



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

PARTICIÓN DE LA HERENCIA.

Alumno: Nazaret García Domínguez.

Tutor/a: Eladio Aparicio Carrillo.

Dpto: Derecho Civil, Financiero y Tributario

Junio, 2019

RESUMEN:

Este trabajo va a tratar de analizar y explicar la partición de la herencia, haciendo referencia a todas sus modalidades, facultades y clases pero centrándonos más en el tema de la partición de la herencia practicada por el propio testador junto con la partición de la herencia llevada a cabo por el contador partidador. También vamos a tratar el tema del contador partidador-dativo y los cambios ocasionados en el mismo.

Junto a todo esto, se incluirán las interpretaciones y opiniones tanto de la doctrina y la jurisprudencia como de relevantes autores con respecto a problemas que puede plantear la partición de la herencia. Por último lugar, vamos a hacer referencia a una variada jurisprudencia mostrando las soluciones ante las diferentes problemáticas surgidas.

This work will try to analyze and explain the partition of the inheritance, making reference to all its modalities, faculties and classes but focusing more on the issue of the inheritance partition practiced by the testator himself along with the partition of the inheritance carried performed by the splitter-accountant. We are also going to deal with the subject of the splitter-dative accountant and the changes caused in it.

Along with all this, interpretations and opinions of both the doctrine and jurisprudence and relevant authors will be included with respect to problems that may arise from the partition of the inheritance. Finally, we will refer to a varied jurisprudence showing the solutions to the different problems that have arisen.

INDICE.

1. CONCEPTO.....	1.
2. CLASES DE PARTICIÓN.....	3.
3. FACULTAD DE PEDIR LA PARTICION.....	4.
3.1. Legitimación activa. Los herederos.....	5.
3.2. La posición de los acreedores.....	6.
3.3. Capacidad.....	8.
4. LIMITACIONES A LA FACULTAD DE PEDIR LA DIVISIÓN.....	9.
4.1. La prohibición de dividir la herencia impuesta por el testador.....	9.
4.2. El acuerdo adoptado por los coherederos de permanecer en la indivisión.....	11.
4.3. Suspensión de la división de la herencia a favor del nasciturus.....	12.
5. PARTICIÓN PRACTICADA POR EL PROPIO TESTADOR.....	12.
5.1. Concepto.....	12.
5.2. Régimen de la partición.....	14.
5.3. Divergencias en el testamento y el valor de los bienes adjudicados....	17.
5.4. Efectos.....	18.
6. PARTICIÓN POR CONTADOR PARTIDOR.....	19.
6.1. Concepto.....	19.
6.2. El cargo del contador partidor.....	20.
6.3. Nombramiento.....	21.
6.4. Facultades del contador partidor.....	22.
6.5. Forma y plazo para hacer la partición.....	25.
7. PARTICIÓN POR CONTADOR PARTIDOR DATIVO.....	26.
8. PARTICIÓN CONVENCIONAL.....	28.
9. PARTICIÓN CONTENCIOSA.....	30.
9.1. Partición Arbitral.....	30.
9.2. Partición Judicial.....	31.
10. CONCLUSIONES.....	33.
11. BIBLIOGRAFIA.....	34.
12. JURISPRUDENCIA.....	35.

1. CONCEPTO.

La gran diversidad de derechos, bienes y obligaciones que conforman el objeto de la sucesión y que, a su vez, se acogen por dicho título genérico de herencia, tienen la posibilidad de entrelazarse con la vocación de una variedad de herederos.

Por tanto, de esa manera se origina lo que se conoce como comunidad hereditaria, pero debemos tener en cuenta que esta perdurará en el caso de que la herencia se mantenga indivisa.

La comunidad hereditaria pone su fin formalmente con la llamada partición de la herencia¹. Debido a ello, no se puede juzgar como partición lo que se designa liquidación de la herencia a favor de un solo heredero².

En cuanto a la acción para pedir la partición de la herencia, lo primero que debemos decir es que no prescribe y por ello, se puede ejercitar en cualquier momento. Los que tienen facultad para poder ejercitar³ esta acción son: Los coherederos, los legatarios de parte alícuota y los cesionarios de sus cuotas, en el caso de que tengan siempre libre administración y disposición de sus bienes.

Por otro lado, la comunidad hereditaria tiene por objeto los bienes y derechos de la herencia, puesto que el objeto de la partición es la división de dicho activo entre los coherederos. Por este motivo, la partición alcanza:

- La liquidación.
- La división.
- La adjudicación.

También debemos poner de relieve que cabe la posibilidad de que se lleve a cabo la partición sin realizar la liquidación de las deudas, asignándoselas a uno o a varios herederos para realicen su correspondiente pago.

¹ Un concepto simple por el cual se define es que los coherederos modifican la llamada cuota abstracta que poseen sobre el total de los bienes que la forman en diversas partes determinadas, que, finalmente, se adquieren a cada uno de ellos.

² No sería posible la existencia de una comunidad de herederos, y por ello, tampoco la partición, si todos y cada uno de los herederos ha adquirido, por parte del testador, los llamados bienes individualizados.

³ Por los menores, incapacitados y ausentes pedirán la partición de herencia sus representantes legales.

En definitiva, debemos dar un concepto claro y preciso de lo que se conoce como partición, y se trata de una combinación de operaciones, comprobada por unos concretos supuestos tanto de hecho como de derecho, y por el cual, una vez establecido el correspondiente activo y pasivo de la masa de la herencia y de fijar su determinado evaluó y liquidación, se pasará a determinar el haber a cada heredero, repartiéndose el caudal partible y asignándose cada lota de bienes a cada uno de los herederos correspondientes.

Cuya consecuencia mayor es la alteración de sus participaciones indeterminadas sobre lo que se denomina patrimonio relicto.

Los requisitos que podemos poner de relieve para que la partición de la herencia se lleve a cabo son dos:

- 1- La existencia de una pluralidad de herederos.
- 2- La comunidad entre herederos.

La **pluralidad de herederos** es un presupuesto indispensable, puesto que en caso de que no hubiera esta pluralidad no se podría realizar la partición.

Pero, por otro lado, se lograrían dar otros supuestos que llevarían a cabo la partición como lo son la liquidación de comunidad matrimonial disuelta, liquidación de pasivo, pago de gastos o entrega de legados, pero en este caso no habría lugar para la partición y la razón es que no hay nada que dividir.

En cuanto a la **comunidad de bienes entre coherederos**, debemos destacar que cuando solo hay existencia de un bien pero, en cambio, existen varios herederos no se puede realizar la partición, por lo que se origina automáticamente la facultad de cuotas a los coherederos.

Por lo tanto, si tan solo existe un bien aunque haya existencia de diversos herederos, la proporción de cada uno será clara, adjudicándose el bien a todos en proindiviso.

En conclusión, debemos decir que la partición de la herencia se encuentra regulada en los artículos 1051 a 1087 del Código Civil.

2. CLASES DE PARTICIÓN.

Existen diversas clases de partición de la herencia en función de quién sea la persona que la lleve a cabo:

- 1- La puede realizar el propio testador:** En este caso es el propio testador quien reparte los bienes entre los distintos coherederos, impidiendo así la comunidad hereditaria.
- 2- Cualquier persona elegida por el testador, a excepción de que se trate de uno de los coherederos:** El encargado de realizar la partición hereditaria asignado por el propio testador adquiere el nombre de contador partidor o partición por comisario.

En cuanto al ejercicio de las competencias de dicho cargo, se adherirán a las normas establecidas para el albacea, por este motivo el albacea es nombrado contador partidor en numerosas ocasiones.

- 3- Los coherederos:** En el supuesto de que el testador no haya realizado la partición ni hubiera asignado un contador partidor, la partición se llevará a cabo por los coherederos, pero con la condición de que tienen el deber de proceder todos de común acuerdo⁴. Esto es lo que se conoce como partición convencional.
- 4- El contador partidor dativo:** Los herederos o legatarios que representen, al menos, el cincuenta por ciento del haber hereditario, podrán solicitar al Juez para que se designe un contador partidor dativo que sea el que realice la partición de la herencia.
- 5- El Juez:** Podrá partir la herencia tan solo en el caso de que no se haya requerido la asignación de un partidor dativo y, además, no se haya logrado un acuerdo común entre los diversos coherederos. Este tipo de procedimiento se denomina partición judicial de la herencia.

⁴ Si alguno de los coherederos fuera menor de edad o no tuviera la libre administración de sus bienes, actuarán en su nombre sus representantes legales.

- 6- El árbitro:** Puede realizar la partición un árbitro en el caso de que haya sido elegido por los coherederos o por el propio testador para que se determine extrajudicialmente las diferentes disconformidades entre herederos no forzosos. Este procedimiento recibe el nombre de partición arbitral⁵.

Por otro lado, debemos de tener en cuenta el relevante recurso de mediación para poner fin, como mecanismo alternativo, a los conflictos originados entre los herederos. Cabe señalar dos vías:

- Bien, estableciendo el propio testador su recurso a través de una disposición testamentaria. En el caso de que esta primera falle y de manera subsidiaria, se llevará a cabo un recuso de arbitraje.
- O bien, por los propios herederos de forma directa⁶.

3. LA FACULTAD DE PEDIR LA PARTICIÓN.

Para comenzar debemos resaltar un criterio romano, el cual cabe decir que la comunidad hereditaria presenta una situación temporal además de un carácter inseguro. Es por ello por lo que debemos poner de relieve lo que establece el artículo 1051 Cc:

“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.”

Por consiguiente, junto al anterior precepto también debemos de destacar el artículo 1965 Cc, el cual expone:

⁵ El procedimiento arbitral se encuentra recogido en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

⁶ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación de asuntos civiles y mercantiles. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2010: “En todo caso, puede la mediación, como modalidad alternativa de solución de conflictos, llegar a soluciones menos traumáticas que el dilatado tiempo que se invierte en el proceso y el acuerdo a que se llega siempre será menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la razonada aplicación de la norma jurídica”.

“No prescribe entre coherederos, condueños o propietarios de fincas colindantes la acción para pedir la partición de la herencia, la división de la cosa común o el deslinde de las propiedades contiguas.”

Es decir, según lo establecido en dicho precepto, podemos alegar que se trata de un derecho imprescriptible⁷.

3.1. Legitimación activa.

A) Los herederos.

Debemos empezar destacando el artículo 1052 Cc:

“Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia.”

Por otro lado, también debemos resaltar el art 782.1 LEC, el cual establece que:

“1. Cualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia, siempre que esta no deba efectuarla un comisario o contador-partidor designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por el Secretario judicial o el Notario⁸.”

Ahora bien, en el caso de que uno de los diferentes coherederos fallezca, previamente a la celebración de la partición de la herencia, y teniendo este fallecido herederos, podrá requerir la partición cualquiera de sus herederos.

Pero aquí debemos de destacar una excepción, que se encuentra regulada en el artículo 1055 Cc, y es que si alguno de sus herederos solicita la partición de la herencia, todos lo demás que participen deberán personarse tan solo bajo una representación.

⁷ Imprescriptibilidad en relación a la acción de división donde esta no interrumpe la prescripción de las acciones relativas a los bienes del caudal hereditario o la captación de estos por usucapión. Además, cabe otra posibilidad, en el caso de que uno de los comuneros que va a tener la facultad de poseer de manera exclusiva y ha seguido disfrutando por un periodo conveniente.

⁸ En la nueva redacción dada por la Ley de Jurisdicción Voluntaria, Disposición final tercera: “Modificación de determinados artículos de la ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil”.

Por tanto, está legitimado, para poder llevar a cabo la partición de la herencia, todo heredero, independientemente del tipo del cual se trate. En este caso podemos distinguir diversas clases de herederos:

- Testamentario.
- Intestado.
- Fiduciario.
- Fideicomisario.
- Creado por condición resolutoria⁹.

Para concluir, es importante mencionar lo que relata el artículo 1054 Cc:

“Los herederos bajo condición no podrán pedir la partición hasta que aquélla se cumpla. Pero podrán pedirla los otros coherederos, asegurando competentemente el derecho de los primeros para el caso de cumplirse la condición; y, hasta saberse que ésta ha faltado o no puede ya verificarse, se entenderá provisional la partición.”

Por tanto, para que los herederos que todavía no han adquirido tal condición tan solo podrán realizar la partición de la herencia si se la solicitan a otros coherederos.

3.2. La posición de los acreedores.

Primeramente los acreedores tenían el poder de pedir la división hereditaria según establecía la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 1038.4. Actualmente, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil no hay existencia de ningún precepto que faculte al acreedor como legitimario para poder llevar a cabo un procedimiento judicial y, con ello, la correspondiente división de la herencia según establece la propia ley en su precepto 782.3 LEC¹⁰.

Por lo que ninguno de los acreedores ya sean de la herencia, de la comunidad hereditaria o de los diferentes coherederos, tienen la facultad de realizar la partición de la herencia.

⁹ Sin embargo, si ha sido creado mediante condición suspensiva, no tendría aun la condición de heredero pero que puede llegar a serlo siempre que se realice la condición. Por tanto, podrá llevar a cabo la partición hereditaria tan solo cuando haya adquirido la condición de heredero.

¹⁰ El artículo 782.3 LEC establece: “3.Los acreedores no podrán instar la división, sin perjuicio de las acciones que les correspondan contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, que se ejercerán en el juicio declarativo que corresponda, sin suspender ni entorpecer las actuaciones de división de la herencia.”

Por otro lado, hay que mencionar que se constituyen una serie de vías para poder proteger, así, sus intereses legítimos. Asimismo, el artículo 1082 Cc expresa que: *“Los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos.”*

Dicho artículo hace mención a los acreedores de la herencia o de la comunidad hereditaria que posean la condición reconocida por el propio testador en la división testamentaria, por un título ejecutivo o por los propios coherederos.

En relación a lo anteriormente expuesto, hay que resaltar el precepto 1083 Cc: *“Los acreedores de uno o más de los coherederos podrán intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos.”*

Es decir, hace referencia a los intereses que poseen los acreedores de los coherederos. Además, este precepto adquiere una función de control de las operaciones particionales a través de la actuación de los acreedores de los coherederos.

Por tanto, este precepto no trata de que estos acreedores puedan participar en el proceso de partición de la herencia sino que de lo que se encargan los acreedores de los coherederos es de la vigilancia, presencia e inspección de la partición con el objetivo de evitar que se produzcan fraudes o que se incumplan las normas legales establecidas, siempre que sea en su perjuicio¹¹.

La carencia de la facultad a la hora de poder requerir la partición de la herencia perjudica a todos y cada uno de los acreedores.

Pero, sin embargo, requiere un cierto interés el caso establecido en el artículo 1001 Cc, que consiste en si el heredero rechaza la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, éstos tendrán la facultad de poder solicitar al Juez que les dé una cierta autoridad para poder reconocer la herencia en nombre del heredero¹².

¹¹ A destacar una frase del autor ALBALADEJO: “La disconformidad de los acreedores no impide que la partición se lleve a efecto, pero entonces lo hecho puede ser impugnado por ellos si les es perjudicial

¹² Puede verse que con tal subrogación cabe la posibilidad de ejercer una potestad que poseía el propio heredero repudiante como es la potestad de solicitar la división de la herencia.

En el caso de que se produzca la aceptación, los acreedores solo podrán usar ésta hasta cubrir el importe de sus créditos.

3.3. Capacidad.

Hay que saber que para poder solicitar la partición de la herencia no alcanza solo con tener la facultad de ser legitimario. Además, es fundamental poder estar capacitado, en el sentido de poseer capacidad de obrar, pero en el caso de no tener dicha capacidad o no la capacidad suficiente debe de ser reemplazada por sus representantes legales.

Por consiguiente, las personas y menores que tengan la capacidad judicialmente modificada tienen el deber de ser representados a través de sus correspondientes representantes legales.

En el caso del menor emancipado, debemos destacar la relevancia del artículo 323 Cc en relación con el artículo 1052 Cc puesto que los menores emancipados podrán solicitar por sí mismos la partición hereditaria pero, con la excepción de que, los padres o representantes legales deben de mostrar su consentimiento¹³.

Finalmente, el artículo 1053 Cc establece que:

“Cualquiera de los cónyuges podrá pedir la partición de la herencia sin intervención del otro.”

Debemos resaltar que este precepto se creó durante la reforma del Código de 1975, por lo que todo ello originó un cambio relevante en relación a la regulación de la capacidad de la mujer casada puesto que toda mujer casada, en ese tiempo, tenía que tener o bien una autorización conyugal o una autorización judicial para, así, poder tener la facultad de poder aceptar la partición de la herencia y, consigo, su correspondiente división.

Una vez aprobada la Constitución, hay que resaltar unos de los principios más relevantes conforme a Derecho y se trata del principio de legalidad establecido en el artículo 14 de dicha Constitución, por el cual se llega al principio de igualdad conyugal.

¹³ Como afirma LACRUZ: “la tendencia actual a ensanchar la esfera de actuación de los emancipados hace presumir que, cuando la partición se haga respetando las normas del Cc sobre formación de lotes, los tribunales considerarán capaz al menor emancipado”.

Por tanto, cada uno de los cónyuges puede llevar a cabo la partición de la herencia que a cada uno le corresponda, sin necesidad de acudir al artículo 1053 Cc.

4. Limitaciones a la facultad de pedir división.

El Código Civil establece la posibilidad de realizar la división de la comunidad hereditaria y para que se lleve a cabo sus legitimados deben de ostentar la potestad para, así, poder solicitar la partición de la herencia.

Pero esta facultad de pedir la división contiene una serie de limitaciones:

- Por un lado, debemos de resaltar la limitación establecida en el artículo 1051 Cc, es decir, en este caso ningún coheredero tiene el deber de estar presente en la indivisión hereditaria, salvo que el propio testador prohibiera su división de manera expresa.
- Por otro lado, hay numerosos casos en lo que, debido a una inseguridad, la ley permite que se lleve a cabo la suspensión de la partición de la herencia hasta que se aclare esa cierta inseguridad. Por ello, debemos poner de relieve los artículos 966 y siguientes Cc.

4.1. La prohibición de dividir la herencia impuesta por el testador.

En este caso debemos de hacer mención al artículo 1051 Cc, puesto que en él se expresa la facultad que posee el propio testador para prohibir que se origine la partición de la herencia, prohibiendo así, a todos los que hayan aceptado la herencia, de que puedan ejercer el derecho atribuido por el mismo precepto, es decir, el derecho a instar la partición hereditaria.

Pero cabría resaltar que dicha prohibición no es definitiva, ya que aunque se imponga esa prohibición, siempre va a tener lugar la partición de la herencia a través de alguno de los diversos motivos por lo que se disuelve la sociedad¹⁴.

¹⁴ En este caso, los propios coherederos tendrán la potestad de solicitar la división de la comunidad hereditaria, siempre que se fundamenten alguna causa por la que se extingue la propia división, conforme a lo establecido en los artículos 1700 y siguientes Cc.

Por consiguiente, hay que destacar el artículo 1700 Cc que se refiere a las causas de extinción de la sociedad, puesto que en relación a este los propios coherederos van a poder instar la división de la comunidad hereditaria en los siguientes casos:

- Cuando concluye el periodo de tiempo establecido por el propio testador.
- Cuando se produzca la pérdida de los bienes que conforman la comunidad hereditaria.
- Cuando los mismo coherederos hayan podido alcanzar el objetivo que perseguía el testador al imponer la prohibición de la división.
- Debido al fallecimiento de alguno de los coherederos.
- Cuando se produzca una deuda por cualquiera de los comuneros así como cuando se realice la petición de embargo y remate por parte del acreedor de los coherederos de su parte de la comunidad.
- Debido a la propia voluntad de cualquiera de los coherederos en el caso de que el testador no haya fijado un periodo de tiempo en cuanto a la prohibición de división, por lo que será necesario que el ejercicio de la potestad para dividir se haya realizado de buena fe y en el plazo estipulado¹⁵, según establece el artículo 1705 Cc.

En el supuesto de instar la división en el caso de fallecimiento de alguno de los coherederos, hay que ponerlo en relación con el artículo 1704 Cc, debido a que se pueden dar una tres situaciones relevantes:

- En primer lugar, si el testador no dejó nada previsto para el caso de que se produzca la muerte de alguno de los coherederos a la hora de instar la prohibición, cualquiera de los coherederos tendrá la facultad de solicitar la partición.
- En segundo lugar, en el caso de que el testador haya previsto que la comunidad hereditaria prosiga hasta que se cumple el plazo convenido y junto con los coherederos que hayan sobrevivido, solo podrá solicitar la división de la herencia el heredero del comunero que haya fallecido.

¹⁵ También, en el caso, de que si exista un periodo de tiempo establecido para llevar a cabo la prohibición de dividir, se solicite la división fundamentando ante los tribunales que existe un motivo justo conforme a lo expuesto en el artículo 1707 Cc.

- En tercer y último lugar, si el testador hubiera previsto, una vez que haya constituido la prohibición, que en el caso de que fallezcan alguno de los coherederos, continúe la comunidad hereditaria con los herederos del fallecido, podrán solicitar la división de la herencia cualquier de los coherederos, siempre que se ejercite conforme a la buena fe.

En definitiva, ha habido varias disputas a la hora de hablar sobre la duración del periodo de tiempo de indivisión impuesto por el testador. Por lo que todo esto ha dado lugar a que se den distintas opiniones de autores muy relevantes:

- Para unos autores, como GITRAMA, ROCA SASTRE Y CASTÁN, el artículo 1051 Cc no fija un límite de tiempo concreto, por lo que comprenden que el propio testador pueda establecer la prohibición por un periodo de tiempo indefinido.
- Para otros autores, como SÁNCHEZ ROMÁN Y ALBALADEJO, el artículo 400 Cc debería de ser aplicado a la comunidad hereditaria, por lo que entienden que el propio testador puede imponer la prohibición por un plazo de tiempo máximo de diez años.

4.2. El acuerdo adoptado por los coherederos de permanecer en la indivisión.

El acuerdo adoptado por los coherederos de permanecer en la indivisión no se encuentra regulado en ningún artículo, por lo que este acuerdo entre los coherederos carece de regulación legal.

Aunque, sin embargo, podemos acentuar una cierta posibilidad que se encuentra fundada en el llamado principio de la autonomía de la voluntad que permanece regulado en el artículo 1255 Cc.

También no encontramos con otra posibilidad al referirnos al artículo 400 Cc, donde aplicándolo de manera extensa, los comuneros tendrán la oportunidad de mantener el bien indiviso por un periodo de tiempo establecido que no debe de exceder de los diez años que, además, tendrá la opción de poder prorrogarse por nuevas convenciones.

4.3. Suspensión de la división de la herencia a favor del nasciturus.

Estamos ante un caso que no se considera como un supuesto que limite la potestad de dividir. Por lo tanto, es necesario poner de relieve el artículo 966 Cc ya que este precepto trata sobre la suspensión de la partición de la herencia cuando a ésta ha sido llamado un nasciturus.

Esto quiere decir que, durante la suspensión de la partición de la herencia, todos los demás coherederos se encontrar en una situación en la que estarán, de cierto modo, privados de la acción¹⁶.

En relación a la suspensión de la división de la herencia, hasta que no se conozca que se ha dado a luz o que se ha producido el aborto o porque con el paso de los meses se conozca que la mujer nunca ha estado embarazada, no se podrá reanudar tal división.

Además, mientras que no se den los hechos mencionados anteriormente, todos los demás coherederos no tendrán la facultad de poder solicitar la división de la herencia, pasando a estar bajo sometimiento de la Administración¹⁷.

5. La partición practicada por el propio testador.

5.1. Concepto.

En este caso, el testado adquiere diversas facultades:

Por un lado, tiene la facultad de administrar de forma libre todos los bienes relativos a los sucesores que escoja.

Por otro lado, también tiene la facultad de determinar de manera expresa, en el propio testamento o fuera del mismo, la forma de realizar su última voluntad, organizando la manera de distribuir su patrimonio entre todos los instituidos¹⁸.

Por tanto, esta última idea hay que ponerla en relación con el artículo 1056 Cc:

¹⁶ Con el objetivo de proteger los intereses del llamado, hay que resaltar lo que establece el artículo 966 Cc en su primer apartado: "La división de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el parto o el aborto, o resulte por el transcurso del tiempo que la viuda no estaba encinta."

¹⁷ De forma similar, se interrumpirá la partición de la herencia cuando haya existencia de disputa en torno a la filiación de la que pende la condición o no de heredero.

¹⁸ Es decir, no solo fijar la cuota abstracta que a cada uno debe de suceder en sus bienes, sino ocupar también esa cuota pero con bienes determinados.

“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.”

Por consiguiente, debemos saber que el testador, una vez que realiza la partición de la herencia, tiene que haber fijado las cuotas de todos y cada uno de sus sucesores. Además, también debe de realizar la correspondiente división del caudal relicto y, junto a ello, conceder en pago de la cuota tanto los bienes como los derechos correspondientes a los causahabientes.

Pero, en este caso, no es imprescindible que todos los bienes que forman el patrimonio de la herencia estén sometidos tanto a la división como a la adjudicación, ya que puede ocurrir que en el momento en que el testador realizó la partición, estos bienes quizá eran inexistentes. Por tanto, los bienes que sean nuevos se dividirán en relación a las cuotas fijadas.

Todo esto lleva a que dicha partición de la herencia previene la comunidad hereditaria, con el objetivo de que todos los bienes que estén señalados en pago de cuota se dirigen de forma directa a todos los instituidos que han aceptado su parte de la herencia, pero siempre que no se haya formado sobre ellos una comunidad, en este caso que no se haya formado comunidad hereditaria, cuyos titulares no serían otros que los propios coherederos.

Por otro lado, también existen casos en los que la partición no puede llevarse a cabo por el testador debido a las siguientes causas:

- Cuando, una vez fijadas las cuotas en el testamento, el testador solo se atiene a atribuir determinadas instrucciones con el objetivo de poder realizar la partición de la herencia, pero no en pago del total de la cuota.
- Cuando, en el caso de que no se hayan fijado las cuotas, fije una serie de bienes determinados, no se producirá la partición sino que habrá legado, es decir, institución en cosa cierta o mejora en cosa específica.

En cuanto al tema del nombramiento de las cuotas a favor de los sucesores, nos encontramos con que la partición de la herencia necesita que exista testamento¹⁹, en el

¹⁹ Testamento que no debe de ser previo o simultáneo a la partición de la herencia, sino que también cabe la posibilidad de que sea posterior.

cual se detalle la cuota que le corresponda a cada uno de los herederos y legatarios de parte alícuota.

Por otro lado, el Código Civil, cuando se refiere a la partición de la herencia, no usa el concepto causante, sino que utiliza el término testador como se puede ver en los artículos 1056.1 Cc, 1057 Cc, párrafo primero, 1058 Cc, 1070.1 Cc y 1075 Cc²⁰.

5.2. Régimen de la partición.

El régimen de la partición se divide de la siguiente manera:

- 1- **En relación a las legítimas²¹:** Aquí el Código Civil establece un límite a la partición de la herencia llevada a cabo por el testador, y éste es la intangibilidad de la legítima recogida en el artículo 1056 Cc cuando dice:

“se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.”

- 2- **El principio de igualdad de lotes no será de aplicación:** El testador tiene la facultad de dividir y distribuir sus bienes como quiera, aunque existan legitimarios. Así lo establece el artículo 1056 Cc en su segundo párrafo:
“El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones.”

²⁰ Tanto la doctrina como la jurisprudencia, basándose en los preceptos nombrados, interpretan que es el propio testado, el cual tiene la facultad de realizar la partición de la herencia. Por tanto, en el caso de que no hubiese testamento, no se considera una partición la división de los bienes de una determinada persona, por lo que, en este caso, si cabe la donación pero no herencia y partición.

²¹ La legítima es una de las partes que forma el patrimonio del causante, y por ello, debe de ser adjudicada por determinadas personas conocidas con el nombre de legitimarios. Nuestro Código Civil la define en su artículo 806 Cc.

Por ello, tampoco es de aplicación el método de la igualdad de lotes regulada en el artículo 1061 Cc:

“En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie.”

3- No hay existencia de obligación por evicción y saneamiento: Esta obligación termina en el momento por el cual el propio testador realiza la partición de la herencia, siempre que no se sospeche el haber querido lo contrario, salvando así la legítima, como se establece en el artículo 1070 Cc.

4- En cuanto a la forma: Teniendo en cuenta, de nuevo, el artículo 1056 Cc, el testador tiene la facultad de poder realizar la partición, bien por acto inter vivos o por última voluntad.

En cuanto al poder realizarla por acto inter vivos²², debemos señalar el artículo 1271, párrafo segundo Cc que establece:

“Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056.”

En relación a esto, hay algunas opiniones con respecto de algunos autores, donde estos han entendido que realizar la partición de la herencia por acto inter vivos hace referencia a la ocasión de que la distribución de la herencia pueda ser realizada entre el testador y los sucesores dando lugar así a la llamada partición contractual.

Pero, por otro lado, la doctrina mayoritaria interpreta que la partición se trata de un acto mortis causa, por lo que no asociaría al testador y produciría una serie de efectos una vez fallecido y no de forma inmediata.

²² La expresión “partición entre vivos” hay que entenderla como la posibilidad de que la división de los distintos bienes pueda llevarse a cabo fuera del propio testamento, es decir, sin estar sometida a determinadas maneras testamentarias.

- 5- En cuanto a la capacidad del testador:** En el caso de que la partición de la herencia sea llevada a cabo por el testador, tratándose así de un acto mortis causa, la capacidad para poder conceder la partición se conoce como capacidad de testar, sin necesidad de poseer la capacidad para contratar.
- 6- Los bienes propios de testador recaen sobre la partición:** El testador tiene la potestad de realizar la partición de sus propios bienes como señala el artículo 1056 Cc en su párrafo primero. Por lo que el testador solo posee la facultad de realizar la división, liquidación y adjudicación de su propio caudal, sin prolongarse a derechos o bienes ajenos.

Un problema importante que debemos de señalar es cuando la partición de la herencia se lleva a cabo por una persona casada en régimen de gananciales²³, puesto que, en este caso, el testador no tiene la facultad propia para realizar la división de los bienes que forman la sociedad de gananciales ya que a cada cónyuge le pertenece la mitad como establece el artículo 1344 Cc.

- 7- El testador es la persona que debe realizar la partición entre sus herederos testamentarios:** En el supuesto de que la partición de la herencia se aparte del denominado llamamiento testamentario, estableciendo distintos bienes a personas totalmente diferentes de las instituidas en el mismo, la partición se puede llevar a cabo por dos vías:
- En el caso de que sea testamentaria, se instaurará un testamento nuevo que revocará al anterior.
 - Mientras que en el caso de que se encuentre fuera del testamento, se podrá reclamar debido a que no hay existencia de testamento alguno.
- 8- En cuanto a los efectos:** Al tratarse de una acción mortis causa, cuando ya se ha realizado la partición de la herencia por el propio testador, se producirán efectos desde el momento en el que se origine la apertura de la sucesión.

²³²³ Será admitida realizar la partición de la herencia de los bienes que tienen en común los cónyuges siempre que en los respectivos testamentos aparezcan las cuotas determinadas a los herederos instituidos.

Hasta dicho momento de apertura, los bienes corresponden al testador, lo que da lugar a que este pueda disponer de ellos con total libertad.

Una vez que se ha abierto la sucesión, los herederos adjudicatarios serán los únicos que tendrán potestad sobre los bienes, pero siempre que acepten la herencia.

5.3. Divergencias entre las cuotas asignadas en el testamento y el valor de los bienes aplicados.

Como ya hemos visto anteriormente, es el propio testador el que debe realizar la partición de la herencia entre sus herederos fijando los bienes que les corresponde a cada uno de ellos por el valor de la cuota por la que han sido fundados.

Puede darse el supuesto de que la cuota que le corresponde a cada heredero no se corresponda con el valor de los bienes que, al realizar la partición, el testador les ha fijado. Por tanto, nos encontramos con importantes diferencias tanto en el valor de lo que se ha recibido como la cuota que le corresponde a cada heredero.

Todo esto nos lleva a plantearnos la siguiente cuestión: ¿Existe el deber de que la cuota hereditaria hereditaria fijada en el testamento predomine o existe el deber de aceptar la partición de la herencia llevada a cabo por el propio testador?

Para resolver esta cuestión debemos destacar el punto de vista de la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia que interpretan que se debe de realizar la partición fundándose en el artículo 1075 Cc, ya que este precepto elimina la posibilidad de rescindir por lesión de la partición de la herencia llevada a cabo por el testador.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, tal afirmación debe destacarse en relación a otras que deben de señalarse:

- a) La partición de la herencia debe de tener siempre un testamento que la respalde.
- b) La partición de la herencia, llevada a cabo mediante acto mortis causa, queda derogada por el testamento siguiente con el que no sea compatible.
- c) El testador tiene la potestad de realizar la partición de la herencia mediante acto inter vivos y sin las solemnidades que se requieren para poder testar y que tienen

como objetivo el garantizar una cierta seriedad y autenticidad en torno a su declaración de voluntad.

Por otro lado, es relevante destacar que el carácter que muestra la ley en torno a la desigualdad creada entre institución y partición es el de que:

- A) Si se mantiene la forma a través del acto mortis causa debemos destacar que predomina, en este caso, la partición, a excepción de que no se muestre con total claridad o que haya existencia de datos que nos lleve a suponer, de manera razonada, que el causante haya adaptado la partición a la institución, y no al revés conforme a lo que establece el artículo 1075 Cc.

- B) En el caso de que no se mantenga la forma a través del acto mortis causa, la partición deberá adaptarse a la institución para que, de esa manera, pueda ser acometida.

5.4. EFECTOS.

La partición de la herencia llevada a cabo por el propio testador produce una serie de efectos:

- Efectos propios que se generan en cualquier partición, independientemente de que sea judicial o extrajudicial.
- Y, una serie de efectos propios como interpreta JOSÉ MARÍA ABELLA RUBIO²⁴ y que son los siguientes:
 - a) En el supuesto de que se realice la partición de la herencia de forma válida, no será necesario llevar a cabo un juicio de testamentaría.

Si la partición de la herencia ha sido llevada a cabo a través de testamento, y en ella han sido acatadas correctamente las legítimas, no va a tener caso el solicitar una nueva partición llevada a cabo, esta vez, por un contador –partidor.

- b) En el caso de que la partición realizada mediante testamento dificulte que se elabore la comunidad de bienes, si la partición llevada a cabo por el testador es total, se atribuirán los bienes de forma totalmente directa otorgándoles potestad, y a la vez se impide la formación de la comunidad hereditaria.

²⁴ JOSÉ MARÍA ABELLA RUBIO “La Partición de la herencia”, “Partición extrajudicial”, Editorial universitaria Ramón Areces. Madrid 2004-2006, pág. 151 y ss.

- c) Como a cada uno de los coherederos se le atribuye la propiedad total de los bienes que les pertenecen, de esa forma, adquieren la potestad de poder reclamarlos interponiendo cualquier tipo de acción que sea relevante para el caso concreto.
- d) En último lugar, debemos destacar artículo 1056 Cc, como en numerosas veces lo hemos mencionado, puesto que dicho precepto se refiere a que no se dañe la legítima de los herederos forzosos

Es decir, existe el deber de que se le dé un cierto respeto a las legítimas de los herederos forzosos.

6. PARTICIÓN POR CONTADOR PARTIDOR.

6.1. CONCEPTO.

Partimos de la base de que es el testador el que puede elegir entre llevar a cabo la partición de la herencia por su propia voluntad o atribuir dicha obligación de distribuir los bienes a una persona específica, la cual recibe el nombre de contador partidador, como así lo establece el artículo 1057 Cc en su párrafo primero:

“El testador podrá encomendar por acto «inter vivos» o «mortis causa» para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.”

Por tanto, el contador partidador será el encargado de llevar a cabo la partición de la herencia siempre que cumpla con las instrucciones que le atribuye el causante.

A través de esta figura, se pueden impedir ciertas discusiones entre todos los coherederos, puesto que deben de acatar la división que se ha realizado por la persona elegida por el propio testador, pero esto conlleva a que no se pueda solicitar la división judicial de la herencia conforme a lo establecido en el artículo 782.1 LEC²⁵.

²⁵ Este precepto hace referencia a la solicitud de la división judicial de la herencia estableciendo en su primer párrafo lo siguiente: “1. Cualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia, siempre que esta no deba efectuarla un comisario o contador-partidador designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por el Secretario judicial o el Notario.”

En conclusión, la figura del contador partidor es la persona designada, por el propio testador, para llevar a cabo la partición de la herencia, denominándose jurídicamente contador partidor testamentario.

6.2. El cargo de contador partidor.

El contador partidor es un cargo de derecho privado, que tiene un cierto matiz en relación a la naturaleza jurídica de la figura del albacea, pero se distinguen por tener funciones distintas:

- Por un lado, la expresión contador partidor se refiere a la persona que ha sido elegida de manera exclusiva y determinada para realizar la partición de la herencia.
- Mientras que, por otro lado, el término albacea hace referencia al encargo de otras diversas actuaciones de carácter testamentario²⁶.

Por otro lado, nos encontramos con que hay diversas perspectivas doctrinales en relación a si la figura del contador partidor es un albacea o una figura totalmente diferente. Por tanto se ha mantenido:

- 1- Que la figura del contador partidor si es un albacea, puesto que si el albacea realiza diversas actuaciones testamentarias designado por el causante, el contador partidor que el causante elige para realizar el testamento en relación a la división del caudal, se trataría de un mero albacea con la función específica de contar y realizar la partición.
- 2- Debemos resaltar que el propio Código Civil distingue:
 - La tarea de dividir, llevada a cabo por el contador partidor,
 - La tarea de realizar su última voluntad, realizada por el albacea.

Por tanto, la distinción se halla según la función que se le encomienda al contador partidor.

²⁶ Nada impide que, como resalta O'CALLAGHAN, no se puedan reunir estas dos funciones. Por lo que, un albacea, ya sea universal o particular, puede ser elegido por el propio testador para que realice la función de efectuar el testamento y, a su vez, la función de realizar la partición de la herencia. En este caso, si se le atribuye las dos funciones estaríamos ante la figura del albacea y la de contador partidor al mismo tiempo.

En cuanto al oficio realizado por el contador partidor, hay que destacar que el Código Civil no lo regula de forma expresa, por lo que tan solo van a serle de aplicación las normas aplicadas con respecto al albacea.

6.3. Nombramiento del contador partidor.

En cuanto al oficio o cargo de la figura del contador partidor puede ostentarlo toda persona pero con la condición de que no se trate de ningún coheredero como establece el artículo 1057 Cc en su párrafo primero, es decir, se establece una prohibición en torno a los coherederos, puesto que ninguno de ellos podría ser contador partidor.

El objetivo de esto es que se originen las discusiones menos posibles en el caso de que el cargo de contador partidor lo ostentara algún sujeto que tuviera un cierto interés a la hora de realizarse la partición de la herencia.

Por tanto, la figura del cónyuge viudo tampoco podría ostentar la condición de contador partidor. Junto a esta, tampoco podría adquirir tal condición el legatario de parte alícuota.

Esta prohibición, impuesta por el precepto mencionado, finalizará en el momento que los herederos rechacen la herencia, puesto que nos encontraríamos ante un cese en cuanto a la posición de intereses.

Debemos destacar, por consiguiente, el artículo 893 Cc ya que éste establece la capacidad para obligarse. En este caso, la figura del contador partidor no podrá llevarse a cabo si no tiene la capacidad para obligarse.

En cuanto al tema de los menores, éstos no podrán ser nombrados ni con la propia autorización de sus padres o tutores legales.

En el supuesto de que la figura del contador partidor haya sido reiterada en distintas personas serán de aplicación, como hemos señalado anteriormente, las normas que regulan la figura del albacea, en este caso, destacaríamos los artículos 894 y ss. Cc.

En cuanto al testador, a la hora de elegir contador partidor lo puede hacer bien por acto mortis causa o por acto inter vivos. Lo normal es que se realice mediante testamento, aunque también se puede llevar a cabo fuera del mismo²⁷.

6.4. Facultades del contador partidor.

La facultad que le corresponde al contador partidor, salvo que el propio testador le haya otorgado otras, es la de realizar la partición de la herencia, por lo que su misión finalizará cuando lleve a cabo las cuentas particionales y cumpliendo correctamente el protocolo.

Además, el contador partidor debe de proceder en función del testamento correspondiente y junto con las órdenes realizadas por el testador. En este sentido, la partición de la herencia realizada por la figura del contador partidor engloba ciertas características de la partición llevada a cabo por el propio testador²⁸.

Además, el contador partidor puede realizar con total libertad de aprecio las correspondientes operaciones particionales, dividiendo los bienes conforme a su criterio y potestad, pero debemos resaltar que el contador partidor no ostenta la facultad de disponer.

Esta última es una de las diferencias más relevantes en relación a la partición realizada por el contador partidor, puesto que, a diferencia del testador o los coherederos, éste no tiene la potestad de poder disponer de los bienes.

El contador partidor, además de realizar las operaciones particionales correspondientes, debe cumplir con todas las funciones que sean de relevancia para poder realizar de manera correcta la partición de la herencia. Por ello, debemos resaltar las siguientes:

- 1) La interpretación del testamento: En este caso, el testador le encomienda al contador, de manera habitual, la facultad de explicar e interpretar el testamento. Por ello, debemos destacar la Resolución de la Dirección de los Registros y del

²⁷ En el caso de que se realice fuera del testamento, va a ser necesario que conste existencia de testamento, en el cual se fijen las cuotas, pues como dice ALBALADEJO: “El artículo 1057 Cc, párrafo primero arranca de la idea de que el testador haya dispuesto de los bienes que encarga al contador partidor.”

²⁸ Por ello, la Sentencia de 17 de octubre de 1988 afirma que “la partición de la herencia realizada por el contador partidor nombrado por el testador equivale a la hecha por éste.” Idea que reproduce la Sentencia de 8 de marzo de 1989.

Notariado de 1 de diciembre de 1984, ya que afirma que *“el contador partidor tiene facultades para interpretar la voluntad real del de cuius manifestada en el testamento, y en el caso de que aquélla no aparezca claramente indicada o permita diversas interpretaciones, resolver a favor de la que estime más procedente, siempre que se ajuste a la ley, respete las legítimas y se acomode a las reglas de la partición.”*

En cuanto a esto, la interpretación, llevada a cabo por el contador partidor, se trata de una interpretación no vinculante, por lo que los coherederos que no estén conformes tiene la facultad de poder personarse ante los tribunales para instarla²⁹.

Además, el contador partidor también tiene la facultad de enmendar los errores cometidos por el testador, siempre respetando la voluntad de éste. Lo que el contador partidor no puede realizar es la facultad de añadir o incluir lagunas en el mismo testamento.

- 2) Liquidación de la sociedad de gananciales: Si nos encontramos con que el testador está casado mediante régimen de gananciales, para que la partición se pueda realizar de manera correcta se debe de liquidar la sociedad de gananciales. La liquidación se debe de realizar entre el cónyuge viudo y los herederos del fallecido sin que, en este caso, tercie la figura del contador partidor en la distribución.

Pero, por otro lado, la propia jurisprudencia ha acogido la postura de que la figura del contador partidor tiene la potestad para poder realizar la liquidación de la sociedad de gananciales, que la efectuará con el mismo cónyuge viudo y todo esto sin la participación y el consentimiento de los propios herederos del fallecido.

²⁹ La interpretación que realiza del testamento el contador partidor, con la condición de que esté siempre debe de respetar y acatar lo que establece la ley y el testamento, debe de ser consentida por el Registrador de la Propiedad, siempre y cuando no sea refutada por los interesados a través de los tribunales. Por lo que ponemos de relieve la Sentencia de 12 de diciembre de 1902.

- 3) El contador partidor cuenta con la facultad para poder precisar la naturaleza colacionable con respecto a las donaciones que se realicen.
- 4) También, el contador partidor posee la facultad de otorgar los bienes a cada heredero, pero con el correspondiente deber de aportar la diferencia en efectivo. Por tanto, la figura del contador partidor tiene la obligación de acatar la norma que contempla el artículo 1061 Cc, con la intención de que todos los bienes otorgados a los herederos sean uniformes y homogéneos.

En cuanto a la perspectiva del Tribunal Supremo, interpreta que en los supuestos en los que no exista forma para realizar los lotes de bienes conforme a la norma establecida en el anterior precepto, por el hecho de que resulte imposible dividir los escasos bienes de la herencia entre todos los herederos, el contador partidor, en este caso, tiene la facultad de poder realizar la postura que se acoge en el artículo 1062 Cc:

“Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero.

Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga.”

- 5) Concesión de legados: El contador partidor tiene la potestad de entregar los correspondientes legados. Tal facultad con la que cuenta éste para poder conceder los legados puede haber sido otorgada por el propio testador, sin que sea de forma expresa.

Por lo que hay que poner de relieve el artículo 81, c) del Reglamento Hipotecario que establece lo siguiente:

“La inscripción a favor del legatario de inmuebles específicamente legados se practicará en virtud de:

- c) *Escritura de entrega otorgada por el legatario y contador-partidor o albacea facultado para hacer la entrega o, en su defecto, por el heredero o herederos.”*

Tal facultad tan solo será competencia de la figura del albacea cuando se le haya otorgado de forma expresa conforme lo establecido en el artículo 81, d) del Reglamento Hipotecario.

6.5. Forma y plazo para hacer la partición.

El contador partidor lleva a cabo la partición de la herencia sin que tercién los coherederos donde, además, no es necesaria la aprobación de éstos. Pero en el caso de que de todos los coherederos haya alguno que esté bajo patria potestad o tutela, el contador partidor tiene la obligación de catalogar los bienes hereditarios, siempre con el correspondiente llamamiento tanto a sus representantes legales como a sus curadores³⁰.

En el caso de que la partición de la herencia se lleve a cabo sin el llamamiento a los representantes legales o curadores, se podrá dar lugar a una causa de anulabilidad. Sin embargo, si los coherederos disponen de capacidad de obrar y proceden de manera unánime, se da la posibilidad de que el contador partidor no intervenga y sean ellos mismo lo que lleven a cabo la partición de la herencia.

Además, debemos poner de manifiesto el principio de libertad de forma, por lo tanto el contador partidor puede llevar a cabo la partición de la herencia a su libre arbitrio, sin tener que realizarla de una determinada manera.

Por consiguiente, es relevante destacar el artículo 80.1 a) del Reglamento Hipotecario, ya que establece que:

“1. Para obtener la inscripción de adjudicación de bienes hereditarios o cuotas indivisas de los mismos se deberán presentar, según los casos:

- a) Escritura de partición, escritura o, en su caso, acta de protocolización de operaciones particionales formalizadas con arreglo a las Leyes, o resolución judicial firme en la que se determinen las adjudicaciones a cada interesado, cuando fuesen varios los herederos.”*

Esto quiere decir que los interesados tienen la facultad para poder reclamar la manera en que se lleva a cabo la partición para que se satisfagan todos los efectos de la misma.

³⁰ Conforme a lo expresado en el artículo 1057, párrafo tercero, modificado por la Disposición final primera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Haciendo mención a la figura del albacea, el uso de las normas del albacea hacen que el oficio del contador partidor sea de carácter temporal teniendo la obligación de llevar a cabo la partición de la herencia en el periodo de tiempo establecido por el propio testador y, en el caso de que no se haga en el tiempo establecido se realizará en el periodo de un año, que puede ser prorrogable.

En el caso de que, una vez ha sido acontecida la prórroga, no se haya satisfecho la voluntad del testador, el Secretario Judicial o el Notario están legitimados para otorgar otra prórroga por el tiempo que sea menester dependiendo el caso concreto³¹.

El oficio del contador partidor cesa y, por ello, se pone fin a sus facultades, debido a la realización correspondiente del cometido, es decir, otorgar a los herederos los bienes correspondientes a cada uno, o por haberse cumplido el periodo de tiempo estipulado.

7. PARTICIÓN POR CONTADOR PARTIDOR DATIVO.

En este apartado nos centraremos en la figura del contador-partidor dativo puesto que adquiere un relevante interés debido a que hace referencia a uno de los sucesos más importantes en relación a la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Con la ley 15/2015 de 3 de julio de Jurisdicción Voluntaria, tanto el Notario como el Secretario Judicial poseen un mayor número de facultades en materia de sucesión.

Debemos empezar diciendo que, antes de la modificación originada en 2015, se produjo previamente otra reforma en el año 1981, la cual llevó a cabo la facultad de que el Juez, mediante la solicitud de los herederos y legatarios debiendo representar, como mínimo, el 50% del caudal hereditario y junto con un llamamiento de todos los demás interesados, nombrara a una persona contador partidor dativo para que realice la correspondiente partición de la herencia³².

Por otro lado, la reforma del artículo 1057, párrafo segundo Cc originada en 2015 a través de la Disposición final primera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, establece que:

³¹ Son relevantes los artículos 904 a 906 Cc. Además, el artículo 905 Cc ha sido modificado mediante la Disposición final primera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

³² Artículo 1057, párrafo segundo Cc.

“No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Secretario judicial o el Notario, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Notariado establecen para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación del Secretario judicial o del Notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.”

Aquí vemos como novedad que figuran el Secretario Judicial y el Notario, cuando antes en su redacción figuraba tan solo el Juez.

Mediante esta reforma, se da lugar a dos vías de utilidad voluntaria por los interesados:

- 1- Por un lado, una de nombramiento del contador partidor dativo a través del Secretario Judicial.
- 2- Por otro lado, una de nombramiento del mismo mediante el Notario.

Una vez realizada la solicitud, o bien el Secretario Judicial³³ o el Notario serán los que tengan potestad para elegir al contador partidor dativo en el caso de que no haya existencia de testamento.

Por otra parte, debemos destacar que la figura del contador partidor dativo se encuentra regulada en el artículo 92 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, estableciendo:

“1. Será de aplicación lo previsto en este capítulo:

- a) Para la designación del contador partidor dativo en los casos previstos en el artículo 1057 del Código Civil.*
- b) Para los casos de renuncia del contador-partidor nombrado o de prórroga del plazo fijado para la realización de su encargo.*
- c) Para la aprobación de la partición realizada por el contador-partidor cuando resulte necesario por no haber sido confirmada expresamente por todos los herederos y legatarios.”*

³³ El proceso para nombrar al contador partidor por el Secretario Judicial se encuentra regulado en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en el Título IV.

La figura del contador partidor dativo posee facultades y obligaciones que son totalmente análogas con respecto a las que tenía el contador partidor testamentario, con el deber de cumplir el recado en el periodo de un año conforme al artículo 904 Cc, el cual admite prórroga.

En el supuesto de que, una vez llevado a cabo el plazo de prórroga, no se hubiera satisfecho la voluntad del propio testador, el Secretario Judicial o el Notario estarán legitimados para establecer otra prórroga con el periodo de tiempo que fuese oportuno, en relación a cada caso concreto.

Por último, si se lleva a cabo la partición a través de la figura del contador partidor dativo será necesario el consentimiento del Secretario Judicial o del Notario, excepto cuando todos los herederos y legatarios lo hayan constatado de manera expresa.

8. PARTICIÓN CONVENCIONAL.

En el caso de que el testador no hubiera realizado la partición de la herencia ni hubiera designado a otra personal la facultad de realizarla o bien porque aún designada la persona no lo hubiera hecho en la forma o tiempo estipulado, serán los herederos los que tengan la potestad para poder dividir la herencia de la forma que estimen conveniente, como establece el artículo 1058 Cc.

Por tanto, nos encontramos ante un negocio de carácter jurídico y plurilateral, es decir, se obligan ambas partes, por lo que es necesaria tanto la aprobación como la capacidad de éstas.

Sin embargo, para que la partición de la herencia sea legítima y legal deben de participar todos los titulares en su conjunto de la comunidad hereditaria³⁴.

En el caso de que algunos de los titulares fallezca con carácter previo a la partición de la herencia, los coherederos tendrán la facultad de asistir pero mediante una sola representación en relación a lo establecido en el artículo 1055 Cc.

³⁴ La concurrencia de todos los titulares en su conjunto contiene una excepción en el artículo 1080 Cc: "La partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindiré, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda."

Además, en la partición convencional debemos destacar el principio de unanimidad³⁵, que ha sido enjuiciado por la doctrina debido a los problemas de carácter práctico que generan.

Debido a que no resulta posible llegar a un pacto acorde, se establecen dos opciones:

- 1- Llevar a cabo una partición judicial.
- 2- Posteriormente a la modificación de 2015, tanto los herederos como los legatarios que deben representar, como mínimo, un 50% del caudal de la herencia, junto con el llamamiento de todos los demás interesados, tienen la potestad para instar al Secretario Judicial o al Notario que se designe un contador partidador dativo para que realice la partición de la herencia.

En relación al artículo 1058 Cc, éste autoriza a los herederos, que sean mayores de edad y que posean una administración totalmente libre de sus bienes, que lleven a cabo la partición de la herencia.

Pero el Tribunal Supremo conserva la idea de que los herederos mayores de 18 años y con plena capacidad, siempre y cuando procedan de manera unánime, adquieren la potestad de realizar la partición de la herencia conforme a sus intereses, sin acogerse a las normas recogidas en los artículos 1061 y 1062 Cc³⁶.

En relación a los menores y a las personas incapacitadas debemos destacar los artículos 1050 y 1060 Cc, puesto que hacen referencia a supuestos de menores e incapacitados.

En el caso de que en la partición de la herencia tanto los menores como los incapacitados se encuentren representados legalmente, no será indispensable la intervención ni la autorización judicial, pero lo que si será necesario para el tutor es el consentimiento judicial de la partición realizada.

Para finalizar, debemos destacar el artículo 1060 Cc, que fue reformado por la Disposición final primera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y el cual establece:

“Cuando los menores o personas con capacidad modificada judicialmente estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la

³⁵ Artículos, 397, 1058 y 1059 Cc.

³⁶ Prescindiendo de las disposiciones testamentarias. A resaltar: Sentencias de 3 de julio y 9 de octubre de 1962 y 25 de febrero de 1966.

autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la partición efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor o persona con capacidad modificada judicialmente en una partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si el Secretario judicial no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.”

9. PARTICIÓN CONTENCIOSA.

En este supuesto debemos destacar dos tipos relevantes de partición:

- Por un lado, la partición arbitral.
- Por otro lado, la partición judicial.

Ambas serán explicadas de una manera más desarrollada a continuación.

9.1. Partición arbitral.

Debemos saber que la partición de la herencia también puede realizarse a través del mecanismo conocido como proceso arbitral o partición arbitral, el cual se encuentra regulado en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Una vez que todos los coherederos ostentan la facultad para poder llevar a cabo la partición de la herencia, tiene la posibilidad de designar a un árbitro, todo esto de manera unánime, el cual será el encargado de realizar la correspondiente partición de la herencia.

Además, debemos poner de relieve el artículo 10 de la ley anteriormente mencionada, puesto que hace referencia al arbitraje testamentario estableciendo:

“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.”

Esto quiere decir que nos encontramos ante un supuesto de arbitraje de carácter excepcional, pero tan solo se podrá realizar siempre y cuando no haya existencia de legitimarios.

Por otro lado, a la hora de acordar el llamado pacto arbitral, las partes lo que pretenden con este procedimiento es evitar los Tribunales ordinarios, por lo que designan a un árbitro confiriéndole las potestades necesarias para realizar la partición de la herencia.

En cuanto al proceso de designación del árbitro, los facultados para ello son:

- El testador o los sucesores, serán quienes tendrán la potestad para poder designar a los árbitros.
- En el supuesto de que no se nombre a ningún árbitro o que el nombramiento sea infructuoso, la potestad para nombrar a un árbitro la ostentará el Juez.
- También podrá realizar el nombramiento de un árbitro un tercero siempre y cuando se le haya conferido esa facultad.

En el caso de que no se dé la aceptación del árbitro al que se designa, estará facultado el correspondiente Tribunal competente para nombrar a un nuevo árbitro según lo establecido en el artículo 20.1 de la Ley de Arbitraje³⁷ remitiendo al 15.3 de esta ley:

“Si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal competente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello.”

9.2. Partición judicial.

Partimos de la idea de que si no se ha llevado a cabo la partición de la herencia realizada por el testador, ni a través de un contador partidor al que se le haya conferido la facultada para ello, se puede acudir al llamado procedimiento judicial o partición judicial conforme a lo establecido en el artículo 1059 Cc:

³⁷ El artículo 21 hace referencia a la Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales: “La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros.

Se exigirá a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca. Se exceptúan de la contratación de este seguro o garantía equivalente a las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas.”

“Cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará a salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

Además, también debemos poner de relieve lo que establece el artículo 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que hace referencia a la solicitud de división judicial de la herencia:

“1. Cualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia, siempre que esta no deba efectuarla un comisario o contador-partidor designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por el Secretario judicial o el Notario.”

En este caso el legislador procesal tendría que haber establecido como supuesto que dificulta el proceso judicial, que el propio testador fuera el que hiciera la partición de la herencia mediante acto inter vivos o mortis causa como establece el artículo 1056 Cc³⁸, pero teniendo en cuenta que esto no lesione la legítima de los herederos forzosos.

Además, en cualquier momento del procedimiento judicial los interesados tendrán la facultad de poder liberarse de su seguimiento y así poder acoger todos los acuerdos que sean necesarios.

En el supuesto de que los acuerdos sean adoptados de común acuerdo, el Tribunal tendrá la facultad de aplazar el juicio y asignar los bienes a los herederos conforme establece el artículo 789 LEC³⁹.

Si se diera el caso de que se formule oposición a la hora de realizar la partición judicial, el tribunal tendrá la obligación de escuchar a las partes afectadas y admitir las evidencias que dichas partes sugieran, siempre que no sean inoportunas o indiscretas, continuando con el procedimiento judicial conforme a las reglas del juicio verbal.

Esta presentación dispone de un doble propósito:

- 1- Por una parte, tratar la conciliación de las partes interesadas.
- 2- Por otra parte, en caso de que no se consiga, ejercer de tramitación para reunir el objeto de disputa que deberá tener una cierta fluidez en relación a los trámites del juicio verbal.

³⁸ Artículo 1056 Cc: “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.”

³⁹ Artículo 789 LEC: “En cualquier estado del juicio podrán los interesados separarse de su seguimiento y adoptar los acuerdos que estimen convenientes. Cuando lo solicitaren de común acuerdo, deberá el Secretario judicial sobreseer el juicio y poner los bienes a disposición de los herederos.”

Esta referencia al juicio verbal con el objetivo de solucionar los conflictos creados entre los interesados en cuanto a la división de la herencia constituye un nuevo suceso que dará mucha más rapidez al proceso de partición de la herencia.

En relación a esto, debemos destacar el artículo 443.4 LEC puesto que una vez que se ha comenzado el proceso, las evidencias se van a practicar de manera seguida dictándose sentencia en un periodo de tiempo de diez días como establece el artículo 447 LEC⁴⁰.

En cuanto a la sentencia dictada a través del juicio verbal se llevará a cabo adjudicando los bienes correspondientes a cada heredero, otorgándoles a las partes interesadas los derechos que estimen oportunos en relación a los bienes entregados en el juicio ordinario correspondiente, conforme a lo expuesto en el artículo 787.5 LEC:

“Si no hubiere conformidad, el tribunal oirá a las partes y admitirá las pruebas que propongan y que no sean impertinentes o inútiles, continuando la sustanciación del procedimiento con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal.

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.”

10. Conclusiones.

Primera: La partición de la herencia es un proceso mediante el cual se pone fin a la comunidad hereditaria, por la que se sustituye la cuota abstracta que tiene cada uno de los herederos en la herencia por su titularidad de bienes y derechos concretos, siempre a favor de cada uno de ellos.

Segunda: La partición de la herencia tiene distintas clases de partición según la persona que la lleve a cabo:

⁴⁰ Artículo 447 LEC: “Practicadas las pruebas, el tribunal podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente conclusiones. A continuación, se dará por terminada la vista y el tribunal dictará sentencia dentro de los diez días siguientes. Se exceptúan los juicios verbales en que se pida el desahucio de finca urbana, en que la sentencia se dictará en los cinco días siguientes, convocándose en el acto de la vista a las partes a la sede del tribunal para recibir la notificación si no estuvieran representadas por procurador o no debiera realizarse por medios telemáticos, que tendrá lugar el día más próximo posible dentro de los cinco siguientes al de la sentencia.”

- 1- La puede realizar el propio testador.
- 2- Cualquier persona elegida por el testador, a excepción de que se trate de uno de los coherederos.
- 3- Los coherederos.
- 4- El contador partidador dativo.
- 5- El Juez.
- 6- El árbitro.

Tercero: Como hemos visto en este trabajo hay diferentes formas de realizar la partición de la herencia, la práctica de la herencia a través del propio testador, la partición de la herencia realizada por un contador-partidor que nombra el causante, o bien por los propios herederos en partición convencional.

Cuarto: Debemos destacar también que se puede practicar la partición de la herencia mediante la figura del partidador dativo. Junto a esto, también podemos destacar la partición llevada a cabo por vía arbitral y finalmente también se puede realizar la partición por la vía judicial.

11. Bibliografía.

CURSO DE DERECHO CIVIL IV. DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO DE SUCESIONES.. Edición: -. Autor: SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier. Editorial: TIRANT LO BLANCH. Observaciones: 8º edición, 2017.

CÓDIGO CIVIL. ULTIMA EDICIÓN. EDITORIAL: TIRANT-ONLINE.

SISTEMA DE DERECHO CIVIL. Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones. Vol IV. Tomos I y II.. Edición: 11ª. Autor: DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. Editorial: TECNOS.

DERECHO DE FAMILIA. Edición: ÚLTIMA EDICIÓN . Autor: LACRUZ BERDEJO, José Luis.. Editorial: CIVITAS.

ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL. V. Sucesiones.. Edición: ÚLTIMA EDICIÓN . Autor: LACRUZ BERDEJO, José Luis.. Editorial: DYKINSON .

PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL. VII. Derecho de Sucesiones.. Edición: 8ª. Autor: LASARTE ALVAREZ, Carlos. Editorial: MARCIAL PONS.

COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. V. Derecho de Sucesiones.. Edición: ÚLTIMA EDICIÓN . Autor: LLEDÓ YAGÜE, Francisco. Editorial: DYKINSON .

ALBALADEJO GARCÍA:” Derecho civil” Tomo V, Derecho de sucesiones volumen I.

JOSÉ MARÍA ABELLA RUBIO: “Partición extrajudicial”, dentro de la compilación “La Partición de la herencia”, Editorial universitaria Ramón Areces. Madrid 2004-2006.

MANUEL ESPEJO RUIZ: “La partición realizada por contador partidor testamentario, Colección de Derecho Civil, V Derecho de sucesiones”, Editorial Dykinson. Madrid 2013.

12. Jurisprudencia.

STS 641/2006, 15 de Junio de 2006, Ponente. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ.

STS 461/2004 de 28 de Mayo de 2004, Rec. 2171/1998.

STS 119/2005 de 24 de Febrero de 2005, Rec. 3919/1998.

STS 252/2004 de 30 de Marzo de 2004, Rec. 1604/1998.

STS 254/2014 de 3 de Septiembre de 2014, Rec. 1085/2012.

STS 129/2000 de 17 de Febrero de 2000, Rec. 1535/1995.

STS 116/2019 de 21 Febrero de 2019, Rec. 1036/2016.

STS 838/2013 de 10 de Junio de 2014, Rec. 731/2011.

STS 15/2012 de 20 de Enero de 2012, Rec. 263/2009.

STS 640/2012 de 18 de Octubre de 2012, Rec. 1283/2009.

STS 249/2003 de 13 de Marzo de 2003, Rec. 3353/1998.

STS 30/2012 de 26 de Enero de 2012, Rec. 295/2009.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 13 Febrero 2019, Rec. 3672/2016.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7ª, Sentencia 606/2002 de 4 de Noviembre de 2002, Rec. 491/2002.