango en los diferentes grados de concretización, principios que en parte se complementan y en algunos sectores parciales, se restringen

recíprocamente, no estando siempre determinado hasta el final el límite a partir del cual un principio cede el primer lugar a otro

Estos principios requieren una doble dirección, de una lado mirar los principios éticos-jurídicos superiores, en nuestro caso “La voluntad del testador es ley de la sucesión en cuanto que no se oponga a normas imperativas, a la moral o a las buenas costumbres” y de otra parte el principio de la debida proporcionalidad de las adjudicaciones de las cuotas hereditarias.

Y a su vez han de conjugarse entre sí y con los que los complementan, así el principio en favor partitionis se conjugara con el de seguridad jurídica, y con el prescriptivo de que lo válido no debe viciarse por lo inválido ni lo justo por lo injusto.

Estos principios se regulan continuamente y se nombran de forma casi permanente en nuestro Tribunal Supremo, claro ejemplo de ello, y para lo cual he empleado un artículo de fecha Publicado jul 21 2014 Fuente: expansion.com, donde se destaca como la STS 17 enero 2014 fija la siguiente doctrina:

... el incumplimiento de la prohibición que incorpora no se produce, o se contrasta, con el mero recurso a la intervención judicial, sino que es preciso valorar el fundamento del contenido impugnatorio que determina el recurso a dicha intervención, pues no todo fundamento o contenido impugnatorio de la ejecución testamentaria llevada a cabo queda comprendido en la prohibición impuesta en la cautela socini. En efecto, desde la validez conceptual de la figura, se debe indicar que **solo aquéllos contenidos impugnatorios que se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador son los que incurren frontalmente en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta, como sanción testamentaria.**

El Tribunal avala por primera vez las disposiciones testamentarias que prohíben la actuación judicial de los beneficiarios contra lo dispuesto por el testador y sancionan a quienes incumplen esa condición.

El Tribunal Supremo ha fijado doctrina clara sobre la validez de **las disposiciones testamentarias que prohíben la actuación judicial de los herederos contra lo dispuesto por el testador y sancionan al heredero que incumple esa condición con la reducción de sus derechos a la legítima estricta**. Se trata además de una sentencia del Pleno, que sienta jurisprudencia.

El fallo analiza un testamento que incluía una disposición que prohibía a sus herederos cualquier actuación judicial en contra. Además, se imponía al heredero que incumpliera esa prohibición la reducción de sus derechos a la legítima (equivalente a un tercio de la herencia).

Las hijas quebrantaron la voluntad de su padre expresada en su testamento y que, en consecuencia, deben ver reducidos sus derechos en la herencia a la legítima estricta.

Hasta la fecha, la jurisprudencia no había sido clara a la hora de admitir este tipo de disposiciones porque existían dudas sobre su posible ilicitud.

La sentencia aclara:

“sólo aquellos contenidos impugnatorios que se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador son los que incurren frontalmente en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta, como sanción testamentaria.

En cambio, aquellas impugnaciones que se dirijan a denunciar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de ejecución testamentaria, tales como la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes sin la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales como, en su caso, la inclusión de bienes ajenos a la herencia, escapan de la sanción prevista en la medida en que el testador, por ser contrarias a la norma, no puede imbricarlas, ya de forma genérica o particular, en la prohibición testamentaria que acompaña a la cautela y, por tanto, en la correspondiente sanción”.

Según señalan los abogados Álvaro López de Argumedo y Patricia Ugalde, de Uría Menéndez, “este tipo de disposiciones constituyen una opción compensatoria de la legítima que faculta al heredero a obtener un derecho hereditario mayor si no promueve acciones judiciales en contra de la voluntad del testador”.

– La Sala Primera del Tribunal Supremo, en Pleno, ha fijado doctrina en un caso en el que se planteaba la aplicación testamentaria de la denominada cautela socini en relación con la intangibilidad de la legítima, particularmente, en orden a la validez de la misma ante el recurso a la intervención judicial en defensa de la legítima estricta de los legitimarios.

- La sentencia, de la que es ponente Francisco Javier Orduña Moreno, admite que la jurisprudencia no había sido capaz de dar una respuesta clara sobre las dudas que desde siempre ha despertado dicha cautela por su posible ilicitud por comprometer o gravar indebidamente la legítima.

- Entiende la Sala que se hace necesario deslindar la legítima como límite a la libertad de testar de una persona y como derecho subjetivo del legitimario. Este último puede impugnar cuestiones formales y conserva, de modo intacto, las acciones legales en defensa de su legítima.

NULIDAD RADICAL DE LA PARTICION

****-Por las causas que invalidan el consentimiento de todo contrato***

Se trata de una partición radicalmente nula, ya que se produce un vicio sustancial en el requisito esencial. Ejemplo de ella es la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, **Sentencia 415/2011 de 8 Jun. 2011, Rec. 295/2008** que comentamos a continuación:

NATURALEZA DEL CASO

Se trata de discutir sobre la nulidad de una partición hereditaria practicada por contador-partidor para lo cual se alega de una parte falta de intervención de defensor judicial de los menores hijos matrimoniales del causante, y de otra parte, por la conmutación del usufructo viudal mediante la atribución a la viuda de bienes inmuebles sin consentimiento de la demandante -hija extramatrimonial del causante.

RESUMEN DE LOS HECHOS

Fallecido el causante, deja viuda y tres hijos, dos de ellos menores de edad, llevándose a cabo la partición de la herencia del siguiente modo:

La viuda entiende que no hay contraposición de intereses entre ella y sus hijos menores, y no precisan por tanto de representación alguna, y por otra parte se atribuye ella misma bienes inmuebles, sin el consentimiento de la hija mayor de edad, en sustitución de su usufructo.

La hija extramatrimonial y mayor de edad del causante interpone el oportuno juicio ordinario de acción sobre nulidad de la partición efectuada por el contador partidor.

DOCTRINA DE LA SENTENCIA

El art 839 de nuestro CC establece las formas en las que los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte en el usufructo, necesitando el consentimiento expreso de todos para atribuirse bienes en propiedad en sustitución del usufructo, cuya inobservancia dará lugar a la nulidad de la partición , y **la representación de los menores es un requisito esencial cuya omisión da lugar al ejercicio de la acción de nulidad.**

HECHOS:

Fallecido el causante, deja viuda y tres hijos, 1 hija mayor de edad habida fuera del matrimonio y dos hijos matrimoniales menores de edad, llevándose a cabo la partición de la herencia del siguiente modo:

La viuda, y el contador partidor nombrado por el fallecido, llevan a efecto la partición de la herencia entendiendo que no hay contraposición de intereses entre ella y sus hijos menores, y por lo tanto no precisan por tanto de representación alguna, y por otra parte, en el reparto de la herencia sustituye su cuota usufructuaria por un inmueble .

La hija extramatrimonial del causante y mayor de edad interpone el oportuno juicio ordinario de acción sobre nulidad de la partición efectuada frente a sus dos hermanos menores de edad y la viuda de su padre, dado que no considera que no se ha respetado la voluntad de su padre, y su viuda no puede libremente asignarse el inmueble en sustitución de su cuota usufructuaria, y que además sus hermanos son menores de edad y debieron necesariamente hallarse representados por un defensor judicial que velara por los intereses de estos.

Lo cierto es que la hija recurrente no dio el consentimiento a la sustitución del usufructo por bien inmueble, y considera lesionados también los derechos de sus hermanos menores, al no hallarse debidamente defendidos, entendiendo que los intereses de estos y los de su madre, son contrapuestos.

ITER PROCESAL

Se inicia acción , por D^ª Elisa (Hija ilegítima del causante) ante el Juzgado numero 34 de los de Madrid, solicitándose nulidad de partición hereditaria basándose:

a/ en la ausencia de intervención de defensor judicial al existir menores de edad, y

b/ realizarse asimismo una conmutación del usufructo viudal, adjudicándose bienes en pago de su cuota en la herencia, sin que se especificase en el cuaderno particional los bienes que le fueron adjudicados a la viuda (D^ª Penélope) en pago de su cuota en la sociedad de gananciales y en su cuota en la herencia por conmutación del usufructo.

Por el Juzgado de Primera Instancia nº 34 de Madrid, en fecha 24 de febrero de 2006, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

FALLO:

"Que estimando la demanda formulada por D^ª Marisol , contra D^ª Penélope y contra los menores de edad D. Jose Luis y D^ª Amanda , actuando como defensor judicial de los mismos D^ª María Angeles , debo declarar y declaro que la partición hereditaria de fecha 11-12-2003 es nula de pleno derecho, debiendo en consecuencia: 1) cancelarse en el Registro de la Propiedad las titularidades reales que esa partición haya podido causar, 2) cancelarse en las entidades financieras las titularidades de fondos de inversión, acciones, cuentas corrientes, de ahorro y demás depósitos de dinero que hayan podido hacerse en función de la partición anulada, 3) debiendo restituir las codemandadas al caudal hereditario las sumas obtenidas, si hubieren realizado actos de disposición en función de las titularidades dominicales atribuidas por dicha partición. Todo ello con expresa condena en costas a las demandadas."

Contra la citada sentencia se recurre por ambas partes enfrentadas en apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, turnándose en la Sección 10, que en Sentencia 526/2007, quien analiza las dos cuestiones fundamentales:

La primera cuestión nuclear que plantean consiste en determinar si se hacía precisa la intervención del defensor judicial al existir menores de edad, cual se mantuvo en la sentencia proferida en el primer grado jurisdiccional, o por el contrario no era necesaria dicha intervención al no haber conflicto de intereses entre los menores y la viuda codemandada.

La segunda cuestión es la falta de especificación en el cuaderno particional de los bienes que fueron adjudicados a la viuda en pago de su cuota en la sociedad de gananciales y en su cuota en la herencia por conmutación del usufructo

La Audiencia en su sentencia 526/2007 de seis de noviembre estimo el recurso de apelación con el siguiente FALLO:

“Que, con estimación de los recursos de apelación interpuestos por los Procuradores D. Angel Rojas Santos y D. Pablo Hornedo Muguero en la representación que respectivamente ostentan de D^a Penélope y de D^a María Angeles , frente a la sentencia dictada el día veinticuatro de febrero de dos mil seis por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 34 de Madrid en los autos a que el presente Rollo se contrae, debemos revocar y revocamos la indicada resolución y, en consecuencia, con desestimación de la demanda formulada por la representación procesal de D^a Marisol , absolvemos a las partes demandadas con todos los pronunciamientos favorables, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en ambas instancias.”

Contra dicha sentenciase formalizó recurso extraordinario por infracción procesal y de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, quien estimó el recurso dictando el siguiente FALLO:

“Que DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS haber lugar al recurso de casación interpuesto en nombre de doña Elisa contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10^a) de fecha 6 de noviembre de 2007 en Rollo de Apelación nº 15/07 (LA LEY 252677/2007) , dimanante de autos de juicio ordinario número 280/03 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 34 de dicha ciudad , en virtud de demanda interpuesta por la hoy recurrente contra doña Raimunda y otros , la cual casamos y, en su lugar, confirmamos la dictada en primera instancia en todos su pronunciamientos, con imposición a los recurrentes en apelación de las costas causadas

en la alzada y sin especial pronunciamiento respecto de las que sean consecuencia del recurso ahora interpuesto.”

ANALISIS

Tal como mantiene la Audiencia , surge la necesidad de aclarar realmente si :

¿Es necesario en todo caso y en cualquier circunstancia, la necesidad del nombramiento del defensor judicial para la defensa de los intereses de los menores?

¿Es precisa su intervención en el caso concreto y en su caso quien tiene interés para solicitar la nulidad por su falta de intervención?

¿Al adjudicarse bienes inmuebles a la viuda para el pago del usufructo vidual se inobservó lo dispuesto en el artículo 839 del CC?

¿Quién pude concertar el pago del usufructo y con que bienes?

¿Se trata de un acto anulable o radicalmente nulo?

COMENTARIO

REPRESENTACION DE LOS MENORES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACION DE HERENCIA .

El art.1057-3 de nuestro C. Civil , en relación con el 299, establece :

“Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad, tutela o curatela; pero el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas.”

La cuestión dudosa en tal caso es si el administrador debe someterse a la regla de aprobación judicial de la partición que prevé para el tutor el artículo 272 Código Civil, lo que entiendo que es defendible, sin que pueda ser dispensado de ella por el testador, pues no se trata aquí de un propio acto de administración de bienes, sino de un acto previo a la adquisición del pleno dominio del bien que será administrado.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 6 Feb. 1995, Rec. 12287/199, estableció que no es necesario la citación de un defensor judicial del menor para la práctica de inventario cuando no existen intereses contrapuestos, máxime cuando la representación del menor la ostenta el progenitor y no el defensor.

En su F.D. Cuarto estableció que :

“ No se puede dar por sentado que en todos los casos en los que intervenga un representante legal en su propio nombre y en representación de un hijo menor, ha de existir siempre una contradicción de intereses, como lo prueba el supuesto que motivó la Resolución de 27 de enero de 1987, que declaró la no necesidad de nombramiento de defensor judicial ante un caso de aceptación de herencia en régimen de separación de bienes con existencia de tres menores de edad, en el que la adjudicación en cuotas indivisas a los partícipes se correspondía con la proporción fijada por el testador”.

Sin embargo si conviene aclarar que , tal como sucede en el supuesto objeto de estudio cuando el régimen económico matrimonial sea de gananciales y los bienes que lo integren, reciban aquella cualidad del título de adquisición (art 1347 CC), la DGRN ha declarado que al no operar la presunción de ganancialidad (art. 1361 CC) no cabe la posibilidad de que pueda ser destruida y por consiguiente no surge oposición de intereses del cónyuge con los del menor coheredero, en la realización del inventario de los bienes que obligaría a citar al defensor judicial, pues son gananciales, **sino que esa posibilidad solamente puede darse en el momento de las adjudicaciones.**

En el supuesto de que se adjudiquen bienes concretos sí puede producirse la contradicción de intereses como consecuencia de distinta valoración que se atribuya a cada uno de ellos, pero esta posibilidad decae si los bienes se adjudican en comunidad romana, en cuya situación la proindivisión elimina la posibilidad de perjuicio para cualquiera de las partes. Esta situación se mantiene aunque la adjudicación, en la parte que afecta a la herencia, se realice en nuda propiedad y proindiviso a los herederos y en usufructo vitalicio al cónyuge viudo, según lo dispuesto en el testamento (Cfr. DGRN R 10 Ene. 1994).

El F D segundo de la Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 26 Sep. 2011 de acuerdo con la reiterada doctrina de este Centro Directivo, establece para que se pueda apreciar contradicción de intereses en una partición de herencia en la que intervenga el cónyuge viudo en representación de sus hijos menores es necesario : que **el representante y el representado aparezcan interesados como copartícipes** y ni siquiera en tal supuesto puede darse por sentado, que siempre que dicho representante legal intervenga también en su propio nombre existe, por definición, oposición de intereses, sino que habrá que examinar las circunstancias concretas del caso.

Así que la Dirección General ha entendido que:

1*- no existe conflicto de intereses en el caso de adjudicación «pro indiviso» de bienes de la herencia, realizada por la viuda en su favor y en representación de sus hijos menores de edad si había estado casada en régimen de separación de bienes –Resolución de 27 de enero de 1987–;

2*-tampoco cuando uno de los herederos interviene en su propio nombre y además como tutor de otro y se adjudica en nuda propiedad una cuota parte indivisa del único bien inventariado a los herederos –Resolución de 14 de septiembre de 2004–;

3*-o en la liquidación de sociedad de gananciales y partición de herencia otorgada por el cónyuge viudo en su propio nombre y en representación legal de sus hijos menores, cuando la liquidación es total, todos los bienes inventariados fueron adquiridos por el cónyuge premuerto para su sociedad conyugal y se adjudican «pro indiviso» al cónyuge superviviente y a los hijos por éste representados, respetándose estrictamente las cuotas legales en la sociedad conyugal disuelta y en el caudal relicto según la declaración de herederos «ab intestato» –Resolución de 15 de septiembre de 2003.

LA IMPUGNACION POR NULIDAD EN LA PARTICION DE LA HERENCIA

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en reciente resolución de 2 Mar. 2015 establece que la contradicción de intereses entre los menores y sus representantes legales pueden deberse:

Incluir en el inventario bienes como gananciales o bienes, cuyo de título adquisitivo no resulte con claridad tal carácter; No ajustarse el viud@ en la adjudicación de bienes alas disposiciones legales sobre la titularidad de cuotas en el caudal relicto; Ejercitar el conyuge viudo una opción de pago de su cuota legal usufructuaria.

Lo cierto es que en todos los casos por defecto no se produce un conflicto de intereses en una partición, si los bienes se adjudican proindiviso respetando las normas legales sobre la partición de herencia.

Es cierto que el art 163 CC exige el nombramiento de un defensor judicial , pero para ello es necesario que se de una situación real de conflicto o de oposición de intereses, nos e puede dar por sentado que siempre que en una partición intervenga un representante legal en su propio nombre y en representación de uno mas menores, exista pro definición oposición de intereses, sino que para cada caso deberán examinarse las circunstancias concretas del caso.

LA ADJUDICACIÓN DE BIENES INMUEBLES A LA VIUDA PARA EL PAGO DEL USUFRUCTO VIDUAL

El art 839 de nuestro C.C establece que los herederos podrán liquidar al cónyuge el usufructo mediante: a/ Renta Vitalicia ; b/ los productos de determinados bienes yc/ un capital en efectivo.

Para poder liquidar el usufructo será preciso el mutuo acuerdo de los herederos.

La finalidad tal como indica Sanchez Roman, es evitar la división del dominio pleno en nuda propiedad y en usufructo, para evitar los inconvenientes y riesgos económicos en cuanto a al administración, cultivo y producción de las fincas. Según Mezquita, el objetivo es proteger exclusivamente las legítimas de los hijos y descendientes legítimos.

La voluntad de la norma es clara ya que se trata de un derecho subjetivo, es un derecho de voluntad, se trata de una verdadera "condictio iuris", presupuesto de ley para la producción de efectos jurídicos.

El problema no e tan sencillo cuando queremos concretar a quien le corresponde la facultad de conmutar, así nos surgen las siguientes cuestiones.

¿Puede el contador partidor realizar la conmutación?

La resolución de la DGRN de 18/12/2002 considero que al contador partidor no le compete la conmutación de derechos sucesorios que por legítima corresponden al cónyuge viudo.

La sentencia de la Audiencia Prov de Madrid secc 21 de 30/09/2008, rec, 562/2006 considera que " El art 839 en su párrafo primero del C Civil comienza por decir que " los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo..." Con lo que atribuye la facultad de conmutación de la legítima viuda usufructuaria de manera única y exclusiva y excluyente a los herederos afectados por eses usufructo, Y en el caso de concurrencia de la viuda en la herencia con los hijos o descendientes esos herederos son herederos forzosos o legitimarios que por ley tienen gravado su tercio de mejora con el usufructo a favor de la viuda. Dicha facultad conmutativa no se atribuye al albacea-contador-partidos ni a la viuda.

Tal como refleja la anterior sentencia el incumplimiento de dicha conmutación realizada sin el consentimiento por parte de los herederos forzosos o legitimarios, vendría nula. Respecto del alcance de la nulidad son de aplicación los principios de conservación de las particiones en lo que sea posible y no extensión de la eficacia de la nulidad más allá de lo imprescindible necesario, que dando reducida la nulidad a las adjudicaciones de los bienes que deberá hacerse reconociendo a la viuda un usufructo sobre el tercio destinado a mejora sin conmutar.

La sentencia del TS de 25/10/2000 nos dice; que la opinión científica considera " Que la facultad de elegir una de las forma expresadas en el art 839 corresponde a los herederos, sean voluntarios o forzosos, testados o abintestatos, o incluso legatarios afectados por el usufructo legal del viud@ ya sean descendientes, ascendientes o colaterales del causante o incluso extraños al mismo ..." La norma es clara, solo les corresponde en exclusiva a ellos,

LA IMPUGNACION POR NULIDAD EN LA PARTICION DE LA HERENCIA

no a la viuda dado que es la beneficiari@ de la cuota viudal y por tanto tiene que recibir y no dar.

El art 840 del CC dice que “Cuando el cónyuge viudo concurra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignandole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios”.

Vuelve a la misma idea principal siempre es la misma que la decisión de conutura o no conmutar deberá lograrse por acuerdo unánime, ya que difícilmente se podrá realizar una conmutación parcial al cónyuge supérstite.

La sentencia del Supremo de 28/06/1962, estudio la causa concreta dela conmutación en inmuebles hereditarios, entendiendo que que la conmutación debía entender capital como dinero, y que no se tiene capacidad para adjudicar en propiedad vbienes inmuebles a la viuda, considerando que no es un acto particional estrictamente, sino de disposición de ellos sin las formalidades legales.

***.-Por la existencia de lesión en determinados supuestos de montante económico**

Nuestro C Civil regula esta causa de nulidad, la rescisión de la partición, se regula del art 1073 al 1081, que se complementa con los artículos 1290 a 1299, dado que allí se contemplan las causas de rescisión de los contratos.

¿Cuál ha de ser esa lesión económica , es el art 1074 quien nos refleja el quantum de la lesión “..en más de una cuarta parte” para a continuación establecer el art 1075, establece que el perjuicio económico no podrá perjudicar la legitima de los herederos forzosos...

Pero tal como nos recuerda Díaz Picazo en su libro Sistema del Derecho Civil , esto conlleva a que el coheredero que estime lesionado por la valoración particional de su lote, debe reconstruir el valor real del acervo hereditario, de tal manera que con arreglo a ese valor real, se podrá comprobar su hay perjuicio en más de la cuarta parte en relación con aquel valor real de su lote.(pag.551 y ss)

Asi mismo ¿Siempre se da la opción de poder indemnizar al demandante tal como indica el art 1077 del CC?

*He elegido la **Sentencia del Tribunal Supremo STS 1912/2014** siendo Ponente XAVIER O´CALLAGHAN MUÑOZ, que analiza los conceptos básicos de la rescisión*

NATURALEZA DEL CASO

Se trata de discutir sobre la nulidad de una partición hereditaria practicada por contador-partidor para lo cual se alega rescisión por lesión en la partición en más de una cuarta parte, en este caso el viudo, tenia atribuida su cuota usufructuaria, y entendió que se le perjudico al infravalorarse los bienes de la herencia de su finada esposa.

RESUMEN DE LOS HECHOS

Los hechos se desarrollan en MADRID, un heredero, el viudo, de tres , interpone juicio ordinario contra sus otros dos, hijos dela causante, al considerar que la partición de la herencia realizada por el contador-partidor, le perjudicaba en más de una cuarta parte.

Fallece la esposa del demandante, con quien estaba casado en segundas nupcias, y en régimen de separación de bienes.

La fallecida había otorgado testamento nombrando herederos a sus dos hijos, y legatario a su segundo esposo de la cuota usufructuaria viudal.

Los hijos de la finada, infravaloraron los bienes, para lo que alegaron la existencia de deudas ficticias en el pasivo de las sociedades mercantiles propiedad de la difunta así como que no se habían valorado en el activo la venta de una vivienda propiedad de la fallecida.

Por lo cual solicita se realice una nueva partición hereditaria.

El Juzgado de instancia estima las pretensiones del viudo, y ordena :

A/ rescindir la partición, cancelándose los asientos registrales , debiendo lo herederos a reintegrar al caudal hereditario todo lo que les adjudicara o su equivalente económico si hubiesen dispuesto de los bienes, procediéndose a una nueva partición.

B/ Imponer a los demandados las costas ocasionadas

Las partes demandadas recurren en apelación, y la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 28 de Septiembre de 2011, confirma la sentencia de instancia y desestima el recurso de apelación.

DOCTRINA DE LA SENTENCIA

El art 1074 de nuestro CC establece la rescisión por lesión en más de una cuarta parte, para que prospere ha de quedar suficientemente acreditado por el reclamante la valoración defectuosa de los bienes hereditarios, y que esta valoración defectuosa provoque desigualdad en contra de la voluntad del causante.

Acreditada la causa, no siempre resulta de aplicación el art 1077, por el cual la opción que tiene el demandado de indemnizar el daño, dado que esta opción no es posible cuando resulte ineludible una nueva partición.

HECHOS:

Fallecida la causante, deja viudo casado en segundas nupcias, y dos hijos de otro matrimonio anterior.

La finada, otorgó testamento, en el que nombra herederos a sus dos hijos y atribuye a su viudo la cuota legal usufructuaria que le corresponda, e igualmente nombra albacea contador-partidor.

El viudo demanda a los hijos al verse perjudicado en más de una cuarta parte, para lo cual alega, que en las empresas de su esposa se añaden al pasivo deudas ficticias, así como la disposición de determinados inmuebles de los que era propietaria su esposa, y no se han incluido en el haber hereditario y los bienes muebles valorados en 901.508 € no inventariados por la venta de uno de los inmuebles de su esposa

Al ver perjudicado su tercio usufructuario en más de un cuarto, aporta en la demanda las oportunas tasaciones, y solicita que se ordene la cancelación de los asientos registrales, reintegrara al haber hereditario la totalidad de los inmuebles o su reintegro económico de conformidad con las tasaciones que aporta, y se ordene por el juzgado una nueva partición hereditaria con expresa condena de las costas a los demandados.

ITER PROCESAL

Se inicia la acción por el viudo frente a los hijos de la fallecida procedentes de otro matrimonio anterior, ante el Juzgado de Primera Instancia Num 83 de Madrid, oponiéndose los dos hijos, a la demanda, practicadas las pruebas y las conclusiones que las partes tuvieron a bien alegar, el Juzgado quien estima la pretensión del viudo en sentencia de 11 de Mayo de 2.009, por la cual declara

- a) Rescindir la partición d 1 de Abril de 2.004 así como su adicción, debiendo cancelarse todos los asientos registrales que se derivaran de ellas, debiendo los herederos reintegrar al caudal hereditario todo lo que se les adjudicara o su equivalente económico si hubiesen dispuesto de los bienes, debiendo procederé a una nueva partición.*
- b) Imponer a los demandados el pago de las costas procesales.*

Las hijos recurren en Apelación ante la Audiencia de Madrid , quien confirma la sentencia de instancia. Y posteriormente recurren en casación al tiempo que de infracción procesal.

ANALISIS

¿Cuáles son los conceptos de la rescisión como base de acción judicial?

¿es siempre el límite de al menos $\frac{1}{4}$ parte en todo caso?

¿Cabe siempre la aplicación de la indemnización en lugar de realizar una nueva partición?

¿Se rompe el principio rector hereditario de "favor partitionis" ?

COMENTARIO

CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA RESCISION

La sentencia que comentamos inicia una reflexión sobre la rescisión por lesión en apoyo del art. 1074 del C. Civil, concluyendo, que siempre cabra el ejercicio de citada acción cuando por el interesado se acredite con las oportunas valoraciones el perjuicio que se le ha generado en más de una cuarta parte.

Lo cierto es que sigue presente el principio en favor de la partición, por ello se establece el límite de La lesión en más del 25%, de tal manera que no es cualquier lesión, sino que ésta sea de la debida importancia, de tal modo que por debajo de este mínimo no existe lesión ni perjuicio.

Claro está si el límite será también exigible cuando la partición cause lesión a la legítima de un heredero forzoso, en este sentido M^a Ángeles Fernández Gonzalez-Regueral , en el capítulo VII de la obra sobre al Partición Hereditaria (Edit. Ramón Araces), nos aclara y ciertamente la respuesta es NO.

Si la partición es realizada por el testador, los herederos quedan obligados a pasar por dicha lesión de más de un cuarto, ya que no se puede impugnar por lesión si no se ha perjudicado al legítima de los herederos,

*Sin embargo, si la partición es convencional y a ella concurren los herederos forzosos, estos quedan sometidos al régimen general que exige una lesión **ultra quartum**, es decir que cuando la partición efectuada con consentimiento de los legitimarios lesione la legítima sólo es impugnabile si la lesión cubre el mínimo legal exigido.*

La valoración de los bienes, ha de hacerse a la fecha de la partición, no pudiéndose presentar oposición a la valoración , tal como plantearon los demandados, a otra fecha diferente, si bien tal como le indica el juzgador, respecto de la valoración de la prueba, no es competencia de la Tribunal Supremo.

Realmente la opción que se concede al heredero, solo procede cuando la lesión obedece un error en la valoración de los bienes que le hubiera lesionada en más de un cuarto , ya

LA IMPUGNACION POR NULIDAD EN LA PARTICION DE LA HERENCIA

En el caso se discute que el demandante no da opción para determinar el quantum con el objeto de poder ser indemnizado tal como recoge el art 1077, ya que únicamente plantea la realización de una nueva partición.

Conviene destacar la diferencia entre rescisión y nulidad absoluta o relativa, y para ello referimos la sentencia del TS de 17 de Abril de 1943, (ver Tratado de Sucesiones de Ruperto Isidoro Martinez, pag 1931 y ss.) tal y como indica la nulidad es una accion principal y la rescisión es subsidiaria, solo utilizable a falta de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio y los distintos efectos que producen ya que la nulidad invalida siempre el acto o contrato, mientras que la rescisión es compatible con la subsistencia total o parcial del nexo creado y sus consecuencias o no afectan a todos los interesados os e traducen en una indemnización que compensa la lesión inferida.

Sin embargo autores como LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, consideran que no es un remedio subsidiario sino electivo del demandado conforme al art 1077.

***. Por la de complemento o adición al advertirse la omisión de alguno o algunos de los bienes hereditarios**

Regulada en el art. 1079 del C. Civil, es interesante destacar la sentencia 562/2008 del TS de la sala 1 de lo Civil, de 12 de Junio de 2008, en la que el ponente D. Clemente Auger Liñan dice:

Que atendiendo a su redacción y a su espíritu no sólo el supuesto de omisión de cosas en el inventario o en la partición sino también a los efectos de valoración, siempre que como en el caso debatido la lesión o perjuicio no llegue a la cuarta parte ,la jurisprudencia ha venido afirmando la necesidad imperiosa de respetar el criterio de nuestro ordenamiento jurídico que resulta restrictivo en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidez de las particiones tanto contractuales como judiciales.

NATURALEZA DEL CASO

Se trata de una impugnación de un cuaderno particional, entre dos hermanos y la madre, al fallecimiento del padre y al realizarse el citado cuaderno sin tener en consideración determinadas partidas del activo y del pasivo de la herencia, así como obviarse el 3% del ajuar.

RESUMEN DE LOS HECHOS

Fallece D Valentin, y deja como herederos a su viuda, D^a Verónica y a sus hijos Milagros y Luis Antonio.

El fallecido nombraba herederos universales a sus hijos e instituía sendos legados para cada uno de ellos, así como dejaba el usufructo vitalicio a su viuda sobre las participaciones sociales y participaciones en las Compañías mercantiles y Sociedades que poseyera a su fallecimiento.

Entre las previsiones testamentarias, nombraba albacea, contador-partidor y comisario tasador a su esposa.

LA IMPUGNACION POR NULIDAD EN LA PARTICION DE LA HERENCIA

El 26 de enero de 1995, la demandante y los demandados otorgaron escritura pública de aceptación de la herencia del finado y el 2 de febrero de 1995, se otorgó una segunda escritura complementaria de la anterior

D^a Milagros presenta demanda de impugnación de operaciones particionales contra los otros coherederos, su hermano D. Luis Antonio y la madre de ambos, D^a. Verónica, ya que consideraba en su demanda que dicha partición no había sido correctamente hecha, por :

1.-haberse incluido en el debe del inventario un préstamo del Banco Zaragozano que en realidad no era una deuda del fallecido, sino de sus hijos herederos, materializada en unas pólizas de crédito en las que el causante había constituido prenda en garantía.

2.-Así como que se había incluido en el haber del inventario la finca en San Roque (Cádiz), que no pertenecía al causante, por estar, a su vez, formada por otras dos fincas una de las fue segregada del conjunto y adicionada a una tercera, para su posterior venta a los hijos herederos del causante, por lo que, en realidad, a la fecha del fallecimiento, únicamente pertenecía al causante la finca pequeña".

3.- Además se había omitido introducir un crédito a favor del causante de 305.000.000 ptas. frente a la mercantil "G I, S.A." a consecuencia de la compraventa con precio aplazado.

4.-Se había obviado incluir una deuda fiscal del fallecido por impago del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales por importe de 38.130.552 ptas. de principal y 7.626.111 ptas. de intereses de demora, fijada por resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía; y

5.-, finalmente, no se había contemplado en el haber hereditario el ajuar doméstico, comprensivo del 3% del caudal relicto.

Añadía que no se habían practicado las operaciones particionales con el avalúo previo de los bienes, con fijación de hijuelas y posteriores adjudicaciones, por lo que terminaba

haciendo una propuesta de nuevo inventario y nuevas valoraciones de algunos de los bienes del caudal.

D^a. Verónica , viuda del causante y madre de los litigantes, se allanó a la demanda.

El otro codemandado, D. Luis Antonio , contestó oponiéndose a la demanda, al entender que **la partición instrumentada en un acuerdo entre los llamados a la herencia, tiene naturaleza puramente contractual, que no se encuentra viciada ni de nulidad ni de anulabilidad**, añadiendo que con la demanda, la actora va contra sus propios actos.

Afirmó de que hubo hijuelas, aunque no lotes, y alegaba que **la inclusión de un 3% de ajuar doméstico era una cuestión puramente fiscal, como también lo es la falta de inclusión de determinadas partidas en el inventario.**

DOCTRINA DE LA SENTENCIA

Se deniega la invalidez particional petitionada. No puede eludirse la prevención del artículo 1079 del Código Civil, que dispone que 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. Abarca no sólo el supuesto de omisión de cosas en el inventario o en la partición, sino también a los efectos de valoración, siempre que como en el caso debatido la lesión o perjuicio no llegue a la cuarta parte. Se basa este criterio en el principio de conservación de la partición, salvo que se haya efectuado con olvido de las formalidades esenciales. No se hace lugar al recurso de casación.

HECHOS:

Fallece D Valentin, y deja como herederos a su viuda, D^a Verónica y a sus hijos Milagros y Luis Antonio.

Estos de común acuerdo elaboran un cuaderno particional que posteriormente subsanan y amplían.

La hija presenta demanda ante el Juzgado solicitando nueva partición y que se anule el cuaderno particional que previamente habían firmado

El juzgado de instancia le deniega la petición si bien en recurso de apelación la Audiencia le da la razón.

ITER PROCESAL

1.-D^a Milagros interpone ante el Juzgado de Primera Instancia Número 8 de los de Palma de Mallorca Juicio de nº 564/1999 contra D. Luis Antonio y D^a. Verónica.

-Con fecha 20 de mayo de 1999 el Juzgado dictó sentencia cuyo fallo dice textualmente:
«Que **debo desestimar y desestimo** la demanda interpuesta por D^a Milagros contra Luis Antonio y contra D^a Verónica , con expresa imposición a la actora de las costas causadas en el presente procedimiento».

2.- **Interpuesto recurso de apelación** por D^a Milagros contra la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección Cuarta), dictó sentencia en fecha 26 de octubre de 2000 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«1) **Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por** el Procurador D. Francisco Tortella Tugores en nombre y representación **de D^a. Milagros** ,contra la sentencia de fecha 20 de mayo de 1999, dictada por Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera instancia nº 8 de Palma de Mallorca, en los autos Juicio mayor cuantía de los que trae causa el presente Rollo, y, en consecuencia, **DEBEMOS REVOCARLA y la REVOCAMOS** y en su lugar, se DECLARA:

A) Aceptada la herencia de D. Valentín por sus herederos y la atribución de legados que su testamento contiene.

B) La nulidad de la escritura pública de 26 de enero de 1.995 y su complementaria de 9 de febrero del mismo año.

C) La necesidad de proceder a un nuevo inventario, avalúo, partición y división del caudal hereditario, arregladamente a derecho y respetando las exclusiones y adiciones que se desprenden de la presente resolución y, en especial, de su fundamento octavo, lo que se llevará a cabo en fase de ejecución de sentencia,

2) Al propio tiempo SE CONDENA a los demandados D^a. Verónica y D. Luis Antonio a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

3) No ha lugar a especial pronunciamiento en costas en ninguna de ambas instancias».

3. Por la representación procesal de D. Luis Antonio , se presentó escrito de formalización del **recurso de casación ante el Tribunal Supremo** con apoyo procesal en un único motivo:

«Al amparo del apartado 4º del art. 1.692 de la LEC de 1881, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Se alega como precepto infringido el art. 1.261.2º del Código Civil, en relación con:

* Doctrina Jurisprudencial restrictiva en la apreciación de la nulidad en la partición convencional.

* Doctrina Jurisprudencial en virtud del Principio de conservación de los actos particionales. Aplicación de los arts. 1058 y 1079 del Código Civil ». «Obligatoriedad de los contratos: Doctrina Jurisprudencial y aplicación de los arts. 1089, 1091, 1258, en relación con el art. 1058, todos del C.C. Respeto al Principio de Autonomía de la voluntad, art. 1255 C.C.; Doctrina Jurisprudencial interpretativa del Principio de Actos Propios». «Art. 3.1 del C.C., interpretación de normas. Primacía de la voluntad del testador, art. 675 del C.C.».

Finalmente el T Supremo admite el recurso de casación interpuesto por el hermano

ANALISIS y COMENTARIO

La sentencia se destaca quizás por su importante número de errores en que los herederos comenten en la formalización de su cuaderno particional, no por una vez sino incluso en una segunda vez. Los errores se destacan en cuanto a ser importantes, tanto para el activo

como para el pasivo, incluso se adjudican un bien que no es del fallecido, y por tanto no podían disponer del mismo.

Sin embargo se aplica el criterio de conservación de la partición aun cuando en este caso en concreto, incluso la Audiencia Provincial , considero excesivo numero de errores, que podían dar lugar a la anulación de la partición y formalizar una nueva.

Esta jurisprudencia tan arraigada en nuestra cultura judicial nos lleva a tiempos más actuales que ratifican la sentencia comentada así en Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2012 (D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ), en su F D SEGUNDO, establece que (...) la partición convencional la contempla el artículo 1058 del Código civil y es la realizada por los propios interesados, coherederos que forman la comunidad hereditaria que, como negocio jurídico plurilateral, tienen la facultad de distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente, como recuerda la sentencia de 18 de marzo de 2008 que añade que permite a los coherederos realizar actos particionales más allá de los propios divisorios... Cuya partición convencional sólo cabe cuando no la ha realizado el propio testador, soberano de su sucesión (artículo 1056 del Código civil), ni la ha encomendado a un contador-partidor (artículo 1057). Esta partición es la que se ha dado en el presente caso; han sido unos coherederos los que la han practicado; el testador dispuso de su herencia entre sus hijos y nietos en una proporción de cuatro partes, provocando la comunidad hereditaria, no evitándola que hubiera sido así de haber la división y adjudicación a los coherederos del activo hereditario, confiriéndoles la propiedad exclusiva de los bienes que les han sido adjudicados, como dice el artículo 1068 del Código civil y reiteran las sentencias de 28 de mayo de 2004, 3 de junio de 2004, 12 de febrero de 2007, 17 de diciembre de 2007 .

En caso de que en la partición, cualquier clase de ella, se hubieran omitido bienes hereditarios, se procede a una partición adicional, que se contempla en el artículo 1079 del Código civil y ha sido objeto de numerosa jurisprudencia (así, sentencias de 22 de octubre de 2002, 11 de diciembre de 2002, 13 de marzo de 2003, 18 de julio de 2005, 12 de junio de 2008) y que presupone que los bienes omitidos no sean de importancia, ya que, de serlo, se produciría la nulidad de la partición y práctica de una nueva (lo que destacan las sentencias 11 de diciembre de 2002 y 19 de octubre de 2009). Es una aplicación del principio del favor partitionis (así, sentencias de 13 de marzo de 2003 y 12 de diciembre de 2005).

***.- Por preterición de algún heredero**

Es el art 1080 del C. Civil quien regula la preterición en sentido negativa, dado que contempla esta únicamente si se acredita que hubo mala fé o dolo por los demás herederos.

Siempre debemos tener presente que se trata de una preterición particional, no la testamentaria regulada en el art 814.

*Comentare la sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, **de lo Civil, STS 5773/2014***

Id Cendoj: 28079110012014100745 Nº de Recurso: 2491/2012 Nº de Resolución: 695/2014

Ponente: FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO

NATURALEZA DEL CASO

Se trata de una sucesión en la que el causante deja fuera del testamento a un hijo, por cuanto que la madre como representante legal de su hijo menor, en orden a la acción de preterición de heredero no intencional (814 del Código Civil), con la consiguiente anulación de la institución de heredero en el testamento otorgado, y la acumulación de la declaración de herederos abintestato, nulidad de actos de aceptación de herencia, liquidación de sociedad de gananciales y partición y adjudicación de herencia y nulidad de compraventa o subsidiaria de reintegración del importe económico de la vivienda transmitida.

RESUMEN DE LOS HECHOS

CAUSANTE

Fallece el Sr Carlos, estuvo casado desde 18/07/1977 hasta 16/12/1994 fecha en que se separo de D^a Eva, de este matrimonio D. Carlos no tenía descendencia.

DESCENDIENTES:

D. Cárlos a su vez era padre de D^a Virtudes, nacida en 1975, hija de otra relación anterior.

D. Carlos también era el padre de D Isidoro ,nacido en 1992 fruto de relación con D^a Brígida

CONTENIDO DEL TESTAMENTO

D. Carlos otorgó testamento abierto el 8 de octubre de 1986 , en el que:

A/ lega en pleno dominio a su esposa D^a Eva , el tercio de libre disposición de sus bienes, sin perjuicio y además de la cuota legal usufructuaria, que por Ley la corresponde, o en su caso y a elección de su dicha esposa, el usufructo universal vitalicio y sin fianza del haber hereditario, y

B/ en el remanente de todos sus bienes, créditos, derechos y acciones, presentes y futuros, instituye heredera a su citada hija doña Virtudes , y en defecto de ésta a su descendencia.

DESARROLLO PROCESAL DE LOS HECHOS

- *D^a Eva, la que fuera ex/esposa de D: Carlos, promueve **juicio de testamentaria** ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 6 de Móstoles.*
- *D^a Virtudes, la hija de D Cárlos promueve igualmente **juicio de testamentaria** .*
- *Se **acumulan los autos** en el Juzgado 4 de Móstoles.*
- *D^a Brígida solicita como cuestión incidental se declare heredero a su hijo, fue desestimada por el juzgado y posteriormente confirmado por auto de la Audiencia.*

- ***D^a Virtudes y D^a Eva otorgan escritura de aceptación de herencia, liquidación de la sociedad de gananciales, adjudicación y partición de herencia, y simultáneamente venden un inmueble objeto de la herencia a D Raimundo y a D^a Noemí.***

- ***D^a Brigida interpuso demanda de juicio ordinario, contra D^a Eva , D^a Virtudes y contra D. Raimundo y D^a Noemi y solicita que***

"... 1. Se declare que D. Isidoro , como hijo y heredero forzoso o legitimario de D. Carlos Ramón , fue preterido por éste en el testamento por el mismo otorgado, el 8 de octubre de 1986, ante el Notario de Madrid D. Francisco Javier Rovira Jaén, bajo el n.º 1.757 del protocolo de éste.

2. Se declare la nulidad, por preterición, de la institución que, a favor de su hija, D^a Virtudes , hizo D. Carlos Ramón en el testamento por el mismo otorgado,

3. Se declare, como únicos y universales herederos abintestato, por iguales partes, de D. Carlos Ramón, a sus dos únicos hijos D^a Virtudes y D. Isidoro .

4. Declare la nulidad de los actos de aceptación de herencia, liquidación de sociedad conyugal y adjudicación de bienes realizados por D^a Virtudes a virtud de escritura otorgada, el 28 de julio de 2003, ante el Notario de Madrid D. Alfonso Ventoso Escribano, bajo el n.º 2.051 de su protocolo; así como los de liquidación de sociedad conyugal y adjudicación de bienes realizados por D^a Eva en el mismo documento público.

5. Declare la nulidad de la enajenación del inmueble identificado como piso NUM000 ., letra NUM001 , del portal NUM002 , del edificio sito en Madrid, CALLE000 , n. NUM003 (registral n.º NUM004 del R. de la P. n.º 24 de Madrid), realizada por D^a Eva y D^a. Virtudes a favor de D. Raimundo y D^a Noemi a virtud de escritura autorizada, el 28 de julio de 2003, por el Notario de Madrid D. Alfonso Ventoso Escribano.

6. Declare proceder la cancelación de los asientos registrales que, como consecuencia de los actos referidos en los puntos 4. y 5. anteriores, fueron causados en la finca NUM004 del Registro de la Propiedad n.º 24 de Madrid y en la finca n.º NUM005 del R. de la Propiedad n.º 2 de Pozuelo de Alarcón, Madrid; así como todos los que sean consecuencia de éstos.

7. Que, subsidiariamente y para el supuesto de que el inmueble identificado como piso NUM000 ., letra NUM001 , del portal NUM002 , del edificio sito en Madrid, CALLE000 , n. NUM003 (registral n.º 2 NUM004 del R. de la P. n.º 24 de Madrid) pasare a ser titularidad de un tercero de buena fe, de suerte que no resultare posible la reintegración "in natura" de aquél a la masa hereditaria, declare la obligación de las codemandadas D^a Eva y D^a Virtudes a reintegrar a dicha masa hereditaria el importe económico cuya cuantía deberá determinarse en fase de ejecución de sentencia, tomando como base para la determinación del mismo, el del valor económico que judicialmente se determine, por su valoración real ala fecha de los actos de disposición del bien, o en su caso, a la fecha de los actos de adjudicación y partición de la herencia del causante D. Carlos Ramón , más los intereses legales procedentes.

8. Condene a los codemandados a estar y pasar por las declaraciones anteriores; así como al abono de las costas en los términos referidos en el cuerpo del presente".

- El **Juzgado de Primera Instancia número 2 de Móstoles** (Madrid), dictó sentencia con fecha 25 de noviembre de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO:

"...Que estimando la demanda interpuesta por el/la Procurador(a) SR. CASAMAYOR MADRIGAL en nombre y representación de Brigida contra Virtudes y Eva debo declarar y declaro:

Que Isidoro fue preterido de forma no intencional del testamento otorgado por su padre Carlos Ramón en fecha de 8 de octubre de 1.986.

La nulidad de la institución de herederos contenida en dicho testamento a favor de Virtudes , declarando como herederos universales ab intestato de Carlos Ramón a Isidoro y Virtudes , sin perjuicio de las mandas y mejoras ordenadas en el testamento por cualquier título.1

La nulidad de los actos de aceptación de herencia, liquidación de la sociedad de gananciales y adjudicación de bienes realizados por Virtudes y Eva mediante escritura pública de fecha de 28 de julio de 2.003, con cancelación de los asientos registrales causados en la finca n° NUM005 del Registro de la Propiedad n° 2 de Pozuelo de Alarcón.

Al mismo tiempo que debo condenar y condeno a Virtudes y Eva a que reintegren de forma conjunta y solidaria a la masa hereditaria de Carlos Ramón , el importe actualizado de 372.627 euros.

Todo ello con **expresa condena en costas de Virtudes y Eva .**

- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de D^a Virtudes , e interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de D^a Eva , la Sección 11^a de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 3 de julio de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLAMOS:

"...Que estimando en parte el recurso interpuesto por D^a Eva contra la sentencia de fecha veinticinco de noviembre de dos mil diez y auto aclaratorio de fecha diez de marzo de dos mil once, dictadas por la Ilma. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de Móstoles, y estimando asimismo en parte el recurso interpuesto por D^a Virtudes , contra la referida resolución, revocamos en parte en el solo particular de **declarar que la condena a D^a Virtudes y D^a Eva a reintegrar a la masa el importe actualizado de 372.627 euros, no es solidaria sino que cada una deberá reintegrar de la referida cantidad la proporción que hubiera recibido. Se confirma la sentencia en lo demás. No se hace declaración de las costas causadas en ninguna de las instancias".**

- **Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación por D^a Virtudes en apoyo al 447.2 3^o de la LEC.**

DOCTRINA DE LA SENTENCIA

El procedimiento objeto de recurso plantea dos cuestiones claves:

1º/ ¿La acción de preterición no intencional es de nulidad, o de anulabilidad?

2º/ La acción de preterición si es igual que la de rescisión tiene un plazo de caducidad de 4 años, del 1076 cc?

El fondo de la cuestión consistirá en la interpretación normativa del artículo 814 del Código Civil relativa a la preterición no intencional del heredero forzoso, debe señalarse que la interpretación rectora del artículo 814 en relación con la preterición no intencional de hijos y descendientes, sin resultar todos ellos preteridos, caso que nos ocupa, **lejos de descansar en la mera literalidad del apartado segundo**, esto es, la anulación de la institución de herederos, se apoya en la voluntad testamentaria (voluntas testatoris) como ley suprema de la sucesión, tal y como establece su párrafo final:

"A salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador" y confirma sistemáticamente el citado apartado segundo, en donde **la referida anulación de la institución de heredero se realiza sin perjuicio de "las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título"**.

El Tribunal Supremo para dar solución a las cuestiones planteadas, nos remite a unas consideraciones previas para lo cual nos remite al 166 del C.Civil,

En este aspecto ya se pronunció el TS en sentencia de 28 /x/2014 cuando en su FD Segundo 3 (Del régimen de ineficacia contractual del art 166 del C Civil) , aclara frente a las tres posturas adoptadas por esta sala: Nulidad Radical del acto, Nulidad o la Anulabilidad Desde esta perspectiva, nos **dice que se comprende como la finalidad tuitiva de la norma**, que no es otra que el tutelar los derechos patrimoniales del menor, para lo cual se

debe realizar una interpretación del precepto en correlación con el art 1259 del C Civil, y del principio de conservación de los actos y negocios.

Así, en primer lugar, y desde la perspectiva metodológica que debe informar el examen de la cuestión planteada, se ha precisado que en los casos, en donde el ordenamiento jurídico no dé una respuesta técnica y concreta acerca de la naturaleza y alcance del régimen de ineficacia derivado, su valoración no puede quedar reconducida a un planteamiento estático y dogmático de la cuestión consistente en la mera adscripción del supuesto tomado en consideración, respecto de las categorías de ineficacia contractual desarrolladas doctrinalmente.

Por el contrario, el **método de análisis a emplear es consustancialmente dinámico y flexible** conforme a las peculiaridades que presente el caso objeto de examen; de forma que el contenido y alcance de la ineficacia derivada tiende a adaptarse a la naturaleza y función que presente el fenómeno, la figura jurídica en cuestión, y a la relevancia de los bienes e intereses jurídicos que resulten objeto de protección, todo ello conforme a la finalidad perseguida por la misma y, en su caso, en el marco de aplicación de los principios generales del derecho.

Así mismo nos recuerda que en el Derecho contractual europeo, se ha declarado que "la conservación de los actos y negocios jurídicos (favor contractus) se erige como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico patrimonial que comporta, entre otros extremos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que pueda presentar la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, posibilitando el tráfico patrimonial y la seguridad jurídica".

Aclarado el sistema de interpretación que utilizará para establecer cuál será su decisión sobre la cuestión debatida esto es:

De la naturaleza de la ineficacia derivada y su relación con los regímenes típicos de la misma, nulidad radical, anulabilidad o rescisión,

LA IMPUGNACION POR NULIDAD EN LA PARTICION DE LA HERENCIA

Decide que debe de ser resuelta en **favor de la rescisión por** razón de su carácter funcional, parcial, relativo y sanable.

Por que se opta por dicha decisión?

Porque se aplica el principio rector que rige en nuestro derecho de sucesiones, que es el principio en favor testamenti y favor partitionis,.

En cuanto a la caducidad de la acción contesta con rotundidad y claridad cuando establece radica precisamente en el cómputo del plazo, pues conforme al tronco común de la rescisión (artículo 1299 del Código Civil) dicho plazo no comienza a transcurrir para las personas sujetas a tutela hasta que cesa la incapacidad; extremo que trasladado a la esfera de los menores de edad, caso que nos ocupa, nos lleva a su mayoría de edad como fecha de inicio del cómputo del plazo, con arreglo, por lo demás, con el principio o máxima por el que **la prescripción no corre contra aquellos que son incapaces de ejercitar acciones** ("contra non valentem agere no currit praescriptio").

No deja de ser criticable que se haya tenido que llegar al 2015 para concluir que es necesaria una aplicación más flexible y menos rígida de la norma, adaptada a las circunstancias de cada caso

Sentencia del TRIBUNAL SUPREMO 3154/2015 de 23 de junio de 2.015

NATURALEZA DEL CASO

*Destaco esta sentencia, en la que se ejercita la acción de **impugnación del testamento por preterición de heredero forzoso y acción de petición de herencia y por medio de reconvencción se interesa la nulidad de un testamento anterior en el que se reconocía como hijo extramatrimonial al preterido**. Donde se plantea, como cuestión de fondo, la interpretación que cabe realizar en orden a la preferencia del ejercicio de la acción pertinente en un supuesto en donde concurren la acción de impugnación del testamento por preterición de heredero forzoso y la acción de petición de herencia*

HECHOS:

Fallece D. Guillermo, y éste tiene dos hijos extramatrimoniales, una hija llamada Valentina y otro Hijo llamado D. Borja.

Borja fallece y tiene a su vez tres hijos D. Prudencio, Carlos Antonio y Celso.

D. Guillermo, en un testamento había reconocido que D. Borja era hijo extramatrimonial suyo, y en un testamento posterior también reconoce a D^a Valentina como hija extramatrimonial, y la instituye heredera universal, en su testamento cancelando las disposiciones testamentarias que hubiera hecho con anterioridad.

Planteamiento

D. Prudencio en su nombre y sus hermanos, interpone demanda solicitando :

1.-La declaración de que don Borja , padre del demandante y de sus dos hermanos, ha sido preterido en la herencia de su padre don Guillermo, su abuelo paterno biologico ;

2.- Que se declare la existencia en consecuencia de lo anterior del derecho del demandante y sus hermanos como legítimos sucesores de su padre, a la sucesión del fallecido don Guillermo ,

3.-y consecuencia de lo anterior, que se reconozca a favor del demandante y de sus hermanos el derecho a percibir la porción de la herencia que le corresponde por la legítima y con cargo a los bienes que integren el caudal hereditario del causante don Guillermo .

D. Valentina se opone a las pretensiones solicitadas y formuló demanda reconvenzional, solicitando la nulidad del testamento anterior en donde se reconocía como hijo extramatrimonial a don Borja.

ITER PROCESAL

La demanda se plantea ante el Juzgado de Primera Instancia Numero 2 de Pontevedra, en donde se dicta sentencia siendo el contenido del fallo el siguiente

FALLO:

"...Que desestimo la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Angulo Gascón en nombre y representación de Don Prudencio contra Doña Valentina ; y absuelvo a esta de todas y cada una de las pretensiones dirigidas contra ella. Se imponen a Don Prudencio las costas derivadas de la demanda.

Que desestimo la reconvezion interpuesta por el Procurador Sr. Sanjuán Fernández en nombre y representación de Doña Valentina contra Don Prudencio , Don Carlos Antonio y Don Celso ; y absuelvo a estos de todas y cada una de las pretensiones dirigidas contra ellos. Se imponen a Doña Valentina las costas derivadas de la reconvezion".

Frente a al sentencia de instancia se recurre en Apelación por la representación de D Prudencio ante la Audiencia Provincial de Pontevedra con el siguiente Fallo:

Se estima el recurso de apelación y se revoca parcialmente La sentencia de instancia impugnada, y, en consecuencia, se estima la demanda interpuesta por don Prudencio , que actúa en su propio nombre y en beneficio de la Comunidad hereditaria de su padre don Borja , contra doña Valentina , en el sentido de:

1.-Declarar que don Borja , progenitor del demandante don Prudencio y de los hermanos de éste, don Carlos Antonio y don Celso , ha sido preterido de manera intencional en la herencia de su padre don Guillermo .

2.-Declarar el derecho del demandante y de sus hermanos, en cuanto integrantes de la comunidad hereditaria de don Borja y como legítimos sucesores de su padre, a la sucesión del fallecido don Guillermo como legitimario que don Borja era de don Guillermo .

3.-Reconocer el derecho del demandante y de sus hermanos, en cuanto integrantes de la comunidad hereditaria de don Borja , a una participación en el caudal hereditario del causante don Guillermo del orden de una sexta parte.

4.-Declarar el derecho del demandante y de sus hermanos, -en cuanto integrantes de la comunidad hereditaria de don Borja , a percibir los frutos que hayan producido los bienes integrantes de la herencia del causante don Guillermo y en proporción a su legítima (sexta parte de la herencia) desde la fecha de la aceptación y adjudicación de la herencia por parte de la demandada el día 110 de septiembre de 1990.

Manteniendo el pronunciamiento desestimatorio de la reconvención de la sentencia de instancia apelada.

Todo ello con expresa imposición de las costas procesales de la primera instancia a la demandada reconviniente y sin hacer especial imposición de las costas procesales de la presente alzada".

Contra dicha sentencia se recurrió en casación

DOCTRINA DE LA SENTENCIA

*La cuestión a resolver es determinar si la parte actora, D. Prudencio, **¿tiene legitimación ad causan para interponer la acción de petición de herencia?***

Y ¿ es posible el ejercicio conjunto de la acción de impugnación por preterición de heredero forzoso y de la acción de petición de herencia , pese a reconocer su carácter diferenciado?.

¿Cuándo prescribe la acción de preterición?

Veremos como el ejercicio de una acción de preterición de heredero forzoso no condiciona o impide el curso de otras acciones que también le asisten al heredero en la defensa de sus derechos hereditarios frente a cualquier poseedor de bienes hereditarios que niegue su condición de heredero.

COMENTARIO

Tal como nos dice el Magistrado Xavier O'Callaghan Muñoz, en su comentarios al código civil de la Edit. La Ley (7ª Edición) define a la preterición como :

“la omisión de un legitimario en el testamento sin que el mismo haya recibido atribución alguna en concepto de legítima.”

Claro está que no es lo mismo una preterición intencional que la no intencional pero en cualquier caso se exigen los siguientes requisitos:

- 1- Omisión del legitimario en el testamento*
- 2- Que no haya recibido nada en concepto de legítima pues en caso contrario solo podrá ejercitar la acción de complemento de legítima prevista en el art 815 C.C:*

La preterición de un heredero forzoso tiene lugar cuando el testador en su testamento omite a un legitimario, sin que éste, por lo demás, haya recibido nada de dicho causante ni por actos intervivos ni por causa de muerte.

La preterición puede ser intencional y errónea o no intencional.

La intencional se produce cuando el testador sabe de la existencia del legitimario preterido al tiempo de otorgar testamento, mientras que la no intencional supone el desconocimiento o ignorancia acerca de su existencia.

Los objetos de una y otra clase de preterición son bien distintos tras la reforma del art. 814 CC por la Ley de 13 de mayo de 1981.

Así, mientras en la preterición intencional se reduce la institución de heredero en la medida que sea precisa para satisfacer la legítima y si no basta se reducen los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias, en la errónea o no intencional se anula la institución de heredero.

En cuanto a la legitimación . corresponde la activa a quien se considere perjudicado , éste y nadie más puede ejercitar la acción , sin embargo, tal como nos recuerda M^{ra} Angeles Fernandez Gonzalez –Regueral en la obra **La partición de la herencia** de la **Edit. Ramon Areces**, en la categoría de lesionado entra sin duda alguna todo aquel que sea titular de la cuota hereditaria, y la partición constituye el acto por el que su derecho abstracto sobre la herencia se materializa en un conjunto de bienes que integran la masa partible, luego es indudable que se encuentra tanto el heredero como el legatario de parte alícuota, en la medida en que este último tiene participación sobre la herencia, que en principio y hasta que se practique la partición no se materializa sobre un bien o bienes concretos.

¿Se pueden acumular a la acción de petición de herencia?

En tal sentido, los civilistas Luis Díaz-Picazo y Antonio Gullón describen la acción de petición de herencia como la que compete al heredero para reclamar de otra u otras personas el reconocimiento de su cualidad de heredero y la restitución de los bienes hereditarios. Y, en la misma línea, Roca Sastre **define la acción de petición de herencia como la que compete al heredero real contra quienes posean todos o parte de los bienes hereditarios a título de herederos del mismo causante o sin tener título alguno, a fin de obtener dicho heredero la restitución de tales bienes, a base de la comprobación o reconocimiento de que a él corresponde la cualidad de heredero.** Llegándose a indicar en la STS de fecha 9/7/2002 que la acción de petición de herencia se ha tratado en la doctrina como la que ejercita el heredero frente a quién detenta la herencia y se ha ampliado en la

jurisprudencia a la que ejercita la persona para que se le declare heredero y se le atribuya la cuota que le corresponde.

Tal como dice la sentencia en su FD Tercero “ Así, en primer lugar, tal y como esta Sala ha señalado en su sentencia de 10 de diciembre de 2014 (núm. 695/2014), a propósito de la ineficacia testamentaria por la preterición de un heredero forzoso (814 del Código Civil), debe tenerse en cuenta que, pese al tenor literal del precepto, la acción que se ejercita no se incardina, en sentido técnico, en el marco de una acción de nulidad que provoque la invalidez estructural de lo ordenado por el testador sino que responde, más bien, a la dinámica de las acciones o medidas de resolución propias de la defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima.

De ahí que la causa de la impugnación no sea otra que la propia preterición del heredero forzoso, esto es, heredero legitimario, y que la ineficacia resultante se dirija funcionalmente a purgar los efectos que resulten lesivos de cara al derecho que le asiste al heredero preterido como legitimario del causante.

En todo caso, el ejercicio de la acción de preterición de heredero forzoso no condiciona o impide el curso de las otras acciones que también le asisten al heredero en la defensa de sus derechos hereditarios.

¿Cuál es el plazo?

*Respecto del plazo sobre la base de considerar que la acción ejercitada es una acción de preterición de heredero que no de petición de herencia, resultara aplicable aplicable el plazo de prescripción de cuatro años previsto para las acciones de anulabilidad y de rescisión, bien el de cinco años por analogía con el supuesto contemplado en el art. 646 del Código Civil, o bien el de quince años del art. 1964 del mismo texto legal. o prescripción del art. 1963 CC , de treinta años, para las acciones de petición de herencia. En nuestro caso se trata de bienes inmuebles lo que nos lleva al criterio jurisprudencial que aún cuando la acción de petición de herencia no aparezca específicamente regulada en el CC está reconocida tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, y que esta acción ha **de estimarse sometida al plazo de prescripción de treinta años que el art. 1963 CC fija***

para el ejercicio de las acciones reales sobre bienes inmuebles, como ha reconocido la jurisprudencia a partir de la sentencia de 30 de marzo de 1889 (SSTS 20/4/1907 , 28/2/1908 , 21/6/1909 , 18/3/1932 , 25/10/1950 , 6/3/1958 , 12/11/1964 , 7/1/1966 , 23/12/1971 , 2/6/1987 , 2/12/1996 , entre otras); **plazo de prescripción que empieza a contarse desde que el poseedor aparente de los bienes exterioriza su propósito de hacerlos propios**, titulándose dueño de los mismos, comportándose como tal y negando a los demás el carácter de herederos.

Sin embargo entiendo que será de aplicación el art.1969 del C.Civil, tal como refleja en su libro **LA HERENCIA de la editorial Colex, pág. 186**, Raul Ochoa Marco, ya que se trata de la acción de petición de herencia y por tanto la prescripción, será de treinta años a contar desde que el heredero aparente inició la posesión de la herencia comportándose como tal heredero, o sea, desde que se producen los hechos que dan lugar a ejercitar la acción.

¿Cuándo es el “dies a quo” para iniciar a contar la prescripción?

El "dies a quo" no está en la fecha de fallecimiento del causante sino que se cuenta desde aquél en que el poseedor aparente empieza a poseer los bienes "animo suo", es decir, exteriorizando su propósito de hacerlos propios como dueño de los mismos, comportándose como tal y negando a los demás el carácter de herederos.

**IMPUGNACION DE LA PARTICION POR PRESERVACION DE LA LEGITIMA:
STS. 3357/2013**

NATURALEZA DEL CASO

Se basa en la defensa de la intangibilidad de la legítima estricta, planteándose la ineficacia de partición realizada por el albacea contador – partidador ,ya sea derivada de su nulidad o bien de su rescindibilidad por lesión ya que el contador partidos, ha omitido bienes de considerable valor, y ha incluido por error otros bienes que no pertenecen a la herencia de menor valor, lo que en definitiva ha abocado en un error en el valor del caudal hereditario

RESUMEN DE LOS HECHOS

La partición de la herencia de Don S. fue llevada a cabo por el contador J.C. y que protocolizó ante el Notario de Gijón, A. R. en fecha 23 de enero de 2006, número de protocolo xx así como su rectificación realizada por acta notarial de fecha 24 de abril de 2006 ante el mismo notario, al número xxx, **anulándose igualmente la liquidación de la sociedad de gananciales del causante y su esposa que se incluyó en dicha partición.**

El causante había adjudicado a D^a L, quien planteara el asunto ante el juzgado, la estricta legítima mediante al asignación de bienes concretos, vedándose por éste toda posibilidad de que el contador-partidor complementase la hipotética insuficiencia de éstos para satisfacer la legítima estricta con otros bienes integrantes del caudal hereditario .

Se omitieron la inclusión de:

- * **la colección numismática y filatélica del causante por la mitad de su valor de 900.000 euros o el que se acredite en el proceso,**
- * **dinero por importe de 18.709,27 euros,**
- * **la indemnización por importe de 17.402,31 euros,**
- * **el dinero correspondiente a los gastos sanitarios indebidamente deducidos por importe de 9.085,14 euros,**
- * **Los valores de los inmuebles que figuran en el dictamen pericial aportado con la demanda.**

Además se incluyo como inventario debienes , el ajuar domestico de la vivienda conyugal

Ante tal abuso aparente y atropello cometido, se inicia el proceso judicial oportuno por la que se consideraba afectaba.

DOCTRINA DE LA SENTENCIA

El asunto al final va a versar sobre la **adecuación o no de la defensa de la integridad de la intangibilidad de la legítima estricta.**

A lo cual el alto tribunal establece que La defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima y con ella, la pretensión de una nueva cognitivo relativa a computación y valoración del haber hereditario debe realizarse únicamente por el marco de la acción de suplemento de la legítima (art 815 C.Civil) como base para el ejercicio de la acción de reclamación de disposiciones testamentarias que lesionen o mengüen la legítima y en su caso de la reducción por inoficiosidad de las donaciones (art. 817 del C. Civil).

ITER PROCESAL

La Sra L, considerándose afectada, interpuso demanda en la que interesaba que se excluirá del inventario de bienes el ajuar doméstico de la vivienda conyugal y que se ordenara nueva partición para que se adjudiquen a la actora i muebles en exclusivo dominio, o bien de forma Subsidiariae a lo anterior, que se rescinda la indicada partición por lesión de la legítima de la actora, debiendo practicarse una nueva partición con sujeción a los criterios indicados en el pedimento a), salvo lo dispuesto en el art. 1.077 en cuyo caso los herederos demandados indemnizarán a la actora en la cantidad de 377.281,71 euros o, subsidiariamente, en la que se acredite en el proceso como perjuicio de su legítima

Todo en base a las irregularidades existentes en la misma, consistentes en:

- 1.- la omisión de bienes de extraordinario valor,
- 2.-la indebida inclusión de otros bienes no pertenecientes al caudal hereditario
- Y 3.- el error sustancial en la valoración de los inmuebles de dicho caudal.

El Ilmo. sr. Magistrado-Juez del **Juzgado de Primera Instancia** número 11 de Gijón, dictó sentencia con fecha 30 de marzo de 2007 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO: "...La desestimación de la demanda formulada por doña Marina González Pérez, procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de doña Lucía , absolviendo a las demandadas, doña Tarsila , doña Gracia y doña Alicia , de las pretensiones contra ellas ejercitadas, condenando a la demandante, doña Lucía , al abono de las costas de este procedimiento".

Se recurre en **Apelación, ante la Audiencia Provincial de Asturias**, que desestimaba el recurso interpuesto al considerar que la partición no adolecía de defecto alguno, y que la actora debía acudir si a su derecho lo estimaba conveniente a solicitar la adición de bienes indebidamente excluidos y al complemento de la legítima, expersando claramente :

"La parte, si a su derecho conviene, podrá ejercitar la acción de complemento de la legítima si considera que le fue legado menos de lo que le correspondía o, en su caso, solicitar la adición de bienes indebidamente excluidos.

El perjuicio que le puede haber deparado la partición, como bien señaló el juzgador de instancia, no proviene, en modo alguno, de las posibles irregularidades referidas, sino que tiene su origen en los propios términos en que fue redactado el testamento, por lo que el cauce procesal elegido resulta inadecuado para subsanar la eventual insuficiencia de los bienes otorgados en orden a completar la porción hereditaria que le fue atribuida a la apelante en el testamento paterno".

Finalmente se recurre ante el **Tribunal Supremo por infracción procesal y de casación** y se fundamenta en diez motivos:

primero de ellos se alega la infracción del artículo 1261 del Código Civil y de la jurisprudencia de esta Sala (STS 31-5-1980 , 31-10-1996 , entre otras).

La recurrente considera que la partición litigiosa carece de uno de los requisitos esenciales para su validez cual es el relativo a su objeto, pues entiende que **se ha acreditado la omisión deliberada de bienes integrantes del activo hereditario, ocultándolos e impidiendo su consideración para fijar el importe de las legítimas y hacer debido pago de las mismas y asimismo se han incluido deliberadamente bienes inexistentes** (ajuar doméstico), que fue adjudicado a la recurrente.

En el segundo motivo , se alega la infracción del artículo 1261 del Código Civil y de la jurisprudencia de esta Sala (STS. 31-5-1980 , 31-10-1996 entre otras).

La recurrente considera que la partición litigiosa es nula *por falta de requisitos esenciales, en este caso por no haber sido realizada por quien estaba encargado por el testador, lo que supone una falta de consentimiento y vulneración de artículo 1057 del Código Civil* .

El tercer motivo se basa en la infracción del artículo 1261 del Código Civil y de la jurisprudencia de esta Sala STS 31-5- 1980 , 31-10-1996 , entre otras).

La recurrente considera que la partición litigiosa es nula por falta de requisitos esenciales, por ilicitud o inexistencia de la causa o ser esta falsa, como es la adjudicación de bienes inexistentes o la deliberada omisión de otros bienes existentes.

El cuarto motivo se basa en la infracción del artículo 1703 en relación con el artículo 1290 del Código Civil y de la jurisprudencia de esta Sala (STS. 31-5-1980 , 31-10-1996 entre otras).

La recurrente considera que la sentencia impugnada convalida las operaciones particionales y liquidatorias litigiosas pese a que las mismas fueron realizadas en claro fraude de los derechos de la recurrente, legitimaria del causante (ocultación maliciosa de bienes de extraordinario valor, inclusión y adjudicación a la recurrente de bienes

inexistentes o sin contenido en la herencia, deliberada omisión de valores reales de los inmuebles).

El quinto motivo se basa en la infracción del artículo 1704 del Código Civil . La recurrente considera que la partición impugnada no cumple lo ordenado en dicho precepto según el cual la partición debe tener en cuenta los valores reales y actuales de los bienes, al momento de las operaciones particionales (STS 21 de octubre de 2005 y 14 de diciembre de 2005 , entre otras)

habiendo quedado acreditado en autos que los valores asignados en la partición a los bienes inmuebles, no son los actuales al momento de la partición.

El sexto motivo, se basa en la infracción del artículo 1074 del Código Civil .

La recurrente considera que la partición litigiosa lesiona en más de una cuarta parte su legítima, atendiendo al valor de las cosas que fueron adjudicadas.

El Séptimo motivo, se basa en la infracción del 818 del Código Civil.

La recurrente considera que la partición litigiosa se aparta de dicha norma al no haber tenido en cuenta todo el activo y todo el pasivo de la herencia a la hora de fijar la legítima de los herederos.

El octavo motivo, se basa en la infracción de los artículos 896 , 808 y 813 del Código Civil .

La recurrente considera que no es posible afirmar como la hace la sentencia impugnada que no tienen importancia las irregularidades de una partición consistentes en la omisión de bienes, inclusión indebida de otros o su incorrecta valoración, so pretexto que la partición se limita a adjudicar lo que dispuso el testador, pues ello supone atribuir al testador la facultad de privar de la legítima a sus herederos por el sencillo procedimiento de hacer adjudicaciones de bienes concretos en pago de la legítima.

El noveno motivo, se basa en la infracción de los artículos 815 y 1079 del Código Civil .

La recurrente considera que la sentencia impugnada ha prescindido absolutamente de la consideración de la naturaleza y entidad de las irregularidades acontecidas en la partición litigiosa, que constan probadas, con el argumento de que en su caso se pueden solventar con la adición o complemento de la partición, sin tener en cuenta la corriente

jurisprudencial o doctrinal que entiende que cuando la omisión de bienes por cuantía y entidad sea de mayor alcance ha de irse a la nulidad o rescisión.

El décimo motivo, se basa en la infracción del artículo 1321 en relación con el artículo 659 del Código Civil .

La recurrente considera que la sentencia impugnada avala la partición y la liquidación de los gananciales litigiosos sin reparar que se está incluyendo en el inventario un bien que no pertenece ni a la sociedad de gananciales, ni al haber hereditario del causante, como es el "ajuar doméstico" y para colmo del despropósito de la partición, es como pago de la legítima de la recurrente, que se le adjudica una parte indivisa de ese inexistente bien.

COMENTARIO

Se inicia una acción judicial ante la aparente evidencia de que se ha cometido un terrible atropello, lo cierto es que estudiando con detalle nos encontramos con que se trata de invalidar la partición al haber asignado a la heredera reclamante un legado por su estricta legítima.

Se consideró herida en la misma al haberse mal valorado los bienes así como el error de incluir unos que no correspondía y excluir otros que si eran de la herencia.

Tal como nos dice **Juan Vallet Goitisoló (pág. 13 y ss. en su estudio monográfico en Favor partitionis)**, ya el T S estableció que “no todo error vicia de nulidad al consentimiento sino sólo, según se dispone el art 1266 del C Civil, el que recae sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que hubieren dado motivo a celebrarlo y aparte de que el error afirmado pudo evitarse con uso de una regular diligencia y ser reparado mediante el ejercicio de acciones no productoras de efectos tan graves como los que se derivan de la nulidad de las particiones y en contemplación a las cuales preside en cuanto a la misma en la constante jurisprudencia de esta Sala un criterio restrictivo , tal error de hecho referido a un perjuicio económico subsanable del modo que previenen los art 1069-1071 y 1072 del C civil, no afectan a la naturaleza o causa del contrato de particiones ni esencialmente a su objeto q que es dividir la universalidad de bienes y derechos de una sucesión , por lo que, al calificarlo la sala sentenciadora de instancia de sustancial, hizo aplicación indebida delos artículos 1265 y 1266 del mencionado código “.

Es claro el Tribunal Supremo en su doctrina ya reiterada en demasiadas ocasiones, precisamente en base al principio en favor de partitionis, cuando establece que la acción d rescisión de la partición no es subsidiaria en cuanto al concepto ni en cuanto a los medios procesales, e incluso a veces la hace prioritaria respecto de ciertas acciones de nulidad y de las de anulabilidad dimanantes de error que no radique en la sustancia si la lesión resulta reparable con una rectificación o compensación.

LA IMPUGNACION POR NULIDAD EN LA PARTICION DE LA HERENCIA

Es algo claro que nuestro sistema judicial evita en todo caso la nulidad de las particiones practicadas, debemos tener este principio presente en todo momento, pero también es cierto que ésto no es obstáculo para que SIEMPRE QUE SEA POSIBLE se puedan enmendar los defectos que se observen y se rectifiquen.

En nuestro caso vemos como se pretende impugnar la partición por omitir determinados bienes, se olvida por el recurrente el art 1079 que señala:

“La omisión de alguno o algunos objetos o calores de la herencia no da lugar a que rescinda la partición por lesión, **sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos**”.

Inspira por tanto el principio de conservación de la partición, y ello porque :

Si se ha efectuado una partición de herencia y con omisión de bienes la división de éstos no es ya una división hereditaria, sino de bienes. Con lo cual que es lo que sucede en nuestro caso, la omisión de alguien que deba distribuirse entre todos los herederos, no supone nunca una nueva división.