

1.4. Sucesiones

Sobre la naturaleza jurídica de la partición hereditaria: su efecto determinativo o específico según la jurisprudencia del TS

Legal nature of distribution of the hereditary estate: effect according to the jurisprudence of the Spanish Supreme Court

por

ALEJANDRO TOFIÑO PADRINO

Letrado de la Administración de Justicia

Máster EEES en Derecho de familia y sucesiones

Doctorando en Derecho y ciencias sociales EEES UNED

RESUMEN: Sabido es que mediante la partición se pone fin a la comunidad hereditaria mediante la atribución a los coherederos de la titularidad exclusiva de los bienes concretos que formaban parte de la herencia del causante. Es un hecho incuestionable; posiblemente el único, podría añadirse, en esta materia en la que tanto y profusamente ha sido discutido. El concepto de la partición, en cuanto a la extensión de las operaciones incluidas en ella; el carácter de la propia partición según quién la realice; la forma de entender la comunidad que surge entre los distintos coherederos cuando el patrimonio relicto está compuesto de una diversidad de bienes o derechos; y, en fin, los efectos de la división, constituyen todos ellos los principales puntos en los que se han centrado las controversias doctrinales.

ABSTRACT: *The Community inherited finalize with the partition. The attribution to the heirs of the exclusive ownership of specific rights that formed part of the estate of the deceased. It is an unquestionable fact; possibly the only, could be added, in this area in which both and profusely has been discussed.*

PALABRAS CLAVES: Partición hereditaria. Comunidad hereditaria. Patrimonio relicto.

KEY WORDS: *Distribution of the estate. Hereditary community. Decedent's estate.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO Y VISIÓN PANORÁMICA DE LAS TESIS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PARTICIÓN.—II. GENERALIZACIÓN DE LA TESIS DETERMINATIVA O ESPECIFICATIVA: 1. REVISIÓN DE LA DOC-

TRINA CONTEMPORÁNEA. 2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: CONSAGRACIÓN DE LA TESIS DEL EFECTO DETERMINATIVO O ESPECIFICATIVO DE LA PARTICIÓN.—III. PARTICIÓN DE LA HERENCIA VERSUS DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN.—IV. APPLICACIONES PRÁCTICAS DE LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ANEXO JURISPRUDENCIAL.

I. PLANTEAMIENTO Y VISIÓN PANORÁMICA DE LAS TESIS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PARTICIÓN

Con la partición se pone fin a la comunidad hereditaria mediante la atribución a los coherederos de la propiedad exclusiva de los bienes concretos que formaban parte de la herencia del causante. Es un hecho incuestionable; posiblemente el único, podría añadirse, en esta materia en la que tanto y profusamente ha sido discutido. Así, es el caso de las controversias sobre el propio concepto de la partición, la extensión de las operaciones incluidas en ella; el carácter de la propia partición según quién la realice; la forma de entender la comunidad que surge entre los distintos coherederos cuando el patrimonio relicto está compuesto de una diversidad de bienes o derechos; y, en fin, los efectos de la división, constituyen todos ellos los principales puntos en los que se han centrado las controversias doctrinales¹.

Respecto al significado de la expresión *partición de herencia*, señalaba COVIÁN (1910: 336) dos principales: uno amplio, en cuanto comprende todas las actuaciones a que da lugar la sucesión de una persona concurriendo determinadas circunstancias —pluralidad de bienes y de partícipes—; y otro estricto, referido a la operación mediante la cual se pone término a la indivisibilidad de una sucesión, distribuyendo el caudal relicto entre los coherederos y, en su caso, los legatarios y acreedores del difunto, adjudicando a unos y otros la parte que les corresponde conforme al Derecho civil.

Si abordásemos la materia desde el punto de vista del sujeto que practica la partición resultaría, de otra parte, que ostenta una tipología diferente. Como expone ROYO MARTÍNEZ (1951: 331), el problema de la naturaleza jurídica no admite solución única, pues la partición será decisión de la autoridad, acto o negocio unilateral privado o acto conjunto plurilateral, según la realicen el Juez, el propio causante o el contador-partidor por él nombrado, o los interesados en sí. En idéntica línea DE BUEN (1981: 681) añade la aprobación judicial del acuerdo de partición entre los interesados, sanción que no varía su naturaleza de verdadero contrato. Sin embargo, si ha de seguirse el correspondiente juicio, por existir oposición de alguno de ellos, la partición tiene el carácter de un acto judicial.

Adicionalmente, concurren otras tesis sobre el tipo de comunidad —romana o por cuotas, germánica o en mano común— y en función de cada una, se atribuirá unas u otras consecuencias en la configuración de la partición hereditaria o, incluso, para negar absolutamente la conexión entre ambas cuestiones. No solo eso, que la comunidad recaiga sobre la totalidad o universalidad del patrimonio del causante o sobre bienes singulares, tendrá notorias repercusiones en los efectos de la partición.

Es probable que sea la discusión acerca del efecto esencial de la partición la principal entre todas las planteadas en la doctrina. Con ella se alude a la clásica oposición entre dos teorías: la de la naturaleza traslativa o constitutiva de derechos y la de la declarativa de derechos. Ambas, así como sus variantes y las adicionales incorporadas con el tiempo y lugar, tienen por objeto dar cumplida

explicación, en un sentido u otro, de las relaciones jurídicas que puedan darse entre el causante de la sucesión con los coherederos y de las existentes entre los propios coherederos y las de estos con terceros.

En términos generales, la primera tesis, la traslativa, estima que es la partición la que atribuye la condición de propietario mediante la transferencia recíproca de las cuotas o porciones de unos coherederos a otros. Para la segunda, la declarativa, el derecho del copartícipe procede directamente del causante y la partición se limita a individualizar o concretar ese derecho, pero sin que se dé transferencia alguna. Ambas posturas implican diferentes consideraciones respecto a los actos de disposición realizados por un coheredero durante el estado de indivisión, con sus implicaciones para los restantes copartícipes y para los terceros que contratan con aquél.

De este modo, para la tesis traslativa, los actos subsisten aunque el bien sobre el que incidan sea atribuido a un coheredero distinto del disponente. Desde luego, para los terceros supone una valiosa garantía, si bien para los demás coherederos constituye un efecto perturbador. Y exactamente lo contrario sucede según la teoría de los efectos declarativos de la partición, esto es, el acto de disposición será válido exclusivamente si el bien en cuestión es incluido en el lote del disponente, generando dicha certeza y certidumbre, únicamente que invirtiendo los protagonistas.

Un aspecto que suele soslayarse en las exposiciones académicas, por limitarse las más de las veces a una mera aproximación a la materia, es el contexto histórico y las razones fiscales y políticas. En otros trabajos, evidenciamos que fueron el detonante del origen de los efectos declarativos de la división. Se reitera como una pauta que fue el sistema jurídico romano el que otorgó carácter traslativo a la partición hereditaria equiparándola a la venta o permuta y que el Código Civil francés de 1804 consagró, en su artículo 883, la reacción a tal configuración, implantando el sistema opuesto.

Resulta habitual estimar que el Derecho romano se decantó indubitablemente por tal eficacia al priorizar la protección de los acreedores del coheredero singular, y que el francés pretendió ante todo la tranquilidad de los otros copartícipes frente a los actos dispositivos de uno de ellos que pudieran repercutir en los bienes que, por virtud de la partición, les son otorgados con cargas o gravámenes por ellos no concertados. Empero, cada vez son más los estudiosos que cuestionan estas premisas: respecto al Derecho romano porque es contrario al sistema de casos propio de la jurisprudencia clásica, reacia a teorizar apartándose de los supuestos acaecidos en la realidad mediante soluciones adaptadas a las circunstancias concretas; y en cuanto al Derecho francés porque el efecto declarativo tiene un trasfondo nada desdeñable de lucha contra la organización impositiva feudal. En efecto, las adquisiciones mediante compraventa y demás actos asimilados, entre ellos la sucesión *mortis causa* según la concepción romana, estaban sujetos al pago de laudemios a favor del señor feudal. Obviamente, el cambio de orientación, esto es, considerar que la partición no implica transferencia alguna de propiedad, supone eliminar el hecho imponible y con ello la propia imposición. Es fácil comprender entonces la importancia de la nueva teoría que, con esta sutileza, se convierte en instrumento de oposición, y no el menos importante, contra los antiguos privilegios feudales. De aquí que hayamos, en otros estudios, subrayado los antecedentes históricos, con especial atención a las posturas revisionistas de los textos jurídicos romanos y, a la vista del Derecho común, cómo se fraguó la teoría declarativa en la doctrina y jurisprudencia francesas entre los siglos XVI y XVIII.

Ya centrados en nuestro Código Civil resulta que no existe en su articulado precepto alguno, al modo del artículo 883 del *Code Napoléon*, que deje meridianamente expuesta su opción. La mencionada función se asigna, más bien es atribuida por Tribunales y tratadistas, al artículo 1068, de cuyos términos —*La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados*— se ha defendido, ya desde el comienzo de la entrada en vigor del texto, que el Código atribuye efectos traslativos a la partición hereditaria. El citado artículo se apropiá, casi en exclusiva, del peso de las argumentaciones expuestas en defensa de la tesis traslativa. Por el contrario, los adalides de la tesis declarativa pretenderán minimizar la relevancia del artículo 1068, cuestionando el significado de sus propios términos y acudiendo a otros preceptos del Código, especialmente los artículos 399 y 450, con la finalidad de acreditar que la partición produce un efecto meramente declarativo.

Del análisis de los exponentes de ambas tesis es evidente que, hasta no hace tanto tiempo, los «traslativistas» dominaban en la doctrina española. Sin embargo, pronto surgieron opiniones denunciando que ninguna de las teorías consideradas clásicas se ajusta a la realidad de las cosas. Y esto sucede no solo en nuestro país; en Italia, donde la naturaleza declarativa parece resultar evidente por el tenor literal de su normativa, también aparecieron voces contrarias ofreciendo nuevas concepciones.

Ciertamente, toda exposición con un mínimo de rigor, ha de unir a la literatura jurídica las decisiones de los órganos judiciales sobre esta materia. Como muestra de la importancia de la jurisprudencia nos permitimos reproducir las siguientes palabras de LLEDÓ YAGÜE (1993: 45): «[...], el completo esclarecimiento de esta cuestión solo se lograría a base de precisar lo que han resuelto los Tribunales cuando ha sido alegada la infracción de los preceptos que, según hemos visto, entran en la discusión. Como siempre que la obra del legislador deja dudas o problemas, el Derecho es lo que resuelven los Tribunales». Coinciendo con este profesor en el fondo de su reflexión, no podemos sin embargo compartir la sensación de confianza que deja entrever en la posición diríamente de la jurisprudencia, en el sentido de decantarse definitivamente por una u otra postura, declarativa o traslativa, pues a la indeterminación del legislador nuestros Tribunales han respondido con oscilaciones, no solo sucesivas en el tiempo a modo de péndulo, también coetáneas. Quizá asista la razón a quien justifica esta situación aduciendo que el Tribunal Supremo, que es el que establece la doctrina jurisprudencial (art. 1.6 del Código Civil), resuelve casos concretos distintos mediante la interpretación y aplicación de las fuentes del Derecho adaptadas a esos supuestos. Esta atención individualizada a las circunstancias propias de cada controversia da lugar a pronunciamientos en apariencia diferentes que en puridad no lo son, pues se limitan a ofrecer una solución adaptada a las circunstancias concurrentes, no siempre iguales. Así, ORDUÑA MORENO (1992: 664-665) puntualiza que las referencias al carácter traslativo de la partición que realizan las sentencias generalmente aducidas en defensa de tal naturaleza «no se deben a criterios de preferencias doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la partición, sino de coherencia en la fundamentación del fallo respecto de las pretensiones que se suscitaron en las meritadas sentencias».

Por fin, incorporamos las distintas apreciaciones entre las acciones de división de la cosa común y de la comunidad hereditaria; el otro, referido a ciertas cuestiones de carácter procesal o de otro tipo afectadas o influidas, de forma ya directa ya contingente, por la naturaleza de la partición hereditaria. En ambos casos, calificamos la exposición de oportuna y necesaria. Pese a las concomitancias

existentes entre las acciones de división de las comunidades, ordinaria y hereditaria, y a la remisión general que el artículo 406 del Código Civil realiza a las reglas concernientes a la división de la herencia, los dos tipos de pretensión presentan peculiaridades que las distancian, como la legitimación para ejercitarse la correspondiente acción (los comuneros en la división de cosa común, los coherederos y legatarios de parte alícuota en la partición de herencia) o el objeto sobre el que recaen (respectivamente, un único bien y un conjunto patrimonial o *universum ius*). Hacemos igualmente referencia a la capacidad exigida para la división hereditaria y si constituye un acto de administración o disposición, cuestión esta última que, por ejemplo, condiciona la amplitud del poder de representación del mandatario para intervenir en nombre de un coheredero (art. 1713 del Código Civil).

II. GENERALIZACIÓN DE LA TESIS DETERMINATIVA O ESPECIFICATIVA

1. REVISIÓN DE LA DOCTRINA CONTEMPORÁNEA

Entre la doctrina más autorizada VALLET DE GOYTISOLO (1984: 841), contradice a quienes ven en la ley 1.^a, tít. 15, de la Partida VI y en el artículo 1068 la consagración legal de la partición como título de propiedad distinto e independiente de la herencia, pues ni las palabras de las *Partidas* —«*se tiene se cada uno, por pagado con su parte*»— ni el verbo *confiere* del artículo 1068, son suficientemente expresivas. Según el *Diccionario de la Lengua Española*, «*conferir*» puede significar conceder, o bien asignar a uno facultades o derechos. En el caso de la partición parece más ajustado a derecho, el significado de asignar, que bien puede excluir acto traslativo propiamente dicho.

Para el mencionado Maestro (1984: 846), siguiendo la doctrina de la subrogación, es preciso distinguir: en el proceso sucesorio, delación y partición se complementan, y juntas producen el efecto *traslativo* al heredero de la titularidad exclusiva de bienes concretos y determinados; respecto de la situación de comunidad hereditaria, la partición ponen fin a dicha comunidad, con naturaleza y eficacia *determinativa*, al subrogar la cuota indivisa de cada comunero por bienes concretos y determinados.

Esta variante de la tesis determinativa expuesta por el ilustre Notario, es considerada por DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (1991: 2508) acertada y puede admitirse, aunque con algunas puntualizaciones: 1) La controversia acerca del carácter de la partición tiene sentido respecto de la partición realizada por contadores partidores, la contractual y la judicial, pero no en cuanto a la partición testamentaria, pues en esta lo característico es la transmisión *recta viae* del causante a los herederos de los bienes adjudicados por el testador a cada uno de ellos. 2) No hay razón alguna para negar que, en algunos aspectos, la partición surta efectos retroactivos. La adquisición hereditaria encuentra su fundamento en el título sucesorio y por ello resultaría contradictorio no ver en la partición un acto complementario en cuanto a los bienes que se adjudican a cada heredero. Los actos de disposición realizados antes de la partición por un heredero quedan o deben quedar automáticamente convalidados si el bien objeto del acto se adjudica al heredero disponente. No existe, además, obstáculo que impida aplicar a la partición de la herencia el contenido de los artículos 399, referido a la comunidad en general, y 440, 442 y 450 del Código, con todas sus importantes consecuencias. Tampoco quiere esto decir que la comunidad se borre retroactivamente por efecto de la partición, debiéndose distinguir las relaciones con terceros y las de los coherederos entre sí. 3) La naturaleza de la partición, en lo que se refiere a

las relaciones entre los coherederos cuando son estos los que la practican, no puede quedar limitada a discernir si se trata de un acto traslativo, declarativo o especificativo. Para percibirse del tema en su total dimensión es preciso recordar la vieja contraposición entre negocios de disposición y negocios obligatorios, de una parte, y entre actos de administración (ordinaria o extraordinaria) y actos de riguroso dominio. En el primer sentido, esto es, en la medida en que la partición implica la modificación del contenido del derecho que corresponde a cada partícipe estamos ante un negocio de disposición. En el segundo, depende. Si la partición se atiene al principio de igualdad cualitativa, aun dentro de la relatividad de este principio, puede considerarse acto de administración; en otro caso, se aproxima a los actos de riguroso dominio.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (1997: 607) consideran que la partición no es traslativa porque con ella «se adjudica a los herederos aquello a lo que tienen derecho por título de herencia, pero no es tampoco meramente declarativa, porque de algún modo modifica la situación jurídica anterior. La posición intermedia es, pues, la que se debe sostener». Conciben, en definitiva, la partición como «un acto de determinación de la titularidad de cada uno de los derechos subjetivos y obligaciones que permanecía indeterminada transitivamente durante la partición».

Pese a los términos del artículo 1068, dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2001: 505-506) que la división no es un acto traslativo pues no hay nueva adquisición: «Se produce solo un mero desenvolvimiento de una potencialidad connatural al mismo derecho de comunero. En este desenvolvimiento, el derecho cuota *se concreta* en un derecho exclusivo (de dominio) sobre un bien individual (la porción material que le corresponda) y gana, de este modo, en intensidad lo que pierde en extensión objetiva».

En su análisis de la jurisprudencia sobre esta materia, ÁLVAREZ GARCÍA (2009: 865) diferencia dos planos que producen distintos efectos: «En el marco de las relaciones externas entre el causante y el heredero, la partición desempeña una función traslativa que complementa el título sucesorio unido a la posesión civilísima (STS de 5 de marzo de 1991). En el seno de la relación interna entre coherederos insertos en una comunidad hereditaria, la partición es netamente determinativa y especificativa de derechos, pues el artículo 1068 del Código Civil confiere la propiedad de los bienes ya adjudicados (STS de 21 de junio de 1989), [...]».

Por último, para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (2014: 189) la división no implica una transmisión al comunero de la parte que le ha correspondido del total (teoría transmisiva), pues lo que hay más propiamente es una sustitución de la cuota de cada comunero por la parte que le ha sido atribuida; tampoco hay una mera declaración de un eventual derecho previo de cada comunero sobre la parte que le ha sido adjudicada (teoría declarativa) puesto que la titularidad exclusiva sobre esa parte solo se adquiere con la división, y no antes. De ahí que la doctrina concluya que estamos ante una determinación o concreción del derecho que tenía cada comunero: la cuota ideal queda determinada, o concretada, en la parte o lote que le es atribuida.

2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: CONSAGRACIÓN DE LA TESIS DEL EFECTO DETERMINATIVO O ESPECIFICATIVO DE LA PARTICIÓN

Esta forma de entender la división es la que impera en la jurisprudencia más reciente. Tomamos como referencia la STS de 28 de mayo de 2004 (núm.

461) como ejemplo de la argumentación de nuestro Alto Tribunal para llegar a la consagración de la tesis del efecto determinativo o específico de la partición. Comienza con la definición de la partición de la herencia como «el acto —negocial o judicial— que pone fin a la comunidad hereditaria mediante la adjudicación a los herederos de las titularidades activas que forman parte del contenido de la herencia». Con la partición se producen dos efectos: el cese de la comunidad hereditaria y la transformación del derecho abstracto que tienen los coherederos sobre la herencia en derecho concreto sobre los bienes que se le adjudican a cada uno. Esta transformación se justifica porque «[a]ntes de la partición, la comunidad hereditaria está formada por el patrimonio hereditario cuya titularidad corresponde a los coherederos conjuntamente; es decir, estos tienen un derecho hereditario que no está concretado sobre bienes determinados, si no recae sobre el total que integra el contenido de la herencia; es una sola comunidad sobre la universalidad de los bienes y derechos hereditarios»; lo que supone que los coherederos son titulares del todo considerado unitariamente, sin corresponderles una participación concreta en cada uno de los bienes. Para refrendar esta idea cita otras decisiones: «La Sentencia de 25 de mayo de 1992 dice explícitamente que “en tanto no se practique la partición de la herencia no puede hablarse de que tal finca sea objeto de una copropiedad por iguales partes entre los coherederos, sino que la misma forma parte de la comunidad hereditaria” y la de 6 de octubre de 1997, en el mismo sentido, dice: “todos los herederos tienen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras que no haya partición”». Por ello, concluye, la partición «sustituye la cuota que cada coheredero tiene en la comunidad hereditaria, por la titularidad exclusiva en los bienes o derechos que se la adjudican; la partición específica o determina qué bienes concretos corresponden a cada coheredero: es la teoría sustitutiva o específica de la partición, mantenida por la doctrina moderna y la jurisprudencia, en Sentencias de 21 de julio de 1986, 13 de octubre de 1998, 21 de mayo de 1990, 5 de marzo de 1991, 28 de junio de 2001».

Pero no es el único ejemplo. Además de las señaladas en la resolución precisada, existen otras, anteriores y posteriores, que recogen la esencia de esta tesis, aunque en ocasiones como pronunciamiento *obiter dictum*:

STS de 29 de mayo de 1963 (núm. 515): «[...] el heredero adjudicatario mediante la partición no solo ha adquirido el dominio individual de lo adjudicado de acuerdo con lo previsto en el artículo 1068 del Código sustantivo, sino que se ha subrogado en todos los derechos y acciones del causante sobre la finca, pues aunque los derechos a la sucesión de una persona se transmiten y adquieren desde el momento de su muerte, estos pasan a los herederos formando una colectividad o comunidad perteneciendo a todos en parte ideal o proindiviso la que se transforma en específica o concreta mediante la partición por el reconocimiento de la propiedad a favor de uno de los interesados, [...]».

STS de 29 de octubre de 1968 (núm. 663): «[...] una partición hereditaria no es un acto traslativo ni imaginativo, ni siquiera declarativo de la propiedad, siendo un acto de transformación, de descomunicación de bienes, determinativo o específico de la propiedad de determinados bienes, que no pueden ser más que aquellos que pertenezcan al *de cuius*, y así lo declaran asimismo las Sentencias de 25 de enero de 1943, 6 de diciembre de 1926, 30 de octubre de 1943 y 22 de mayo de 1944».

STS de 17 de abril de 1986 (núm. 226): «[...] la división o partición se configura como un acto de disposición a título oneroso, aunque su fin esencial no sea el de enajenar y adquirir, sino el de determinar o especificar derechos».

STS de 13 de octubre de 1989 (núm. 714): «[...], la partición cumple con su función individualizadora, que atribuye a cada heredero su lote de bienes y además, en su aspecto de recíprocas enajenaciones, pone en claro la real titularidad y su causa, por lo que no es preciso recurrir a más trámites y mucho menos al otorgamiento de escrituras que reflejen negocios totalmente simulados».

STS de 3 de febrero de 1999 (núm. 1210/1998, sic): «El motivo primero [...] denuncia la infracción del artículo 1281, párrafo primero, en orden a la interpretación dada al documento privado suscrito con fecha 26 de septiembre de 1988, tanto por la sentencia de primera instancia como la de apelación. El razonamiento, en síntesis, dice que las sentencias entienden que el documento contiene verdaderos actos de disposición sobre el patrimonio hereditario que requería el consentimiento unánime de los herederos y tal calificación no es la correcta, puesto que dicho documento contiene actos de mero alcance obligacional. [...] Que sea acto de disposición, o tenga el documento carácter determinativo, criterio este que sustenta la Jurisprudencia de esta Sala respecto a la naturaleza jurídica de la partición (*vid.*, STS de 5 de marzo de 1991 y todas las que ella cita), lo evidente es que no obtuvo el consentimiento unánime de los herederos y en consecuencia no llega a tener ningún valor jurídico».

STS de 12 de febrero de 2007 (núm. 128): «En cuanto a la infracción legal que se denuncia del artículo 1068 del Código Civil se ha de precisar que si bien dicha norma establece que “la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados”, es lo cierto que la doctrina de esta Sala ha acogido la doctrina que atribuye a la partición efectos determinativos o específicos de la propiedad sobre los bienes adjudicados a cada uno de los herederos, lo que resulta más acorde con el sentido de distintos artículos del propio Código en cuanto establecen que la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante (art. 440), que los efectos de la buena fe del causante aprovechan al heredero desde el momento de su muerte (art. 442) y que los herederos suceden al difunto por el hecho solo del fallecimiento en todos sus derechos y obligaciones (art. 661). Así la norma del artículo 1068 del Código despliega sus efectos propios entre los coherederos atribuyendo la propiedad exclusiva del bien adjudicado al heredero, que antes de ella únicamente ostentaba un derecho abstracto sobre la totalidad de la herencia, por lo que ninguna infracción del precepto se produce cuando, verificada la partición, se le reconoce un efecto retroactivo referido al momento de la apertura de la sucesión que coincide con el fallecimiento del “*de cuius*”».

STS de 26 de enero de 2012 (núm. 30): «[...] el objeto de la partición es la extinción de la comunidad hereditaria mediante la división y adjudicación del activo de la herencia, especificando cuotas abstractas en derechos concretos, sustituyendo las cuotas o derechos que tienen los coherederos en la comunidad hereditaria, por la titularidad exclu-

siva de los bienes o derechos que se adjudican; la partición específica o determina qué bienes concretos corresponden a cada coheredero».

III. PARTICIÓN DE LA HERENCIA VERSUS DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN

MUÑOZ XANCÓ (1985: 1236-1237) advierte que los efectos de la división de la comunidad y la partición de la herencia son distintos, ya que en la comunidad de bienes el comunero es propietario exclusivo de una parte indeterminada material, pero rigurosamente cierta, de un bien —común— concreto y puede transigir y negociar sobre dicha parte; por el contrario, en la comunidad hereditaria, el coheredero tiene derecho a la herencia conceptualizada como *universitas ius*, pero no a ningún bien concreto y determinado de la misma, porque desconoce el bien o bienes que en los lotes de la partición le van a corresponder, por lo que su derecho lo es potencialmente o en expectativa, y en la partición se le atribuirán uno o más bienes sobre los que no tenía ningún derecho dominical con anterioridad a la partición. Precisamente lo contrario a lo que ocurre en el condominio, donde, con la división, la parte indeterminada pero cierta de los comuneros se hace determinada en sentido material.

Pero la diferenciación no se ciñe únicamente a los efectos que se producen por la partición, pues también se reflejan en el ejercicio de las respectivas acciones para poner fin a la situación de indivisión. A este propósito, PRIETO COBOS (1983: 483-484), examina las diferencias entre la acción de división de cosa común y la de división de herencia y, con cita de la STS de 2 de mayo de 1964, señala las siguientes: 1) La *actio communii dividundo* se atribuye exclusivamente a los comuneros (art. 400); la de *familiae erciscundae* puede ser ejercitada no solo por los coherederos (art. 1.053), sino también por el cónyuge supérstite, legatarios de parte alícuota e incluso por los acreedores de la herencia (art. 1038 LEC 1881). 2) En la *actio communii dividundo* las operaciones divisorias se realizan por los propios interesados, salvo que voluntariamente se sometan a la decisión de árbitros o amigables componedores (art. 402); en la segunda pueden llevarse a efecto por el testador (art. 1.059), o los contadores partidores o comisarios designados por él (art. 1057), o en la junta que a tal fin se haya convocado en el oportuno juicio universal de testamentaría o abintestato (arts. 1001 y 1070 LEC 1881), aun cuando también puedan efectuarlas los propios herederos (art. 1058). 3) En los supuestos del párrafo primero del artículo 392, por lo general, únicamente existe en común el objeto que se pretende dividir; en cambio, la herencia recae sobre un *universum ius* compuesto del conjunto de bienes, derechos y obligaciones pertenecientes al *de cuius* (art. 659). Y 4) por su contenido y alcance, los artículos 404 y 1062, referidos a bienes indivisibles, discrepan de la manera de verificar la adjudicación, al exigir el primero el previo convenio de todos los interesados, manifestado de forma expresa, sin cuyo requisito la cosa indivisible habrá de enajenarse, repartiéndose su precio, y al permitir el segundo a la persona o personas que realmente practiquen la partición asignar dicha cosa a uno de los coherederos, a no ser que alguno solicite su venta en pública subasta, con lo que el asentimiento de estos surge con posterioridad a tal acto tácito.

Más reciente es la STS de 25 de junio de 2008 (núm. 596) que, remitiéndose a la anterior resolución citada, reincide en las mismas equidistancias entre la *actio communii dividundo* y la *familiae erciscundae*: «[...] la acción de división compete a los comuneros (art. 400 del Código Civil), en tanto que la *familiae erciscundae* puede ser ejercitada por los coherederos, pero también por el cónyuge supérstite,

por legatarios de parte alícuota o por acreedores de la herencia, y además las operaciones divisorias han de llevarse a efecto, en la acción de división, por los propios interesados, salvo que voluntariamente se sometan a la decisión de árbitros o amigables componedores, mientras que la partición puede ser llevada a efecto por el testador (art. 1056 del Código Civil), o por los contadores partidores o comisarios designados por él (art. 1057 del Código Civil), o por los propios herederos (art. 1058 del Código Civil), a lo que hay que añadir que tienen distinto origen y que, en general, la acción de división tiene un solo objeto, en tanto que la herencia recae sobre un *universum ius* compuesto del conjunto de bienes, derechos y obligaciones pertenecientes al *de cuius* (art. 659 del Código Civil).

Ahora bien, tanto la opinión doctrinal como la decisión referidas han de ser objeto de las siguientes correcciones a la luz de la LEC de 2000 respecto de la legitimación. El artículo 782.1 de la ley procesal dispone que cualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia cuando no deba efectuarla un comisario o contador-partidor designado por el testador, por los coherederos de mutuo acuerdo o por el secretario judicial o Notario. De este precepto se deduce que el cónyuge supérstite carece de legitimación salvo que, a su vez, ostente la condición de heredero. Que esto es así lo corrobora el artículo 783.2 al prever su mera intervención en la junta para designar contador y peritos. Igualmente los acreedores están excluidos, ahora por mención expresa (art. 782.3), pero se les concede ciertas garantías: 1) el reconocimiento de las acciones que les correspondan contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, que deberán ejercitarse en el juicio declarativo pertinente; 2) ciertos acreedores (los reconocidos como tales en testamento o por los coherederos, los que tengan su derecho documentado en título ejecutivo) podrán oponerse a que la partición se efectúe hasta tanto no se les pague o afiance el importe de sus créditos; y 3) el acreedor de uno o varios coherederos podrá intervenir a su costa en la partición para evitar que se haga en fraude o perjuicio de sus derechos (art. 782.3-5). Tal intervención potestativa tendrá lugar mediante el mecanismo regulado en el artículo 13 LEC. El fundamento de la intervención se encuentra en el «interés directo y legítimo» que el tercero tiene en el resultado del pleito, con el objetivo puesto en evitar el detimento que le podría deparar una resolución adversa a sus intereses o expectativas.

IV. APPLICACIONES PRÁCTICAS DE LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA

Si seguimos la opinión de ROYO MARTÍNEZ (1951: 331), para el que «[...] la cuestión de la naturaleza jurídica de la partición es un tanto bizantina y encierra un juego de palabras y de deliberadas diferencias de enfoque, más bien que una efectiva trascendencia jurídica», es evidente que este apartado carecerá de contenido. Sin embargo, estimamos más acertada la posición de SAMANES ARA y DÍEZ-PICAZO, al poner de relieve que la discusión acerca de la naturaleza jurídica del acto divisorio no se reduce a una mera cuestión teórica o doctrinal, pues la adopción de una u otra postura implica diversas consecuencias prácticas.

La primera autora (1995: 27-28) resalta ciertas consecuencias procesales para el caso, obviamente, de división judicial: la naturaleza de la acción que en su caso se ejercite, ejecución, cosa juzgada y costas. El segundo (2008:1039) señala la capacidad para practicar la división, que será distinta según que el acto suponga o no una transmisión de derechos; la representación del condeño por

otra persona que requerirá un poder especial si es un acto traslativo (art. 1713 del Código Civil); de nuevo la naturaleza de la acción y de la sentencia judicial, que en un caso será constitutiva y en otro declarativa; y la obligación de saneamiento en caso de evicción de los lotes, que se producirá si hay transmisión pero no en caso contrario. Aunque ambos autores se refieren a la división de la cosa común, emplearemos las materias por ellos señaladas para tratarlas en sede de división de la herencia.

La naturaleza de la acción de partición tiene una relevancia decisiva a la hora de determinar los efectos temporales de la sentencia estimatoria de la correspondiente pretensión. De la tradicional distinción entre acciones declarativas, constitutivas y de condena, descartamos estas últimas, porque en el juicio divisorio no se busca una condena al demandado al cumplimiento de alguna de las prestaciones contenidas en el artículo 1088 del Código Civil, esto es, dar, hacer o no hacer algo, que es objeto de este tipo de acciones. La sentencia será, pues, declarativa o constitutiva, y según resuelva, por el principio de congruencia, una pretensión de una u otra clase. Empleando los términos del artículo 5 LEC, la pretensión será declarativa cuando se solicite de los tribunales «la declaración de la existencia de derechos y situaciones jurídicas», y constitutiva cuando esa solicitud se refiera a «la constitución, modificación o extinción de estas últimas». En aquel caso, los efectos de la sentencia estimatoria de una pretensión declarativa se producen *ex tunc*; en este otro, si la sentencia acoge una pretensión constitutiva los efectos tienen lugar *pro futuro* o *ex nunc*. La explicación de la diferencia de momento a partir del que la sentencia despliega sus efectos es idéntica, como no puede ser de otra manera, a la ofrecida para fundamentar las tesis de los efectos declarativos o constitutivos de la partición hereditaria: la sentencia declarativa se limita a reconocer la preexistencia de la relación jurídica, y por ello la sentencia retrotrae su eficacia al momento en que surgió tal relación. En cambio, la sentencia constitutiva crea una consecuencia jurídica que hasta entonces no existía y que solo con la resolución judicial puede originarse; de ahí que solo produzca efectos desde su constitución, modificación o extinción en la propia sentencia.

Así las cosas, ante la duda de la naturaleza de la división judicial de la herencia, debemos reconocer que en la ley procesal nada se dice expresamente, y tampoco los tratadistas se prodigan en dar explicaciones para resolverla. Por esta razón es muy valioso el apunte formulado por GUASP y ARAGONESES (2002: 255-256): «Aunque esté muy discutido el carácter, constitutivo o declarativo, de la partición, lo cierto es que, incluyendo dentro de la constitución de situaciones jurídicas aquellas en las que se determinan o especifican, no hay más remedio que sostener que existe una eficacia material directa del resultado normal de este proceso». Es indudable que con la división judicial desaparece el estado de división, siendo sustituido por una pluralidad de situaciones jurídicas individuales; lo que antes era un derecho abstracto e incierto sobre el caudal relicto ahora es un derecho concreto y cierto sobre los bienes singulares que lo integraban. Para los precitados autores este cambio se produce mediante la constitución de las nuevas situaciones jurídicas, que son objeto de determinación o especificación en el seno del proceso, que de esta manera viene a producir efectos materiales directos.

En materia de ejecución, por el contrario, coinciden los efectos, sea considerada la sentencia que pueda dictarse en un proceso judicial de partición de la herencia como acto traslativo o constitutivo o como acto declarativo, porque en ambos casos no es ejecutable. Según el artículo 521.1 LEC no se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas. Ahora bien, en ocasiones será precisa la adopción de ciertas medidas tendentes a garantizar la

eficacia *erga omnes* de la sentencia constitutiva pronunciada, como por ejemplo la expedición de mandamiento para conseguir la inscripción o rectificación de un asiento registral. Pero estas actuaciones no son estrictamente ejecución, por cuanto no hay ejercicio coactivo de la Jurisdicción y se adoptan sin necesidad de que se dicte resolución judicial que acuerde su despacho (art. 521.2 LEC). En la doctrina procesalista se habla en estos casos de ejecución impropia. Y esto es lo que ocurre con la división judicial de la herencia. En el artículo 787.5 LEC se dispone que la sentencia que se dicte para resolver la oposición a las operaciones divisorias se llevará a efecto con arreglo a lo previsto en el artículo siguiente. El precepto remitido (art. 788 LEC) contiene una expresión de ejecución impropia, pues el efectivo cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia se produce con la mera entrega por el secretario judicial (hoy Letrado de la Administración de Justicia) a cada uno de los interesados de lo que en la partición les haya sido adjudicado, así como los títulos de propiedad actualizados con notas expresivas de la adjudicación. Se exige después la protocolización de las operaciones divisorias, lo que resulta cuanto menos discutible pues ya han sido realizadas bajo fe pública, en este caso judicial, que en su correspondiente ámbito de actuación es enteramente equiparable a la notarial. No es necesaria, por tanto, la interposición de una demanda de ejecución ni, consiguientemente, su despacho para obtener las citadas actuaciones; parece incluso de los términos legales que han de realizarse de oficio cuando la resolución que aprueba la partición adquiera firmeza: *Aprobadas definitivamente las particiones, el Secretario judicial procederá a entregar...* En cualquier caso, estos actos procesales previstos en el artículo 788 confirmarán el carácter de acto constitutivo de la resolución que pone fin a la controversia.

Además, la sentencia que resuelva la oposición no tendrá eficacia de cosa juzgada, por lo que los interesados podrán hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio declarativo pertinente (art. 787.5, párr. 2.º, LEC).

De las implicaciones procesales, nos queda tratar las costas. Según SAMANES ARA (1995: 96-97), si se parte de la idea de que la acción de división de cosa común es constitutiva, podría sostenerse la inaplicabilidad de la regla del artículo 523 LEC 1881 (art. 394 LEC 2000), paralelamente a lo que ocurre, por ejemplo, en los procesos matrimoniales. Si, por el contrario, se concibe el derecho a la división como un derecho obligatorio, hay que decir que los condóminos están obligados a otorgar la división cuando uno de ellos lo pida y, en consecuencia, la sentencia que ordena la disolución es una sentencia de condena, imponiendo el pago de las costas a los incumplidores. ¿Son estas manifestaciones aplicables a la partición judicial de la herencia? La respuesta, desde luego, viene dada al margen de toda consideración acerca de la naturaleza declarativa o constitutiva de la partición, ya que debe atender a principios distintos. Si la división beneficia a todos los copartícipes (con independencia de su posición procesal de demandante o demandado) o, desde otra perspectiva, si el cumplimiento de la sentencia no depende exclusivamente de uno de ellos, sino de la voluntad concurrente de las dos partes, no parece adecuado imponer las costas a uno solo de los copartícipes. Aunque el juicio hubiera sido motivado por haberse negado uno a la división amistosa, entiende CHIOVENDA (2004:149) que «[n]o por ello sería considerado como causante del juicio a los efectos del vencimiento, porque al preferir la división, o que esta se realizase judicialmente, ejercitaría un derecho». Además, la sentencia «señala la cuota de cada uno, pero no declara derechos de los unos contra los otros: no existe vencimiento ni condena en costas, que suelen ponerse

a cargo de la masa; lo que equivale a ponerlas a cargo de todos puesto que vienen a disminuir la cosa que se divide, y cada uno las soporta *pro modo emolumenti*». Y nosotros suscribimos tal opinión con fundamento en el contenido del artículo 1064 del Código Civil: *Los gastos de partición, hechos en interés común de todos los coherederos, se deducirán de la herencia*. Solo cede este criterio cuando, por existir oposición a las operaciones particionales, haya de dictarse sentencia que, además de resolver la controversia, se pronunciará sobre las costas devengadas únicamente en tal incidente siguiendo el régimen general.

Respecto a las cuestiones de orden sustantivo, obviando la implicación sobre la obligación de saneamiento, creemos conveniente efectuar las siguientes puntualizaciones. En cuanto a la capacidad, el Código distingue según se trate de pedir la partición de la herencia o de practicar la misma. El artículo 1052 dispone que todo coheredero que tenga la *libre administración y disposición de sus bienes* podrá pedir la partición de la herencia; mientras el artículo 1058 establece que cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren *mayores* y tuvieran la *libre administración de sus bienes*, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente. Intentando solventar esta perturbadora diferencia, se han ofrecido varias alternativas, naturalmente influidas por la forma de entender la naturaleza jurídica de la partición. Así, ROCA-SASTRE MUNCUNILL (2000: 81), después de señalar los distintos requisitos del Código sobre la capacidad para pedir y la de practicar la partición, considera que «[a]caso debería considerarse que el empleo por el artículo 1052 de la palabra «disposición» fue un error de contexto, ya que la partición no es acto de enajenación». LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (1971: 215) ofrecen otra interpretación plausible: «la partición es acto traslativo en cuanto completa la transmisión operada por la delación sucesoria en su conjunto, mientras, una vez pedida la partición, intervenir en ella es simple acto determinativo». No obstante, consideran más exacto entender que la regla de capacidad sea la misma en el supuesto del artículo 1052 que en el del artículo 1058; carecería de lógica exigir una mayor capacidad para pedir la partición que para convenir o hacer la propia partición. Este punto de vista tiene apoyo textual en el requisito del artículo 1058 de que los partícipes contratantes sean mayores de edad —con lo que la exigencia de libre administración apunta exclusivamente a que, siendo mayores, no tengan restringida su capacidad—, y su base socioeconómica en la mayor necesidad de discernimiento para distribuir bienes sin sujeción a regla alguna que para pedir la división. Esta conclusión tiene su fundamento en que «la partición es un acto que, con toda evidencia, y sea o no traslativo, excede la simple administración; comporta una serie numerosa y complicada de operaciones, y, en definitiva, obliga a cada partícipe a garantizar las cuotas de los restantes».

Precisamente la consideración de la división hereditaria como acto dispositivo enlaza con la cuestión ya apuntada de la amplitud de los poderes otorgados al mandatario para poder intervenir en la partición en representación de un coheredero. De acuerdo con el artículo 1713 del Código Civil, el mandato general no comprende más que los actos de administración; para «transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio» se requiere un mandato expreso. Esta distinción conduce al interrogante de si la división de la herencia es un acto de administración o de disposición. Ha quedado clara la posición de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, anteriormente citados, y nuestro parecer es coincidente. Para llegar a tal conclusión, resulta útil acudir a las explicaciones de GITRAMA GONZALEZ (1976: 348). Este autor entiende

que los actos de disposición «provocan una modificación, una notoria alteración en la sustancia de un patrimonio disminuyéndola o sometiéndola a un riesgo, a un peligro. Implican cierta arbitrariedad en quien los realiza, lo que a su vez viene a exigir un máximo poder, de atribuciones, de prerrogativas a su respecto; cabalmente, las que corresponden al *dominus*, al propietario, que es el único que puede comprometer el valor, la individualización y la permanencia de los bienes en el seno del patrimonio». El acto de administración, en cambio, es el «acto jurídico que, recayendo sobre un bien determinado o sobre un conjunto patrimonial de elementos igualmente individualizados, tiende, ya a la puesta en explotación de los mismos, ya a la percepción y utilización de sus productos sin comprometer en modo alguno el valor, la individualización y la permanencia de dichos bienes en el seno del patrimonio». Ateniéndonos a estas palabras, resulta que la partición de la herencia ha de ser considerada como acto de disposición, en la medida que, con ella, se produce una modificación o alteración del objeto y de los derechos de los coherederos². La consecuencia es que el mandatario deberá actuar con un mandato especial.

V. CONCLUSIONES

I. Hemos pretendido ofrecer una panorámica de las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales acerca de la naturaleza jurídica de la partición hereditaria que, aún hoy, sigue siendo objeto de enconadas discusiones y fuente inagotable de nuevas teorías y posicionamientos. Y si de este análisis hubiéramos de extraer una única conclusión certera, esta sería que es la decisión del legislador, y en su defecto la interpretación de los tribunales, la que determina el tipo y alcance de esa naturaleza jurídica, pues a la partición no es consustancial o inherente ningún efecto, más allá de poner fin a la situación de indivisión, como si de un organismo vivo se tratase que, por sí mismo o por interacción, genera constatables consecuencias o impresiones autónomas. Es pues la naturaleza jurídica de la partición un concepto vacío cuyo contenido se determina en cada momento y según la necesidad concurrente.

II. Que esto es así lo demuestra, a nuestro modo de ver:

1.^º El *acercamiento a la evolución histórica* de los efectos de la partición en los ordenamientos jurídicos romano y francés, considerados como paradigmáticos de los sistemas traslativo y declarativo, respectivamente. Fue la diversa consideración que merecía la protección de los terceros o de los copartícipes la que determinó uno u otro sistema: el romano optó por priorizar los derechos del tercero que contrata con un partícipe al objeto de garantizar el cobro de su crédito; el francés, por el contrario, valoró más necesaria la seguridad de las adquisiciones por los sujetos integrantes de la extinta comunidad que la propia seguridad de los acreedores. Así pues, diferente sistema en virtud de la distinta valoración por los jurisconsultos de una misma situación.

2.^º Las *oscilaciones jurisprudenciales*. Es obvio que no se ha planteado ante nuestros tribunales, como directa cuestión controvertida, la naturaleza jurídica de los efectos de la partición. Los pronunciamientos en este punto, son *obiter dicta*, a propósito del ejercicio de pretensiones de diversa índole, como tercerías de dominio, oportunidad de la acción de petición de herencia o reivindicación de dominio sobre bienes relictos. Por ello, es comprensible que el Tribunal Supremo, considerando las circunstancias de cada supuesto, haya ajustado su opinión generando así lo que, en un análisis exterior y descontextualizado, parecen antagónicas soluciones.

3.^º *Efectos contrapuestos.* Que un ordenamiento presente los caracteres que tradicionalmente se han señalado como privativos de un sistema concreto (traslativo o declarativo) no es, para el legislador, obstáculo para reconocer ciertos efectos propios del contrario. Así se ha hecho ver para nuestro Derecho civil, cuyo sistema partitacional reconoce algún indiscutible efecto retroactivo, como en materia de rentas y frutos de los bienes hereditarios (art. 1063 del Código Civil).

III. Con esto no quiere decirse que la fijación de la repetida naturaleza jurídica de la partición hereditaria, como la de la división de la cosa común, sea improductiva; antes al contrario, en el apartado anterior hemos pretendido resaltar las múltiples implicaciones prácticas que esta cuestión suscita. Sí se pretende denunciar las florituras y sortilegios en que a menudo incurren quienes, desde un plano puramente especulativo, rehuyendo de toda conexión con la realidad de la controversia, pretenden establecer comportamientos estancos a la manera de categorías absolutas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, M.-D. (2009). La partición judicial, *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio*, Manuales de Formación Continua, núm. 47, 2008, Consejo General del Poder Judicial, 859-906.
- AUBRY, Charles-RAU, C.-F. (1918). *Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, Tome X, 5e éd., Paris.
- BARASSI, L. (1951). *Proprietà e comproprietà*, Giuffrè Editore, Milano.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1954). *La comunidad de bienes en Derecho español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- BETANCOURT, F. (2012). *Derecho romano clásico*, 4.^a ed., Universidad de Sevilla, Sevilla.
- BIONDI, B. (1948). *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, Società Editrice «Vita e Pensiero», Milano.
- BONILINI, G. (1997). Voce «Divisione», in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, VI, Utet, Torino, 481-497.
- BORSARI, L. (1874). *Commentario del Codice civile italiano*, Volume Terzo, Parte Prima, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Roma - Napoli.
- BRANCA, G. (1955). Comunione. Condominio negli edifici, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca. Libro Terzo: Della proprietà*, 2.^a ed., Nicola Zanchelli Editore (Bologna) - Soc. Ed. del Foro Italiano (Roma).
- BRIOSO ESCOBAR, E. L. (1980). *Cuestiones sobre la comunidad de Derecho romano y la facultad de pedir la división*, Separata de Revista de Derecho Notarial, núm. CVII, enero-marzo.
- BURDESE, A. (1980). *La divisione ereditaria*, Utet, Torino.
- CALAZA LÓPEZ, M.^a S. (2013). La división judicial de la herencia, *RCDI*, 89, 740, 4183-4215.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1989). *Derecho civil español, común y foral*, Tomo 6.^º, *Derecho de sucesiones*, Volumen 1.^º, *La sucesión en general. La sucesión testamentaria (primera parte)*, 9.^a ed., Reus, S.A., Madrid.
- CHAMORRO PIÑERO, S. (1941). Los derechos hereditarios, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año LXXXVI, 2.^a época, Tomo I (169 de la colección), Madrid, 312-340.
- CHIOVENDA, G. (2004). *La condena en costas*, Valleta Ediciones, Buenos Aires.

- CICU, A. (1958). *Successioni per causa di morte. Parte generale*, Tomo II: *Divisione ereditaria*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano.
- COLIN, A., y CAPITANT, H. (1916). *Cours élémentaire de Droit civil français*, vol. III, Paris.
- COSSÍO CORRAL, A. del (1975). *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo 2, Alianza Universidad, Madrid.
- COVIÁN, V. (1910). Voz «Partición de herencia», en *Enciclopedia jurídica española*, Tomo XXIV, Francisco Seix editor, Barcelona, 336-389.
- DE BUEN, D. (1981). Notas sobre el Derecho civil español en A. Colin - H. Capitant, *Curso elemental de Derecho civil*, Tomo VIII, Instituto Editorial Reus, Madrid.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (1991). Notas al artículo 1068 en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz, Pablo Salvador Coderch (dirs.), Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 2507-2509.
- DE MONTLUC, L.-A. (1873). *Examen crítico del nuevo Código civil de México*, Manuel A. Romo - Pedro G. Mendiondo (trads.), Imprenta del Gobierno, México.
- DE TAPIA, E. (1840). *Prontuario de contratos y sucesiones hereditarias*, Tomo II, Valencia.
- DEL POZO CARRASCOSA, P. (2012). La partición de la herencia, en *División de la Comunidad de Bienes*, M.^a del Carmen Gete-Alonso y Calera (dir. y coord.), Atelier, Barcelona.
- DEMOLOMBE, C. (1860). *Cours de Code Napoléon*, XVII. *Traité des successions*, V, Paris.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. III: *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, 5.^a ed., Civitas Thomson Reuters, Pamplona.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1997): *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV: *Derecho de familia*, 7.^a ed., Tecnos, Madrid.
- DONDERIS TATAY, L. (1933). *La copropiedad*, Editorial Reus, Madrid.
- DRAMARD, E. (1892). Du partage des biens propres de la femme, *La France judiciaire*, 1re partie, 201-225.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. (1970). *Manual de Derecho civil español*, vol. V: *Sucesiones*, 3.^a ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- FALCÓN, M. (1878). *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral según las leyes escritas, la jurisprudencia de los tribunales y la opinión de los escritores*, Tomo II, Establecimiento Tipográfico de D. Vicente Oliva, Salamanca.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, A., y PARICIO, J. (2000). *Fundamentos de Derecho privado romano*, 4.^a ed., Paideia ediciones, Madrid.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2014). *Derecho privado romano*, 7.^a ed., Iustel, Madrid.
- FERRIÈRE, C. de (1680). *Traité des Fiefs suivant les Coutumes de France, et l'usage des Provinces de Droit écrit*, Paris.
- FORCHIELLI, P., y ANGELONI, F. (2000). Della divisione. Artículo 713-768, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, 2.^a ed., Zanichelli Editore (Bologna) Soc. Ed. del Foro Italiano (Roma).
- GALGANO, F. (2010). *Trattato di Diritto civile*, Volume Primo: *Le categorie generali. Le persone. La proprietà. La famiglia. Le successioni. La tutela dei diritti*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani.
- GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo II, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid.

- GAUDEMEL, J. (1934). *Étude sur le régime juridique de l'indivision en Droit romain*, Librairie du Recueil Sirey, Paris.
- GAYOSO ARIAS, R. (1920). Naturaleza y desarrollo procesal de la acción «communi dividundo», *Revista de Derecho Privado*, núms. 82 y 83 (julio y agosto), 208-221.
- GITRAMA GONZÁLEZ, M. (1976). Acto de administración en el Derecho civil, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XIX, 331-356.
- GLASSON, E. (1893). *Le droit de succession au moyen âge*, L. Larose & Forcel éditeurs.
- GUASP, J., y ARAGONESES, P. (2002). *Derecho procesal civil*, Tomo II: *Procesos declarativos especiales*, 5.^a ed., Civitas.
- HEINECIO, J. (2003). *Recitaciones del Derecho Civil Romano*, Analecta Editorial, Pamplona (reimpresión facsímil, Luis de Collantes y Bustamante (trad. anot.), 8.^a edición, Valencia, Librería de Pascual Aguilar, 1888, 2 tomos).
- JAÉN, V. (1928). *Derecho civil*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid.
- KOSCHAKER, P. (1955). *Europa y el Derecho Romano*, José Santa Cruz Teijeiro (trad.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2007). *Elementos de Derecho Civil*, Tomo V: *Sucesiones*, 3.^a ed. revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. de A. (1971). *Derecho de sucesiones*, Tomo I: *Parte General. Sucesión voluntaria*, Librería Bosch, Barcelona.
- LAURENT, F. (1874). *Principes de droit civil*, Tome X, Paris - Bruxelles.
- LLEDÓ YAGÜE, F. (1993). *Derecho de sucesiones*, vol. IV: *La comunidad hereditaria y la partición de herencia*, Universidad de Deusto, Bilbao.
- LOSANA, C. (1911). *Le disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie secondo il Codice Civile Italiano*, 2.^a ed., Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1914). *Comentarios al Código Civil español*, Tomo VII, 4.^a ed., Madrid.
- MARCADÉ, V.-N. (1850). *Cours élémentaire de Droit civil français*, Tome III, Paris.
- MARTÍN LÓPEZ, J. (1936). Carácter y efectos de la partición de herencia, *Revista de Derecho Privado*, XXII, núm. 270 (marzo), 81-96.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2014). La comunidad de bienes, en *Curso de Derecho Civil*, Tomo III, *Derechos Reales*, Pedro de Pablo Contreras (coord.), 4.^a ed., Colex, Madrid.
- MIRAGLIA, C. (2006). *La divisione ereditaria*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova.
- MORELL Y TERRY, J. (1917). *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Tomo 2.^º, Hijos de Reus, editores, Madrid.
- MUÑOZ XANCÓ, J. (1985). Naturaleza y clase de la actio communi dividundo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, LXI-570 (septiembre-octubre), 1235-1243.
- OGÁYAR Y AYLLÓN, T. (1957). Naturaleza jurídica de la partición hereditaria, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, enero-febrero, 17-31.
- ORDUÑA MORENO, F. J. (1989). La excepción de la responsabilidad por evicción en la partición realizada por el testador: artículos 1056 y 1070, núm. 1, del Código Civil, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2, 469-580.
- (1992). Eficacia e ineficacia de la partición, *Derecho de sucesiones*, Ángel M.^a López y López, Vicente L. Montés Penadés, E. Roca i Trias (dirs.), Tirant lo Blanch, 663 y sigs.
- OSSORIO MORALES, J. (1943). Comentario de la STS de 25 de enero de 1943, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año LXXXVIII, 2.^a época, Tomo V (173 de la colección), 562-566.

- PACIFICI-MAZZONI, E. (1872). *Istituzioni di Diritto civile italiano*, Libro III: *Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose*, Parte Prima: *Delle successioni, dei legati e delle donazioni*, 2.^a ed., Firenze.
- PAOLI, B. (1875). *Nozione elementari di Diritto civile. Le successioni testamentarie secondo il Codice civile italiano*, Genova.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Tomo I, 4.^a ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid.
- PLANIOL, M. (1903). *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Tome III: *Mariage et divorce. Régimes matrimoniaux. Successions. Donations et testaments*, 10^e édition, F. Pichon, successeur, éditeur, Paris.
- POTHIER, R.-J. (1762). *Traité du contrat de vente*, vol. II, Paris.
- (1777). *Oeuvres posthumes*, vol. I, Paris. *Traité des Fiefs*, 1-320.
- (1778). *Oeuvres posthumes*, vol. II, Paris. *Traité des Successions*, 1-244.
- POUS DE LA FLÓR, M.^a P., y MORETÓN SANZ, M.^a F. (2014). Comunidad conyugal y partición hereditaria previa liquidación del régimen económico-matrimonial, *RCDI*, 90, núm. 743, 1418-1443.
- PRIETO COBOS, V. (1983). *Ejercicio de las acciones civiles*, Tomo II: *Acciones reales*, 5.^a ed., Aranzadi, Pamplona.
- PUIG BRUTAU, J. (1964). *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, vol. III: *Legítimas. Reservas. Sucesión intestada. Sucesión contractual. Partición de herencia*, Bosch, Barcelona.
- ROCA SASTRE, R. M.^a (1981). La partición hereditaria, ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?, *Estudios sobre sucesiones*, Tomo II, Instituto de España, Madrid, 387-414 (= *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año V, de septiembre de 1929, núm. 57, 641-660, y de octubre de 1929, núm. 58, 740-749).
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (2000): *Derecho de Sucesiones*, Tomo IV, Bosch, Barcelona.
- RODRÍGUEZ DEL BARCO, J. (1971). Sobre la naturaleza jurídica de la partición hereditaria, *Revista de Derecho Privado*, 1157-1171.
- (1973). Nuestra posición sobre la naturaleza jurídica de la partición hereditaria, *Revista de Derecho Privado*, 420-440.
- ROYO MARTÍNEZ, M. (1951). *Derecho sucesorio «mortis causa»*, Editorial Edelce, Sevilla.
- SALAZAR REVUELTA, M.^a (2003). *Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano*, Universidad de Jaén, Jaén.
- SAMANES ARA, C. (1995). *La división de la cosa común*, Tecnos, Madrid.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1910). *Estudios de Derecho civil*, Tomo Sexto, Volumen 3.^º: *Derecho de sucesión («mortis causa»)*, 2.^a ed., Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», Madrid.
- SANTOS BRIZ, J. (dir.) y otros (2003). *Tratado de Derecho Civil. Teoría y práctica*, Tomo VI, *Derecho de sucesiones*, I. Sierra Gil de la Cuesta (coor.), Bosch, Barcelona.
- SCAEVOLA, Q. M. (1954). Código Civil, Tomo XVIII: *De la colación y partición*, revisado y puesto al día por Pascual Marín Pérez, 2.^a ed., Instituto Editorial Reus, Madrid.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. (1984). *Panorama del Derecho de sucesiones*, Tomo II: *Perspectiva dinámica*, Civitas, Madrid.
- (1994): *Metodología de la determinación del Derecho*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto (1921): *Tratado de Derecho civil español*, Tomo V: *Parte especial, Derecho de sucesión «Mortis causa»*, 2.^a ed., Valladolid.

VÉLEZ SARSFIELD, Dalmacio (1872): *Notas del Código Civil de la República Argentina*, Buenos Aires.

VII. ANEXO JURISPRUDENCIAL

- STS de 29 de mayo de 1963
- STS de 29 de octubre de 1968
- STS de 17 de abril de 1986
- STS de 13 de octubre de 1989
- STS de 3 de febrero de 1999
- STS de 28 de mayo de 2004
- STS de 12 de febrero de 2007
- STS de 25 de junio de 2008
- STS de 26 de enero de 2012

NOTAS

¹ Quiero agradecer especialmente al Profesor Juan-José MARCOS GARCÍA por su inestimable colaboración en las traducciones de las obras históricas de este trabajo; adicionalmente a mi Directora la Profesora Titular de Universidad M.^a Fernanda Moretón Sanz, por las observaciones y revisión de este artículo.

² Y así lo entiende, por ejemplo, la STS de 17 de abril de 1986 (núm. 226). *Vid.*, no obstante, las matizaciones ofrecidas por DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, ya expuestas en el apartado [II.1].