



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

MASTER ABOGACÍA

PARTICIÓN DE HERENCIA

Presentado por:

ALBERTO CAÑAS GONZÁLEZ

Tutelado por:

JACOBO BERNARDO MATEO SANZ

Valladolid, 17 de Enero de 2020

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| 1. PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS | 5 |
| 2. FUNDAMENTOS DE DERECHO | 5 |
| 2.1. FALLECIMIENTO.TESTAMENTO CERRADO | 5 |
| 2.2. HEREDEROS | 7 |
| 2.2.1. <i>Designación de cuotas</i> | 8 |
| 2.3. PATRIMONIO Y DONACIÓN INTERVIVOS: PARTICIÓN DE LA HERENCIA | 9 |
| 2.4. PRETERICIÓN | 9 |
| 2.4.1. <i>¿Nos encontramos ante el supuesto de preterición regulado en el art. 814 CC., que claramente pone que, aun existiendo, nunca perjudicará a la legítima de los forzosos?</i> | 10 |
| 2.5. OPERACIONES PARA EL CORRECTO CÓMPUTO DE LA LEGÍTIMA Y COLACIÓN | 12 |
| 2.5.1. <i>Computación</i> | 13 |
| 2.5.2. <i>Imputación. Infociosidad</i> | 13 |
| 2.5.3. <i>Reducción</i> | 15 |
| 2.5.4. <i>Colación</i> | 15 |
| 2.6. CLAUSULA EN RELACIÓN AL CONCEPTURUS | 18 |
| 2.6.1. <i>¿Encaja nuestro supuesto con la sustitución fideicomisaria?</i> | 20 |
| 2.6.2. <i>¿Nos encontramos ante una institución sometida a término?</i> | 20 |
| 2.7. ALBACEA CONTADOR PARTIDOR | 22 |
| 2.7.1. <i>¿Puede realizarse la partición del caudal hereditario sin previo inventario?</i> | 24 |
| 3. CONCLUSIONES | 26 |
| 4. BIBLIOGRAFÍA | 28 |
| 4.1. <i>Páginas web consultadas</i> | 28 |
| 4.2. <i>Jurisprudencia consultada</i> | 29 |

SUPUESTO

PARTICIÓN DE HERENCIA

Doña Carmen falleció el día 11 de enero de 2015, bajo testamento cerrado otorgado el 19 de febrero de 2009, en el que hace constar su estado de casada con don Juan Ramón –fallecido el 3 de marzo de 1999– y de cuyo matrimonio nacieron cinco hijos: Ana, Ángela, Alejandro, Araceli y Antonio. Ana, Ángela y Araceli han permanecido solteras y Alejandro y Antonio han contraído matrimonio con Isabel y Clara respectivamente.

Doña Carmen muere dejando un patrimonio valorado, atendiendo a lo declarado en el impuesto sobre sucesiones y donaciones, en 2.000.000 €. En vida, el 26 de enero de 2009, doña Carmen dono por partes iguales a su hijo Antonio y a los hijos de éste, Rodrigo, Carlos y Nerea, un inmueble de naturaleza urbana valorado, en la fecha del deceso de doña Carmen, en 400.000 €.

En su testamento, doña Carmen instituye herederos en el tercio de legítima estricta a sus hijos Ana, Ángela, Alejandro y Araceli; en los dos tercios restantes, instituye herederos por partes iguales a sus hijas y a los hijos de su hijo Alejandro, llamados Isabel, Inmaculada y Alberto que al morir su abuela tenían cinco, tres y un año respectivamente: las primeras reciben por cabezas y los nietos por stirpe. La testadora aclara en el testamento que si su hijo Alejandro tuviese con posterioridad más descendiente tomarían parte en los dos tercios, distribuyéndose en este caso la parte correspondiente a sus nietos entre los que resulten al ocurrir el fallecimiento del referido hijo.

Asimismo, nombra en el testamento albaceas contadores partidores solidarios a doña Luisa (fallecida en 2016) y a don Bruno, prorrogándoles cuatro años el plazo legal para cumplir con su función. De esta circunstancia ambos tuvieron conocimiento antes de la muerte de doña Carmen, a cuyo funeral asistieron.

Con fecha de 30 de abril de 2019 se lleva a cabo la partición sin inventario por parte del albacea. Se informa a los herederos por el contador-partidor de la partición realizada, y a todos les parece bien. Así mismo, consta el acuerdo de Ana, Ángela, Alejandro y Araceli sobre el carácter de heredero de don Antonio.

Doña Isabel, al parecerle irregular la manera de hacer de los herederos de doña Carmen, acude a su despacho para pedir asesoramiento.

Atendiendo a la situación descrita y ante la solicitud de asesoramiento de doña Isabel, emita Dictamen sobre el particular.

COMENTARIO BREVE- INTRODUCCIÓN

RESUMEN

El presente Trabajo pretende resolver un supuesto de partición de herencia con ciertas peculiaridades que iremos tratando para crear un dictamen para nuestro cliente, nuera de la causante, que acudió a nosotros debido a que la manera de hacer de los herederos le parece irregular. Nosotros trataremos de despejar todas sus dudas, mediante nuestro asesoramiento, para desentrañar esta cuestión principal y todas las accesorias que se nos presenten en el curso de su desarrollo.

El causante de la herencia ha fallecido con un cuantioso patrimonio que debe repartirse entre sus sucesores. Además, en vida donó a uno de sus hijos un bien inmueble, cuestión que deberá tenerse en cuenta a la hora de realizar la correspondiente partición.

Doña Carmen otorgó testamento cerrado realizando diversas adjudicaciones a sus herederos y planteando ciertas condiciones que requieren de un minucioso análisis. Por último, analizaremos la figura del albacea contador-partidor y su comportamiento.

PALABRAS CLAVE: Donación, preterición, operaciones particionales, inoficiosidad interpretación testamentaria.

ABSTRACT

This work aims to resolve an assumption of inheritance partition with certain peculiarities that we will try to create an opinion for our client, daughter-in-law of the deceased, who came to us because the way of doing the heirs seems irregular. We will try to clear up all your doubts, through our advice, to unravel this main issue and all the accessories that arise in the course of its development.

The originator of the inheritance has died with a large estate that must be distributed among his successors. In addition, in life he donated real estate to one of his children, an issue that must be taken into account when making the corresponding partitions.

Doña Carmen executed a closed will, making various awards to her heirs and setting out certain conditions that require careful analysis. Finally, we will analyze the figure of the accountant-splitter executor and his behavior.

KEY WORDS: Donation, preterition, partition operations, ineffectiveness and testamentary interpretation.

1. PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

El supuesto que se nos presenta requiere de un meticuloso análisis para descubrir los diversos problemas jurídicos que existen.

Trataremos en primer lugar, los hechos anteriores a la partición, comenzando por explicar el modelo de testamento cerrado y lo que ello implica, y el papel que ocupa cada uno de los sucesores, haciendo mención especial a la posible situación de preterición de uno de los hijos.

Posteriormente, nos centraremos en resolver todo lo que concierne a las operaciones particionales que deben realizarse, tratando diversas figuras del derecho civil como son la computación, imputación, reducción y colación del caudal hereditario. Lo que nos servirá, por un lado, para poder saber si existe inoficiosidad en la donación recibida por Antonio.

Continuando con la partición, llegaremos a la cuestión angular de nuestro supuesto, la cláusula que instituye heredero a la figura del no concebido. Es decir, parte de la herencia queda condicionada al nacimiento de ulteriores nietos, cuestión que deberemos articular dentro de ordenamiento jurídico para que revista forma legal.

Por último, en lo que respecta al testamento, deberemos analizar la figura del albacea contador-partidor, desde su nombramiento hasta su actuación, con especial mención a la partición sin inventario que realiza con consentimiento de los herederos.

Todas estas cuestiones se pretenden resolver en el presente dictamen para despejar las dudas de nuestra cliente, que le parece irregular la manera de hacer de los herederos de doña Carmen en lo que respecta a la protección del patrimonio que correspondería disfrutar a futuros descendientes que ella pueda tener con uno de los hijos de la causante, Alejandro.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO

2.1. FALLECIMIENTO. TESTAMENTO CERRADO.

El principal actor de nuestro supuesto, Doña Carmen, fallecida el día 11 de enero 2015, otorgó el 19 de febrero de 2009 testamento cerrado. Nos encontramos ante un supuesto recogido en el art. 680 CC¹, donde el testador otorga declaración sobre el porvenir de su

¹ Art. 680 CC. “El testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto.”

herencia sin que su última voluntad sea revelada hasta la apertura de del texto una vez fallecida. Entendemos que se cumplen los requisitos de los arts. 706 y ss. CC para su validez. Las notas características de estos testamentos residen en que está formado por cuatro fases: preparación (art. 706 CC)², otorgamiento (art. 707 CC)³, conservación (art. 711 CC)⁴, y apertura y protocolización (art. 714 CC)⁵. Además, su contenido es secreto hasta el momento de apertura, de ahí que se conozca como “cerrado”. Atendiendo al supuesto, entendemos que todas las fases descritas transcurren conforme a derecho⁶.

Se desconoce quién es la persona que lo tiene en su poder en fecha de fallecimiento, pero entendemos que no es un impedimento para la resolución de este supuesto. Conforme al art. 711 CC la conservación puede ser propia, ante el notario que lo otorgó u otro distinto, o a un tercero diferente de los anteriores⁷.

La particularidad con la que nos encontramos de una modalidad de testamento cerrado, tendrá efectos en el desarrollo posterior de este dictamen en lo relativo a la partición de la

² Art 706 CC. “El testamento cerrado habrá de ser escrito.

Si lo escribiese por su puño y letra el testador pondrá al final su firma.

Si estuviese escrito por cualquier medio mecánico o por otra persona a ruego del testador, éste pondrá su firma en todas sus hojas y al pie del testamento.

Cuando el testador no sepa o no pueda firmar, lo hará a su ruego al pie y en todas las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad.

En todo caso, antes de la firma se salvarán las palabras enmendadas, tachadas o escritas entre renglones.”

³ Art. 707 CC. “En el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las solemnidades siguientes:

1.^a El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta, cerrada y sellada de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta.

2.^a El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, o lo cerrará y sellará en el acto, ante el Notario que haya de autorizarlo.

3.^a En presencia del Notario, manifestará el testador por sí, o por medio del intérprete previsto en el artículo 684, que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando si se halla escrito y firmado por él o si está escrito de mano ajena o por cualquier medio mecánico y firmado al final y en todas sus hojas por él o por otra persona a su ruego.

4.^a Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que está cerrado, y dando fe del conocimiento del testador o de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los artículos 685 y 686, y de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

5.^a Extendida y leída el acta, la firmará el testador que pueda hacerlo y, en su caso, las personas que deban concurrir, y la autorizará el Notario con su signo y firma.

Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los dos testigos idóneos que en este caso deben concurrir.

6.^a También se expresará en el acta esta circunstancia, además del lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento.

7.^a Concurrirán al acto de otorgamiento dos testigos idóneos, si así lo solicitan el testador o el Notario.”

⁴ Art. 711 CC. “El testador podrá conservar en su poder el testamento cerrado, o encomendar su guarda a persona de su confianza, o depositarlo en poder del Notario autorizante para que lo guarde en su archivo.

En este último caso el Notario dará recibo al testador y hará constar en su protocolo corriente, al margen o a continuación de la copia del acta de otorgamiento, que queda el testamento en su poder. Si lo retirare después el testador, firmará un recibo a continuación de dicha nota.”

⁵ Art. 714 CC. “Para la apertura y protocolización del testamento cerrado se observará lo previsto en la legislación notarial.”

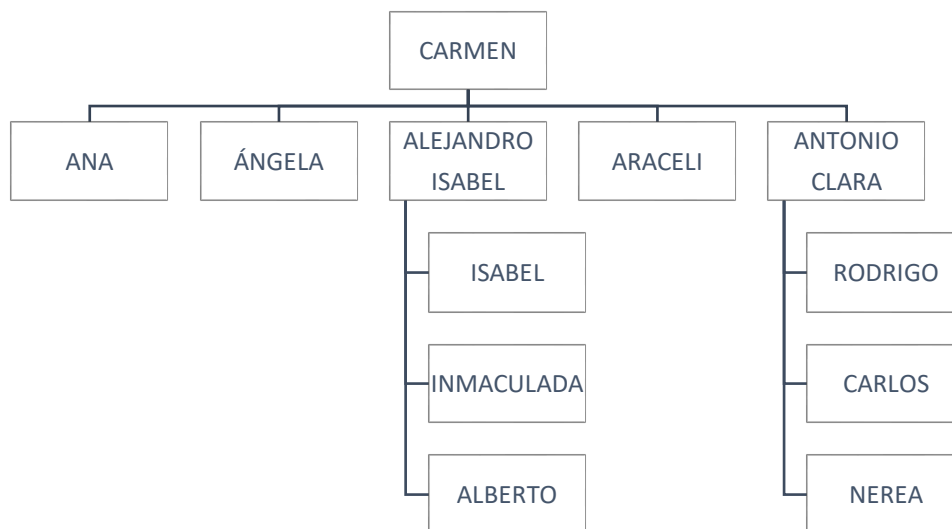
⁶ Bercovitz Rodríguez-Cano R. (2019), “Comentario al artículo...706 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Navarra, p. 868.

⁷ Bercovitz Rodríguez-Cano R. (2019), “Comentario al artículo...711 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Navarra, p. 873.

herencia por que Doña Carmen lo ha redactado sin ningún tipo de asesoramiento jurídico, provocando que Doña Isabel, nuestro cliente, necesite acudir a nuestro despacho con la intención de ser asesorada por mí persona a causa de la necesidad de interpretación de lo pretendido por el causante.

2.2. HEREDEROS

Mediante el presente árbol genealógico explicamos cómo se desarrolla la sucesión testamentaria y que posición ocupa cada uno de los actores que participan en este supuesto:



La institución de los herederos en el testamento es libre, si bien es cierto, queda regida por el art. 763 CC⁸ que plantea como será la disposición de los bienes en caso de existir o no herederos forzosos. La existencia de legitimarios forzosos afecta a la cuantía o cuota de los bienes de los que puede disponer el testador, pero no determina cómo será la institución de heredero que haya de llevar a cabo el causante a través del testamento⁹.

⁸ Art. 763 CC. “El que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos.

El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo.”

⁹ Lasarte C. (2019), *Derecho de sucesiones, Principios de derecho civil VII*, Marcial Pons, Madrid, p. 78.

2.2.1. Designación de cuotas

La designación de los herederos, conforme al art. 772.1 CC¹⁰, debe realizarse con nombre y apellidos, pero, con carácter general, cuando se nombra a familiares cercanos como hijos no es necesario, tal y como prevé el párrafo segundo de este mismo artículo. Entendemos que en este supuesto se corresponde con esta manera.

Cuando existen varios herederos, como en nuestro supuesto, el causante debe determinar la cuantía en la que se instituye a cada uno, que generalmente se realiza en forma de cuotas o quebrados. Siempre que no esté previsto podremos recurrir al art 765 CC, instituyéndose a todos a partes iguales¹¹. Esto no es necesario ya que el fallecido estableció las diferentes cuotas de legítima, mejora y libre disposición.

Doña Carmen instituye herederos en el tercio de la legítima estricta a sus hijos Ana, Ángela, Alejandro y Araceli. Podemos observar como uno de sus hijos, Antonio, no se nombra, planteándose uno de los primeros problemas del supuesto que más adelante trataremos de manera específica: la preterición.

Respecto a los dos tercios restantes, mejora y libre disposición, instituye herederos por partes iguales a Ángela, Araceli y Ana, y a los hijos de Alejandro (Isabel, Inmaculada y Alberto, menores de edad en el momento de fallecimiento de Doña Carmen).

La mejora, conforme al art. 823 CC permite al causante distribuir desigualmente entre sus hijos o descendientes uno de los dos tercios de la llamada legítima larga, siguiendo una serie de requisitos que se cumplen en nuestro supuesto. La mejora también puede comprender donaciones *inter vivos* en favor de sus hijos o descendientes que tengan como norte y guía el mejorarlos¹².

El tercio de libre disposición, tal y como apreciamos en el último párrafo del art. 808 CC, puede designárselo a cualquiera. En nuestro caso va a entregarse a Ana, Ángela y Araceli por cabeza, y a los hijos de Antonio por estirpe.

Ana, Ángela y Araceli recibirán por cabeza, es decir, cada una de ellas recibirá un cuarto de los dos tercios nombrados. Mientras que los hijos de Alejandro van a heredar por estirpe lo restante equivalente a un cuarto de los dos tercios. La cuantía que reciben es la misma que se asigna cada una de sus tías pero será repartida entre ellos a partes iguales.

¹⁰ Art. 772.1 CC. “El testador designará al heredero por su nombre y apellidos, y cuando haya dos que los tengan iguales deberá señalar alguna circunstancia por la que se conozca al instituido.”

¹¹ Lasarte C. (2019), *Derecho de sucesiones, Principios de derecho civil VII*, Marcial Pons, Madrid, p. 79.

¹² Lasarte C. (2019), *Derecho de sucesiones, Principios de derecho civil VII*, Marcial Pons, Madrid, p. 184.

A modo explicativo:

- Ana recibe $\frac{1}{4}$ de $\frac{2}{3}$.
- Ángela recibe $\frac{1}{4}$ de $\frac{2}{3}$.
- Araceli recibe $\frac{1}{4}$ de $\frac{2}{3}$.
- Los hijos de Alejandro reciben $\frac{1}{4}$ de $\frac{2}{3}$.

La testadora establece en el testamento una cláusula que podrá afectar a la cuota que reciben por estirpe los hijos de Alejandro, en relación con posteriores descendientes que pueda tener y la proporción que recibirían dentro de la respectiva cuota, que es la que concierne a los hijos ya existentes de Alejandro. Esta aclaración o cláusula será tratada como pieza separada más adelante dada su complejidad.

2.3. PATRIMONIO Y DONACIÓN INTERVIVOS: PARTICIÓN DE LA HERENCIA

El causante, deja un patrimonio de 2.000.000€, conforme a la autoliquidación de la adquisición de bienes por sucesión (modelo 650) del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Debemos hacer referencia al modelo 660, donde quedan reflejados todos los bienes del causante, bienes a los que ha de dárseles un valor dinerario para poder liquidar, en su caso, el impuesto.

Este patrimonio constituye la herencia, que conforme al art. 659 CC comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte¹³. En nuestro supuesto no sabemos de qué está compuesto, si solo se compone de bienes metálicos, líquidos, o incluye más elementos, ya que no tenemos ninguna información más, y además no tenemos constancia de que existan derechos u obligaciones, pero este punto no plantea ningún problema, en principio.

El 26 de enero de 2009, Doña Carmen, realiza una donación *inter vivos* a su hijo Antonio y a los hijos de este, por valor de 400.000€ en fecha del fallecimiento. Este acontecimiento tendrá notoria importancia en las operaciones particionales de la herencia.

2.4. PRETERICIÓN

¹³ Lasarte C. (2019), *Derecho de sucesiones, Principios de derecho civil VII*, Marcial Pons, Madrid, p. 7 y 8.

En castellano, preterir significa “hacer caso omiso de una persona o cosa” o, lo que es lo mismo, olvidarla, relegarla o hacerla de menos¹⁴.

El causante instituye herederos en el tercio de legítima estricta a sus hijos Ana, Ángela, Alejandro y Araceli. Podemos observar la omisión de Antonio, el quinto hijo, por lo tanto heredero forzoso.

2.4.1. *¿Nos encontramos ante el supuesto de preterición regulado en el art. 814 CC., que claramente expone que, aun existiendo, nunca perjudicará a la legítima de los forzosos?*

Si respondemos afirmativamente a la cuestión anterior, cabe preguntarse si nos encontramos ante un supuesto de preterición intencional o errónea. Dado que Doña Carmen no ha mencionado ni hecho atribución alguna al legitimario, sabiendo que sí que existe, parece *a priori*, claramente intencional. (STS 669/2006, 22 de Junio de 2006, fundamento 2º)¹⁵.

¿Cuál es la razón por la que Antonio no fue instituido? En primer lugar, cabe recordar que es un supuesto de testamento cerrado, por lo que la declaración de Doña Carmen no pudo ser “revisada” y corregida en su momento por un notario. En segundo lugar, debemos hacer mención a la donación *inter vivos* que recibe éste en el año 2009, la cual podría ser la razón por la que no fue instituido.

El art. 814 CC resulta incompleto, por lo que para su entendimiento combinamos su lectura con la STS 669/2006, 22 de junio de 2006 (la cuestión que se plantea es puramente jurídica, *questio iuris*, sobre la preterición intencional o errónea) y la STS 725/2002¹⁶, 9 de julio de 2002

¹⁴ Lasarte C. (2019), *Derecho de sucesiones, Principios de derecho civil VII*, Marcial Pons, Madrid, p. 204.

¹⁵ STS 669/2006, 22 de Junio de 2006, fundamento 2º. “...La declaración de principio del mencionado artículo 814 es clara: la preterición de un heredero forzoso (quiere decir legitimario) no perjudica la legítima, tras cuyo principio declara los efectos distinguiendo si la preterición es intencional o errónea (no intencional, la llama). La primera se produce cuando el testador no ha mencionado ni hecho atribución alguna al legitimario, sabiendo (intencionadamente) que éste existe; la segunda, cuando el testador omitió la mención del legitimario hijo o descendiente (no otro) porque ignoraba (erróneamente) su existencia. ...”

¹⁶ la STS 725/2002, 9 de julio de 2002, fundamento 5º, Tercera. “...El efecto de la preterición intencional lo concreta el mismo artículo 816: se reducirá la institución de heredero y se satisfará la legítima en la medida, en el presente caso, que establece el artículo 808. La cuestión que se ha planteado es si esta legítima es la larga (dos tercios: primer párrafo de dicho artículo 808) o la estricta (un tercio). El efecto de la preterición intencional se equipara al de la desheredación injusta (artículo 851): el preterido, como el desheredado injustamente, tiene derecho a la legítima, pero sólo a la legítima estricta o corta, es decir, un tercio, ya que la voluntad del causante, soberano de su sucesión, fue el privarle del todo y si por ley se le atribuye, no se puede extender a una parte (legítima larga) que corresponde a su libre disposición (entre hijos) y que voluntariamente nunca le quiso atribuir...” Y Cuarta. “...Un último punto: si una vez declarado legitimario, preterido intencionalmente, se le puede atribuir una cuota en la herencia del causante, como hizo la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia o debe dejarse tal cuestión a un proceso ulterior, como ha hecho la sentencia de la Audiencia Provincial. La respuesta es que sí debe hacerse la atribución de cuota legítima, directamente, sin necesidad del ejercicio de una nueva acción. No tanto es la determinación de concretos bienes, sino de cuota que, en ejecución de sentencia, se especificará materialmente...”

(preterición intencional y derecho al tercio de legítima estricta. Reducción de la institución de heredero del causante y atribución directa de la cuota legitimaria al interesado) concluyendo que para existir preterición debe añadirse un presupuesto adicional, que el heredero forzoso no haya recibido nada en concepto de legítima. Como sabemos, Antonio recibió en concepto de donación *inter vivos* una parte de un inmueble de naturaleza urbana, por lo tanto recibió parte del patrimonio del causante aunque fuera en un momento anterior al fallecimiento, concretamente 100.000€.

Parece que, finalmente, no nos encontramos ante un supuesto de preterición porque la donación que se efectúa supone una parte de su legítima, si no ante un derecho de complemento de su legítima, supuesto recogido en el art. 815 CC¹⁷, protegido a su vez por el art. 806 CC, donde imperativamente se reserva la legítima a los forzosos.

Conforme al art. 815 CC. si el legitimado no preterido ni desheredado justamente, ha recibido, por cualquier título menos de lo que le corresponda en concepto de legítima, puede pedir el complemento de la misma *ipso iure* con la apertura de la sucesión.

Como pequeña conclusión habrá preterición cuando el legitimario no recibe nada del causante ni en vida ni tras el fallecimiento, aunque no haya sido en virtud de disposición testamentaria y además no haya sido mencionado en el testamento. Y si la atribución realizada es insuficiente, lo que procede es la acción de suplemento¹⁸.

La integridad cuantitativa de la legítima la pone de manifiesto el art. 815 CC, del que se desprende que el legitimario parcialmente satisfecho reclamará a los herederos cuanto le falte para cubrir íntegramente la cuota hereditaria que le corresponde en concepto de legítima (STC 502/2014 de 2 de octubre)¹⁹.

En cuanto al régimen jurídico de la acción de suplemento, si el contenido de la cuota del legitimario afectado no ha sido satisfecha, este tendrá acción para solicitar el complemento que se le atribuye “*ipso iure*” con la apertura de la sucesión, que en principio será satisfecha en metálico, estando legitimado activamente para su ejercicio el legitimario lesionado en la cuota que le corresponde en este concepto. No está legitimado el contador-partidor de manera pasiva ya que la acción solo se dirige frente a la lesión provocada por el propio

¹⁷ Art. 815 CC. “El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma.”

¹⁸ Bercovitz Rodríguez-Cano R. (2019), “Comentario al artículo...814 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Navarra, p. 978.

¹⁹ Lasarte C. (2019), *Derecho de sucesiones, Principios de derecho civil VII*, Marcial Pons, Madrid, p. 217.

causante pero no frente a las actuaciones particionales. Además su ejercicio no comporta ni la anulación del testamento ni de la institución de heredero²⁰.

En conclusión, primero debemos resolver si la donación recibida por el supuesto preterido constituye un anticipo de la herencia o no, y en caso de serlo, calcular su cuota para saber si es necesario el complemento de su porción o no.

En el último punto del apartado relativo a la imputación e inoficiosidad obtendremos la respuesta.

Cabe destacar que en el momento de realizar la partición sin inventario, Ana, Ángela, Alejandro y Araceli hacen constar su acuerdo sobre el carácter de heredero de Antonio. Esto tendría importancia en caso de que hubiésemos considerado que existe preterición, sirviendo para que tal situación no llevase a Antonio a los tribunales frente a sus hermanos en caso de que no pudiese hacer valer sus derechos hereditarios de la misma forma que el resto. Pero como no existe tal preterición no aporta nada a la resolución del presente caso.

2.5. OPERACIONES PARA EL CORRECTO CÁMPUTO DE LA LEGÍTIMA Y COLACIÓN

“En su testamento, doña Carmen instituye herederos en el tercio de legítima estricta a sus hijos Ana, Ángela, Alejandro y Araceli; en los dos tercios restantes, instituye herederos por partes iguales a sus hijas y a los hijos de su hijo Alejandro, llamados Isabel, Inmaculada y Alberto que al morir su abuela tenían cinco, tres y un año respectivamente: las primeras reciben por cabezas y los nietos por estirpe.”

Conforme al testamento, Doña Carmen instituye:

- En el tercio de legítima estricta a sus hijos.
- En el tercio de mejora junto con el tercio de libre disposición a partes iguales a Ana, Araceli y Ángela, y a los hijos de su hijo Alejandro, llamados Isabel, Inmaculada y Alberto. Las primeras reciben por cabeza y los segundos por estirpe.

En este momento, es necesario realizar una serie de operaciones para resolver diversas cuestiones, como son si existe oficiosidad, es decir, si se respetan los derechos hereditarios

²⁰ Bercovitz Rodríguez-Cano R. (2019), “Comentario al artículo...815 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Navarra, p. 981.

de los forzosos, y si a donación recibida por Antonio queda enmarcada dentro del art. 1035 y ss. CC como anticipo de herencia.

Estas operaciones son la computación, imputación y reducción para el correcto cómputo de la legítima [cfr. STS de 17 de septiembre de 2019 (RJ 2019\3619)], y la colación para la posterior partición.

2.5.1. *Computación*

Conforme al art. 818 CC, mediante la computación, vamos a poder fijar la cuantía de las legítimas, atendiendo al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de deudas y cargas. Y consecuentemente, así se podrá saber también a cuánto ascienden los tercios en los que se divide el caudal hereditario.

Para que el cómputo sea acertado, se tendrá en cuenta tanto el *relictum* como el *donatum*, incluyéndose en este último todas las donaciones o liberalidades realizadas por el causante, y no solo las colacionables a las que parece hacer mención el art. 818.2 CC con la expresión impropia que más bien se refieren a las computables. Doña Carmen donó a unos de sus hijos y a los hijos de éste un bien por valor de 400.000€ que deberá incluirse en la computación²¹.

Por lo tanto, debemos tener en cuenta el capital hereditario pasivo, constituido por las titularidades jurídicas pasivas transmisibles “mortis causa” y las que han de liquidarse en el momento del fallecimiento del causante, los gastos de entierro, funeral y sufragios, gastos de partición de herencia y otro tipo de deudas sobre terceros si las hubieses²². En nuestro supuesto no encontramos nada referido a gastos o deudas, por lo tanto, serán inexistentes.

La operación es sencilla:

Bienes relictos + donaciones – deudas/cargas = caudal hereditario

2.000.000€ + 400.000€ - 0 = 2.400.000€

2.5.2. *Imputación. Infociosidad*

²¹ Mateo Sanz, J. B. (2010), “Comentario al artículo...1035 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Coordinado por Andrés Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, p. 1126.

²² Bercovitz Rodríguez-Cano R. (2019), “Comentario al artículo...818 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Navarra, p. 984.

Mediante la imputación, vamos a poder encuadrar cada una de las disposiciones efectuadas por el causante dentro de las porciones en las que se divide el haber hereditario, reflejado en los tercios de legítima, mejora y libre disposición, tal y como se deduce del art. 819.1 y 2 CC²³. Su función es reconducir contable o idealmente las donaciones y las liberalidades testamentarias realizadas por el causante a la parte de la herencia con cargo a la cual se entiende que le ha sido atribuida.

De esta manera podremos calcular a cuánto asciende cada tercio:

Caudal hereditario / tercios = porción que constituye cada tercio

2.400.000 / 3 = 800.000€

- Tercio de legítima estricta = 800.000€

- Tercio de mejora = 800.000€

- Tercio de libre disposición = 800.000€

Así vamos a poder averiguar si lo donado a cada sujeto excede en sus derechos hereditarios o no, es decir si existe inoficiosidad, como se deduce del art. 819.3 CC que en caso de serlo sería necesario practicar la reducción de la parte que excede de su porción.

Se desprende del art. 636 CC, donde se dice que *ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento. Será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida. Y del art. 817 CC, las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán a petición de estos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas.*

Para saber si nos encontramos ante este supuesto, debemos tener en cuenta, en primer lugar, que son cinco hermanos, por lo que debemos calcular cuánto le corresponde a cada uno.

Tercio de legítima estricta/ número de hermanos = porción que corresponde a cada hermano

800.000€ / 5 = 160.000€

De los cinco hijos que tiene el causante, Antonio, es el que recibió la donación en vida. Como se trata de una donación realizada a un hijo, en virtud del art. 819.1 CC si no son atribuidas expresamente por el causante en concepto de mejora, han de imputarse a su legítima. Como en nuestro caso no encontramos una atribución expresa lo imputaremos a la legítima²⁴.

²³ Mateo Sanz, J. B. (2010), “Comentario al artículo...1035 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Coordinado por Andrés Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, p. 1126.

²⁴ Bercovitz Rodríguez-Cano R. (2019), “Comentario al artículo...819 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Navarra, p. 986.

Para saber si existe inoficiosa debemos calcular, primero, qué parte de la donación recibida le corresponde. La donación que hizo Doña Carmen se realiza por partes iguales a su hijo Antonio y a los hijos de éste, Rodrigo, Carlos y Nerea, por lo que a Antonio le corresponde un cuarto del total.

$$\text{Valor donación } \textit{inter vivos} / \text{n}^\circ \text{ de donatarios} = \text{porción que corresponde a cada uno}$$
$$400.000\text{€} / 4 = 100.000 \text{€}$$

A la vista de los resultados concluimos que no existe inoficiosa porque a Antonio le corresponde como legítima 160.000€, y lo recibido por donación no excede dentro de su porción, por lo que no está perjudicando la legítima correspondiente al resto de coherederos forzosos.

$$\text{Porción de legítima que corresponde al heredero forzoso que recibió la donación } \textit{inter vivos} < \text{valor de la porción de la donación } \textit{inter vivos} \text{ recibida}$$

$$160.000\text{€} < 100.000\text{€}$$

En este momento podemos resolver la cuestión anterior acerca de la existencia o no de necesidad de complementar la porción de legítima de Antonio. Concluimos que si es necesario que sea complementada por que lo que le corresponde legítimamente es menos que lo que ha recibido por donación en base al art. 815 CC.

$$160.000\text{€} - 100.000\text{€} = 60.000 \text{€}$$

2.5.3. Reducción

Si tras realizar las operaciones anteriores hubiésemos concluido la existencia de inoficiosa el siguiente paso sería, conforme al art. 820 CC., practicar la oportuna reducción de la porción que excede en su parte para no perjudicar al resto de coherederos forzosos. Pero como hemos podido apreciar no es necesario en nuestro planteamiento.

Mediante la computación, imputación y oportuna reducción (en los casos en que procede) lo que se pretende es proteger la legítima²⁵.

2.5.4. Colación

²⁵ Mateo Sanz, J. B. (2010), “Comentario al artículo...1035 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Coordinado por Andrés Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, p. 1127.

Conforme al art. 1035 CC:

El heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición²⁶.

El art. 1035 CC mezcla la colación, que es una operación entre herederos forzosos [STS 18 Octubre 2007 (RJ 2007, 8625)] a efectos de determinar la masa partible y el “quantum” efectivo de su cuota hereditaria (computar lo donado en la cuenta de partición); y la computación o reunión ficticia, en la que se suma a la masa hereditaria el valor de lo donado, tanto a herederos forzosos como a extraños, a efectos de determinar si las donaciones lesionan las legítimas (computar lo donado en la regulación de las legítimas: v. art. 818.2 y STS15 Febrero 2001 [RJ 2001, 1484]) y de imputarlas, en su caso, en el tercio que corresponda (SSTS 13 Marzo 1989 [RJ 1989, 2036])²⁷.

De esta manera, el heredero forzoso deberá traer a la masa hereditaria lo que hubiera recibido a título lucrativo del causante, en vida de este, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición²⁸.

Sirve para considerar que la donación recibida es un anticipo de la herencia, es decir, como que ya ha cobrado parte de la porción de la herencia que debe recibir, salvo en los casos en los que existe dispensa de colación, como veremos más adelante.

Su función es procurar entre los herederos legitimarios la igualdad o proporcionalidad en lo que reciben, por presumirse que el causante no quiso la desigualdad de trato, de manera que la donación otorgada a uno de ellos se considera como anticipo de su futura cuota hereditaria” [SSTS de 17 de marzo de 1989, FD 3º (RJ 1989\2161) y de 18 octubre de 2007 FD. 4º (RJ 2007\8625).] e implica la obligación de aportar el valor de los bienes recibidos al caudal hereditario, siempre y cuando, como hemos dicho, sean herederos forzosos y reciban, atendiendo a lo regulado en el 1.035 CC, “por dote, donación u otro título lucrativo”.

Se puede traer a colación todo tipo de bienes, en el caso que nos ocupa, se traerá a colación el bien donado, que, atendiendo al supuesto, es un inmueble de naturaleza urbana. Para su

²⁶ Se entendería mejor el artículo 1.035 del Código civil, evitando que su contenido confunda “la colación con la computación e imputación”, si en la parte final de su redacción se dispusiera: “para computarlo en la regulación de las legítimas y colacionarlo en la cuenta de partición”; y, a su vez, sería más comprensible el artículo 818.2 del Código civil si se sustituyera el término “colacionables” por “computables” (siendo computables también las colacionables).

²⁷ Bercovitz Rodríguez-Cano R. (2019), “Comentario al artículo...1035 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Navarra, p. 1217.

²⁸ Mateo Sanz, J. B. (2010), “Comentario al artículo...1035 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Coordinado por Andrés Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, p. 1126.

valoración conforme al art. 1045 CC, *no ha de traerse a colación las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios. El aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida total, causal o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario.*

El heredero forzoso no tendrá que traer a colación la misma cosa donada, si no su valor. Si bien es cierto, conforme al art 1047 CC puede realizarse la aportación *in natura*, pero para ello deben así pactarlo los herederos forzosos y no existir perjuicio para terceros²⁹.

A colación no se traen todas las liberalidades, sino solo las realizadas a los herederos forzosos que hayan aceptado la herencia, presumiéndose que el causante ha querido entregar la liberalidad en vida, al futuro heredero forzoso como anticipo de su cuota hereditaria con el fin de buscar una igualdad proporcional entre las cuotas de los forzosos³⁰.

Expuesto lo anterior, cabe preguntarse:

2.5.4.1. ¿Existe colación en el supuesto que estamos tratando?

Antonio es un heredero forzoso que ha recibido del causante de la herencia, en vida de éste, un inmueble por donación, por lo que del art 1035 CC se deduce que está obligado a colacionar para igualar la partición entre el resto de coheredero forzosos, sus hermanos.

El bien, un inmueble, entra dentro de los supuestos que implican la colación, ya que fue recibido de manera efectiva a título gratuito cuando el causante aún vivía³¹.

La evaluación del bien se hará efectiva en el momento de practicar la partición, en nuestro supuesto sabemos que en fecha de deceso de Doña Carmen el bien donado tenía un valor total de 400.000€, al no existir más particularidades, entendemos que su valor continúa siendo el mismo, sin haber sufrido ningún deterioro ni beneficio, y que se aporta al haber total como su valor económico, no como aportación *in natura*.

Como a Antonio le corresponde la cuarta parte, entendemos que a colación debe aportar 100.000€, los cuales se le deben descontar de lo que debería recibir como forzoso para que no exista ninguna descompensación con el resto de hermanos.

²⁹ Mateo Sanz, J. B. (2010), “Comentario al artículo...1045 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Coordinado por Andrés Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, p. 1138.

³⁰ Mateo Sanz, J. B. (2010), “Comentario al artículo...1035 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Coordinado por Andrés Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, p. 1127.

³¹ Mateo Sanz, J. B. (2010), “Comentario al artículo...1045 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Coordinado por Andrés Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, p. 1138.

Los restantes 300.000€ pertenecientes a los nietos no son objeto de colación por que conforme al art 1039 CC nos dice que los padres no estarán obligados a colacionar en la herencia de sus ascendientes lo donado por estos a sus hijos.

Para calcular la proporción en la que quedarían las cuotas de cada forzoso, requiere una serie de operaciones³² que no desarrollaremos por no ser necesarias en nuestro dictamen³³, pero que serían necesarias para poder determinar la cantidad que corresponde a cada uno y poder ser repartida la herencia.

2.5.4.2. ¿Por qué no existe dispensa en la colación?

Finalmente, conforme al art 1036 CC:

La colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente o si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa.

La dispensa de colación significa que el donante quiere que la donación se impute, en primer término, no a la legítima del donatario (art. 819 CC.), sino a la porción libre. En este supuesto debe imputarse a la estricta, porque no hay dispensa.

2.6. CLAÚSULA EN RELACIÓN AL CONCEPTURUS

“La testadora aclara en el testamento que si su hijo Alejandro tuviese con posterioridad más descendientes tomarían parte en los dos tercios, distribuyéndose en este caso la parte correspondiente a sus nietos entre los que resulten al ocurrir el fallecimiento del referido hijo. “

En este momento nos encontramos con una aclaración del causante que carece de suficiente desarrollo, lo cual nos obliga a encontrar la manera de desarrollarlo conforme a derecho. La cláusula hace referencia a que los no concebidos aún por parte de uno de sus hijos, Alejandro,

³² sin realizar su cálculo, ya que no es objeto de interés del supuesto, deberían realizarse, tras detracer los herederos no forzosos su parte, las siguientes operaciones:

- Sobre la cantidad resultante se establecerá la proporción en la que los herederos forzosos han sido instituidos herederos entre ellos.
- Los herederos forzosos, al montante que quede después de lo anterior, le agregarán el valor de las donaciones colacionables
- Esa cantidad se partirá atendiendo a la proporción en que han sido instituidos herederos entre ellos
- Cada uno tomará de menos lo que ya hubiera recibido.

³³ Mateo Sanz, J. B. (2010), “Comentario al artículo...1035 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Coordinado por Andrés Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, p. 1228.

tomarán parte de la porción de la herencia que corresponde al conjunto de descendientes de aquel, formado por los herederos ya instituidos.

Se nos plantea el problema de como participará en la herencia el que aún no existe, es decir, el que no ha sido concebido aún, el *concepturus*. El llamamiento directo a un no concebido se plantea como una institución donde el heredero queda sometido a la condición suspensiva de su existencia, por lo que hasta no producirse la sucesión, la herencia queda vinculada a otra persona que actuaría como administrador³⁴. Pero ello requiere, por un lado, que se trate de persona incierta, y por otro, que no pase de llamamiento en segundo grado conforme a los arts. 750 y 781 CC³⁵.

Conforme al art 750 CC, el testador no puede disponer a favor de una persona incierta, a menos que por algún evento pueda resultar cierta. La noción de evento incierto reside en que el testador no necesita tener una representación mental exacta de la identidad del individuo, sino que solo es necesaria una designación referencial. La jurisprudencia ha aceptado la certeza de la designación de los hijos que tuviera el heredero en su fallecimiento conforme a la STS 11 Marzo de 1911³⁶, lo cual parece encajar con nuestro supuesto por que el evento sería el fallecimiento del referido hijo, Alejandro, pero no nos resuelve que formula se utiliza para ejecución por que no existe más información al respecto que concrete como proceder. Ahora bien, acudiendo al derecho romano y la jurisprudencia [STS 28 de noviembre de 1986 (RJ 1986\6622)³⁷], debemos observar si en algún momento se plantea la posibilidad de instituir heredero al *concepturus*. En primer lugar, a efectos testamentarios no puede equipararse al concebido, no presenta *testamenti factio pasiva* en ninguno de los momentos antedichos exigidos por el derecho³⁸. En segundo lugar, la institución de personas futuras,

³⁴ ³⁴ Alemán Monterreal A. (1999), *Problemática del derecho romano ante la implantación de nuevos planes de estudio*. Jaén: Universidad de Jaén 1999. *Ante un debate actual. El concepturus en la sucesión testada*. p. 128.

³⁵ Art. 751 CC. “*Toda disposición en favor de persona incierta será nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta.*”

Art 781 CC. “*Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.*”

³⁶ Bercovitz Rodríguez-Cano R. (2019), “Comentario al artículo...750 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Navarra, p. 908.

³⁷ STS 28 de noviembre de 1986 (RJ 1986\6622), Fundamento cuarto. “*...Pero es que a mayor abundamiento aunque se sostuviese el comienzo de su personalidad por el cumplimiento de ese requisito administrativo, no podría negarse que con anterioridad se hallaba en fase de constitución, lo que posibilita su aptitud para suceder por testamento siempre que lleguen válidamente a constituirse, al modo como por analogía ocurre con las personas físicas concebidas y no nacidas (artículo 29, 959, 964, 644, párrafo 1 y 966 del Código Civil) y también para los no concebidos en algunos casos, como en las instituciones fideicomisarias (artículo 781). E incluso es frecuente que los nudos propietarios designados en esas sustituciones sean personas no concebidas. La doctrina científica no ve obstáculo alguno en que los «concepturus» sean declarados herederos, no ya sólo por vía indirecta de la sustitución, sino también por la vía directa de la institución...*”

³⁸ Alemán Monterreal A. (1999), *Problemática del derecho romano ante la implantación de nuevos planes de estudio*. Jaén: Universidad de Jaén 1999. *Ante un debate actual. El concepturus en la sucesión testada*. p. 134.

como se hizo frecuente en la práctica, requirió la utilización de otras vías que no son la sucesión tradicional. Estas vías hacen referencia al fideicomiso.

2.6.1. *¿Encaja nuestro supuesto con la sustitución fideicomisaria?*

Nuestra legislación regula la sustitución fideicomisaria o indirecta en el art. 774 y ss. CC, pudiendo ser entendida como situación en la que el heredero previamente instituido no tiene, en general, libre disposición de los bienes, los cuales va a conservar en provecho de los herederos sucesivos. Es un proceso que reúne varias liberalidades que se realizan de manera sucesiva y sirven para imponer un destino a los bienes del que son objeto³⁹.

En base al art 781 CC. El testador (fideicomitente) impone al heredero o legatario (fiduciario) la obligación de conservar hasta su fallecimiento y la entrega de los bienes a los designados (fideicomisarios).

Si acudimos los requisitos que comportan esta figura, el art. 783 CC., exige que para ser válido el llamamiento sea un acto expreso, sino no surgirá efecto. Para su cumplimiento no es necesario que el testador emplee literalmente los términos de “sustitución fideicomisaria”, si no que se desprenda del testamento que es esa su voluntad⁴⁰. Dado que en nuestro supuesto no se emplea ese término y que a nuestro juicio personal no puede decirse que su voluntad inequívoca sea la de constituir una sustitución fideicomisaria debemos acudir al art. 675 CC. A efectos de interpretación testamentaria, concluyendo que ante la duda de si existe o no, esta debe resolverse en sentido negativo por que perjudicaría a la libre circulación de los bienes⁴¹.

Concluimos entonces, que cabría la posibilidad de que nos encontramos ante una sustitución fideicomisaria si entendemos que se cumplen los requisitos mencionados, pero no podemos asegurar que así se trata porque no tenemos la suficiente información para saber que esa era la voluntad del testador, por lo que debemos buscar fórmulas alternativas para resolver esta cuestión.

2.6.2. *¿Nos encontramos ante una institución sometida a término?*

³⁹ guiasjuridicas.wolterskluwer.es, *Fideicomiso. Concepto*

⁴⁰ Bercovitz Rodríguez-Cano R. (2019), “Comentario al artículo...783 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Navarra, p. 943.

⁴¹ Bercovitz Rodríguez-Cano R. (2019), “Comentario al artículo...783 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Navarra, p. 944.

En nuestro supuesto, el testador hace referencia a que se distribuirá un cuarto de los dos tercios restantes entre los nietos ya existentes y los que resulten al fallecer el Alejandro, todos a partes iguales. El fallecimiento del hijo puede verse referido como un término, ya que conforme al art 805 CC. es válida la designación de tiempo en que haya de comenzar el efecto de la institución de heredero o legado, y en combinación con el art. 1225.2 CC entendemos día cierto como el que necesariamente ha de venir aunque ignoremos cuando⁴². Por lo tanto, el día cierto podría encajar como el día del fallecimiento del citado hijo, Alejandro, fecha a partir de la cual se partiría la cuota que correspondería a sus descendientes ya nacidos y los *nasciturum*, en caso de que Clara, su mujer, estuviese embarazada. Esta fórmula nos vale para sortear la sustitución indirecta, pero nuevamente exige realizar una concreta interpretación testamentaria que no es posible deducir de la voluntad del testador.

Finalmente, para poder resolver este problema jurídico, como ya hemos anticipado, es necesario acudir a las normas de interpretación de la voluntad de testador que residen en el art. 675 CC. La interpretación será necesaria cuando necesitemos averiguar la voluntad del testador, lo que el TS denomina *voluntad real*, la que tenía en el momento de otorgar el testamento⁴³. El encargado de realizar esta función en caso de existir un conflicto de intereses, como parece que hay en nuestro supuesto, será en juzgado de instancia y no será revisable en casación salvo que resulte ilógica, absurda o contraria a la ley, arbitraria o tenga un manifiesto error⁴⁴.

La doctrina ha venido estableciendo una serie de reglas prácticas en cuanto a la interpretación de los testamentos que podrían ayudarnos. El primer criterio interpretativo de las disposiciones testamentarias viene representado por el elemento literal, esto es, por las expresiones textuales utilizadas en el clausulado, sin que en principio resulte admisible poner en duda lo expresado por el testador.

En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento. Es decir, el testamento ha de considerarse un todo orgánico; por tanto, el criterio de interpretación lógica y sistemática puede jugar también en el caso testamentario.

⁴² Lasarte C. (2019), *Derecho de sucesiones, Principios de derecho civil VII*, Marcial Pons, Madrid, p. 91.

⁴³ Bercovitz Rodríguez-Cano R. (2019), “Comentario al artículo...675 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Navarra, p. 836.

⁴⁴ Bercovitz Rodríguez-Cano R. (2019), “Comentario al artículo...675 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Navarra, p. 837.

El Tribunal Supremo proclama el carácter subjetivo de la interpretación testamentaria, llegando a declarar que "...una interpretación correcta de un testamento debe hacerse esencialmente desde el punto de vista del testador y de su ambiente. Por lo que se impone, más que una interpretación instrumental, una psicológica o personalísima" (STS 9 de octubre de 2003)⁴⁵.

A juicio de mi persona, el testador no tuvo en cuenta que con esta cláusula no podría repartirse cada porción a sus nietos hasta la muerte de su hijo, pero sí que dio por hecho que hasta la propia muerte de éste no se podría saber entre cuanto debería repartirse. Por lo tanto sabía que en un momento existiría un hecho que resolvería el problema, estableciendo implícitamente una fecha límite. Aunque creemos que es una cuestión que debe resolver el juzgado, nuestra opinión se decanta por la institución sometida a término.

Antes de cerrar este debate conviene mencionar la Resolución de 3 de julio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado donde se reflexiona sobre la interpretación del testamento, concluyendo que intérprete tiene como límite infranqueable la literalidad de lo reflejado en el testamento, y si bien siempre ha de tenderse a la interpretación favorable a la eficacia de la disposición, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad⁴⁶. Y mencionar la Resolución de 27 de febrero de 2019 del mismo órgano donde se aborda la cuestión de quién puede interpretar las disposiciones testamentarias. Corresponde a los herederos o al albacea, contador partidor o cualquier figura designada por el testador para ello; en caso de colisión entre los herederos, y a falta de albacea, contador partidor o cualquier figura designada por el testador, corresponderá a los Tribunales de instancia⁴⁷.

2.7. ALBACEA CONTADOR PARTIDOR

En relación a la ejecución testamentaria, como el testamento es un acto *mortis causa* cuya eficacia presupone el fallecimiento del causante, en él se puede prever la designación de una o más personas de confianza que ejecuten lo dispuesto. En nuestro supuesto, Doña Carmen, nombro a dos personas como albaceas, es decir, gestores del caudal para realizar las correspondientes particiones en base a sus deseos.

⁴⁵ derechouned.com , *Sucesiones. Interpretación testamentaria*

⁴⁶ notariosyregistradores.com, *resoluciones dirección general de los registros y el notariado, julio 2019.*

⁴⁷ notariosyregistradores.com, *resoluciones dirección general de los registros y el notariado, marzo 2019.*

En lo que respecta a su nombramiento, debemos acudir al art. 892 CC, donde comprobamos como se trata de una mera facultad del testador que en caso de ejercitarse debe llevarse a cabo en el propio testamento⁴⁸. Hecho que se muestra en nuestro caso, debiendo desarrollarse en el propio testamento el alcance y extensión de sus funciones, que en caso de no preverse serán las generales en base los arts. 894 y ss. CC.

Para poder ser nombrado albacea será necesario que tenga capacidad de obrar, y por lo general suelen serlo personas extrañas al círculo de los sucesores.

Su nombramiento exige la aceptación voluntaria del cargo (art. 898 CC) que entendemos que se cumple porque no tenemos ninguna notica de oposición al cargo en los seis días siguientes a la notica del propio nombramiento. Además, se trata de un cargo de carácter temporal, renunciable, gratuito y de carácter personalísimo, características que entendemos que se cumplen.

Doña Carmen nombra albaceas contadores partidores a dos personas, Doña Luisa y Don Bruno, ello conforme al art. 892 CC, para su actuación conjunta y simultánea.

Su nombramiento, conforme al art. 894 CC, es de carácter solidario, lo cual se plasma de manera expresa tal y como exige el art. 897 CC. Debemos interpretar la solidaridad en referencia al apoderamiento, entiéndase que se faculta a ambos para actuar tanto de manera separada como conjunta, conforme a la STS 464/2008 de 30 de Mayo se declarar que la actuación de uno de ellos solamente será válida siempre que no exista oposición por parte del otro.

En 2016 fallece doña Luisa, antes de poder completar las funciones que le fueron encomendadas. Tal suceso no plantea mayores problemas gracias al carácter solidario que tienen, por lo que a partir de tal fecha se encomendará las funciones de manera individual solo a don Bruno.

En nuestro supuesto, Carmen, prorroga cuatro años el plazo legal para cumplir con sus funciones de manera expresa, tal y como exige el art. 905 CC.

Así que disponen de cinco años en total para realizar sus funciones, por lo que la conclusión de sus funciones el 30 de abril de 2019 se encuentra dentro del plazo establecido que se inicia el 11 de enero de 2015 (fallecimiento del testador).

Conforme al art. 894.1 CC entendemos que existen dos tipos de facultades, universales o particulares⁴⁹. Nos vamos a centrar en las universales en base a que en nuestro supuesto no

⁴⁸ Lasarte C. (2019), *Derecho de sucesiones, Principios de derecho civil VII*, Marcial Pons, Madrid, p. 114.

⁴⁹ Lasarte C. (2019), *Derecho de sucesiones, Principios de derecho civil VII*, Marcial Pons, Madrid, p. 149.

se indica en ningún momento la existencia de previsiones específicas, por lo que el testador ha encomendado a ambos el cuidado y ejecución de todas las previsiones testamentarias, incluyendo las funciones propias e inherentes a la partición de la herencia.

Por lo tanto, ambos tienen función tanto de albacea como de contador partidor, siendo absorbida la primera función por la segunda (STS 5 Junio de 1947).

Pero como en nuestro supuesto no se ha determinado ninguna de las facultades que tienen, debemos acudir al art. 902 CC.⁵⁰. Donde se establece una lista que concierne las facultades mínimas que debe poseer, siendo estas las otorgadas por la ley:

- Disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador con arreglo a lo dispuesto por él en el testamento; y en su defecto, según la costumbre del pueblo.
- Satisfacer los legados que consistan en metálico, con el conocimiento y beneplácito del heredero
- Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él.
- Tomar todas las precauciones necesarias para la conservación y custodia de bienes, con intervención de los herederos presentes.

Respecto a los deberes del albacea, el Código Civil nos ofrece poca información, haciéndonos entender que se realizará siguiendo las diligencias de *buen padre de familia* y su figura podrían asimilarse a la responsabilidad contractual pero entendida como consecuencia del deber jurídico que asume con la aceptación del cargo como si aceptase un contrato⁵¹.

Dentro de las labores que debe realizar se encuentra la de repartir entre los sucesores los diversos bienes. En nuestro supuesto se hace de una manera poco ortodoxa.

2.7.1. *¿Puede realizarse la partición del caudal hereditario sin previo inventario?*

El inventario de bienes es la relación de los bienes, derechos y obligaciones, cuya titularidad corresponde al fallecido, necesario para determinar la masa hereditaria, que es considerado un paso previo a la partición de la herencia y se encuentra dentro del llamado cuaderno particional.

⁵⁰ Lasarte C. (2019), *Derecho de sucesiones, Principios de derecho civil VII*, Marcial Pons, Madrid, p. 150.

⁵¹ Lasarte C. (2019), *Derecho de sucesiones, Principios de derecho civil VII*, Marcial Pons, Madrid, p. 151.

Conforme al art. 1056 CC. Encontramos un supuesto en el que no se requiere la elaboración del cuaderno particional, pero se exigen dos condiciones: que exista testamento y que el testador haya repartido los bienes hereditarios.

La ley de la sucesión es la última voluntad del testador manifestada en su testamento. Por lo tanto, si el testador realiza el reparto de los bienes hereditarios habrá que respetarlo, salvo que se perjudique a algún legitimario.

El primer punto se cumple, hay testamento, pero ¿los bienes hereditarios han sido repartidos? En nuestro supuesto, conforme a la información que tenemos no sabemos qué tipo de bienes componen a herencia (si todos los bienes son metálicos o existen de otro tipo), pero si es cierto que el causante establece las porciones que corresponden a cada uno, lo cual no es suficiente para considerar que sabemos cómo hacer las particiones. Por lo tanto no podemos afirmar que los bienes han sido repartidos.

Concluimos que si no sabemos que bienes componen la herencia (tampoco tenemos acceso al modelo 660 de declaración de impuestos de los bienes del fallecido) ¿Cómo van a poder ser divididos? Sin la realización de un cuaderno particional donde se establezca que hay y se divide en lotes difícilmente va a poder partirse.

Por otro lado, podemos entender que se ha realizado sin inventario en base a la buena relación que existe entre ellos y que de palabra han establecido los lotes entre ellos sin que no haya mediado el contador partidor.

Si entendemos que puede realizarse la partición sin inventario, cabe preguntarnos ¿Es aconsejable?

Sabemos que todos los hermanos están de acuerdo con la manera de hacer del contador-partidor, pero no sabemos si de alguna manera han constatado su conformidad documentalmente, lo cual nos lleva a pensar que en caso de existir cualquier enfrentamiento futuro entre ellos tendrían problemas a la hora de demostrar que cantidad recibió cada uno y como se realizó tal partición.

Es decir, no tenemos acceso a un documento donde claramente aparezca los bienes que formaban dicha herencia (modelo 660) y que parte de ellos ha recibido cada uno. Si es cierto que en base a la liquidación que cada heredero (modelo 650), documento que no poseemos y atendiendo a la cuota hereditaria podríamos saber que recibe cada uno.

, si por ejemplo existe una finca urbana valorada en 1.000.000€ y que parte corresponde a cada uno, o si uno la adquirió y pago su porción al resto o como se hizo.

En conclusión, solo podríamos aconsejar la partición sin inventario si todos los bienes son metálicos y consta por escrito que se ha realizado de esa manera.

3. CONCLUSIONES

Doña Carmen, el causante, otorgó **testamento cerrado**, cuando a su fallecimiento podemos observar el escrito nos encontramos con diversas situaciones que debemos resolver en el presente dictamen.

En el testamento no se ha nombrado a uno de los hijos en el tercio de legítima estricta, lo que nos plantea el primer problema a resolver **¿Existe preterición?**

Debemos tener en cuenta que el hijo que no aparece, Antonio, ha recibido una donación de un bien inmueble de su madre, la causante, cuando aún estaba viva. Lo que supone que, aunque no aparezca nombrado en el tercio de legítima estricta sí que ha recibido una parte del patrimonio de su madre. Como hemos explicado en el apartado correspondiente para existir preterición es necesario que el heredero forzosos no haya recibido nada en concepto de legítima y Antonio sí que recibió un incremento patrimonial, aunque fuese antes del fallecimiento. Esta donación tendrá que ser colacionada como más adelante explicaremos porque se trata de un anticipo de herencia.

Por esta razón, concluimos que no nos encontramos ante un supuesto de preterición, si ante un supuesto de **acción de complemento de la legítima**. Acción que podrá exigir Antonio solo en caso de que lo ya recibido en concepto de donación no satisfaga lo que le corresponde dentro de su cuota de legítima, como sucede en nuestro supuesto, y por tanto será compensado.

Si testamento hubiese sido abierto no tendríamos este problema porque hubiese sido corregido o aclarado en el momento evitando esta problemática.

Resuelta esta cuestión entramos de lleno en las llamadas operaciones particionales mediante la computación, imputación, reducción y oportuna colación para resolver varias cuestiones.

¿Son respetados los derechos de los forzosos o existe inoficiosidad?

Mediante la imputación, previa computación, vamos a poder calcular a cuánto asciende cada tercio de la herencia, en particular el tercio de legítima, y así sabremos la cantidad que corresponde a cada uno de los forzosos.

No existe inoficiosidad porque la cantidad recibida por el hijo que se beneficia de la donación *inter vivos* realizada a su favor es menor que la cantidad que debe recibir en concepto de legítima. Por lo tanto, tampoco va a ser necesaria la reducción de su parte.

¿En necesario igualar la parte que debe recibir cada uno de los forzosos mediante la colación?

Es necesaria la colación porque consideramos que la donación que recibe Antonio supone un anticipo de la herencia, por tanto es necesario que este traiga a la masa hereditaria lo que hubiera recibido a título lucrativo del causante, en vida de este, para computarlo en la regulación de las legítimas.

Resueltas las operaciones, vamos a entrar en la parte de nuestro supuesto que más dudas suscita. Nos referimos a la cláusula establecida en el testamento en relación con posteriores descendientes de Alejandro y como éstos participarán en la herencia.

¿Cómo se articula el concepto de *concepturus* como heredero?

Tras recopilar diversa información nos valem de dos posibilidades, o dar por hecho que es un supuesto de sustitución fideicomisaria o un término impuesto por el causante. Al no estar seguro de ninguna de las dos fórmulas creemos que es una cuestión que solo puede resolverse mediante la interpretación testamentaria, función que corresponde a los juzgados civiles de primera instancia en su ejercicio de aclaración de la voluntad del causante.

Por último, vamos a analizar la figura del albacea contador-partidor y el ejercicio de sus funciones. En cuanto a los requisitos y plazos no plantea mayor problema, lo que sí que nos llama la atención es como se realiza la partición.

¿Es posible realizar una partición sin inventario si todos están de acuerdo?

Para ser posible deben cumplirse los requisitos del art. 1056 CC. Y como no podemos determinar si se cumplen creemos que es necesario elaborar el cuaderno particional para la existencia de seguridad jurídica y evitar posteriores problemas.

E cuaderno será realizado por un técnico en Derecho, que comienza con una exposición de antecedentes (fallecimiento del causante, su estado civil, la clase de sucesión, las personas con derecho a heredarle y sus cuotas, etc.), se enumeran y valoran los bienes y se especifican las deudas y cargas de la herencia (inventario y avalúo) y, obtenido el caudal relicto neto (liquidación), se procede a la fijación de los lotes (formación de lotes) y a la entrega de los bienes (adjudicación). Operaciones que vienen recogidas, respecto al procedimiento judicial de división de la herencia, en el artículo 786 de la LEC.

Podrán no realizar la partición sin inventario como una operación privada pero seguramente en un futuro tengan muchos problemas si existe algún desacuerdo.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Lasarte C. (2019), *Derecho de sucesiones, Principios de derecho civil VII*, Marcial Pons. Madrid.
- Alemán Monterreal A. (1999), *Problemática del derecho romano ante la implantación de nuevos planes de estudio. Jaén: Universidad de Jaén 1999. Ante un debate actual. El concepturus en la sucesión testada.*
- Mateo Sanz, J. B. (2010), "Comentario al artículo...1035 CC", *Comentarios al Código Civil*, Coordinado por Andrés Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid
- Bercovitz Rodríguez-Cano R. (2019), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Navarra.

4.1. Páginas web consultadas

- supremo.vlex.es: Preterición intencional. Disponible en:
<https://supremo.vlex.es/vid/pretericion-intencional-testamento-24295609#:~:text=RECURSO%20DE%20CASACI%C3%93N.,PRETERICI%C3%93N%20INTENCIONAL.&text=Tales%20efectos%20son%20la%20anulaci%C3%B3n,del%20causante%20y%20%C3%BAnico%20legitimario>
- guiasjuridicas.wolterskluwer.es: *Fideicomiso. Concepto*. Disponible en:
https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjcyNjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwwQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAK3M3ITUAAAA=WKE
- derechouned.com , *Sucesiones. Interpretación testamentaria*. Disponible en:
<https://derechouned.com/libro/sucesiones/3465-la-interpretacion-del-testamento>
- notariosyregistradores.com, *resoluciones dirección general de los registros y el notariado, marzo 2019*. Número 98.
<https://www.notariosyregistradores.com/web/resoluciones/por-meses/resoluciones-direccion-general-de-los-registros-y-el-notariado-marzo-2019/#98-interpretacion-de-testamento-entrega-de-legado>
- notariosyregistradores.com, *resoluciones dirección general de los registros y el notariado, julio 2019*. Número 306.
<https://www.notariosyregistradores.com/web/resoluciones/por-meses/resoluciones-direccion-general-de-los-registros-y-el-notariado-julio-2019/#306-interpretacion-de-testamento-usufructo-y-fideicomiso-de-residuo>

4.2. Jurisprudencia consultada

STS 11 Marzo de 1911.

STS 5 Junio de 1947.

STS 28 de noviembre de 1986.

STS 13 Marzo 1989.

STS 17 de marzo de 1989.

STS 15 Febrero 2001.

STS 9 de julio de 2002.

STS 9 de octubre de 2003.

STS 22 de Junio de 2006.

STS 18 octubre de 2007.

STS 30 de Mayo 2008.

STC 2 de octubre de 2014.

STS 17 de septiembre de 2019.