

De la prohibición de intervención judicial en herencias

JESÚS FERNÁNDEZ DE BILBAO

Abogado y Miembro de la Junta Directiva de la AVD/ZEA.

Grupo de Estudios de Derecho Civil Foral del Colegio de Abogados de Bizkaia

I. INTRODUCCIÓN

Resulta relativamente frecuente en la práctica jurídica encontrarse con testamentos que contienen disposiciones del siguiente tenor: “*Prohíbo la intervención judicial en mi testamentaría, y si alguno de mis herederos la promoviese ...*”.

Esta frase, tal cuál, está copiada de la STS, Sala 1ª, de 12-12-1959, la cuál, tiene tres “*previos*” del mayor interés para esta exposición: 1.- Que es de las primeras que se pronuncian sobre el tema; 2.- que está aplicando la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1881 y 3.- que es previa a la Constitución española de 1978 y a la LEC de 2000.

Repudia, “*prima facie*”, que el universal control jurisdiccional, el contraste de los actos humanos con la justicia y la legalidad, “*La jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las Leyes*” (art. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), sea obviado, puentado o cortocircuitado por la mera voluntad de los particulares, por sí y ante sí.

No contiene el Código civil una disposición general sobre las prohibiciones de acciones judiciales de los herederos y su prohibición por el causante. Sí lo incluye el Código de Sucesiones de Cataluña en su art. 423-18 (“*Si el testador impone al condición de no impugnar el testamento o de*

no recurrir a los tribunales de justicia con relación a su sucesión, esta condición se tiene por no formulada y no afecta en ningún caso a la eficacia del testamento ni de la institución sometida a condición”).

El Código civil sólo tiene una serie de preceptos sueltos relativos a la prohibición de impugnar judicialmente actos concretos que regulen la sucesión del causante otorgados por éste, la genérica del art. 675, pfo. 2º sobre la nulidad de las disposiciones testamentarias (“*El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la Ley*”), y luego disposiciones sueltas que luego veremos con mayor detalle: art. 816 (“*Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción*”), art. 1051 (“*Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división. Pero, aun cuando la prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad*”) y art. 1075 (“*La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador*”).

Por su parte, el art. 792.1.2 de la LEC trata una única prohibición, la de la “*Intervención judicial de la herencia durante la tramitación de la declaración de herederos o de la división judicial de la herencia*”, mas dicha intervención no es en el más amplio sentido de “*Tomar parte en un asunto*” sino en el más limitado de meras medidas de aseguramiento de la herencia.

En los epígrafes siguientes trataremos de la eficacia de las disposiciones de última voluntad en cuanto puedan cohibir, condicionar o restringir, en suma, el acceso a la jurisdicción por las personas favorecidas o presumiblemente favorecidas por la sucesión.

II. NATURALEZA JURÍDICA

Se plantean en el presente estudio dos problemas paralelos o, si se quiere, el mismo problema que, atravesando el mundo jurídico atañe a dos ramas diferentes del mismo: El Derecho civil y el Derecho procesal, incluso una tercera, insita en el anterior, el Derecho constitucional en su faceta del derecho subjetivo a una tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución). Veámoslas:

- A) *La naturaleza jurídico-civil de las cláusulas de prohibición de intervención judicial. La prohibición de intervención judicial como una prohibición de disponer.*

Siendo el ejercicio de los derechos o acciones una facultad propia de los mismos, su prohibición lo es de un acto de disposición, pues la LEC de 2000 exige para litigar (art. 6 a 9) la plena integración de la capacidad jurídica y de la plena capacidad de obrar y disponibilidad del objeto litigioso (art. 19). Lo mismo podemos concluir a la luz del contrato de transacción (art. 1809 y ss. del C.c.) y la del de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje), que precisan facultades de disposición en sus otorgantes y sobre el objeto de los mismos.

Reconoce la STS, Sala 1ª, de 13-12-1991 que las llamadas “*prohibiciones de disponer*”, no han sido adecuadamente tratadas ni doctrinal ni jurisprudencialmente, acaso porque el Código Civil las regula indirectamente, en sus art. 781 y 783 (sustituciones fideicomisarias), “*criterio el de dichos preceptos, que no es el que apuntaba el Proyecto de 1.851 que en su art. 635 incluía expresamente las prohibiciones de enajenar en las sustituciones fideicomisarias, declarando su nulidad, y en el 836 integró en las prohibiciones del precedente art. las disposiciones por las cuales se declarase inalienable toda o parte de la herencia*”. Fue la Ley Hipotecaria (art. 26 y 27) las que les reconoció carta de naturaleza, si bien, como es natural sin regular su contenido, con mera remisión a la normativa de aplicación (art. 26.3º) o protegiéndolas de manera indirecta (art. 27).

Acerca de la de las prohibiciones de disponer de origen voluntario la Doctrina ha vertido diferentes opiniones, que podemos resumir en las siguientes¹: a) La prohibición de disponer como un supuesto de incapacidad. Esta postura supone que el poder de disposición emanaba de la capacidad de obrar del sujeto. b) La prohibición de disponer como la falta de legitimación. c) La prohibición de disponer como derecho real. d) La prohibición de disponer como condición resolutoria de un llamamiento y e) La prohibición de disponer como disposición modal.

Esta última es la que de más favor goza en la Doctrina y Jurisprudencia (tradicionales) pues analiza sus efectos, cuáles son en caso de incumplimiento, concluyendo aquéllas que obliga al destinatario de una atribución gratuita a cumplir una determinada prestación (dar, hacer o, en este caso, no hacer) definida como una carga para el titular del derecho subjetivo en cuestión. La diferencia fundamental con la condición es que el cumplimiento del modo es un deber a posteriori que recae sobre la persona beneficiada, de modo que se ha dicho que la condición suspende pero no obliga, y el modo obliga pero no suspende (STS, Sala 1ª, de 16-05-2011), consecuencia clara a la vista del art. 797 del C.c. (“*La expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad. Lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego, y es transmisible a los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses, si faltaren a esta obligación*”). Efectivamente (art. 1098 y 1099 del C.c.) “*Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal*

¹ MARTÍN BRICEÑO, Mª ROSARIO: *La prohibición testamentaria de dividir la herencia en el Código civil*. Dykinson, 2008.

hecho; cosa que igualmente sucederá cuando la obligación consista en no hacer y el deudor ejecutare lo que le había sido prohibido”.

Sin embargo, a la luz de la LEC de 2000, discrepo de que la prohibición de disponer sea un modo o carga, por tres motivos, ambos prácticos: 1. La prohibición no puede operar como una excepción procesal al ejercicio de la acción, sino fondo del asunto, como veremos. 2. Por otra parte el que se cumpla el modo, se haga lo ordenado o se deshaga lo mal hecho no puede ser sino vía de reconvencción, otra demanda en contra del actor y acumulación de procesos, con los consiguientes problemas de litisconsorcio (necesaria demanda a quien pueda verse afectado por la litis). Por el contrario si, como defendemos, puede plantearse vía excepción como falta de legitimación “*ad causam*” se respeta la continencia de la causa, sin tener que extender el proceso, precisamente lo que quiso evitar el causante.

Entiendo más atinada la opinión de la prohibición de disponer como de una falta de legitimación porque, lisa y llanamente, el art. 10 de la LEC vincula legitimación y poder de disposición sobre el objeto litigioso cuando dice que “*Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso*”. Y el art. 19.1 de la LEC faculta, precisamente, a dichos litigantes titulares de la relación jurídica para disponer del objeto del juicio, de modo que podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo. En este sentido véanse el Auto de la AP de Bizkaia, Sec. 4^a, de 28-06-de 2011 y la por él citada SAP de Bizkaia, de 22-12-2010.

Y aunque se oponga que una prohibición de disponer no conllevará una falta de legitimación² porque “*la ausencia de legitimación tan*

² MARTÍN BRICEÑO, M^a ROSARIO, obra citada.

sólo determinará que los efectos de un acto dispositivo no puedan ser opuestos en la esfera del titular del derecho subjetivo en cuestión, salvo ratificación del mismo”, mientras que “*la restricción al ejercicio del ius disponendi afectará a la propia eficacia del acto dispositivo*”, es decir, sedicentemente, oponibilidad intra partes vs. erga omnes; cabe refutar este punto de vista pues: 1. Confunde el fenómeno de la legitimación con el de la representación como se ve de la comparación del argumento con el art. 1259 del C.c. y 2., precisamente, la carencia de legitimación para interponer acciones, es para impetrar la acción de la justicia, lo que puede ser opuesto erga omnes, por cualquier demandado y, especialmente, el resto de los causahabientes (art. 659, 661 y 1257 del C.c.), sin perjuicio de que el resto de las facultades estén vigentes. P.ej. no podrá el sucesor ejercitar la acción de división judicial de herencia pero sí recurrir al contador partidor testamentario.

En consecuencia, dicha Doctrina también afirma³ que la prohibición de disponer como disposición modal actuaría como un gravamen o carga límite extrínseco, y no intrínseco del derecho subjetivo, o sea, no integraría el poder de disposición in abstracto sino que su existencia dependería de concretos supuestos impuestos por la ley, un acto judicial o administrativo, o la voluntad de los particulares. Actuaría como una carga o gravamen que configuraría el contenido y el alcance de la eficacia del acto jurídico dispositivo en cuestión.

Pero la clave en la práctica, no es esto, sino más simple: Si Vd. no puede hacer esto que no está legitimado al efecto y no está legitimado porque no tiene Vd. esa concreta facultad de ir a juicio de partición de herencia (art. 10 de la LEC) aunque sí otras como ir a una partición extrajudicial (art. 38 y 348, 1057 y 1058 del C.c.). Y así, conforme unánime Jurisprudencia, las prohibiciones de intervención judicial y las consecuencias de vulneración se deba-

³ MARTÍN BRICEÑO, M^a ROSARIO, obra citada.

ten como fondo del asunto. Así se reconoce “*la legitimación de los herederos forzosos*” para solicitar la nulidad de los actos llevados a cabo por su causante cuando pueden atacarse sus derechos legítimos (STS, Sala 1ª, de 9-04-1970, 16-04-1973, 7-03-1980, 24-10-1995, 2-04-2001, 12-07-2001, etc.) tanto (STS, Sala 1ª, de 08-06-1999) cuando hay vicio, nulidad o lesionase derechos de los legítimos, cuanto por conculcarse el ordenamiento sucesorio, pese a la prohibición de dicho causante.

En suma, a la vista de la LEC sostenemos, como ya hemos avanzado, que la prohibición de intervención judicial falta de legitimación “*ad causam*”, o sea, fondo del asunto, que no radica en la mera afirmación de un derecho sino, también, en la coherencia jurídica entre la titularidad que se afirma y las consecuencias jurídicas que se pretenden (STS, Sala 1ª, de 30-01-2002, 2-03-2011 y 16-05-2000). Y que la legitimación “*ad causam*” (otra cosa es “*ad proce-sum*”, tenencia de la capacidad y representación procesal o postulación) deriva de la titularidad civil, aptitud del sujeto para actuar el contenido de su derecho (facultad de disposición) lo declara:

1. Con carácter general, el art. 10 de la LEC cuando dice que “*Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso*”.
2. El art. 19.1 de la LEC habla de la capacidad de las partes para disponer sobre el objeto del proceso, (“*Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero*”). De la misma manera, el art. 25 de la LEC distingue entre el poder general (actos de administración, pues comprende todos los actos procesales comprendidos, de ordinario, en la tramitación de los pleitos) frente al poder especial preciso para disponer sobre el

objeto del proceso: “Para la renuncia, la transacción, el desistimiento, el allanamiento, el sometimiento a arbitraje y las manifestaciones que puedan comportar sobreseimiento del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto”. De manera similar a como, el art. 1713 del C.c. distingue entre “El mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración”, y el mandato expreso “Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso” y que “La facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros o amigables componedores”.

3. También es precisa facultad de disposición para el contrato de transacción (evitar un pleito o ponerle fin, art. 1809 y ss. del C.c.) o para el arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje). Efectivamente, el art. 3 de la Ley de Arbitraje, dispone que el objeto del arbitraje deben ser materias de libre disposición. Luego veremos qué se deja fuera de dicho poder de disposición.
4. El art. 816 del C.c.: “Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula”, este precepto nos habla de un acto de disposición (renuncia). Pues la renuncia a pleitear (art. 20 de la LEC) o la transacción, como hemos visto, tienen el equivalente contenido de la prohibición de litigar de enervar la acción de los Jueces y Tribunales.
5. A la misma conclusión llegamos cuando analizamos cuál es el acomodo de la estimación de la prohibición en el proceso judicial. Efectivamente, el juzgador, ha de analizar de oficio los taxativos presupuestos procesales tales como la capacidad procesal o capacidad jurídico-procesal y la comparecencia en juicio y representación o capacidad de obrar-procesal (art. 9 y 418 de la LEC); postulación o representación y dirección en juicio (art. 416); su propia competencia (cfr. art. 37 y 38) o del debido nacimiento del procedimiento (cosa juzgada, litispendencia, falta del debido litis-

consorcio o inadecuación del procedimiento, art. 416), siendo la Sentencia, por el contrario, de un contenido residual donde el juzgador decidirá sobre las pretensiones de las partes, fondo del asunto (art. 216 y 218 de la LEC) y, por lo tanto, entre dicho “cajón de sastre”, las prohibiciones que nos ocupa. Tampoco es la prohibición de litigar testamentaria una cuestión de competencia objetiva del Juzgador pues es de origen voluntario y (art. 44 de la LEC) “*Para que los tribunales civiles tengan competencia en cada caso se requiere que el conocimiento del pleito les esté atribuido por normas con rango de ley y anteriores a la incoación de las actuaciones de que se trate*”.

Por lo tanto, “*galgos o podencos*”, desde el punto de vista sustantivo, disposiciones modales o falta de legitimación, las prohibiciones de disponer suponen un acto de disposición del causante que afecta a sus sucesores enervando, no los presupuestos del proceso, sino el fondo del asunto, la facultad de disposición de las partes sobre el proceso (cuya privación determina la falta de legitimación ad causam). Y esa prohibición, que deberá pasar un filtro de legalidad ius civilista, también está sujeta a un filtro de legalidad ius procesalista.

- B) *La prohibición testamentaria de intervención en las testamentarias como prohibición del derecho subjetivo a demandar del Estado una pretensión. La prohibición de la acción:*

Si la prohibición de intervención judicial se plantea como una “*cautela socii*”, como quiera que no se excluye terminantemente la acción de la Justicia, sino que ésta reducirá la participación del impugnante, que el Juez no tiene (a parte) un problema procesal sino un mero pronunciamiento en cuanto al fondo, es decir si por haber impetrado la acción de la Justicia, el actor ve reducida (o no) su parte en la herencia, siendo en apariencia una cuestión meramente civil.

El problema procesal se ven claramente en el caso de la prohibición pura de intervención judicial en la herencia. Las clásicas teorías ius

civilistas se quedan cortas, pues aunque la falta de legitimación, sea fondo del asunto, quizás la prohibición en torno a la misma sea contraria, no sólo a las normas prohibitivas o imperativas substantivas (art. 6.3 del C.c.), sino a las normas procesales (art. 7 y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

El Juez, deberá valorar su propia prohibición de intervenir, por su propia naturaleza de poder del estado prevalente a la voluntad del causante (art. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y enervar o no la prohibición impuesta por el causante de la propia acción cuyo juicio se le somete.

La Doctrina clásica civilista pasa por alto lo más evidente, que el causante trata de prohibir a alguien el ejercicio de un derecho subjetivo público, “*a la acción*”, no frente a sus coherederos y demás, pares (Derecho privado), sino frente a uno de los tres Poderes del Estado, los Juzgados y Tribunales (Derecho público), lo que da lugar a que se planteen en el presente estudio dos problemas paralelos o, si se quiere, el mismo problema que, atravesando el mundo jurídico atañe a dos ramas diferentes del mismo: El Derecho civil y el Derecho procesal, incluso una tercera, insita en la segunda, el Derecho constitucional en su faceta del derecho subjetivo a una tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución).

Y en la medida que la prohibición restringe el acceso a la jurisdicción, y la jurisdicción podrá resolver a instancia de las partes las reclamaciones que éstas planteen (y, previsiblemente, a instancias del demandado, como primera cuestión, la de la propia ineficacia de las cláusulas de prohibición de recurso a la propia Jurisdicción), entendemos prevalente el análisis jurídico-procesal como guía para las soluciones jurídico sustantivas, pues corresponde a los jueces resolver en todo caso (art. 1.7 del C.c. y 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) las pretensiones que se les planteen con arreglo al sistema de fuentes del Derecho.

Efectivamente, el Código civil aunque a veces parece identificar de manera redundante los conceptos de derechos y de acciones (cfr. art. 638, 1023). Lo cierto es que los distingue netamente (art. 38). Así es. Una cosa es el reconocimiento por el Ordenamiento jurídico de los derechos subjetivos (bienes y derechos) y otro su ejercicio ante los Tribunales de Justicia (acción, intervención judicial), diferente de aquéllas porque se dirige y es un derecho reclamable a un tercero; el recurso a la Administración de Justicia es una de las variadas facultades propias del dominio y demás derechos subjetivos⁴. El ejemplo más claro de esto es que del derecho de dominio derivan varias acciones básicas: Declarativa, reivindicatoria, negatoria de servidumbre, deslinde, etc., etc. (art. 348 y 384 del C.c.), de carácter principal y varias de carácter accesorio alrededor: Diligencias preliminares, medidas cautelares, ejecución de resoluciones, acción de jactancia...

Esta distinción entre derecho subjetivo sustantivo y acción se recoge expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando en sus art. 5, 10 y 19: El primero trata de las “*Clases de tutela jurisdiccional*” y dice que “*Se podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley*”. Por lo tanto si tenemos un derecho subjetivo podremos hacerlo valer ante los Tribunales de Justicia (art. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y de esa acción, trata este pequeño trabajo.

La acción es un derecho subjetivo público (se tiene frente al Estado) de naturaleza procesal a obtener una tutela jurídica efectiva y de contenido determinado (pretensiones, cfr. art. 5.1 de la LEC).

⁴ Facultades del dominio: Facultades de libre disposición –enajenar, gravar, limitar, transformar y destruir, de libre aprovechamiento –usar, disfrutar, consumir–, de accesión –discreta y continua– y defensa en juicio (posesión excluyente, reivindicación y demás acciones).

La “*tutela*” depende de la acción que se ejercite, pues es carga del actor identificar con toda precisión cuál es el tipo de tutela que solicita y afirmar a limine que tiene derecho a ella (art. 524 de la LEC de 1881 y art. 399 de la LEC 1/2000, “*legitimación ad processum*”). Así entendida, la acción es: a) un derecho a obtener una determinada tutela jurídica (no a pedirla); b) un derecho que el actor posee o del que carece con anterioridad al proceso, pero cuya existencia afirma; y, c) es un derecho que, de existir realmente (y averiguarlo es el objeto y fin del proceso de declaración), los Jueces –en este caso el Árbitro– están obligados a satisfacer.

Este derecho presupone la existencia del derecho a la sentencia de fondo y está sometido, además de a los requisitos que condicionan aquél, a las llamadas “*condiciones de la acción*” existencia de derecho subjetivo material, legitimación, interés, y tipicidad de la acción. A este derecho, denominándole “*de acción*” se refieren nuestras Leyes materiales y procesales y en ella cabe entender incluido el derecho a la ejecución de la sentencia se dicte.

El vínculo entre acción y pretensión lo resume la STS, Sala 1ª, de 19-2-1999, con cita de numerosos precedentes jurisprudenciales, que afirma que cuando la ley conceda acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se deben ejercitar, y ni su fracaso ni su falta de ejercicio legitiman para el de la acción otra diferente. Así “*la acción no es sólo el resultado que el litigante pretende obtener –lo que pide al Tribunal– sino también el fundamento jurídico en virtud del cual pide o causa petendi*” (STS, Sala 1ª, de 28-06-2010)⁵.

⁵ La doctrina mayoritaria (individualización) considera que la causa de pedir está integrada por dos elementos: el elemento fáctico (o conjunto de hechos) y el elemento jurídico o normativo: el título o razón de pedir; la subsunción de los hechos en una norma jurídica que le otorgue la eficacia que el actor pretende, es decir, la relación de esos hechos con una determinada norma jurídica. Otro sector doctrinal, por el contrario (sus-

Este último aserto, que comparto, no es para nada unánime en la Jurisprudencia, sino minoritario frente a la teoría de la sustanciación. Personalmente pienso que la causa de pedir está configurada por los hechos y por el fundamento jurídico, pues los art. 399.1 y 456 de la LEC exigen en la demanda y en la apelación concreción de hechos y fundamentos de derecho y la prohibición, por indefensión, que las partes planteen cuestiones nuevas con base “*en afirmaciones diferentes de aquellas de las que se parte en los escritos rectores de la litis, pues ello causaría indefensión a la adversa, en cuanto no pudieron ser redargüidas por ésta*” y “*las cuestiones nuevas chocan además contra los principios de audiencia bilateral y congruencia*”. El texto de los art. 216 y 218 de la LEC entiendo se reducen a aquellos supuestos en que Entre otras muchas, la (STS, Sala 1ª, de 17-03-1998 y SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 16-11-2011 “*cuando el Tribunal acude al principio “iura novit curia” y cambia la calificación de la relación jurídica litigiosa, respetando la causa de pedir*”.

En esta línea de pensamiento, acerca del derecho a resolución judicial sobre el fondo del asunto, la Doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido que:

1. “...el art. 24.1 CE que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, comporta como primera garantía el acceso al correspondiente proceso jurisdiccional...” (STC 100/1987), pero que no garantiza la obtención de ninguna tutela concreta. Se trata de la simple posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales en demanda de protección sin, al propio tiempo, hallarse garantizado que la petición se admita a trámite y se le de curso y, menos aún, de que sea finalmente atendida, pues puede verse también satisfecho

tanciación), no se manifiesta resueltamente partidario de este doble elemento constitutivo e identificados de la causa de pedir, sino que reduce la “causa petendi” a la fundamentación fáctica: el conjunto de hechos, las circunstancias concretas o el relato histórico, sobre los que el actor basa su petición, y, consecuentemente, afirma que los posibles puntos de vista jurídicos del estado de hecho presentado por el actor son cuestiones que compete al juez (“da mihi “factum” et dabo tibi ius”).

mediante una resolución judicial de inadmisión o meramente procesal fundada en una causa legalmente establecida (STC 115/1990), basta, pues, con una resolución fundada en derecho, aunque sea de inadmisión (STC 267/1993). Podríamos hablar del “*Derecho a pedir al Juez*”.

2. No obstante, no cabe desconocer que junto a –y no en lugar de– el derecho a la sentencia de fondo, puede existir un derecho a la obtención de la tutela que se pide. Es posición minoritaria (así STC 177/1985) que el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva comprenda este “*Derecho a pedir algo al Juez*”. La opinión mayoritaria (STC 73/1983, 131/1987, 39/1989) y el Tribunal Supremo (STS, Sala 1ª, de 23-03-1988 y 24-05-1991) que dicho derecho a pedir la acción concreta es sólo es un derecho de rango legal, no constitucional, no forma parte del derecho “*a obtener tutela efectiva de los Jueces y Tribunales*” de que habla el art. 24.1 CE y, por ende, su posible desconocimiento no puede motivar el acogimiento de un eventual recurso de amparo.

Y, por supuesto, ese Derecho a esa decisión de fondo no tiene que ser necesariamente favorable a las pretensiones deducidas (STC 13/1981 y 189/1988 y STS, Sala 1ª, de 30-1-1990 y 9-09-1991).

3. Sin embargo el legislador no puede, fijar obstáculos o trabas arbitrarias o caprichosas que impidan la tutela judicial (STC 185/1987 y 174/95). Es el principio “*pro accione*”, que actúa con toda su intensidad en la fase de admisión, por lo que las decisiones de inadmisión sólo serán conformes con el art. 24.1 de la Constitución española cuando no eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva la pretensión formulada, y con mínima intensidad en fase de recurso, pues el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución sino de lo que hayan dispuesto las leyes

procesales, correspondiendo al ámbito de la libertad del legislador, salvo en materia penal, el establecimiento y regulación de los recursos procedentes en cada caso (STC 37/1995).

C) *Conciliación del punto de vista civilista y del procesalista:*

Pues bien, acabamos de llegar a una conexión entre la naturaleza o aspecto procesal de las prohibiciones de intervención judicial en las herencias y su lectura jurídico-civil, pues veremos que, en general, las prohibiciones rechazadas son en la Jurisprudencia, tanto civil, como procesal/constitucional, aquéllas que fijan “*obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos*”. Es decir, el juzgador deberá ponderar si el la cláusula prohibitiva del “*Derecho a pedir al Juez*” es per se contraria a normas prohibitivas, imperativas o de orden público, cual es el acceso a la Justicia para tener una resolución sobre el fondo del asunto.

Efectivamente las características de dichas prohibiciones son:

1. Siendo la prohibición de disponer un límite a una de las más normales y generalizadas facultades del *dominus*, la del *ius disponendi*, su interpretación ha de realizarse con criterio restrictivo y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por quien establece tal limitación, finalidad que puede ser de carácter social, familiar, etc. Ejemplo de lo indicado puede contemplarse en la STS de 25-06-1945, en la cual y entre otros pronunciamientos se declara la inadmisibilidad de los pactos de no enajenar, concebidos en términos absolutos, con base en el principio de que *pactum de non alienando res propria non valet*, siendo preciso para su eficacia que se inspiren en un interés digno de protección, a salvo, claro es, de las taxativas prohibiciones legales, criterio que puede también observarse en las RDGRN de 30-06-1913 y 21-04-1949, cuando establece que tales pactos han de entenderse en su sentido literal y no pueden ampliarse, los Tribunales sólo admiten su validez cuando son temporales y están justificadas por una finalidad seria y legítima.

2. En particular, cuando se estén ventilando derechos y obligaciones que dimanen directamente de la ley -v.gr. las legítimas- el texto constitucional se impone; pero en presencia de derechos contingentes, nacidos por imperio de la libre manifestación de la voluntad del causante, no entra en juego el art. 24 de la Constitución, porque cuando los derechos se adquieren por voluntad del testador vienen troquelados o nacen delimitados por esa misma voluntad, y puede éste libremente impedir la judicialización de su herencia, por el motivo que sea, desde el mantenimiento de la paz familiar a la prohibición de que alguien reciba más de lo que se le ha asignado (SAP de Barcelona, Sec. 13ª, de 30-06-2009).

Se deduce que la causa justa afectará a la validez de la prohibición, pues estamos ante un elemento de justificación necesario. Por este motivo, el Derecho Romano consideró que una prohibición de disponer no fundamentada en una causa lícita se convertía en un *nudumpraeceptum*.

III. CLASES

De la variedad de posibilidades de prohibición de impugnación de disposiciones del causante para regir su sucesión ya advirtió la STS de 19-11-1901.

El Código civil contiene una serie de preceptos relativos a la prohibición de impugnar judicialmente actos que regulen la sucesión del causante otorgados por éste, la genérica del art. 675, pfo. 2º sobre la nulidad de las disposiciones testamentarias (“*El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la Ley*”), y luego disposiciones sueltas que luego veremos con mayor detalle: art. 816, art. 1051, art. 1075.

Por su parte, el art. 792.1.2 de la LEC trata la prohibición de la “*Intervención judicial de la herencia durante la tramitación de la declaración de here-*

deros o de la división judicial de la herencia”, mas dicha intervención no es en el más amplio sentido de “*tomar parte en un asunto*” sino en el más limitado (art. 791.2 de la LEC) de ocupar los libros, papeles y correspondencia del difunto, inventariar y depositar los bienes y su administración, es decir, meras medidas de aseguramiento de la herencia.

A falta de dicha regulación general de las prohibiciones de intervención judicial en la herencia, siendo el principio general el de la libre voluntad del causante (cfr. art. 658, 667, 675 del C.c.) cabe una amplia variedad de posibilidades de prohibición de impugnación de disposiciones del causante para regir su sucesión, sin que este modesto trabajo pueda abarcar todas las imaginables. Pretendemos dar sólo unas pautas generales.

Sin ánimo exhaustivo, podemos adelantar las principales acciones que gravitan sobre el fenómeno sucesorio: A) Acción de petición de herencia (art. 659 y ss. del C.c.). B) Acciones contra los actos que infringen la prohibición de renunciar la legítima (art. 813 del C.c.). C) Acciones procedentes, en caso de preterición de legitimarios (art. 814 del C.c.). D) La acción de suplemento de legítima (art. 815 del C.c.). E) Impugnación de la desheredación (art. 816 del C.c.). F) Acciones de impugnación contra los actos inoficiosos realizados por el causante en perjuicio de la legítima (art. 636 y 817 del C.c.). G) Acciones de los legitimarios contra los actos de simulación o fraude realizados por el causante. H) Partición de herencia (art. 1051 y ss. del C.c.). I) Acción del coheredero que ha pagado a un acreedor de herencia más de lo correspondía a su participación (art. 1085 del C.c.). J) Acción del coheredero acreedor del difunto para reclamar de los otros el pago de su crédito (art. 1087 del C.c.). K) Acción rescisoria de la partición (art. 1073 y ss. del C.c.). L) Acción de nulidad de la partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo (art. 1081 del C.c.).

Adelantemos que la mayoría de la Jurisprudencia mayor y menor al tratar las cláusulas de “*prohibición de la intervención judicial de la testamentaria*” está pensando en que sólo se alude a la prohibición de división judi-

cial de la herencia, pues tal expresión “*testamentaria*” alude a un concreto contenido de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Efectivamente, vigente de 1-04-1881 a 7-01-2001, el Real Decreto de 3-02-1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contenía su Libro II “*De la jurisdicción contenciosa*”, que constaba de veintidós títulos, consagrado el Título II a “*De los juicios declarativos*”, Título IX a “*De los abintestatos*” y el Título X a “*De las testamentarias*”. Así, se llamaba “*juicio de testamentaria*” al de división judicial de herencia (art. 1077) y distinguía en su art. 1036 entre el juicio de testamentaria voluntario o necesario, el primero promovido a instancia de parte y el segundo de oficio por el Juez en ciertos supuestos. En ambos casos concluía por Sentencia tras el correspondiente, y distinto, procedimiento ordinario, caso que no se aquietasen las partes con el cuaderno particional (art. 1088 y 1091).

Igualmente, la Jurisprudencia ha distinguido de manera clara lo que es la partición efectuada por el testador de la mera imposición por éste de reglas para la partición hereditaria (STS, Sala 1ª, de 28-05-1958, 8-03-1989, 9-03-1961, 25-01-1971, 15-02-1988 y 7-09-1998). Hoy en día la posibilidad de que el testador imponga ciertas reglas para la partición viene reconocida expresamente por el art. 786.1 de la LEC: “*El contador realizará las operaciones divisorias con arreglo a lo dispuesto en la ley aplicable a la sucesión del causante; pero si el testador hubiere establecido reglas distintas para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, se atenderá a lo que resulte de ellas, siempre que no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos*”. Y entre dichas reglas, obviamente, puede encontrarse la prohibición de acudir a la vía judicial, cuestión que luego trataremos más en detalle.

En todo caso interesa destacar que de aquélla derogada regulación (art. 1.039 y ss. de la LEC de 1881) surgieron ciertos límites a la prohibición de intervención judicial en herencias, ora legales, ora jurisprudenciales que hoy en día perduran, como igualmente veremos.

IV. EL ARBITRAJE ¿UNA PISTA SOBRE LAS PROHIBICIONES DE INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA TESTAMENTARÍA?:

Tal y como se definía en el art. 1 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje (vigente hasta el 26-03-2004), “*Mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho*”.

Eso sí (STS, Sala 1ª, de 17-09-1986 o 15-02-1996), los “*árbitros o amigables componedores*” (art. 402 del C.c.), en supuestos de comunidad de bienes a liquidar, no han de regirse por la Ley de Arbitraje, sino por la voluntad de los interesados, pues el cometido de esos árbitros es simple trasunto del que está confiado a los contadores partidores en la herencia. Queda claro en la Jurisprudencia citada que en el ámbito de la división de los diversos tipos de comunidad, se tiende a utilizar el término “*árbitro*” en un sentido genérico, como sinónimo de “*amigable componedor*”, y no en el sentido preciso y técnico contemplado en la Ley de Arbitraje⁶.

Y es que, al igual que sucede en el caso del albacea, el contador-partidor (testamentario o contador-partidor judicial) tiene una función diversa de la del árbitro. Mientras el contador-partidor es el que tiene encomendada la tarea de realizar la división de la herencia a través de todas las operaciones que configuran el cuaderno particional (art. 786 de la LEC), el árbitro tiene la función de dirimir las diferencias o conflictos que se originen. Su función no es la de partir sino la de resolver mediante Laudo, con los efectos propios de una sentencia judicial, la controversia, sea la suscitada por la división de la herencia, sea la surgida por la administración de la misma.

Ello es coherente con doctrina del Alto Tribunal la que declara que para la validez de la partición hecha por el comisario no se exige la intervención de los herederos y que en las particiones hechas por aquél, éste

⁶ YÁÑEZ VIVERO, Mª Fátima, obra citada.

goza de las mismas facultades que el testador, habiendo equiparado las STS de 25-4-1963 y 17-6-1963 y 18-02-1987, las particiones realizadas por el comisario, a las efectuadas por el mismo testador, al decir que la partición hecha por el comisario nombrado por el testador, equivale a la hecha por este y debe ser respetada, y que las operaciones así hechas, no tienen carácter contractual y no precisan del consentimiento de todos los interesados, por lo que la partición ha de ser mantenida. Sobre ello el artículo 1.057 párrafo primero del C.c.

Tampoco tiene nada que ver el arbitraje (ni los arbitradores/contadores-partidores) con el arbitraje impropio o “*arbitrador*”, que carece de efectos decisorios, STS, Sala 1ª, de 22-07-1995, es decir STS, Sala 1ª, de 29-11-2000, las personas, por antonomasia en el caso del art. 1598, párrafo 2º, del C.c., que solventan un extremo no jurídico de una relación jurídica, como es -como caso más típico- el señalamiento del precio. La doctrina ha señalado que ese arbitrador ocupa una posición intermedia entre el árbitro y el perito, pues, si como aquél decide, tal decisión versa no sobre una relación jurídica sino sobre un extremo de la misma que se precisa para su plena efectividad, y, si como el perito efectúa una valoración, en cambio no se detiene en eso sólo sino que la impone, por la fuerza de la norma, legal o convencional, que le ha llamado a intervenir

La regulación del arbitraje testamentario, propiamente dicho, no ha variado mucho a lo largo de los años pues el art. 5 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953 permitía que se instituyera “*por disposición testamentaria para solucionar extrajudicialmente las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos por cuestiones relativas a la distribución de la herencia*”. La Ley de Arbitraje de 1988 permitía en su art. 7 que “*Excepcionalmente, será válido el arbitraje instituido por la sola voluntad del testador que lo establezca para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios para cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia*” y el art. 10 de la Ley de Arbitraje de 2003

afirma que “*también será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia*”.

Asimismo, el art. 464-7.1 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones afirma: “*El causante, en previsión de que los herederos no lleguen a un acuerdo para hacer la partición, puede instituir un arbitraje testamentario a tal efecto*”. Por el contrario, añade: “*Los herederos también pueden, de común acuerdo, someter a arbitraje la realización de la partición o las controversias que deriven de la misma, incluso las relativas a las legítimas*”.

Como ha señalado alguna autora, el arbitraje testamentario es el único caso en que se permite que, por una voluntad ajena a las partes, éstas sometan la resolución de sus controversias a la decisión vinculante de un tercero, con renuncia a la vía judicial ordinaria⁷.

Y aquí está la identidad de razón con las prohibiciones de intervención judicial en herencias puesto que en el arbitraje (en cuanto a negocio jurídico –causa– y en cuanto a institución extrajudicial de resolución de conflictos –efecto–), como en las cláusulas prohibitivas de intervención judicial, el causante por su sola voluntad aparta a los sucesores de la vía judicial.

La diferencia (menor, procedimental) entre el arbitraje y la prohibición de intervención judicial es que la en el primer caso da lugar a un proceso por el que el Juez declina su competencia a instancia de parte mediante un procedimiento contradictorio muy sencillo (art. 39 y 63 y ss. de la LEC) y en el segundo es una cuestión de falta de legitimación, como hemos visto.

⁷ GONZÁLEZ CARRASCO: «Comentario del art. 10 de la Ley de Arbitraje». En Comentarios a la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje. GARBERÍ LLOBREGAT (Director). Barcelona: Bosch, 2004, p. 226, citada por M^a Fátima YÁÑEZ VIVERO en “Arbitraje y derecho de sucesiones: El arbitraje testamentario” (Academia.edu de la Uned).

La Doctrina ha sentado los siguientes requisitos o premisas sobre el la institución o imposición testamentaria del arbitraje⁸:

- A) *¿A quién puede afectar el arbitraje testamentario?* M^a Fátima Yáñez Vivero, obra citada entiende que pese a que si aplicamos literalmente el art. 10 de la Ley de Arbitraje serían susceptibles de arbitraje los conflictos de los legitimarios que reciban su “herencia” a través de un legado o de una donación, parece obvio que no quería ser éste el espíritu del precepto sino el de la “protección” de los intereses de los legitimarios, independientemente del título por el cual reciban la atribución, razón por la que con ALBADALEJO⁹ concluye, y estoy de acuerdo, que la expresión “sucesores voluntarios o no legitimarios” eliminaría, muy probablemente, la mayor parte de los problemas a los que estamos aludiendo.
- B) *La sumisión a arbitraje de los herederos forzosos respecto de la parte de libre disposición.* Son varios los autores que responden afirmativamente a esta cuestión, entendiendo que lo que se excluye del ámbito del arbitraje es cualquier cuestión litigiosa que afecte a la legítima de los herederos forzosos (sea en cuanto a la legítima estricta o en cuanto a la mejora según la Doctrina mayoritaria), pero no aquella que afecte a los derechos e intereses más allá de la legítima¹⁰.

Igualmente afirma la Jurisprudencia que en Derecho de Sucesiones es admisible el arbitraje testamentario en aquellas cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia entre herederos no forzosos o legatarios. Las legítimas no pueden someterse a arbitraje

⁸ *Ídem.*

⁹ ALBADALEJO GARCÍA. «El arbitraje testamentario». En *Actualidad Civil*, n.º 1, 1990, pp. 80 y ss.

¹⁰ DÍEZ-PICAZO, en la obra colectiva *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, GONZÁLEZ SORIA (Coordinador). Navarra. Thomson-Aranzadi, 2004 y GARCÍA PÉREZ, «El arbitraje testamentario». Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, citados por M^a Fátima YÁÑEZ VIVERO, obra aludida.

(STS, Sala 1ª, de 28-10-1933). Tampoco es susceptible de arbitraje la declaración de herederos ab intestato (STS, Sala 1ª, de 2-10-1946) ni las herencias futuras (STS, Sala 1ª, de 14-03-1974).

- C) *Los conflictos entre terceros y los herederos no forzosos*: La doctrina está dividida. Junto a aquellos autores que defienden la extensión del precepto a algunos sujetos que intervienen en la sucesión o tienen interés en la misma aunque no sean sucesores, se encuentra la opinión de otros que consideran que dado que el arbitraje testamentario se basa en las facultades dispositivas mortis causa, el causante carece de ellas respecto a terceros como acreedores, albaceas o contadores-partidores¹¹. Incluso los antiguos herederos, ahora copropietarios, no están vinculados en las cuestiones litigiosas relativas a su condominio por tal arbitraje (SAP de Valencia, sec. 6ª, de 29-7-2002).
- D) *Ámbito objetivo del arbitraje: Administración y distribución de la herencia*: La expresión “*administración de la herencia*” es clara –al menos en su significado teórico (art. 902 del C.c. y 791.1.2 de la LEC)– y puede ser comprensiva tanto de la administración y gestión como de la conservación del caudal hereditario. Distribuir equivale, pues, al conjunto de operaciones divisorias o particionales (inventario, avalúo, liquidación y división de los bienes del causante) detalladas en el art. 786 de la LEC. Asimismo, se ha entendido, que el término “*distribución*” engloba aquellas cuestiones que surjan sobre el reparto de bienes hecho por el propio testador¹².

En fin, en conclusiones perfectamente traspasables a las cláusulas de prohibición de intervención judicial (el arbitraje lo es implícitamente), el legislador nos dice que: 1. El arbitraje es una institución revisora de lo actuado, como la judicial, que nada tiene que ver con figuras tales como el arbitrador, amigables componedores, contadores partidores o albaceas que son eje-

¹¹ YÁÑEZ VIVERO, Mª Fátima, obra citada.

¹² YÁÑEZ VIVERO, Mª Fátima, obra citada.

utores de la voluntad del causante. Aquéllas hablan de la tutela de derechos de los sucesores, éstas de que se cumpla la voluntad del testador. Aquéllas están estrictamente reguladas, las segundas parten de la más amplia voluntad del causante (art. 675 del C.c.). 2. La sumisión a arbitraje es un acto de disposición. 3. Pero no todas las cuestiones de libre disposición caben ser solucionadas por el arbitraje *mortis causa*, pues hay aspectos prohibidos a dicha disposición por el testador como las legítimas (y demás sucesión forzosa podríamos decir: reservas, reversiones, troncalidad...). 4. El testador sólo puede prohibir a los sucesores voluntarios acudir a la jurisdicción para dilucidar las cuestiones relativas a administración y partición de la herencia instituyendo el arbitraje. Pero este arbitraje es para dirimir controversias resultantes de dichas cuestiones, no para efectuar la propia partición. El legislador nos está diciendo que los sucesores forzosos siempre podrán impugnar la partición y administración efectuada —y sus medidas de aseguramiento—, sea en la vía jurisdiccional, sea en la vía arbitral, lo que coincide con la Jurisprudencia (STS de 08-06-1999 y SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 25-1-2002). 5. El testador puede no sólo apartar a los sucesores voluntarios (no a terceros ni legitimarios) de la potestad judicial, sino que incluso puede (arbitraje de equidad, reglas voluntarias de partición y administración, art. 786 de la LEC) apartarlos del ordenamiento jurídico positivo.

Cabe que los sucesores pacten la cláusula de arbitraje, como hemos visto en el Código de Sucesiones de Cataluña. Incluso cabe pactarlo antes de que se produzca el fallecimiento del causante, sin que ello implique pacto alguno sobre la herencia futura. La mayoría de la doctrina está de acuerdo en que es válido el pacto entre los herederos futuros. Es decir, sobre una herencia no causada todavía, porque la persona a la que se refiere aún vive y que tal acuerdo no constituye un pacto sucesorio sobre la herencia de un posible tercero, sino sólo una previsión a través de la cual en un futuro pueda resolverse una hipotética controversia sobre la herencia a partir de la defunción¹³. Pero esto ya no es de lo que trata este trabajo.

¹³ GIL PECHARROMÁN, Xavier. *El Economista*, 25-05-2012.

V. ¿ENERVA LA LEC DE 2000 LAS PROHIBICIONES DE PARTICIÓN JUDICIAL DE LA HERENCIA?

El juicio de testamentaría ha sido sustituido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por el procedimiento judicial de división de herencias (art. 782 y ss.).

- A) *La primera cuestión que se suscitaba bajo la vigencia de la LEC de 1881 es la interpretación de la voluntad del causante (art. 675 del C.c.) y ver qué tipo de intervención judicial prohibió:*

Los dos ejemplos extremos los tenemos en la SAP de Lugo, Sec. 1ª, de 19-09-2007, conforme a la cuál, con la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente al momento de otorgarse el testamento (LEC de 1.881), se aludía a una concreta prohibición del juicio de testamentaria regulada por los art. 1.039 y 1.044 de la LEC de 1881. Se trataba de una prohibición limitada a dicho proceso específico, no pudiendo el testador impedir el juicio declarativo ordinario, en la línea de la ya citada STS, Sala 1ª, de 19-11-1901, que distinguió netamente entre “*el heredero que promoviere juicio de testamentaria*” y “*el que suscite reclamación judicial de cualquier clase*”.

En sentido contrario, la SAP de Madrid, Sec. 20ª, de 19-05-2008, que parte de que el término “*testamentaria*” utilizado por la testadora interpretarse como una referencia al juicio universal de testamentaria de la LEC de 1881, sino que debe ser entendido en el sentido común y más amplio de “*ejecución de lo dispuesto en testamento*”.

- B) *La segunda cuestión si la entrada en vigor de la LEC de 2000 ha supuesto la enervación de las cláusulas de intervención judicial en la testamentaria instituidas antes de la entrada en vigor (incluso de la publicación, es decir cuál es la ley que contempló el causante al trata de evitar según qué tipo de intervención judicial) de la misma, en el limitado sentido de que no son lícitas las cláusulas que prohíban la partición judicial de herencias:*

1. Argumentos a favor:

- a) Como quiera que el juicio de testamentaría de la LEC de 1881 ha sido sustituido por otro diferente, habrá que estarse a la nueva regulación. La antigua permitía dicha prohibición (art. 1039), condicionada a la ausencia de callejones sin salida, de modo que el causante debía nombrar las personas que “*practiquen extrajudicialmente todas las operaciones de la testamentaria*”. Implícitamente, la citada SAP de Lugo, Sec. 1ª, de 19-09-2007 parece apoyar este punto de vista.
- b) El art. 782. 1 de la LEC vigente parece conceder rotundamente el derecho a instar la partición judicial, al afirmar que “*Cualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia, siempre que ésta no deba efectuarla un comisario o contador-partidor designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por resolución judicial*”. Tiempo verbal, futuro del indicativo, que nos dice que la norma es imperativa.
- c) El art. 792.1.2 de la LEC parece decir que sólo se permitiría la prohibición testamentaria de las medidas de aseguramiento de la herencia. Con lo que podría concluirse, a sensu contrario, que sólo se puede instituir la prohibición respecto de dicho contenido objetivo y limitada subjetivamente a los herederos o legatarios de parte alícuota en cuanto llamamiento voluntario (no en cuanto legitimarios o viudo, pues éstos pueden usar del art. 792.1.1 de la LEC para el aseguramiento de la herencia).

Como dice el Auto de la AP de Baleares, Sec. 5ª, de 23-02-2011 con cita de la SAP de Córdoba, Sec. 3ª, de 22-12-2006, con la LEC de 1881 se consideraba el juicio de testamentaría como un procedimiento de jurisdicción voluntaria, pudiendo elegir las partes acudir directamente al juicio declarativo con-

tencioso, el cuál (SAP de Lugo, Sec. 1ª, de 19-09-2007 y STS de 19-11-1901 y 14-07-1994) no se incluía en la prohibición. Por el contrario el actual proceso especial para la división (art. 782 y ss. de la LEC de 2000) es un auténtico caso de intervención judicial, no un mero expediente de jurisdicción voluntaria. En dicha hipótesis, la cláusula de prohibición tampoco puede ser impuesta hoy en día, pues cuando el único proceso de partición judicial es el expuesto, sin perjuicio de que no tenga efectos de cosa juzgada, de ahí que los coherederos disconformes puedan defender en juicio plenario los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados (art. 787.5 de la LEC).

- d) En consecuencia las prohibiciones de partir judicialmente la herencia s pñp podrán ser introducidas por el testador indirectamente (art. 782.1 de la LEC) 1. vía que la partición la haya hecho en sentido propio el causante, 2. que éste haya instituido un comisario o contador partidador testamentario (art. 1056 y 1057 del C.c.) o 3. que el causante imponga ciertas reglas particionales o de administración (art. 786.1 y 791.2 de la LEC), sin perjuicio siempre de la siempre posible impugnación judicial de dichas particiones, conforme constante Jurisprudencia.

2. Argumentos y resoluciones judiciales en contra:

- a) La aplicación analógica de las disposición transitoria 2 del C.c., nos lleva a negar la derogación o nulidad sobrevenida de tal tipo de cláusulas (*“Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas. En su consecuencia serán válidos los testamentos aunque sean mancomunados, los poderes para testar y las memorias testamentarias que se hubiesen otorgado o escrito antes de*

regir el Código, y producirán su efecto las cláusulas ad cautelam, los fideicomisos para aplicar los bienes según instrucciones reservadas del testador y cualesquiera otros actos permitidos por la legislación precedente; pero la revocación o modificación de estos actos o de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellos no podrá verificarse, después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo”).

- b) Si se puede prohibir de facto la partición judicial de herencia como tal (art. 782.1 de la LEC) vía la creación de los supuestos de existencia de “*un comisario o contador-partidor designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por resolución judicial*” e igualmente la prohibición de intervención judicial de medidas aseguratorias de la herencia (es perfectamente extensible a los legitimarios, pese a la literalidad de la LEC, que las limita a herederos y legatarios de parte alícuota, pues con la mera existencia del albacea se enervan dichas medidas pues las acciones que sobre la herencia penden (cfr. art. 892 y 902.4 del C.c. y 6.1.4 y 7.5 de la LEC), así como su administración, inventario incluido, serán ejercidas por el mismo, quien también la defenderá), no hay motivo para entender que no son lícitas las cláusulas de prohibición de intervención judicial en la herencia, sin perjuicio de la impugnación, en su caso, de su resultado.
- c) El art. 1051 del C.c. sigue vigente (“*Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división. Pero, aun cuando la prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad*”). Pero está claro que los sucesores no podrán ser obligados a permanecer en la indivisión, idea reforzada por el citado art. 782 de la LEC, pues el causante debe haber dado salidas para la partición de la herencia, partición por él efectuada o contador partidor voluntaria, sin perjuicio de las legítimas, exactamente igual que en la LEC de 1881. Luego volveremos sobre el particular.

- d) La Jurisprudencia mayor y menor es favorable a la admisión de la prohibición de partición judicial de la herencia tras la entrada en vigor de la LEC de 2000 (SAP de La Coruña, Sec. 3ª, de 6-05-2011 y, Sec. 5ª, de 6-11-2007, SAP de Barcelona, Sec. 16ª, de 8-03-2012, SAP de Santa Cruz, Sec. 3ª, de 5-11-2010, SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 26-9-2007) siempre con sujeción a ciertos límites, pues como dice el Auto de la AP de Madrid, Sec. 10ª, de 16-10-2007: La validez de dichas cláusulas viene siendo reconocida en abstracto por la Jurisprudencia, no pudiendo establecerse «a priori» su nulidad o ineficacia, pues su validez dependerá de la licitud o ilicitud de la cláusula o declaración principal a la cual sirven de sanción.
- e) Si el arbitraje es una manera de prohibir acudir a la Jurisdicción, pues al poder extenderse a la división de la herencia, enerva al Poder Judicial, en virtud de su Ley de 2003, por ésta ha de interpretarse la LEC de 2000 en sentido favorable a la prohibición de intervención judicial en la división de la herencia, con los límites que de seguido pasamos a tratar, en general y en particular.

VI. PROHIBICIONES DE INTERVENCIÓN JUDICIAL Y LAS ACCIONES HEREDITARIAS CON CARÁCTER GENERAL

Para que esta prohibición de intervención judicial en la partición a través del Expediente de Jurisdicción Voluntaria de “*Testamentaria*” produjera sus efectos, tanto la LEC de 1881 como la Jurisprudencia, las embridaron notablemente con ciertos caracteres que perdurarán bajo la LEC de 2000 y serán extensibles con carácter general a las cláusulas de intervención judicial en las herencias:

- A) *Quedan fuera de la prohibición las acciones ad extra de los sucesores, es decir, cabe siempre la posibilidad de ejercitar acciones en beneficio de la masa hereditaria.* 1. La Jurisprudencia (STS, Sala 1ª, de 10-11-1929 y 30-6-1950) y la Doctrina tiene reconocido desde antiguo al viudo y a los herederos dicha posibilidad de ejercitar acciones en beneficio de la masa hereditaria. Y así, la prohibición de recurrir al auxilio judicial al efecto de la división de la herencia o testamentaria no quiere decir que los interesados no puedan promover un juicio no universal reivindicando o pretendiendo la declaración de propiedad de un determinado bien en beneficio de la comunidad, o pidiendo la declaración de la existencia de un determinado crédito también en beneficio de la comunidad, a sustanciar por los cauces del juicio ordinario que correspondiera (SAP de Huesca de 24-04-2002). 2. Como en el caso del arbitraje, el causante carece de facultades dispositivas mortis causa en perjuicio de terceros como acreedores, albaceas o contadores-partidores.
- B) *Se aplica al actor, no al demandado.* Es más se exige una actividad procesal efectiva, que puede ser la de parte demandante, o de tercera interviniente (Auto de la AP de Madrid, Sec. 20ª, de 13-06-2008).
- C) *En general, a cláusula es inoperante cuando la intervención judicial ha sido promovida para que se cumpla la voluntad del testador* (STS, Sala 1ª, de 1-06-1946, 29-01-1955 y 25-04-1963) o, en general, cuando sean impugnadas singulares disposiciones contrarias a las normas legales (STS, Sala 1ª, de 3-03-1980), o sea, que se cumpla la voluntad de la ley. En particular, quedan siempre a salvo las legítimas (art. 1046 del C.c.):
1. Ya sostenían las STS, Sala 1ª, de 1-12-1891, 17-10-1893, 14-05-1895, 22-11-1910, 2-12-1929 y 8-06-1999 que lo dispuesto en el art. 1039 de la LEC de 1881 no alcanza a los herederos forzosos, que tienen siempre derecho a la percepción de su legítima, con, sin y contra la voluntad del causante, sin ningún grava-

men o condición, como prescribe el art. 813 del C.c., lo cual no acontecería si se limitase por el testador el ejercicio legítimo que el art. 1038 de la LEC de 1881 concede a los herederos forzosos para promover el Juicio Voluntario de Testamentaria.

2. Como ya hemos dicho, existe siempre la legitimación de los herederos forzosos para solicitar la nulidad de los actos llevados a cabo por su causante, por considerarlos simulados o cuando pueden atacarse sus derechos legitimarios (STS, Sala 1ª, de 9-04-1970, 16-04-1973, 7-03-1980, 24-10-1995, 2-04-2001, 12-07-2001, etc.).

Específicamente, cuando la partición se realice bien por el propio testador, bien por contador-partidor testamentario, la prohibición se admite como válida en la doctrina científica, pero si la partición adoleciera de algún vicio de nulidad o lesionase derechos de los legitimarios, puede ser impugnada, pues lo contrario conculcaría el ordenamiento sucesorio (STS, Sala 1ª, de 8-06-1999 y art. 1056 del C.c. “*Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos*”).

3. No pueden comprenderse las acciones instrumentales pues, por ejemplo, hasta que no se haga el inventario y avalúo de los bienes hereditarios, no puede determinarse la validez de la cláusula cuya nulidad se pretende en la demanda, luego siempre se podrán ejercitar las acciones precisas para el cálculo de las legítimas (STS, Sala 1ª, de 21-11-2011, 19-11-1901, 8-11-1967 y 8-06-1999).

D) *Se impone una interpretación teleológica, de los fines buscados por la cláusula y por los litigantes:* De tal manera que (STS, Sala 1ª, de 12-12-1959, SAP de Córdoba de 2-04-1992 y SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 25-1-2002) “*si toda condición es en definitiva, sólo medio para la consecución de un fin, necesariamente ha de verse influenciada, imprimiéndole ca-*

rácter, por una doble circunstancia, la de la licitud sustancial que el acto u omisión de aquélla en sí consista, y por la del designio o propósito que con su cumplimiento pretenda conseguir quien la impone, de tal suerte que tanto si lo primero es contrario a derecho, como si la finalidad perseguida es hacer posible lo que la Ley no permite realizar, es evidente que la condición que se dirija a tan arbitrario fin habrá de reputarse contraria a derecho”.

La cláusula no puede tener por efecto impedir en absoluto a una de las partes favorecidas en la herencia acudir a la vía judicial (STS, Sala 1ª, de 2-11-2010, Auto de la AP de Cádiz, Sec. 8ª, de 14-02-2005 y SAP de Barcelona, Sec. 16ª, de 8-03-2012). El rechazo de la prohibición como contraria a la tutela judicial tiene lugar cuando se ponen obstáculos o trabas arbitrarias o caprichosas que lo dificulten, sin que tal dificultad esté en algún modo justificada por el servicio a un fin constitucionalmente lícito. En particular, cuando se estén ventilando derechos y obligaciones que dimanen directamente de la ley –v.gr. las legítimas– el texto constitucional se impone; pero en presencia de derechos contingentes, nacidos por imperio de la libre manifestación de la voluntad del causante, no entra en juego el mencionado art. 24, porque cuando los derechos se adquieren por voluntad del testador vienen troquelados o nacen delimitados por esa misma voluntad, y puede éste libremente impedir la judicialización de su herencia, por el motivo que sea, desde el mantenimiento de la paz familiar a la prohibición de que alguien reciba más de lo que se le ha asignado (SAP de Barcelona, Sec. 13ª, de 30-06-2009).

1. *El límite negativo de la prohibición de intervención judicial en la testamentaría:* Sea vía cautela socini, sea de modo directo, la Jurisprudencia y la Doctrina han exigido una sujeción de la prohibición a un plazo cierto o una finalidad legítima bajo el principio esencial, ya dicho, que las cláusulas vedadas son aquellas reclamaciones judiciales que tienden de una manera directa o indirecta a obtener un lucro injusto del sucesor, sea por impugnar o a des-

truir la voluntad del testador, sea por bloquear la partición en busca de dicho lucro, por lo que no impiden que, ante la disconformidad de los interesados con la interpretación que cada uno de ellos sostenga sobre la voluntad del testador en cuanto a la atribución de bienes o derechos, sean los tribunales los que decidan sobre ello. Así la STS, Sala 1ª, de 2-11-2010 se pronuncia en contra de una cláusula absoluta del siguiente tenor literal “*Prohíbe el testador expresamente a los favorecidos en este testamento todo tipo de intervención judicial, debiendo efectuarse el reparto del caudal, las adjudicaciones pertinentes y la entrega de los legados caso de tener efectividad, de común acuerdo por todos ellos, quedando sancionado el contraventor de esta prohibición con la pérdida de todos los beneficios que a su favor pudieran resultar del presente testamento*”.

2. *El límite positivo de la prohibición. Debe tener un motivo razonable y legítimo:* Ya hemos hablado el maridaje entre el Derecho civil y el procesal en este punto conforme declara la SAP de Barcelona, Sec. 13ª, de 30-06-2009, de modo que cuando se estén ventilando derechos y obligaciones que dimanen directamente de la ley -v.gr. las legítimas- el derecho a la acción se impone; pero en presencia de derechos contingentes, nacidos por imperio de la libre manifestación de la voluntad del causante, puede éste libremente impedir la judicialización de su herencia, pero (entiendo implícito en dicha sentencia) con un motivo justo, desde el mantenimiento de la paz familiar a la prohibición de que alguien reciba más de lo que se le ha asignado.

Como casos de dicho principio citamos la STS de 16-02-1977, cuando “*la voluntad del «de cuius» fue la de proteger a su cónyuge después de su muerte, de forma tal, que esta pudiera seguir disfrutando de una saneada situación económica.*” y la STS, Sala 1ª, de 21-12-2000 en que el causante decide imponer la indivisión de la herencia “*hasta que no se produjera el fatal hecho de la muerte de su esposa*” y

“la finalidad de tal decisión era permitir la realización de unas obras de regadío en la finca en cuestión, que no podrían llevarse a cabo hasta que no se consolidara la propiedad mediante la extinción del usufructo correspondiente a la esposa del testador, y que serviría para dar un tanto igualatorio en la distribución de los bienes hereditarios”.

- E) *Se admite la cautela socini como vía de introducir las prohibiciones.* Así las STS de 12-12-1958 y 08-06-1999 y SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 25-1-2002. Luego lo trataremos en un epígrafe monográfico.
- F) *Pueden hacerse por tiempo determinado.* Así, nuevamente la STS, Sala 1ª, de 21-12-2000 y los art. 400, 1051 y 1700.4º del C.c.

A modo de resumen entiendo que la cláusula no puede llegar al paroxismo o parálisis del fenómeno sucesorio en todas su fases (apertura de la sucesión, vocación a la herencia, delación de la herencia, adquisición y en su caso partición en su acepción más amplia). Tal y como declara la SAP de Madrid, Sec. 12ª, de 8-02-2012 *“Y como tal la prohibición, no puede ser extendida a términos tales, que implique una indefensión absoluta para los herederos y legitimarios, en la defensa de los bienes y derechos adquiridos por mor de una herencia. De tal modo que si se vieran ignorados, o perturbados o agredidos en la titularidad de sus derechos, se verían constreñidos o a aquietarse a dichas actuaciones cediendo involuntariamente en la defensa de sus intereses, o si ejercitaran acción en reivindicación de tales intereses, se verían sancionados igualmente con la pérdida de los mismos”.*

Este criterio me parece definitivo, pues no puede aceptarse que ante una situación de facto que objetivamente beneficia a alguien y que se niega a alterar dicho status quo a consta de no acceder de buen grado y extrajudicialmente a aquello a que el reclamante tiene derecho. Piénsese en un coheredero, usufructuario, cónyuge que disfruta u ocupa en exclusiva los bienes hereditarios y la indivisión le permite dicha situación, donatarios disimulados por el causante bajo la forma de compradores, etc.

La consecuencia de que la cláusula de prohibición de intervención judicial sea nula es el mero expurgo de la misma pues (STS, Sala 1ª, de 12-12-1959, SAP de Córdoba de 2-04-1992 y SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 25-1-2002) mientras que las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la Ley, anulan la obligación en los actos inter vivos (art. 1116 del C.c.), en los actos mortis causa la condición inadmisibile no perjudica la disposición que mantiene toda su validez, respondiendo la diversa solución para la jurisprudencia (art. 790 del C.c. y STS, Sala 1ª, de 17-11-1950) a la distinta regulación que merecen los efectos de voluntades emitidas con distintos fines y en distintas circunstancias, como son las del contratante y las del testador.

VII. PROHIBICIONES DE INTERVENCIÓN JUDICIAL Y LAS ACCIONES HEREDITARIAS CONCRETAS:

Si bien se mira, en todos y cada uno de los casos de prohibiciones que hallemos, encontraremos con la cuestión de interpretar, caso por caso la voluntad del causante (art. 675 del C.c.). Por ello entiendo que es más fácil buscar a la luz de los límites generales antes expuestos las diferentes posibilidades antes las cláusulas prohibitivas de intervención judicial que nos encontremos, pues como dicen el Auto de la AP de Madrid, Sec. 10ª, de 16-10-2007 y la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 25-1-2002 si bien la validez de dichas cláusulas viene siendo reconocida en abstracto por la Jurisprudencia, no se puede establecer a priori su nulidad o ineficacia, pues su validez dependerá de la licitud o ilicitud de la cláusula o declaración principal a la cual sirven de sanción.

“*Vamos a mojarnos*” con nuestra opinión:

- A) Fase de herencia futura: En vida del causante, su patrimonio no tiene cualidad de herencia y no es susceptible de negocio sucesorio contractual (cfr. el art. 1.271.2 del C.c., salvo excepciones, entre ellas los Derechos Forales).

Tampoco cabe impugnación alguna pues el testamento carece de eficacia (STS, Sala 1ª, de 23-02-2010, con cita de la STS de 07-04-1903) pues “*las acciones presuponen siempre la violación de un derecho y por ello, “como las disposiciones testamentarias, por ser esencialmente revocables y estar ordenadas para después de la muerte del testador, no pueden producir efecto alguno hasta que el mismo testador fallezca, es obvio que durante la vida del que ordenó el testamento no puede persona alguna impugnar la eficacia de éste, mediante acción de carácter civil, ya que ningún perjuicio irroga ni puede irrogar al testador, mientras vive, la existencia de la disposición testamentaria que aquél puede derogar o ratificar sin contención de ninguna clase”*”.

No obstante están las precauciones cuando la viuda queda encinta (art. 959 y ss. del C.c.). Las alusiones al juicio de testamentaría y las precauciones de la LEC de 1881 deben ser hechas ahora a la intervención del caudal hereditario (art. 790 y ss. de la LEC 2000), como implícitamente reconoce el Auto de la AP de Sevilla, sec. 8ª, de 31-1-2008. Obviamente dichas precauciones protegen los derechos del nasciturus, sea legitimario, sustituto, representante, etc. e la herencia (art. 30 del C.c.), a la vista del citado art. 959 del C.c. Es más, el tantas veces aludido art. 792.1.2 de la LEC parece amparar en su literalidad al nasciturus pues su objeto es la intervención judicial de la herencia durante la tramitación de la declaración de herederos, al efecto del cuál están legitimados “*cualquiera de los parientes que se crea con derecho a la sucesión legítima*”. Y conforme al art. 29 del C.c.: “*El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el art. siguiente*”. En conclusión, no cabe prohibir las acciones impugnatorias pues son complementarias de voluntad del testador o de la ley.

- B) Fase de herencia yacente: Como hemos visto antes, el art. 792.1.2 de la LEC trata la prohibición de la “*Intervención judicial de la herencia durante la tramitación de la declaración de herederos o de la división*”

judicial de la herencia” para cualquier coheredero o legatario de parte alícuota, mas dicha intervención no es en el más amplio sentido de “*Tomar parte en un asunto*” sino en el más limitado (art. 791.2 de la LEC) de ocupar los libros, papeles y correspondencia del difunto, inventariar y depositar los bienes y su administración, prohibición que a sensu contrario del citado art. 792 de la LEC no es extensible al cónyuge, parientes que se crean con derecho a la sucesión legítima ni acreedores.

Nótese que mientras que los herederos o legatarios promueven el aseguramiento en fase de herencia ya aceptada, porque adquieren previo llamamiento más aceptación (art. 792.1.2º de la LEC y 440, 609 y 989 del C.c., STS, Sala 1ª, de 27-06-2000), el cónyuge y los presuntos legitimarios pueden promoverlo en la fase de yacencia de la herencia, antes incluso de ser llamados, puesto que la acción que estos generalmente van a ejercitar es la del propio llamamiento (su propia declaración de herederos, notarial o judicial) y estos herederos abintestato son los administradores de la herencia, sin que implique su aceptación la mera administración y conservación de la misma, ex art. 999 del C.c.). En consecuencia, la medida accesoria de aseguramiento se concede en los mismos presupuestos que la principal correspondiente. Se concede la legitimación para instar la medida accesoria del aseguramiento (art. 792.2 de la LEC) a los acreedores “*privilegiados*”, o sea, los reconocidos como tales en el testamento (o por los coherederos) y los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo, durante la tramitación de la declaración de herederos o de la división judicial de la herencia.

Aquí la prohibición de intervención judicial en pos de medidas aseguratorias de la herencia es perfectamente posible, pese a la literalidad de la LEC, que las limita a herederos y legatarios de parte alícuota, pues con la mera existencia del albacea se enervan dichas medidas pues las acciones que sobre la herencia penden (cfr. art. 892 y 902.4 del C.c. y 6.1.4 y 7.5 de la LEC), así como su

administración, inventario incluido, serán ejercidas por el mismo, quien también la defenderá.

También se puede prohibir la partición judicial de herencia como tal (art. 782.1 de la LEC) vía la creación de los supuestos de existencia de “*un comisario o contador-partidor designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por resolución judicial*”.

Por lo tanto no se entiende que entonces, la prohibición de “*intervención judicial del caudal*” sólo se literalmente permitida respecto de herederos o legatarios de parte alícuota en cuanto llamamiento voluntario (no en cuanto legitimarios, pues pueden escudarse en el art. 792.1.1 de la LEC para el aseguramiento de la herencia) como medida accesoria de la partición judicial de la misma, cuando se puede prohibir la partición judicial en su conjunto. Queremos decir que será extraño que el testador no instituya un mecanismo de partición que evite el juicio de división judicial de herencia y, sin embargo, se cuide de prohibir que los sucesores pidan del Juez que asegure la herencia, sin nombrar un albacea.

Recordemos en este punto que el testador puede prohibir a los sucesores voluntarios acudir a la jurisdicción para dilucidar las cuestiones relativas a administración y partición de la herencia instituyendo el arbitraje. Pero este arbitraje es para dirimir controversias resultantes de dichas cuestiones, no para efectuar la propia partición.

De nuevo, en suma, el legislador nos está diciendo que los sucesores forzosos siempre podrán impugnar la partición y administración efectuadas –y sus medidas de aseguramiento– en la vía jurisdiccional, en línea con la Jurisprudencia (STS de 08-06-1999 y SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 25-1-2002).

C) Fase de apertura de la sucesión:

1. *Acción de nulidad de testamento*: Conforme al art. 675, pfo. 2º del C.c.: “*El testador no puede prohibir que se impugne el testamento*”

en los casos en que haya nulidad declarada por la ley". Ello incluye tanto la posibilidad de instar la nulidad del testamento (o cualquier otra disposición sucesoria) como a todas y cada una de las disposiciones testamentarias, incluida la propia cláusula de prohibición de intervención judicial (SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 25-1-2002 y STS, Sala 1ª, de 8-06-1999). Si bien la impugnación autónoma de dicha cláusula no tiene sentido pues sobre la misma se dilucidará cara a la cuestión de legitimación de la acción principal de que se trate.

2. *Acción de petición de herencia*: La acción de petición de herencia o "*actio petitio hereditatis*", a la que hacen referencia los arts. 192, 659, 1016 y 1021 del C.c., ha sido definida por la Jurisprudencia (STS, Sala 1ª, de 18-05-1932, 12-11-1963 y 21-06-1993), como "*una acción universal dirigida primordialmente a obtener el reconocimiento o cualidad de heredero y, en su caso, a la restitución de todo o de parte de los bienes que componen el caudal relicto del causante cuya posición con título o sin él retenga el demandado*". Recordemos que toda prohibición de intervención es inoperante cuando la intervención judicial ha sido promovida para que se cumpla la voluntad del testador (STS, Sala 1ª, de 1-06-1946, 29-01-1955 y 25-04-1963) o (STS, Sala 1ª, de 3-03-1980) o para que se cumpla la voluntad de la ley, particularmente las legítimas. Por la misma razón el acrecimiento, la representación, sustitución, etc. cumplimiento de legados, mandas, condiciones o modos, no pueden ser enervadas como acciones. Luego veremos el Expediente de Jurisdicción Voluntaria al efecto.
3. *Las acciones contra los actos que infringen la legítima no pueden verse enervadas por la prohibición de intervención judicial*, como hemos visto pues (art. 813 del C.c.) "*El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni susti-*

tución de ninguna especie...”, sean: 1. la prohibición de renunciar la legítima (art. 813 del C.c.), 2. preterición de legitimarios (art. 814 del C.c.). 3. suplemento de legítima (art. 815 del C.c.). 4. impugnación de la desheredación (art. 816 y 851 del C.c.). 5. acciones de impugnación contra los actos inoficiosos realizados por el causante en perjuicio de la legítima (art. 636 y 817 y ss. del C.c.). 6. Acciones de los legitimarios contra los actos de simulación o fraude realizados por el causante (STS, Sala 1ª, de 9-04-1970, 16-04-1973, 7-03-1980, 24-10-1995, 2-04-2001, 12-07-2001, etc.), 7. Computación (art. 818 del C.c.) y 8. colación (art. 1035 y ss. del C.c.).

Al efecto de la intangibilidad cuantitativa y cualitativa, recuerda la STS, Sala 1ª, de 20-09-1999 que para el cálculo del importe de la legítima habrá de estarse a los valores “*reales*”, sin que vinculen los que atribuya a los bienes el testador, o el heredero o legatario gravado con su pago y aunque nada obsta a que los interesados (en el caso, heredera testamentaria y legitimarios-legatarios) hubieran podido convenir los valores que estimasen oportunos, fueren superiores o inferiores a los reales, porque aunque la legítima deferida es de derecho dispositivo, no cabe atribuir tal efecto vinculante – de convenio– a los valores que se hacen constar en la escritura de manifestación y aceptación de herencia, pues su consignación puede responder a otras finalidades (fiscales, administrativas, etc.), y en sede de legítima es preciso que quede establecido de modo incuestionable que se acepta dicha valoración para su cálculo.

Es más, aunque, como hemos visto (art. 786.1 de la LEC) el testador puede establecer reglas de inventario, avalúo y partición, el mismo está restringido en cuanto a la legítima, tal y como resume la STS, Sala 1ª, de 14-12-2005:

“hay que aceptar, como hace ahora el Código civil en preceptos como los que ha invocado el recurrente (847, 1045-1º y 1074 CC), una

cierta corrección del nominalismo, procediendo, de una parte, a aproximar el momento de valoración al de la liquidación y pago, para expresarlo en unidades monetarias de tal momento; y, por otra parte, estableciendo la regla de pago en la moneda corriente en el momento de la liquidación, esto es, actualizando al valor actual de la moneda en el momento del pago. La infracción de este principio, que puede resultar inocua cuando redunde en una minusvaloración general y compensada respecto de todos bienes de la herencia sin repercusiones desfavorables para unos y otros herederos (SSTS de 21 de abril de 1966 y 7 de enero de 1991), constituye, por el contrario, causa de nulidad de la partición en aquellos supuestos en los cuales se advierte que dicho criterio valorativo produce una alteración del principio de equitativa distribución de los bienes de la herencia (pues, como dice la STS de 25 noviembre de 2004, la posición general entiende que cuando no se respeta el criterio igualitario concurre una causa de nulidad de la partición, debido a que supone la vulneración de lo preceptuado en la ley)”.

“Como esta Sala tiene declarado, las donaciones efectuadas por el testador deben ser traídas a la partición al efecto de computar su valor y determinar si son inoficiosas, con el fin de reducir las cuando ello sea preciso con arreglo a las disposiciones legales. Así, entre las más recientes, la sentencia de 11 de octubre de 2005 recuerda que “habrá de traerse el valor de los bienes donados al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios (art. 1045 CC) a fin de integrar la masa hereditaria con el relictum más el donatum a efectos de poder calcular las legítimas de los restantes herederos forzosos y comprobar si la donación las ha perjudicado causando su minoración (sentencia de esta Sala de 21 de abril de 1997, entre otras)”.

Igualmente recuerda la Jurisprudencia (STS, Sala 1ª, de 14-12-2005) que por más que el donante hubiera dispensado al favorecido con la liberalidad de la obligación de aportar a la masa hereditaria el valor que tuviera (art. 1036 del C.c.), la dispensa de colación no exime del deber de respeto a la legítima, que impone la computación (art. 818 del C.c.) y, en su caso, reducción de la liberalidades inoficiosas (art. 817) , dado que dicho

deber subsiste aun cuando las donaciones no tengan en principio carácter colacionable.

4. *Las reservas y reversiones (art. 811 y 968 y ss. y 812 del C.c.):* Por identidad de razón, al tratarse de imposiciones legales sobre la voluntad del causante, no pueden enervarse vía la prohibición de impugnación judicial.

D) *Albaceazgo:* Parecen indisponibles las acciones declarativas de nulidad de sus actos tanto en general cuando son contrarios a las normas prohibitivas o imperativas (art. 6.3 del C.c.), muy especialmente por la terminación del cargo (art. 910 del C.c.), especialmente por el transcurso del tiempo. Igualmente, la prohibición no puede impedir ni la rendición de cuentas (art. 907 del C.c.) ni toda revisión judicial de lo actuado por ese ejecutor privado (SAP de Barcelona, Sec. 16ª, de 8-03-2012).

E) *Concurso del causante y concurso de la herencia:* Dispone el art. 1.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal que el concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente. Igualmente conforme al art. 182, la muerte o declaración de fallecimiento del concursado no será causa de conclusión del concurso, que continuará su tramitación como concurso de la herencia. Corresponde a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relicto, sin que pueda cambiarse esta situación (art. 40.5 y 182 de la Ley Concursal). Concluye el art. 182.3 que la herencia se mantendrá indivisa durante la tramitación del concurso. Todas estas normas son imperativas, luego no cabe prohibición al respecto.

F) *Fase de aceptación o repudiación de la herencia:*

1. *Interpellatio in iure* (art. 1004 y 1005 del C.c.). Permite a los interesados en la herencia obtener una declaración de voluntad del llamado a la misma acerca de su aceptación o repudiación

de ella, para arrojar seguridad jurídica en breve plazo respecto a dicha sucesión, y evitar que el silencio del llamado pueda perjudicar a aquéllos. Entendemos que no puede prohibirse pues delación y aceptación son esquemas imperativos legales de que se produzca el fenómeno sucesorio (art. 440, 609 y 989 del C.c.) y, por lo tanto, queridos por el causante y por la Ley.

2. *Impugnación de la aceptación y repudiación de la herencia:* El art. 997 del C.c. sólo contempla como causas la concurrencia de los vicios que anulan el consentimiento o la aparición de un testamento desconocido, así como (art. 1001 del C.c.) si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél. No cabe la prohibición, pues estamos en presencia de derecho imperativo cuando la nulidad sea absoluta o la renuncia sea en perjuicio de terceros (art. 6 del C.c.). Como caso de laboratorio, podríamos plantearnos si puede prohibirse interesar judicialmente la anulación de tales actos, particularmente por vicios del consentimiento, pues la anulabilidad no es cuestión de orden público sino de interés de terceros quienes sólo éstos podrán accionarla (art. 1301 y 1302 del C.c.). Entiendo que no pues la aceptación y repudiación “*son actos enteramente voluntarios y libres*” (art. 988 del C.c.).
3. *El beneficio de inventario y el derecho de deliberar* (art. 1010 y ss. del C.c.): Estamos en presencia de actos de Jurisdicción Voluntaria (art. 1052 y ss. de la LEC de 1881) que se caracteriza por la ausencia de contradicción y, por tanto, el carácter no litigioso de los expedientes. Por ello, la resolución que se dicte no produce los efectos de cosa juzgada. Puede hacerse indistintamente (art. 1011 y 1102 del C.c.) ante Notario o judicialmente e incluso el cuerpo diplomático, por lo que se ve que propiamente no hay intervención jurisdiccional. Además es un derecho enteramente

libre del heredero (art. 988 del C.c. y STS, Sala 1ª, de 28-06-2000), siempre referido a la fecha de la muerte del causante (art. 999), normas imperativas.

G) *Fase de partición y adjudicación*: art. 1.051 a 1.087 del C.c.

1. En general:

a) En el antiguo juicio de testamentaría era necesario que el testador hubiese nombrado una o más personas, facultándolas para que, con el carácter de albaceas, contadores o cualquier otro, practiquen extrajudicialmente todas las operaciones de la testamentaría (art. 1.045 de la LEC de 1881). Presupuesto necesario que ha de darse en la práctica, de modo que (STS, Sala 1ª, de 20-09-1994) para poder aplicar al infractor de la prohibición antedicha las sanciones que prevea el testamento, es necesario que haya acudido el heredero a la práctica de la partición judicial durante la vigencia del albaceazgo o del mandato conferido al contador, conforme precisa la Jurisprudencia. Si por el contrario terminó el período de nombramiento del albacea carece de sentido aplicar la reducción impuesta como sanción ya que, de lo contrario, bastaría la oposición de un coheredero a la partición para que los demás, al serles extremadamente perjudicial promover el juicio de testamentaria y no poder efectuarse de otro modo la partición, vieran obstaculizado indefinidamente el ejercicio de sus legítimos derechos, lo cual sí pugnaría con la voluntad manifestada por los testadores.

Implícitamente, la STS, Sala 1ª, de 8-03-1989 admite que la renuncia o no aceptación de dichos cargos por los nombrados al efecto enerva la prohibición de intervención judicial en la testamentaría. De la misma manera (Auto de la AP de Cádiz, Sec. 8ª, de 14-02-2005, SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 26-9-2007 y SAP de Lugo, Sec. 1ª, de 19-09-2007) fallecido el

contador-partidor designado por el testador no puede compearse a dicha vía cegada o a la convencional a la sucesora, pues supondría obligarla a seguir con la herencia sin dividir, y quedaría por tanto a merced de los restantes interesados para poder conseguir la división.

- b) *Se admite la cautela socini como vía de introducir las prohibiciones.* Así las STS, Sala 1ª, de 12-12-1958 que reconoció la validez de una cláusula testamentaria en la que el causante “*prohíbe que se divida su caudal relicto mientras viva su mujer, estableciendo una sanción para el que reclame la legítima –la de ser privado del tercio destinado a mejora...*”. Luego volveremos sobre ello.
- c) *Impugnación de la partición:* Tanto la efectuada por el testador, contador partidor testamentario o contador partidor dativo pueden ser impugnadas pues “... *si la partición adoleciera de algún vicio de nulidad o lesionase derechos de los legitimarios, puede ser impugnada, pues lo contrario conculcaría el ordenamiento sucesorio, como ocurre en este caso, donde obra acreditado la falta de la liquidación de la sociedad de gananciales habida entre don Félix y Dª Dominga y, sin embargo, los bienes de la misma se han incorporado a la partición efectuada*” (STS de 08-06-1999 y SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 25-1-2002). Así están la acción de nulidad de la partición, por causas generales o por lesión de los derechos de los legitimarios, (STS, Sala 1ª, de 8-06-1999 y art. 1056 del C.c.), lo que es extensible a la hecha por los contadores partidores (STS de 17-06-1963 y 18-02-1987) y la específica por hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo (art. 1081 del C.c.). Y en cuanto a la acción rescisoria de la partición (art. 1073 y ss. del C.c.), cabe siempre la rescisión de la hecha por el testador por lesión en más de la cuarta parte de las legítimas (art. 1074 y 1075 del C.c.). Igualmente la partición del contador partidor dirimente (terminología de la STS de 24-02-2006) es igualmente impugnable (art. 787

de la LEC), pues si no hay acuerdo de los herederos con aquél la discrepancia será resuelta por el Juez aunque la sentencia que recaiga se llevará a efecto con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente, pero no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda

- d) *Pueden hacerse por tiempo determinado*. Así, nuevamente la STS, Sala 1ª, de 21-12-2000: “*no es un teoría arriesgada ni exagerada el proclamar que dentro de las facultades dispositivas del testador, esté el de prohibir la división de los bienes hereditarios, que podrá hacerla siempre por tiempo determinado*”.

Así los art. 400, 1051 y 1700.4º del C.c. prevén la indivisión de conjuntos patrimoniales, cuestión sobre la que luego volveremos.

El art. 365.2 del Código del Derecho Foral de Aragón permite que el disponente podrá ordenar que tanto respecto a la herencia como a bienes concretos de esta no se proceda a la partición durante un tiempo determinado, que no podrá exceder de quince años a contar desde la apertura de la sucesión, o por el tiempo en que los bienes estén sujetos al usufructo del viudo. Aunque pese a que haya prohibición o pacto de indivisión, el Juez puede autorizar la partición a instancia de cualquier partícipe si concurre una justa causa sobrevenida.

La Ley 331 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra permite al causante prohibir la división de la herencia, bien por todo el tiempo que dure el usufructo de fidelidad a favor del cónyuge viudo, bien por el tiempo que falte para que el heredero de menos edad tome estado o, aun sin contraerlo, llegue a los veinticinco años, bien, en cualquier otro caso, por un plazo máximo de diez años a contar del fallecimiento.

El art. 463-2 del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones permite que el causante puede ordenar que, tanto respecto a la herencia como a bienes concretos de esta, no se haga la partición durante un plazo que no puede exceder de diez años a contar de la apertura de la sucesión, plazo de indivisión que puede llegar a los quince años respecto al inmueble que sea residencia habitual de uno de los coherederos si este es cónyuge, conviviente en pareja estable o hijo del causante. Como en Aragón, aunque exista una prohibición o un pacto de indivisión, el juez, a instancia de cualquier coheredero, puede autorizar la partición o un anticipo parcial en bienes de la herencia o en dinero aunque no haya, si sobreviene una causa justa.

- e) *Las conmutaciones de legítimas* (art. 840 y 841 y ss. del C.c.) no pueden ver prohibida su impugnación, en primer lugar porque es preciso con carácter necesario mutuo consenso y en su defecto, aprobación judicial, luego la prohibición sólo alcanzaría al derecho al recurso, lo que es grotesco, pues como veremos, el recurso, especialmente la apelación, es una reproducción en otra instancia de la demanda y de su contestación.

Esta acción puede ejercitarse previamente a la partición, pues así lo admiten Jurisprudencia y Doctrina. Específicamente, en cuanto a la conmutación del usufructo, debe concurrir el mutuo acuerdo de los herederos con el cónyuge viudo (STS, Sala 1ª, de 4-10-2001 y 28-6-1962) y, en caso de que éste no lo preste, podrá sustituirse por mandato judicial (STS, Sala 1ª, de 4-10-2001) siempre que, vistas las circunstancias del caso concreto, lo entienda conveniente para “evitar los inconvenientes que pueden producirse en una situación de dominio compartido” (SAP de Castellón de 12-03-2001).

Ahora bien, como ya entendió VALLET, si el testador puede imponer la conmutación al cónyuge viudo, así como la forma de realizarla e imponerla también a los herederos, siempre que haga recaer su atribución en la parte libre de la herencia (SAP de Cantabria, Sec. 1ª, de 29-09-2004), también podrá imponer prohibiciones al efecto, particularmente si establece dicha conmutación, reglas al efecto o un contador partidor, añadido yo.

Además con carácter general tampoco comprende la Jurisprudencia menor la conmutación como acción cuyo ejercicio vulnera prohibición alguna del testador y así: “*Hemos de recordar que la cláusula testamentaria hace depender la aplicación de la reducción de la legítima a la condición de que algún heredero “se opusiere” a los términos en que queda configurado el usufructo de la viuda como universal y vitalicio. Por el contrario la conmutación de la legítima del cónyuge viudo no constituye sino una operación particional, pues es en el seno de esa partición y solo dentro de ella donde puede materializarse la transformación del derecho usufructuario en sus diversas modalidades, a saber, la asignación de una renta vitalicia, el producto de determinados bienes o un capital en efectivo. Siendo ello así en modo alguno puede equipararse el ejercicio del derecho a la conmutación, para cuya solicitud estarán legitimados tanto los herederos -en el supuesto del art. 839 C. Civil- como la propia viuda cuando, como en el caso presente, concurre con hijos solo del causante -art. 840 C. Civil-, con una oposición a la institución del cónyuge viuda como heredero universal y vitalicio. No estamos en presencia de una impugnación de dicha cláusula testamentaria ni del efecto jurídico que de ella se deriva, sino del ejercicio de una facultad que, respetando dicha institución, trata únicamente de evitar los inconvenientes tanto de orden económico como jurídico que para todas las partes pueden derivarse de la disociación del patrimonio hereditario entre usufructuario y nudos propietarios, evitando con ello una incómoda situación de comunidad que habría de perpe-*

tuarse durante la vida del cónyuge superviviente” (SAP de Asturias, Sec. 1ª, de 15-04-2010).

2. *La partición de la herencia.* El art. 1051 del C.c. impone, como ya hemos visto, que “*Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división. Pero, aun cuando la prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad*”.

Resumiremos en este punto a MARTÍN BRICEÑO¹⁴:

- a) El art. 1051, párrafo 1º, del C.c., sólo faculta al testador para suspender –no vetar– el ejercicio de la actio familiae eriscundae. No lo está el contador-partidor o comisario, como persona delegada de aquél, porque carece de facultad dispositiva sobre el patrimonio del causante. Ni tampoco lo está el albacea, cuya función reside en la gestión de los asuntos que le encomendó el testador, razón por la cual sólo podría encargarse de velar por el cumplimiento de la voluntad testamentaria de mantener indivisa la herencia.
- b) La doctrina (y la Jurisprudencia, como hemos analizado) ha venido manteniendo mayoritariamente que la restricción testamentaria a la partición hereditaria no vincula a quienes son herederos forzosos.
- c) El testador podrá imponer la indivisión de lo legado, no en virtud de lo dispuesto por el artículo 1051, párrafo 1º, C.c., sino a la luz de lo dispuesto por la regla 3ª del artículo 26 Ley Hipotecaria (“*Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas: (...) 3. Las impuestas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimo-*

¹⁴ MARTÍN BRICEÑO, Mª Rosario. *La prohibición testamentaria de dividir la herencia en el Código civil.* Dykinson, 2008.

niales, donaciones y demás actos a título gratuito, serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez”), del mismo modo que el donante impone la indivisión sobre una comunidad creada a raíz de la donación. La STS de 5-10-1961 (cdo. 1º) así lo ha reconocido, al manifestar que los comuneros pueden solicitar el cese de la comunidad a través de su división, salvo que “*el donante, el testador o los partícipes por un acto solemne, expresen su voluntad de que continúe la indivisión durante el tiempo permitido por la Ley*”. Y dicho límite máximo es el del art. 781 del C.c., el de las sustituciones fideicomisarias.

- d) Se puede prohibir la acción de división de herencia, pero no la de la división de la cosa común de la misma resultante. En consecuencia, si lo que pretende el causante es mantener indiviso alguno de los bienes que conforma la herencia, a fin, por ejemplo, de mantener su destino económico, deberá establecer unas reglas particionales en su testamento que los herederos estarán obligados a tener presentes en el momento de llevar a cabo la partición.
- e) Ha de tenerse en cuenta el supuesto de indivisión en interés a la preservación de una empresa (art. 1056, pfo. 2º del C.c.).
- f) Las causas de disolución de la sociedad civil como fuente de ineficacia de la disposición testamentaria que prohíbe dividir la herencia (art. 1700 del C.c.): 1. Cuando expira el término (cualquier límite temporal que superara lo dispuesto en el art. 781 del C.c. se tiene por no puesto). 2. Cuando se pierde la cosa, o desaparición del patrimonio hereditario, en cuyo caso ex art. 182.3 de la Ley Concursal, art. 182 de la LC la herencia se mantendrá indivisa durante la tramitación del concurso. 3. Por muerte, insolvencia, incapacitación o declaración de prodigalidad de cualquiera de los socios, y embargo de derechos de éstos en la sociedad. Entiende la autora citada que,

dado que la comunidad hereditaria no se rige por reglas de confianza, tal y como sucede con la sociedad civil, carece de lógico fundamento, acudir a la muerte, embargo o insolvencia del comunero como supuestos de la prohibición de dividir dispuesta por el causante, puesto que existen otras vías tendentes a proteger el derecho del coheredero como la justa causa, llegada del término y la también para la protección de los terceros en la división (art. 403 y 405 del C.c.) y 4. Por la voluntad de cualquiera de los socios. En este caso la autora, como la legislación foral antes citada, entiende que el coheredero podrá solicitar la partición hereditaria no sólo cuando la indivisión tiene plazo determinado, sino también cuando la disposición testamentaria estableciera que el caudal relicto debe permanecer indiviso durante un período de tiempo determinado si, a juicio del juez, existen circunstancias sobrevenidas lo suficientemente relevantes como para permitir su división antes del momento fijado por el testador.

3. *Acción de reembolso entre coherederos cuando uno ha pagado a un acreedor de herencia más de lo correspondía a su participación* (art. 1085 del C.c.). En cuanto título sucesorio voluntario, entiendo que puede prohibirse.
4. *Acción del coheredero acreedor del difunto para reclamar de los otros el pago de su crédito* (art. 1087 del C.c.). En cuanto título sucesorio voluntario, entiendo que puede prohibirse.
5. Entrega de los bienes (art. 440, 885 y 1068 del C.c.): Siendo el fenómeno sucesorio esencialmente traslativo del dominio (art. 609 del C.c.) va contra la voluntad de la ley y del testador, por radicalmente opuesta, prohibir las acciones sean interdictales (art. 441 del C.c.) u en juicio ordinario (art. 348 del C.c.) o Expediente de Jurisdicción Voluntaria (art. 2056 de la LEC de 1881) para la entrada en la posesión de los bienes.

6. *Evicción y saneamiento de los bienes adjudicados* (art. 860 y 1069 y ss. del C.c.) En cuanto título sucesorio voluntario, entiendo que puede prohibirse, máxime cuando el art. 1070.1º del C.c. expresamente lo permite.

VIII. PROHIBICIONES DE INTERVENCIÓN JUDICIAL Y LOS DIFERENTES PROCESOS ACCESORIOS DE LA ACCIÓN PRINCIPAL

Analizadas las acciones, fondo del asunto, veamos los procesos que coadyuvan al auxilio judicial impetrado:

- A) *Expedientes de jurisdicción voluntaria*: Conforme a la Disposición Derogatoria Única 1.1 de la LEC de 2000 está actualmente vigente el Libro III de la LEC de 1881, relativo a los Expedientes de Jurisdicción Voluntaria.

Para MONTERO AROCA¹⁵ *“En este sentido, la jurisdicción voluntaria es una institución que debe pertenecer al Derecho Jurisdiccional, sin que esto signifique que sea Jurisdicción o Poder judicial”, “los jueces que intervienen en los actos de jurisdicción voluntaria no ejercen jurisdicción, porque no actúan irrevocablemente el derecho respondiendo a una pretensión, inexistente al faltar la controversia”, “El juez tutela y garantiza por su auctoritas derechos privados, o, como dicen nuestros textos legales máximos, ejerce en este caso una función expresamente atribuida por la ley en garantía de un derecho (arts. 117.4 CE y 22.2 de la LOPJ)”*.

Conforme a la STS, Sala 1ª, de 13-05-1975, son actos de jurisdicción voluntaria no solamente los específicamente tipificados, sino (art. 1.811 de la LEC de 1881), *“todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez, sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas”*. Cuando cualquier norma de derecho material, exija o autorice a solicitar la inter-

¹⁵ Derecho jurisdiccional II. Tirant lo Blanch, 1997.

vención judicial para que se declare, instituya, modifique o extinga determinada situación o modificación jurídica, que no provoque pretensión procesal contenciosa frente a parte conocida o determinada, habrá de calificarse de “*acto de jurisdicción voluntaria*” sujeto a las normas de carácter general que en dicho Libro se establecen, conjugadas con las que especifique y exija la norma material que reclama, o autoriza a solicitar, aquella intervención judicial (STS, Sala 1ª, de 24-10-1975).

Entendemos que dado su carácter de expedientes no jurisdiccionales, propiamente dichos, no violarían la prohibición de intervención jurisdiccional, sin perjuicio de que puedan prohibirse específicamente. Pero, siguiendo la clasificación de MONTERO AROCA¹⁶, los Actos de Jurisdicción voluntaria relativos al derecho de sucesiones en nada se ve que contraríen la voluntad del testador o la de la ley, sino que coadyuvan a la misma, a saber:

1. Elevación a escritura pública de testamento otorgado sin intervención de Notario (arts.1943 a 1955 de la LEC de 1881). Es el acto de jurisdicción voluntaria previsto para elevar a escritura pública el testamento hecho de palabra, requisito necesario para que goce de eficacia. Los testamentos abiertos de referencia son generalmente el otorgado en inminente peligro de muerte, o en caso de epidemia.
2. Apertura de testamento cerrado y protocolización de memorias testamentarias (arts. 1956 a 1979 de la LEC de 1881). Es el acto previsto para la apertura y protocolización del testamento, en poder de la persona que conoce al fallecimiento del testador.
3. Protocolización de testamento ológrafo (arts. 689 a 693 del C.c.). Mediante este acto se dota de validez al testamento ológrafo, en poder de la persona que sabe de la muerte del testador.

¹⁶ Obra citada.

4. Protocolización de testamentos otorgados conforme a las disposiciones de las legislaciones forales (art. 406 y ss. del Código del Derecho Foral de Aragón, art. 421 del Código de Sucesiones de Cataluña, Ley 191 de la Compilación navarra. y art. 31 de la LDCFV).
5. *Declaración de Herederos Abintestato*: La LEC de 1881 lo regulaba, y lo regula, pues están vigentes sus art. 980 y ss. conforme a la Disposición Derogatoria 1.2ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. Para MONTERO AROCA¹⁷ nos encontramos ante unos procedimientos cuya finalidad fundamental no es el logro de una decisión jurisdiccional sobre situaciones en conflicto, sino de una resolución declarativa de derechos indiscutidos. Por lo mismo, cuando se plantea una auténtica controversia la ley remite, generalmente, al proceso ordinario que corresponda. Además tiene la modalidad notarial y la judicial, según que la solicitud la efectúen descendientes, ascendientes o cónyuge supérstite, siguiéndose entonces expediente notarial por la vía de las actas de notoriedad (art. 979 de la LEC de 1881); o que la posible declaración de derechos hereditarios hubiera de recaer en otras personas o el Estado, en su falta, para lo que se previene expediente judicial (art. 980 de la LEC de 1881, vid. tb. arts. 913, 956 y 958 del C.c. y 990 y 1.000 de la LEC e 1881). Porque trata de cumplirse los llamamientos legales, voluntad de la ley, y porque no es propiamente un juicio, entiendo no pueden prohibirse.
6. *Nombramiento de Contador Partidor Dativo (art. 1057 del C.c.)*: De modo que no habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Juez, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 % del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere

¹⁷ Obra citada.

conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece para la designación de Peritos. La partición así realizada requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios. La partición del liquidador así realizada requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los socios. Respecto de la aprobación de los socios, llegamos al mismo punto de acuerdo unánime. La Resolución aprobatoria en defecto de tal acuerdo es un Auto, no es Sentencia, la cuál no produce efectos de cosa juzgada propiamente ni de “*cosa juzgada atenuada*” del art. 222.4 de la LEC pero es título inscribible y su impugnación deberá llevarse por los trámites del juicio declarativo que corresponda (cfr. art. 5 de la LEC).

- B) *Diligencias preliminares*: Si a partir de la regulación de la LEC de 1881 podían encontrarse argumentos para sostener el carácter de jurisdicción voluntaria, particularmente por la falta de instrumentos para hacer cumplir la resolución u orden dirigida al solicitado, no ocurre así con la nueva regulación, en la que queda muy claro que el solicitado está obligado a cumplir y puede hacer valer sus razones, a través del incidente de oposición¹⁸.

No podemos ya excusarnos, pues en que las Diligencias preliminares, al contrario que el Expediente de Jurisdicción Voluntaria no es propiamente intervención jurisdiccional. Ahora bien, como acciones instrumentales de la principal, el juicio de admisibilidad de éstas determinará el de aquéllas, puesto que, precisamente (art. 256.1 de la LEC) son de preparación de todo juicio.

- C) *Medidas cautelares*: La instrumentalidad que se predica de toda medida cautelar supone que ha de ser exclusivamente conducente a

¹⁸ Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Varios autores. Irgium editores, 2001.

hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en la eventual sentencia estimatoria (art. 726.1º de la LEC), luego el juicio de admisibilidad de éstas determinará el de aquéllas, puesto que, aseguran el resultado de todo juicio.

- D) *Ejecución*: Dada la naturaleza derivada de la acción principal, ésta determina aquélla. No obstante, la ejecución de los derechos sucesorios, se dirime a través del juicio de división de patrimonios y no mediante el proceso de ejecución estrictamente (SAP de Bizkaia, Sección 4ª, de 4-05-2004 y Auto de la AP de Bizkaia, Sección 4ª, de 11-04-2006).
- E) *Recursos contra resoluciones judiciales, particularmente apelación y casación*: La Jurisprudencia sentada, entre otras por las STS, Sala 1ª, de 24-03-1983, de 10-03-1992 y de 13-05-1992- afirma que el órgano de apelación se encuentra por mor del principio “*novum iudicium*” frente a la pretensión en una situación similar al órgano de la primera instancia al fallar, de modo que la apelación y la oposición a la misma es una reproducción del esquema de ejercicio de acciones y oposición al mismo (o sea ejercicio de derecho y acciones y oposición al mismo, respectivamente). Luego la prohibición de la acción principal determina la del recurso.

IX. LA PROHIBICIÓN DE INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA HERENCIA BAJO LA FORMA DE CAUTELA SOCINI

La prohibición pura y simple es limitarse a ver sólo una de las posibles configuraciones que el causante puede dar a la enervación de la intervención judicial en el fenómeno sucesorio.

Pero como toda disposición sucesoria encuentra sus límites en la legítima, y no puede impedirse la reclamación judicial frente a una posible lesión en los derechos legitimarios (STS, Sala 1ª, de 19-11-1901, 8-11-1967, 8-06-1999, 21-11-2011), el causante siempre puede recurrir a

hacer efectiva su prohibición de modo que sucesor el que la contradiga reduzca su derecho al estrictamente legitimario.

Estamos hablando de la comúnmente llamada cláusula o *cautela Socini* así como *Gualdense* (por apoyarse en un dictamen emitido por el juriscónsul italiano del siglo XVI Mariano Socini Gualdense) o cláusula angélica (por atribuirse dicha fórmula a Ángelo Ubaldi). Es la que puede emplear el testador para, dejando al legitimario una mayor parte de la que le corresponde en la herencia por legítima estricta, gravar lo así dejado con ciertas cargas o limitaciones, advirtiendo que si el legitimario no acepta expresamente dichas cargas o limitaciones perderá lo que se le ha dejado por encima de la legítima estricta. Ejemplo típico es la opción concedida por el testador al legitimario para elegir entre dos alternativas, o tolerar el usufructo universal del cónyuge viudo, o atribuirle el pleno dominio de todo el tercio de la herencia denominado de libre disposición, a más de los derechos que la ley concede al cónyuge supérstite como legitimario.

En este sentido se incorporó al Código Civil y así el apartado 3º de su art. 820 dispone que “*Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador*”, lo que supone la reducción de su porción hereditaria a la legítima.

Ciertamente, dicho precepto, el único que la contempla, se refiere sólo al usufructo o renta vitalicia, pero doctrina y jurisprudencia la aplican a toda carga o limitación que se establezca con tal previsión.

Aun cuando parte de la doctrina ha sostenido que esta cautela supone un artificio en fraude de ley en cuanto elude la norma que establece la intangibilidad cualitativa de la legítima, la doctrina predominante (ROCA SASTRE, VALET DE GOYTISO y PUIG BRUTAU) aboga por su validez por su clara utilidad y el hecho de que no se coacciona la libre decisión del legitimario que, en todo caso, puede optar por recibir en plena propiedad la legítima estricta. Según ROCA SASTRE esta cautela Socini o

Gualdense es una cláusula lícita, y añade VALLET DE GOYTISOLO que si al testador le es ilícito gravar la legítima del hijo, en cambio es lícito que el hijo acepte cualquier gravamen sobre su legítima. Y continua ROCA, el legislador no se entromete en la libre opción del legitimario. PUIG BRUTAU termina resumiendo que esta cláusula es completamente admisible, y el Tribunal Supremo aceptó su validez en su STS, Sala 1ª, de 12-12-1958. Y desde entonces la Jurisprudencia, así STS, Sala 1ª, de 3-12-2001 y 10-07-2003, sanciona la validez de la *cautela socini*, si bien no se plantean –por ser obvio– que no pueda alcanzar a la legítima estricta.

La cautela socini igualmente ha tenido acogimiento en la legislación foral y especial (art. 49 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, art. 358.2 y 360 del Código de Sucesiones de Cataluña y art. 118 de la Ley 4/95 de Derecho Civil de Galicia).

La cláusula es, pues, válida, aunque habrá que discutir sobre su eficacia. Y si su nacimiento, como en todo silogismo, es la consecuencia jurídica de un supuesto de hecho, habrá de analizarse ambos pues ambos son requisitos necesarios pero no suficientes de dicha eficacia: A) El supuesto de hecho: El designado por la cláusula sociniana acepta, o no, la disposición del testador. B) La consecuencia jurídica: Correlativamente, el designado obtiene, o no, una ganancia o pérdida sucesoria adicional.

A) *El supuesto de hecho*: El designado por la cláusula sociniana acepta, o no, la disposición del testador.

1. La legítima está protegida por la intangibilidad cualitativa (art. 813 del C.c.) y cuantitativa (art. 815) y esta última debe ser respetada en todo caso por el causante, por lo que:

a) *Conforme unánime Jurisprudencia, existe la legitimación de los herederos forzosos para solicitar la nulidad de los actos llevados a cabo por su causante, por considerarlos simulados o cuando pueden atacarse sus derechos legitimarios* (STS, Sala 1ª, de 9-04-1970, 16-04-1973, 7-03-1980, 24-10-1995, 2-04-2001, 12-07-2001, etc.).

- b) *Nunca podrá impedir que la persona legitimaria acuda a los Tribunales en protección de la legítima estricta y ya la STS, Sala 1ª, de 19-11-1901 dijo: “la cláusula testamentaria prohibitiva de la intervención judicial bajo la pérdida de los derechos hereditarios adquiridos en virtud del testamento por el heredero... que promoviere juicio de testamentaria o suscite reclamación judicial de cualquier clase no es aplicable al caso de que, terminadas las operaciones testamentarias, uno de aquellos demandase un derecho no procedente de la voluntad del testador sino de la ley...”.*
- c) *Dentro de la protección de la legítima están las acciones para el cálculo de la misma, respecto de las que no opera la prohibición: Doctrina, reiterada posteriormente en las STS, Sala 1ª, de 8-11-1967 y 8-06-1999 en el sentido de que no puede impedirse la reclamación judicial frente a una posible lesión en los derechos legitimarios. Por tanto, la cláusula de la testadora que prohíbe la intervención judicial y que sanciona el quebrantamiento de la misma con la percepción exclusiva de “la proporción o cuota que en concepto de legítima estricta o corta señala la Ley (...) carece de eficacia cuando las legitimarias, en el proceso anterior que ha sido reseñado, reclamaron exclusivamente su legítima estricta y los demás pronunciamientos venían referidos al cálculo de la misma” (STS, Sala 1ª, de 21-11-2011).*

Es más, aunque, como hemos visto (art. 786.1 de la LEC) el testador puede establecer reglas de inventario, avalúo y partición, el mismo está restringido en cuanto a la legítima, tal y como resume la STS, Sala 1ª, de 14-12-2005:

2. Aproximar el momento de valoración al de la liquidación y pago, para expresarlo en unidades monetarias de tal momento; y, por otra parte, estableciendo la regla de pago en la moneda corriente en el momento de la liquidación, esto es, actualizando al valor actual de la moneda en el momento del pago.

3. Cabe una minusvaloración general y compensada respecto de todos bienes de la herencia sin repercusiones desfavorables para unos y otros herederos. No caben, por el contrario, aquellos supuestos de alteración del principio de equitativa distribución de los bienes de la herencia.
4. Las donaciones efectuadas por el testador deben ser traídas a la partición al efecto de computar su valor y determinar si son inoficiosas, con el fin de reducirlas cuando ello sea preciso con arreglo a las disposiciones legales, sin que la dispensa de colación dispense de la colación, imputación y reducción, en su caso.
5. *La cautela socini y las acciones que no orbitan sobre la legítima*: Aunque se haya tratado de pasar la cautela socini como una opción del sucesor, ello obvia que se trata de una institución del causante, sujeta a condición potestativa o mixta (válidas ambas en derecho de sucesiones frente al de obligaciones, cfr. art. 795 y 796 vs. 1115 del C.c.) y que caso de ser contrarias a las leyes o a las “buenas costumbres” “se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa”. A la misma conclusión llegamos por aplicación de las cláusulas anti fraude y de protección del orden jurídico de los apartados 3 y 4 del art. 6 del C.c. (“3. *Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*” y “4. *Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*”).

De tal manera que “*si toda condición es en definitiva, sólo medio para la consecución de un fin, necesariamente ha de verse influenciada, imprimiéndole carácter, por una doble circunstancia, la de la licitud sustancial que el acto u omisión de aquélla en sí consista, y por la del designio o*

propósito que con su cumplimiento pretenda conseguir quien la impone, de tal suerte que tanto si lo primero es contrario a derecho, como si la finalidad perseguida es hacer posible lo que la Ley no permite realizar, es evidente que la condición que se dirija a tan arbitrario fin habrá de reputarse contraria a derecho” (STS, Sala 1ª, de 12-12-1959, SAP de Córdoba de 2-04-1992 y SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 25-1-2002). Es decir, deberemos analizar caso por caso la licitud de la cláusula en cuestión.

Nuevamente insisto en que no se puede llegar al paroxismo o parálisis del fenómeno sucesorio en todas su fases (apertura de la sucesión, vocación a la herencia, delación de la herencia, adquisición y en su caso partición en su concepto más amplio). Tal y como declara la SAP de Madrid, Sec. 12ª, de 8-02-2012 *“Y como tal la prohibición, no puede ser extendida a términos tales, que implique una indefensión absoluta para los herederos y legitimarios, en la defensa de los bienes y derechos adquiridos por mor de una herencia. De tal modo que si se vieran ignorados, o perturbados o agredidos en la titularidad de sus derechos, se verían constreñidos o a aquietarse a dichas actuaciones cediendo involuntariamente en la defensa de sus intereses, o si ejercitaran acción en reivindicación de tales intereses, se verían sancionados igualmente con la pérdida de los mismos”*.

Así la STS, Sala 1ª, de 2-11-2010 se pronuncia en contra de una cláusula absoluta del siguiente tenor literal *“Prohíbe el testador expresamente a los favorecidos en este testamento todo tipo de intervención judicial, debiendo efectuarse el reparto del caudal, las adjudicaciones pertinentes y la entrega de los legados caso de tener efectividad, de común acuerdo por todos ellos, quedando sancionado el contraventor de esta prohibición con la pérdida de todos los beneficios que a su favor pudieran resultar del presente testamento”*. Concluye el alto tribunal que *“la recta interpretación de dichas prohibiciones lleva a entender que lo querido por el testador es impedir que cualesquiera personas benefi-*

ciadas por su disposición testamentaria reclamen la intervención judicial para obtener mayores derechos que los que les han sido reconocidos por el propio testador, pero en absoluto impiden que, ante la disconformidad de los interesados con la interpretación que cada uno de ellos sostenga sobre la voluntad del testador en cuanto a la atribución de bienes o derechos a cada uno de ellos, sean los tribunales los que decidan sobre ello previa solicitud de aquél que se considere perjudicado por la posición adoptada por la mayor parte de los interesados”.

- B) *La consecuencia jurídica*: Lo malo (o bueno, según para quién) de la cautela socini es su rigidez: Haz esto y te premio o lo contrario y te quedas con menos. Esta rigidez quiere decir que desde el punto de vista del sucesor, sus acciones darán lugar a consecuencias extremas, eficacia o ineficacia, nunca intermedias, “*cara o cruz, nunca de canto*”: La cláusula es válida o no lo es y, correlativamente, el designado obtiene, o no, una ganancia sucesoria adicional a cambio de un gravamen, o se tiene por no gravado. La Jurisprudencia (STS, Sala 1ª, de 27-02-1964 y 28-06-1986) sobre la eficacia de los actos contrarios a las normas prohibitivas o imperativas (art. 6.3 del C.c.) establece que no puede aplicarse indiscriminadamente la nulidad, sino que hay que llegar a clasificar los actos contrarios a la ley en tres distintos grupos: Primero: Aquellos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces incluso de oficio. Segundo: Actos contrarios a la ley en que la ley misma disponga, a pesar de ello, su validez, debiendo entonces reconocérseles validez a tales actos contra la *legem*. Tercero: Actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración expresa sobre su nulidad o validez, debiendo entonces el juzgador expresar su prudencia en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el

acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja y sancionándole con la nulidad si median trascendentales razones que patenten al acto como gravemente contrario al respeto debido a la ley, la moral o el orden público, encontrándose inficionado de lo que el Código llama “*causa torpe*”. Esta doctrina se completa con la de la nulidad parcial de aquellos contratos en los cuales sólo algún pacto resulte contrario a la ley y siempre que conste, además, que se habría concertado aún sin la parte nula (STS, Sala 1ª, de 10-10-1977 y 4-12-1986).

Pues bien, en general el Tribunal Supremo (así STS, Sala 1ª, de 19-11-1901, 8-11-1967 y 8-06-1999) enerva la eficacia la cláusula del testador, es decir, le dan la plena atribución que le correspondería al sucesor, de haber cumplido la voluntad del causante, conforme lo establecido en dicha cláusula ineficaz “*hace inaplicable cualquier interpretación de las cláusulas del último testamento del causante en orden a que estas puedan de algún modo condicionar o restringir el derecho de sus herederos forzosos a la legítima estricta*”.

X. ESPECIALIDADES DE LA LEY 3/1992 DE DERECHO CIVIL FORAL DEL PAÍS VASCO

Como dice ADRIÁN CELAYA IBARRA, el Derecho Foral del País Vasco siempre se ha apoyado en el Derecho común y no ha tratado más que de regular los aspectos específicos de aquél. En esta misma línea no vamos a reiterar punto por punto lo que hemos señalado arriba, que en general es de aplicación a nuestro Derecho Foral, sino las especialidades más destacables.

Y dentro del tema que nos ocupa, de las cláusulas limitativas de la intervención judicial en cuestiones mortis causa hemos de partir del frontispicio del art. 4 de la Ley 3/1992 de Derecho Civil Foral del País Vasco –LDCFV, en lo sucesivo–, conforme al cuál, “*De acuerdo con el prin-*

cipio de libertad civil, tradicional en el Derecho Foral vasco, las leyes se presumen dispositivas, y la renuncia a los derechos de ellas derivados será válida en tanto no contraríen el interés o el orden público, ni perjudiquen a tercero”, en línea con el art. 6.2 del C.c.

- A) *Ámbito personal: Vizcaínos aforados, vizcaínos no aforados y ayalenses:*
 Recordemos que la sucesión se rige por la ley personal del causante al tiempo de su fallecimiento que en el derecho interregional es la vecindad civil (art. 9, 13 y 14 del C.c.), la cuál determina, por tanto la sujeción a la Ley común o a la Ley Foral.

Es corriente encontrarse casos en que el causante excluye de forma voluntaria la ley aplicable (art. 6.3, 12.4 y 13 del C.c.), en perjuicio de terceros (art. 6.2 del C.c.) e incluso pudiera hablarse de un fraude de ley, (art. 6.4 del C.c.) pues en contra de lo establecido en los anteriores testamentos, el sometimiento a la legislación foral, suele obedecer al motivo de apartar a ciertos hijos de la herencia sin necesidad de justificación. Ha de estarse (art. 9.8 del C.c. y SAP de Bizkaia, Sección 4ª, de 7-04-2009) a su ley sucesoria en el momento del otorgamiento, en cuyo caso cabrá la invalidez parcial del mismo.

Sin embargo, el testamento no otorgado conforme a la legislación civil aplicable carece de valor y eficacia alguna, sin que quepa sostener una validez parcial del mismo una vez se respetaran las legítimas pues lo cierto es que no es un testamento perfecto a los efectos de los dispuesto en el art 739 del C.c. (SAP de Bizkaia, Sección 4ª, de 19-02-2001, de 1-02-2008 y 25-11-2008). Resulta la propia nulidad de la prohibición de impugnar (art. 675.2 del C.c.) y la prohibición de impugnación no es legítima, en suma.

- B) *La Troncalidad:* Dispone el art. 24 de la LDCFV que *“Los actos de disposición de bienes troncales realizados a título gratuito, “inter vivos” o “mortis causa”, a favor de extraños o de parientes que no pertenezcan a la línea preferente de quien transmite, serán nulos de pleno derecho”*. En

aplicación literal de este precepto, la SAP de Bizkaia, Sección 4ª, de de 1-03-2004.

Aunque resulte obvio, tanto esta última sentencia citada como la SAP de Bizkaia, Sección 5ª, de 19-07-2002 y Sec. 4ª, de 6-07-2007 reconocen que el titular de bienes troncales sólo puede disponer del mismo respetando los derechos de los parientes tronqueros, de ahí que cuando se realicen actos de disposición que los contraven- gan, la Ley reconoce a éstos la posibilidad de impugnarlos, en fun- ción de la naturaleza del acto. Y la prohibición en contrario se tiene por no puesta.

Y la contravención dará lugar a la nulidad o expurgo de la cláusula sucesoria (SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 4-02-2009).

- C) *Fase de Herencia Futura*: Si en derecho común partimos de que en vida del causante, su patrimonio no tiene cualidad de herencia y no es susceptible de negocio sucesorio contractual (cfr. el art. 1271.2 del C.c.), aquí la conclusión es distinta pues caben los pactos sucesorios. Es más la fase de herencia futura también se da tras la muerte del causante, caso de vigencia de poder testatorio. Vere- mos luego ambas instituciones.

Por ahora destaquemos que el acto mortis causa que rige la sucesión no carece en dichos supuestos de ineficacia, como lo demuestran los art. 48, 79 y 80 de la LDCFV al hablar de distintos supuestos de ine- ficacia ora del poder testatorio, ora del pacto sucesorio. Y a sensu contrario pero parafraseando de la Jurisprudencia sobre el Derecho común serán admisibles “*las acciones*” pues “*presuponen siempre la vio- lación de un derecho*” y por ello, como el poder testatorio y el pacto sucesorio pueden producir efectos antes o después de que el causan- te fallezca. En consecuencia no puede prohibirse esta impugnación.

No obstante están las precauciones cuando la viuda queda encin- ta (art. 959 y ss. del C.c.). Las alusiones al juicio de testamentaria y

las precauciones de la LEC de 1881 deben ser hechas ahora a la intervención del caudal hereditario (art. 790 y ss. de la LEC 2000), como implícitamente reconoce el Auto de la AP de Sevilla, sec. 8^a, de 31-1-2008.

D) *Fase de Herencia Yacente*: La especialidad viene del poder testatorio, que luego analizamos.

E) Fase de llamamiento o delación:

1. *Sucesión testada y testamento mancomunado*: Entiendo que no hay especialidades reseñables respecto de los testamentos individuales.
2. *El poder testatorio*: El poder testatorio o sucesión por comisario (art. 32 y ss. de la LDCFV) supone una institución bajo condición suspensiva, de modo que, a semejanza del régimen de éstas en los art. 1120 y ss. del C.c., podemos diferenciar la situación de los sucesores, pendiente condición y cumplida la condición de la designación por el comisario de los sucesores del causante.

a) *Pendiente el ejercicio del poder sucesorio*: La propia naturaleza de la figura jurídica, donde la institución de sucesores, “*presuntos sucesores*” limita notablemente las acciones de posible ejercicio. Retomando el esquema del anterior epígrafe “*VII.- Prohibiciones de intervención judicial y las acciones hereditarias concretas*” concluimos:

1. *Fase de herencia futura*: Caben las precauciones cuando la viuda queda encinta (art. 959 y ss. del C.c. y 792.1.2 de la LEC), sin diferencia.
2. *Fase de herencia yacente*: En relación al art. 792.1.2 de la LEC (“*Intervención judicial de la herencia durante la tramitación de la declaración de herederos o de la división judicial de la herencia*”) existen las siguientes diferencias:

- a) El inventario de bienes es imperativo (art. 36 de la LDCFV) a tenor de las expresiones “*En todo caso*”, “*deberá realizar*”, “*de cuyo contenido deberá dar cuenta a los presuntos sucesores*”, por lo que ni el causante ni el comisario podrán enervar las acciones previstas en los art. 792 de la LEC al efecto.
- b) En cuanto a las medidas judiciales de aseguramiento de los bienes de la herencia (art. 791.2 de la LEC) pueden ser prohibidos. A sensu contrario del citado art. 792 de la LEC, la LDCFV nos da otra solución. Así no podrá instarse judicialmente dichas medidas pues su ejercicio corresponde (art. 40 y 105) a la persona que el testador hubiere designado en su testamento, por su falta, el cónyuge viudo, y, en defecto de éste, el propio comisario. Así Auto de la AP de Bizkaia, sec. 4ª, de 28-6-2011 y SAP de Bizkaia de 22-12-2010 por aquél citada.
3. *Acción de nulidad de testamento*: Puede ejercerse, sin duda, pues el testamento puede impugnarse por quien ostente la condición de heredero, o quien tenga la expectativa de llegar a serlo, los posibles o eventuales herederos (STS, Sala 1ª, de 4-05-2005 y 21-11-2007) y sin que obste la existencia de otras personas con carácter preferente (STS, Sala 1ª, 13-07-1989 y 7-12-1970). En el Derecho foral vizcaíno y ayalense la enervación de la prohibición es del mayor interés dado el carácter categórico del apartamiento como privación del derecho a la sucesión.
4. *Acción de petición de herencia*: No siendo los sucesores, sino “*presuntos*”, nada pueden pedir, pues en nada han sido instituidos, pues su derecho se limita a pedir alimentos con cargo a los rendimientos de los bienes hereditarios (art. 41 de la LDCFV). SAP de Bizkaia de 22-12-2010 “... *resultando que consolidada la*

comunicación foral sin haberse dado aún ni su partición ni su adjudicación y no habiendo hecho uso del poder testatorio conferido a su favor la viuda, resulta que quien tiene la representación y administración de esa masa patrimonial, mientras no se de aquella y se use éste, lo es la Comisaria, sin que el actor ostente ni la cualidad de heredero ni la de representante de la herencia yacente por más que sea hijo del fallecido, ya que aun no ha sido designado heredero no realizando acto alguno que evidencie su designación o consideración como tal". No genera legitimación activa la mera expectativa de la actora de ser heredera, toda vez que en la cláusula segunda del testamento de su padre el poder testatorio a favor del cónyuge viudo se hace en favor de su hija y de los descendientes que ésta pudiera tener, y ello con prórroga del plazo legal por todos los años que viviera su cónyuge...".

- a) *Ejercicio del poder sucesorio* (Fase de apertura de la sucesión): Lo característico de la institución es que el comisario efectúa uno o varios actos (art. 45 de la LDCEV), llamamientos a título universal o singular, y está sujeto a formalidades (art. 46) y a capacidad (art. 34). Igualmente los instituidos deberán ser capaces (art. 34), además de dignos. Todo ello puede dar lugar a la nulidad de algún acto, cuya impugnación no pueden prohibir ni causante ni comisario (art. 6.3 y 675 del C.c.) pues la nulidad, sea del testamento-apoderamiento, sea del acto-representativo devendrán del tenor de la Ley.
- b) *Frustración del poder sucesorio* (Fase de apertura de la sucesión): No hay especialidades que reseñar, pues dará lugar a la aplicación del testamento preventivo o la apertura de la sucesión abintestato.
5. *Fase de partición y adjudicación*: Las especialidades son:
- a) El comisario podrá adjudicarse a sí mismo los bienes que le pudiese haber atribuido por testamento el causante, así

como aquellos que le corresponderían en el caso de sucesión intestada o a falta de ejercicio del poder testatorio (art. 38 de la LDCFV). No parece posible la prohibición de dicha facultad.

- b) El art. 64 prevé que si hubiese poder testatorio, la valoración de los bienes para fijar la legítima se hará: “1.- Por el comisario, si no tuviese interés en la sucesión. 2.- Por el comisario, con el contador-partidor que el causante hubiese designado. 3.- Por el comisario con los sucesores presuntos. 4.- Por decisión judicial”. Pese a que los apartados del precepto incluyen cifras cardinales y no ordinales, es decir, “uno” y no “primero” parece que los tres primeros van en los siguientes orden y sentido: Primero el comisario no favorecido por la sucesión (que como negocio jurídico unilateral, como partición no precisa el consentimiento de los sucesores, STS, Sala 1ª, de 19-02-1962); segundo el comisario sí interesado mancomunadamente con el contador-partidor testamentario; tercero a falta de éste (pues los sucesores no pueden obviar al contador-partidor testamentario, STS, Sala 1ª, de 17-04-1943, 22-01-1952, 18-02-1987 y 15-07-1988). En sentido contrario, las STS, Sala 1ª, de 20-10-1992 y 22-02-1997, que son de fecha posterior a la LDCFV, por lo que es, otro motivo, más, para pensar que la intención del legislador, de la Ley es que los sucesores no pueden ignorar al comisario. Tercero por el comisario con los sucesores presuntos. Cuarto judicialmente, sea por defecto de los medios anteriores (partición herencia, art. 782 y ss. de la LEC), sea por impugnación de los mismos, lo cuál el causante no puede prohibir, como hemos visto en el Derecho común.

Lo que este precepto nos está diciendo es que, al contrario de las citadas STS, Sala 1ª, de 20-10-1992 y 22-02-1997,

aunque los sucesores sean plenamente capaces, no pueden eludir al comisario (art. 782 de la LEC en idéntico sentido) –si bien este no podrá ser autónomo, salvo que no sea favorecido por la sucesión–. El argumento es el contrario al señalado por aquella “... *si los herederos todos ellos mayores de edad y con la libre administración y disposición de sus bienes, por existir acuerdo unánime entre ellos deciden efectuar, por si solos, la partición, desaparece la razón justificativa de la intervención del contador-partidor, ya que su nombramiento se entiende hecho en beneficio de todos los herederos a fin de eliminar todo posible litigio entre ellos acerca de la forma de partir*”, pues la voluntad del comisario es preferente, aunque no absoluta.

Además, el art. 64 de la LDCFV plantea una alteración de orden cronológico respecto del Derecho común acerca del momento y alcance de fijar el importe de la legítima. Efectivamente, la sucesión se rige preferentemente por la voluntad del difunto, y, por delegación de éste, por la del comisario, por antonomasia vivo en la partición, a veces ya muerto (art. 46 de la LDCFV).

La referencia a que éste evalúe con los “*sucesores presuntos*” no puede ser por tanto al valor del inventario antes de ordenar la sucesión del causante (art. 36), sino a que el comisario “*está comprando la paz*”, o sea, es una transacción que fija las simultáneas o posteriores instituciones y adjudicaciones pactando con los sucesores presuntos existentes. Ahora bien (art. 1057 del C.c.) volvemos a que tal contrato no vincula a otros legitimarios (sobrevenidos), luego ha de traerse a colación (nunca mejor dicho) la Jurisprudencia antes citada de que para el cálculo del importe de la legítima habrá de estarse a los valores “reales”, sin que vinculen los que atribuya a los bienes el testador, o el heredero o legatario gravado con su pago.

- c) *Impugnación de la partición*: Tanto la efectuada por el testador, contador partidador testamentario o el comisario pueden ser impugnadas. Ahora bien, una cosa son defectos en el modo de la partición y otra muy distinta e inimpugnable es que en uno o varios actos el comisario ordene la sucesión del causante, incluso con el eficazísimo recurso a los apartamientos expresos de legitimarios. Donaciones o legados apartando a los donatarios del resto de la sucesión a los legitimarios, o institución de heredero apartando a los no favorecidos (art. 32 y 54 de la LDCFV).
6. *Los Pactos sucesorios*: Del art. 74 de la LDCFV deducimos que se caracterizan por participar de cuatro elementos esenciales de los contratos, a saber, 1. ser fuentes de obligaciones (art. 1088 y 1091 del C.c.), 2. ser causa de adquisición de bienes y derechos (art. 609 del C.c.), 3. regirse por el principio de autonomía de la voluntad, con sus correspondientes limitaciones (art. 1255 del C.c.) y 4. estar sujeto al principio de relatividad (art. 1257 del C.c.) en cuanto que sólo producen efectos entre las partes contratantes y sus sucesores.

Se distinguen porque tienen naturaleza mortis causa (art. 75 de la LDCFV), con independencia del momento de transmisión concreta de los bienes (pactos con eficacia de presente o con eficacia post mortem, art. 74 y 78), pues suponen en general la ordenación sucesoria integral del causante (art. 27 y 74).

Respecto de las disposiciones testamentarias ya hemos adelantado nuestra opinión que la cuestión de la prohibición de intervención judicial es una restricción impuesta por el testador en ejercicio de la facultad de disposición de las partes sobre el proceso, con la consiguiente falta de legitimación “*ad causam*” de éstos sobre el objeto del pleito ex. art. 16 y 19 de la LEC, 661 y 1257 del C.c. y la Ley de Arbitraje.

La diferencia (menor, procedimental) entre la prohibición en pacto sucesorio y en testamento es que en ésta, se plantea una falta de legitimación del actor. En el supuesto de pacto sucesorio estamos en presencia de la transacción (art. 1809 del C.c., “*La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado*”, que igualmente presupone capacidad y poder de disposición (art. 1810 a 1814 del C.c.) y que contiene disposiciones que parecen pensadas para el pacto sucesorio en relación con la legítima (vgr. art. 1815 del C.c. “*La transacción no comprende sino los objetos expresados determinadamente en ella, o que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma. La renuncia general de derechos se entiende sólo de los que tienen relación con la disputa sobre que ha recaído la transacción*) y la posibilidad de apartamiento (art. 54 de la LDCFV). Como en el caso del Arbitraje, estamos en presencia de una diferencia menor, el modo de hacer valer en juicio la imposibilidad de impetrar la acción de la Justicia, procesal (excepción de cosa juzgada en transacción, incompetencia en arbitraje) frente a falta de legitimación con carácter general.

Como tal pacto sucesorio, es “*res inter alios acta*”, razón por la que no podrá perjudicar a terceros, particularmente a legitimarios que vayan surgiendo con el tiempo y no hayan renunciado a la legítima. Pero aquí tenemos el útil mecanismo del apartamiento con el que hacer cuadrar todo el mecanismo sucesorio¹⁹.

¹⁹ La Propuesta de nueva Ley de Derecho Civil Vasco de la AVD-ZEA prevé, art. 48.5, 100.2 y 103 la renuncia a una herencia o parte de la misma, conteniendo el citado art. 48.5 un interesante principio interpretativo perfectamente aplicable y no sólo de laege ferenda, de modo que cabe igualmente la renuncia a la legítima, incluso antes del fallecimiento del causante, mediante pacto sucesorio entre el causante y el legitimario, pero, salvo renuncia de todos los legitimarios, se mantendrá la intangibilidad de la legítima para aquéllos que no la hayan renunciado.

Obviamente el pacto sucesorio en sí mismo podrá ser impugnado pretendiendo su ineficacia por las propias causas de los contratos, además de las de revocación y resolución (art. 79 y 80 de la LDCFV). Es más, deberá ser instada su ineficacia con carácter previo a obviar los efectos que le son propios (art. 1258 del C.c. y art. 74 y ss. de la LDCFV), pues es unánime en la jurisprudencia a propósito de que únicamente la nulidad absoluta del negocio jurídico puede ser alegada por vía de excepción, siendo así que la nulidad relativa o anulabilidad sólo puede invocarse por vía de acción, es decir, a través de demanda, sea principal o reconvenzional ya que un rasgo predicable de la anulabilidad es su apreciación a instancia de parte (al regir con plenitud el principio dispositivo) y el carácter constitutivo de la sentencia estimatoria, como sostienen las STS de 7-05-1994, 23-07-1998, 27-11-1998, 02-11-2001, 30-09-2002, 20-12-2002, 16-02-2004, 31-03-2005 y 16-12-2005, entre otras, y actualmente se encuentra cristalizada dicha regla en el art. 408.2 de la LEC.

Y aunque nuestro ordenamiento no prevé una norma general en materia de nulidad total o parcial, aunque contempla supuestos de ineficacia parcial, no obstante se viene a reconocer el principio del mantenimiento de la validez de los actos y negocios jurídicos en la medida que no lesionen ningún interés legítimo, así como la necesidad de facilitar la fluidez del tráfico jurídico, evitando la reiteración de trámites costosos e innecesarios y que no proporcionan garantías adicionales” (RDGRN de 03-03-2007 y de 26-05-2006) y la Jurisprudencia (STS de 30-10-1994, 17-10-1987, 04-12-1986, 10-10-1977, 07-11-1967, 07-06-1960 y 06-12-1960, 22-01-1958 y 30-03-1950) en cuanto establecen y reconocen el principio de conservación del negocio jurídico y la regla de la invalidez parcial (“*utile per inutile non vitiatur*”). Añadiendo la SAP de Bizkaia, sec. 3^a, de 11-03-1999 que “*en base al principio de conservación del negocio jurídico, se presume que la decla-*

ración de las partes coincide con lo verdaderamente querido en tanto quien quiere afirmar lo contrario no lo pruebe”.

- F) *Fase de aceptación o repudiación de la herencia:* Respecto de la “*Interpellatio in iure*” (art. 1004 y 1005 del C.c.), el art. 107 de la LDCFV permite que “*El cónyuge viudo, cuando el matrimonio se haya disuelto con hijos o descendientes, podrá instar judicialmente a los sucesores del fallecido a que acepten cualquier herencia en que éste estuviera interesado. Transcurrido el plazo señalado por el Juez, que no excederá de treinta días, sin que manifiesten su voluntad de aceptar la herencia, o cuando repudien la misma, podrá dicho cónyuge aceptarla a beneficio de inventario*”²⁰.
- G) *Las reservas y reversiones* (art. 84 y ss. de la LDCFV): Por identidad de razón, al tratarse de imposiciones legales sobre la voluntad del causante, tendrán régimen igual a las legítimas.
- H) *Partición de la herencia:* Especialidades.
- a) Si concluimos que el art. 1051, párrafo 1º, del C.c., sólo faculta al testador para suspender el ejercicio de la *actio familiae erciscundae* pero no lo está el contador-partidor o comisario, como persona delegada de aquél, porque carece de facultad dispositiva sobre el patrimonio del causante, en Bizkaia la solución es que sí puede ex art. 32 de la LDCFV (“*El testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos*”).
- b) Mientras la indivisión en testamento es esencialmente revocable, la indivisión en pacto sucesorio es conforme a la revocabilidad de éste.

²⁰ La Propuesta de nueva Ley de Derecho Civil Vasco de la AVD-ZEA prevé, art. 21.2 la responsabilidad “*cum viribus*” del sucesor, no la *ultra vires* del Derecho común.

c) *Legítimas y Apartamiento*: Tal y como establece la STSJ del País Vasco, sec. 1ª, de 3-2-2011, en el Derecho común (STS, Sala 1ª, de 14-12-2005) por más que el donante hubiera dispensado al favorecido con la liberalidad de la obligación de aportar a la masa hereditaria el valor que tuviera (art. 1036 del C.c.), la dispensa de colación no exime del deber de respeto a la legítima, que impone la computación (art. 818 del C.c.) y, en su caso, reducción de la liberalidades inoficiosas (art. 817), dado que dicho deber subsiste aun cuando las donaciones no tengan en principio carácter colacionable. Sigue diciendo la STSJ del País Vasco, sec. 1ª, de 3-2-2011, que el principio de libre distribución de los bienes que integran la sucesión forzosa entre los herederos forzosos o la elección de uno solo de ellos, apartando a los demás (art. 54 LDCF), determina que la Ley del Derecho Civil Foral autoriza al testador a excluir de la computación (lo que no resulta posible en el derecho común) y de colación aquellas donaciones (podemos decir liberalidades en general) en las que medie apartamiento expreso (art. 62.1, párr. 3º). En consecuencia, la prohibición de impugnar puede extenderse a las operaciones de colación y de computación que forman parte del núcleo defensivo de la legítima.

El art. 62 de dicho texto legal ya dice que para el cálculo de la legítima ha de estarse a tres momentos distintos: 1.- Para la computación o cálculo de la cuota de legítima (art. 62.1), a1 tiempo de “*que se perfeccione la delación sucesoria*”, o sea, que se haga el llamamiento, bien por el causante, bien por el comisario y no al tiempo de evaluarse los bienes hereditarios. 2.- El valor de las donaciones computables, en cambio, será el del tiempo del fallecimiento del causante y 3.- El valor de las donaciones colacionables será el del momento mismo de la partición.

Ello es lógico porque la computación es de todos los bienes del causante, enfrentando a legitimarios y a terceros. Si un sucesor forzoso ha sido apartado (expresamente) de la sucesión con una donación ya no computa (no existe en relación al caudal relicto bien donado ni sucesor forzoso, por así decirlo). Si la donación computa es porque el donatario, o bien, no es legitimario, o bien, lo es pero no ha habido apartamiento expreso (nuevamente deberíamos fijar la valoración al momento de perfeccionarse este llamamiento porque ex art. 32 y 46 de la LDCFV el comisario puede donar a terceros –excepción, usufructo poderos, art. 140, en Ayala–). Y esta valoración de las donaciones al tiempo del fallecimiento (o atribución por el comisario) es respecto de terceros puesto que entre legitimarios la donación que no computa no colaciona y si colaciona, computa (art. 62.3). Y si colaciona, como en el art. 1045 del C.c., ha de estarse al tiempo de la partición, lo más equitativo a tenor de dicho precepto, pues no han de traerse a colación los mismos bienes, sino su valor, siendo el riesgo y ventura de los mismos siempre del donatario. Por el contrario si computa pero no colaciona (terceros favorecidos) tiene sentido que se fije al momento de la muerte del causante, por ser el valor objetivo por ser el momento de su tasación independiente de cuándo quieran los sucesores mortis causas proceder a partir el caudal relicto.

Por lo demás, establece la STSJ del País Vasco, sec. 1ª, de 3-2-2011, en el Derecho común (STS, Sala 1ª, de 14-12-2005) por más que el donante hubiera dispensado al favorecido con la liberalidad de la obligación de aportar a la masa hereditaria el valor que tuviera (art. 1036 del C.c.), la dispensa de colación no exime del deber de respeto a la legítima, que impone la computación (art. 818 del C.c.) y, en su caso, reducción de la liberalidades inoficiosas (art. 817), dado que dicho deber subsiste aun cuando las donaciones no tengan en principio carác-

ter colacionable. Sigue diciendo la STSJ del País Vasco, sec. 1ª, de 3-2-2011, que el principio de libre distribución de los bienes que integran la sucesión forzosa entre los herederos forzosos o la elección de uno solo de ellos, apartando a los demás (art. 54 LDCF), determina que la Ley del Derecho Civil Foral autorice al testador a excluir de la computación (lo que no resulta posible en el derecho común) y de colación aquellas donaciones (podemos decir liberalidades en general) en las que medie apartamiento expreso (art. 62.1, párr. 3º). En consecuencia, la prohibición de impugnar sí puede extenderse a las operaciones de colación y no puede extenderse a la computación, que forma parte del núcleo defensivo de la legítima (art. 60 y 62 de la LDCFV).

Además, como reconoce la SAP de Bizkaia, Sección 4ª, de 15-04-2009, preterición y apartamiento no son instituciones asimilables, como defiende algún sector doctrinal²¹, y, modestamente, un servidor²² comparte la tesis de dicha Sala, recientemente ratificada por la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 16-3-2011. El apartamiento ha de ser expreso. En consecuencia al apartado expresamente (ascendiente o descendiente) la carga de prohibición de impugnar las disposiciones será redundante. Y si el apartamiento debe ser llamando a los sucesores legítimos para apartarlos, ora dándoles algo, ora no dándoles nada pese a dicha nominación, en cambio, vía cautela socini con prohibición de impugnar, podremos obviar o dulcificar los efectos de la preterición.

²¹ ARRIOLA citado y apoyado por CELAYA en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, EDERSA 1997, decía (páginas 234 y 235), GALICIA en *Legítima y Troncalidad*, Marcial Pons, 2002.

²² Fernández de Bilbao, J.: «La necesidad del Apartamiento Expreso en Derecho Foral Vizcaíno». *Jado. Boletín de la Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria*. 2009, núm. 18, pp. 261-286.

La excepción está constituida por los supuestos de apartamiento tácito, sea de descendientes intencionalmente preteridos de otro descendiente apartado (art. 54 de la LDCFV, in fine y SAP de Bizkaia, Sección 4ª, de 15-04-2009) y los parientes tronqueros (art. 57 de la LDCFV), los cuáles se verán en el curioso caso de verdaderísima falta de legitimación “*ad causam*” para reclamar lo que (no) les corresponde, pues no habiendo sido nominalmente privados de su facultad de acudir a los tribunales (los apartados) hasta el fin del proceso no se sabrá que carecen de derechos sucesorios, precisamente porque son tronqueros pero no instituidos. La prohibición de intervención judicial para los apartados es, pues, lícita pero redundante.

- d) *Específicamente, respecto del Valle de Ayala*: La ausencia en absoluto de legítima, es decir, la libertad absoluta del testador (art. 134 de la LDCFV) supone la de la libertad de introducir cláusulas de prohibición, limitación o condición de la facultad de intervención judicial en la sucesión, máxime cuando la preterición intencional equivale al apartamiento.

Queda entonces el preterido no intencionalmente, que podrá reclamar su legítima reduciendo la disposición de heredero y demás disposiciones testamentarias (art. 137 y 138 de la LDCFV), de modo que si son preteridos todos tendrán derecho a la legítima larga (la de C.c., 2/3 del caudal, art. 808) y en caso de preterición no intencional de alguna igual al menos favorecido y en todo caso la legítima estricta (1/3, art. 808 del C.c.)²³.

²³ La Propuesta de nueva Ley de Derecho Civil Vasco de la AVD-ZEA prevé en su art. 48 que el apartamiento puede ser expreso o tácito, equivaliendo a éste la preterición, intencional o no. Sólo en el caso de preterición de todos los sucesores forzosos habrá acciones en defensa de la legítima colectiva.

Como quiera que la diferencia entre preterición intencional y no intencional es (STS, Sala 1ª, de 22-6-2006, 30-01-1995 y 23-01-2001) que 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, pero no se tiene en cuenta la preterición al tiempo de la muerte, según conozca o no de la existencia del legitimario, sino al tiempo del testamento.

- e) Las conmutaciones de legítimas (art. 58 y 60 de la LDCFV) no pueden ver prohibida su impugnación, pues aunque el art. 60 diga que el usufructo viudal no es gravamen sobre la troncalidad, lo cierto es que el art. 58 da derecho a los parientes tronqueros a su conmutación, mientras que, a la inversa, no parece conmutable el usufructo del viudo que grave la legítima ex art. 58 de la LDCFV y a sensu contrario del art. 60 del mismo texto legal. Por lo tanto, no parece que el viudo pueda imponer a los tronqueros dicha conmutación, tampoco al viudo. Y, al revés, tampoco podrá obviar los reglas de los art. 108 y ss. de la LDCFV respecto a la liquidación de la comunicación foral de bienes.