

Algunos de los problemas que pueden aparecer a la hora de partir una herencia. Especial consideración jurisprudencial

por

M.^a EUGENIA SERRANO CHAMORRO

Catedrática de EUU Empresariales

Departamento de Derecho Civil. Universidad de Valladolid

SUMARIO

- I. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO SUCESORIO.
- II. CASOS ESPECIALES DE ADJUDICACIÓN DE LA PARTE HEREDITARIA.
- III. PERÍODO DE INDIVISIÓN.
- IV. LA PARTICIÓN DE HERENCIAS:
 1. CONCEPTO.
 2. CLASES DE PARTICIÓN.
 3. FORMA DE HACER LA PARTICIÓN.
- V. OPERACIONES PARTICIONALES.
- VI. EFECTOS DE LA PARTICIÓN.
- VII. INEFICACIA DE LA PARTICIÓN.

I. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO SUCESORIO

En nuestro Código Civil encontramos las reglas sustantivas que nos ayudan a resolver nuestros problemas a la hora de repartir los bienes heredados.

Si como dice el artículo 657 del Código Civil: «*Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte*». «*La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la Ley*» (art. 658, ap. 1).

Es necesario conocer algunos de los preceptos básicos que nos van a ayudar a la hora de realizar uno de los actos más frecuentes y que más disputas familiares nos pueden ocasionar, esto es, lo relativo a la apertura del testamento de un ser querido, normalmente herencias de padres a hijos. Y como este proceso es largo y complicado, si se quieren poner trabas a la hora de la adjudicación de los bienes, vamos a centrarnos en un acto concreto, «la partición de la herencia».

Si la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte (art. 659 CC). Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones (art. 661 CC). Y los llamados a la misma pueden ser a título universal (heredero) o bien a título particular (legatario), el heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario.

El testador no puede disponer libremente de sus bienes, el artículo 763 dispone: «*El que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos. El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo*».

Añadiendo el artículo 764: «*El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar*».

En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos. Y el 765: «*Los herederos instituidos sin designación de partes heredarán por partes iguales*».

Estos serían los parámetros generales que debemos tener presentes en la apertura sucesoria.

II. CASOS ESPECIALES DE ADJUDICACIÓN DE LA PARTE HEREDITARIA

Ciertos artículos del Código Civil se ocupan específicamente de algunos casos concretos que requieren una atención individualizada que vamos a exponer y sobre los cuales recogemos distintas sentencias de nuestro Alto Tribunal.

A) CONMUTACIÓN DE SU PARTE AL VIUDO

Artículo 839: «*Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.*

Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge».

La sentencia de 4 de octubre de 2001 (1) indica que este apartado 2 del artículo 839 supone una garantía para preservar los derechos del cónyuge, en tanto en cuanto no se determinen la forma de satisfacción de la cuota vidual.

Artículo 840: «*Cuando el cónyuge viudo concurra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios».*

Un ejemplo de commutación lo podemos ver, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 junio de 2006 (2), por acuerdo unánime con todos sus herederos, se satisface su derecho vidual asignándole una renta vitalicia. En el presente caso, el cónyuge viudo y los herederos celebraron el 1 de agosto de 1972, un negocio jurídico que denominaron en el encabezamiento «explotación en común de los bienes y títulos de los que son legítimos propietarios» y más adelante se refirieron a «sociedad familiar»; en lo que aquí interesa se incluyó el pacto de commutación del usufructo vidual en estos términos literales: «A doña Julia se le entregará mensualmente el día 1 de cada mes, la cantidad de doce mil pesetas, por el gerente de la Sociedad con cargo a la cuenta de cada uno de sus cuatro hijos, o sea, tres mil pesetas cada uno, como compensación al usufructo que le corresponde al tercio de libre disposición en la herencia de su difunto esposo don Cristóbal. Estas cantidades entregadas mensualmente serán revisadas en la misma proporción que el sueldo del gerente y nunca se podrán considerar como gastos generales, sino como anticipo a cuenta de beneficios de cada uno».

La sentencia de 25 de octubre de 2000 (3) sobre un caso de capitalización de la cuota vidual usufructuaria, señalando que *la facultad de elegir una de estas formas expresadas en el artículo 839 corresponde a los herederos, sean voluntarios o forzados, testados o abintestato, o, incluso, legatarios afectados por el usufructo legal del viudo, ya sean descendientes, ascendientes o collaterales del causante o, incluso, extraños al mismo, y tanto si dicha cuota vidual recae sobre el tercio de mejora como en el de libre disposición, y*

(1) STS de 4 de octubre de 2001 (RJ 2001/7542).

(2) STS de 30 de junio de 2006 (RJ 2006/3978).

(3) STS de 25 de octubre de 2000 (RJ 2000/8549).

desde esta óptica, en consonancia a que la mención de «herederos» se refiere sólo a los «afectados» por el usufructo de la viuda, a quienes compete la posibilidad de elegir entre las distintas opciones establecidas en el artículo 839, al tratarse de una carga sobre su porción hereditaria, es preciso entender que a ellos exclusivamente les está permitida la facultad de elección, que no se facilita a la recurrente, dado que ella es la beneficiaria de la cuota vitalicia usufructuaria, con independencia de la institución de heredera universal verificada por el causante en su testamento, todo ello en consonancia con el texto de artículo 839, que sólo permite la elección a los «herederos» que tienen que satisfacer al cónyuge su parte de usufructo.

B) PAGO DE LA PORCIÓN HEREDITARIA EN CASOS ESPECIALES

La reforma de 1981 ha supuesto un cambio total en los artículos 841 y siguientes, permitiendo en ciertos casos que el pago se realice mediante metálico extraherencial, con bienes hereditarios o con metálico extraherencial, siempre que se efectúe en la forma y con las condiciones que establece el artículo 841 del Código Civil y con las garantías que para su efectividad se prevén en los artículos 842 a 847 del mismo Código Civil (4). De la CÁMARA ya expuso la tesis de que cualquier legitimario puede ser instituido heredero y encargado de abonar las restantes legítimas con fondos propios. Tesis que hasta la reforma de 1981 aducía en su favor la interpretación extensiva de los artículos 829 y 1056.2.^º y que desde entonces quedó ampliamente reforzada por el nuevo artículo 841. En opinión de LACRUZ (5), aun así no puede decirse que, como regla general y sin darse circunstancias específicas, pueda el testador encomendar a un legitimario cualquiera el pago en dinero de la legítima de otro. La excepción a la regla de satisfacción individual de los derechos legitimarios con bienes de la herencia, ha llegado a ser, con el artículo 841, amplísima, pero sigue siendo una excepción: excepción para la herencia de los hijos (no la de los padres), y que además tampoco afecta al principio de atribución de la titularidad de los bienes relictos al conjunto de los herederos.

Artículo 841: «*El testador o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios.*

(4) Vid. BUSTO LAGO, J. M., *Derecho de Sucesiones. Legislación, comentarios y jurisprudencia*, Thomson, Pamplona, 2007, en concreto págs. 175 y sigs.

(5) LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones (Elementos de Derecho Civil, V)*, 5.^a ed., Bosch, Barcelona, 1993, *op. cit.*, pág. 410.

También corresponderá la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto del párrafo anterior al contador-partidor dativo a que se refiere el artículo 1.057 del Código Civil».

Artículo 842 del Código Civil: «*No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, cualquiera de los hijos o descendientes obligados a pagar en metálico la cuota hereditaria de sus hermanos podrá exigir que dicha cuota sea satisfecha en bienes de la herencia, debiendo observarse, en tal caso, lo prescrito por los artículos 1.058 a 1.063 de este Código».*

Artículo 843: «*Salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes, la partición a que se refieren los dos artículos anteriores requerirá aprobación judicial».*

Si bien esta intervención judicial sólo será necesaria cuando exista conflicto entre los herederos adjudicatarios y los demás legitimarios en lo relativo a la valoración de bienes y fijación de las cantidades que han de ser satisfechas en metálico.

Plazo. Artículo 844: «*La decisión de pago en metálico no producirá efectos si no se comunica a los perceptores en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión. El pago deberá hacerse en el plazo de otro año más, salvo pacto en contrario. Correspondrán al perceptor de la cantidad las garantías legales establecidas para el legatario de cantidad.*

Transcurrido el plazo sin que el pago haya tenido lugar, caducará la facultad conferida a los hijos o descendientes por el testador o el contador-partidor y se procederá a repartir la herencia según las disposiciones generales sobre la partición».

Excepción. Artículo 845: «*La opción de que tratan los artículos anteriores no afectará a los legados de cosa específica».*

Artículo 846: «*Tampoco afectará a las disposiciones particionales del testador señaladas en cosas determinadas».*

Fijación del valor. Artículo 847: «*Para fijar la suma que haya de abonarse a los hijos o descendientes, se atenderá al valor que tuvieren los bienes al tiempo de liquidarles la porción correspondiente, teniendo en cuenta los frutos o rentas hasta entonces producidas. Desde la liquidación, el crédito metálico devengará el interés legal».*

III. PERIODO DE INDIVISIÓN

Lo normal es que sean los propios herederos los que realicen las operaciones tendentes a la adjudicación de los bienes hereditarios, así lo vemos en algún artículo de nuestro Código Civil, como es el 859 cuando dice que «el heredero es el obligado a la entrega del legado», pero también en grandes patrimonios suele nombrarse por el testador un albacea o un contador partidor

para que distribuya sus bienes y tome las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes hereditarios (art. 892 y sigs.).

Producido el hecho sucesorio, todos los herederos constituyen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras no haya partición. Esta comunidad que existe entre los copartícipes de una herencia indivisa, también llamada comunidad hereditaria, se rige, con carácter supletorio y en lo no regulado especialmente por la ley, por las normas del Código Civil relativas a la comunidad de bienes, en cuanto lo permita su peculiar naturaleza. Es obvio que la misma no nace a la vida jurídica en el caso de que sea uno sólo el heredero llamado a la herencia, en cuyo supuesto la partición del haber relicko del causante carece de sentido, sin que implique la necesidad de seguir todos los trámites precisos hasta llegar a la adjudicación de los bienes hereditarios. Lo normal, y donde los problemas se presentan, será la existencia de varios llamados a la herencia, y dado que la adjudicación no es automática, y el posible conflicto de intereses, serán muchas las cuestiones y reclamaciones que se puedan interponer.

El primer hecho, por lo tanto, será el fallecimiento del testador, que da lugar a la apertura del testamento y los nombrados tendrán que aceptar la herencia de forma expresa o tácita, conforme dispone el Código Civil en sus artículos 988 y siguientes. Citamos entre otros los siguientes artículos:

Artículo 988: «*La aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres».*

Artículo 989: «*Los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda».*

Artículo 990: «*La aceptación o la repudiación de la herencia no podrá hacerse en parte, a plazo, ni condicionalmente».*

Artículo 991: «*Nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia».*

Artículo 997: «*La aceptación y la repudiación de la herencia, una vez hechas, son irrevocables, y no podrán ser impugnadas sino cuando adolecieren de algunos de los vicios que anulan el consentimiento, o apareciese un testamento desconocido».*

Artículo 998: «*La herencia podrá ser aceptada pura y simplemente, o a beneficio de inventario».*

Artículo 999: «*La aceptación pura y simple puede ser expresa o tácita. Expresa es la que se hace en documento público o privado.*

Tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero.

Los actos de mera conservación o administración provisional no implican la aceptación de la herencia, si con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero».

Artículo 1.004: «*Hasta pasados nueve días después de la muerte de aquel de cuya herencia se trate, no podrá intentarse acción contra el heredero para que acepte o repudie*».

Artículo 1.005: «*Instando, en juicio, un tercer interesado para que el heredero acepte o repudie, deberá el Juez señalar a éste un término, que no pase de treinta días, para que haga su declaración; apercibido de que, si no la hace, se tendrá la herencia por aceptada*».

Artículo 1.010: «*Todo heredero puede aceptar la herencia a beneficio de inventario, aunque el testador se lo haya prohibido*.

También podrá pedir la formación de inventario antes de aceptar o repudiar la herencia, para deliberar sobre este punto».

Mientras el tiempo pasa y se efectúan las siguientes operaciones participiales, como podrían ser el inventario y avalúo de los bienes, fase en la que la polémica puede, sin lugar a dudas, plantearse, se produce una comunidad hereditaria entre sus herederos, en la cual cada uno de ellos ostenta una cuota abstracta sobre los bienes y derechos que constituyen el caudal relicto del causante.

Como bien dice SEOANE (6), la comunidad hereditaria se configura, pues, como una comunidad especial sobre el conjunto de bienes y derechos del causante, y no como una multiplicidad de comunidades concurrentes sobre cada bien integrante de la masa hereditaria. Sólo a partir del momento en que se efectúa la partición de la herencia, esa titularidad abstracta se individualiza en bienes determinados, es decir, en aquéllos que son objeto de adjudicación a cada uno de los coherederos, bien lo sea en régimen jurídico de propiedad exclusiva o copropiedad. En este sentido es tajante el artículo 1.068 del Código Civil, cuando dice que: «*la partición hereditaria legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados*». Siendo así las cosas, los herederos carecen de facultades de disposición sobre los concretos bienes de la herencia, en tanto en cuanto los mismos no le hayan sido adjudicados a través de la correspondiente partición. Producido el hecho sucesorio, todos los herederos constituyen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras no haya partición.

A este respecto, y para corroborar estos preceptos del Código Civil, conviene analizar diversas sentencias de nuestro Tribunal Supremo, entre las que destacamos:

A) La sentencia de 25 de junio de 2008 (7), cuyo Fundamento de Derecho 3.^º resulta bastante interesante: «*por medio de la aceptación de la*

(6) J. L. SEOANE SPIEGELBERG, «*El procedimiento para la división judicial de la herencia*», pág. 497 y sigs., en *La división judicial de patrimonios: aspectos sustantivos y procesales*. Cuadernos de Derecho Judicial, I-2004, *op. cit.*, pág. 502.

(7) STS de 25 de junio de 2008 (*RJ* 2008/4270).

herencia (que la Sala de instancia señala haberse producido en el caso por la vía de la aceptación tácita y por parte de todos los coherederos), el heredero viene a adquirir la titularidad de un derecho hereditario abstracto, en el sentido de que la cuota que les pertenece recae sobre el global del caudal hereditario. Un derecho que la STS de 17 de mayo de 1966 calificaba como “un derecho impreciso e inalienable sobre las cosas de que se componga el caudal”. Sólo la partición atribuirá el dominio de bienes concretos pertenecientes a la herencia, siempre que el dominio esté verdaderamente contenido en el caudal. Aún con mayor énfasis decía la STS de 29 de diciembre de 1988, con precedente en la de 16 de febrero de 1987 (RJ 1987, 694), que la partición hereditaria tiene por objeto la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto (derecho hereditario) en titularidades concretas sobre bienes determinados, bien en propiedad exclusiva, bien en proindivisión, ya que, efectivamente, de la comunidad hereditaria puede pasarse, por vía de partición, a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria o por cuotas o romana (art. 392 y sigs. CC).

Según este discurso lógico, la *actio familiae erciscundae* (acción de partición hereditaria) habría de ser un presupuesto necesario de la *actio communi dividundo* o acción de división de la cosa común, y la aplicación del artículo 1.062 del Código Civil a los supuestos de división no sería automática, mediando entre ellas algunas notas diferenciales, pues, como señalaba la STS de 2 de mayo de 1964, la acción de división compete a los comuneros (art. 400 CC), en tanto que la *actio 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. 1.056 CC), o por los contadores partidores o comisarios designados por él (art. 1.057 CC), o por los propios herederos (art. 1.058 CC), 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 CC). De ahí, finalmente, que algunas sentencias declaren la improcedencia de la *actio communi dividundo* cuando no existe un condominio, sino una comunidad hereditaria, por no haberse producido la partición del caudal hereditario. Los comuneros, ha dicho la STS de 28 de mayo de 2004 (RJ 2004/3978), carecen del derecho de copropiedad sobre la finca cuya división pretenden, porque tienen un derecho abstracto sobre la totalidad del patrimonio hereditario, en comunidad con los demás coherederos, que no se especificará sobre la cosa concreta

hasta que se les haya adjudicado —si a ellos se les adjudica en todo o en parte— por la partición de la herencia y de este modo se concluye que no cabe la división de la cosa, divisible o indivisible, que no es común a varios copropietarios, sino que forma parte de una comunidad hereditaria.

Esta apreciación global no evita la constatación de que la comunidad hereditaria, como un tipo especial de comunidad, quede comprendida en el marco general de la comunidad de bienes y derechos que regula el Título III del Libro II del Código Civil, pero la doctrina señala que “tiene características propias y un principio de régimen orgánico que la erigen en una categoría jurídica intermedia entre el condominio ordinario y la persona moral (SSTS de 30 de abril de 1935, 17 de mayo de 1963)”. La comunidad hereditaria, decía la STS de 24 de julio de 1998 (RJ 1998/6446), en cuanto recayente sobre la totalidad del patrimonio del causante, no en cuanto referida a bienes concretos aisladamente considerados, participa de la naturaleza de la comunidad de tipo romano, por lo que le es aplicable el artículo 397 del Código Civil, con arreglo al cual los actos dispositivos de dichos bienes, integrantes de la referida comunidad hereditaria, requieren el consentimiento unánime de todos los coherederos.

La diferencia entre la comunidad que resulta de una sucesión hereditaria por causa de muerte y la comunidad o condominio en general, que se regula en el Título III del Libro II del Código Civil, se encuentra, como ha señalado la doctrina, en que «mientras en aquélla cada heredero, hasta que se realice la partición, sólo disfruta de una parte ideal de todos los bienes de la herencia, sin una posesión real individual que corresponde a todos, en éste disfruta de una posesión real y efectiva de la parte que le corresponde en la cosa, de la cual puede disponer, como se deduce de los artículos 399 y 394 del Código Civil» (SSTS de 25 de noviembre de 1961, 21 de marzo de 1968, etc.).

Pues esta caracterización de la comunidad hereditaria y de la posición de los coherederos dentro de ella se ha utilizado, fundamentalmente, para negar validez o efecto a los actos de disposición realizados por coherederos, en estado de comunidad hereditaria, es decir, antes de la partición sobre bienes del caudal relicto. Ya por considerar que el heredero sólo puede enajenar su cuota hereditaria, pero no bienes concretos ni cuotas recayentes sobre bienes concretos de la herencia, sin consentimiento de todos los demás (SSTS de 4 de abril de 1905, 26 de enero de 1906, 30 de enero de 1909, 18 de noviembre de 1918, 11 de febrero de 1952 [RJ 1952/283], 11 de abril de 1953 [RJ 1953/1262], 5 de octubre de 1963, 30 de diciembre de 1996 [RJ 1996/9124], etc.) bien entender que la venta así realizada es nula por falta de poder de disposición (SSTS de 14 de octubre de 1991 [RJ 1991/6921], 23 de septiembre de 1993 SIC, 31 de enero de 1994 [RJ 1994/642], 25 de septiembre de 1995 [RJ 1995/6669], 6 de octubre de 1997 [RJ 1997/7356], etc.), toda vez que hasta que se efectúa la partición no adquieren los

herederos la propiedad exclusiva, según reiterada jurisprudencia. Señalando otras veces que la inoponibilidad de la venta realizada por uno de los coherederos frente al coheredero al que se asignan determinados bienes no implica la invalidez de la compraventa entre vendedor y comprador (STS de 27 de mayo de 1982 [RJ 1982/2605]).

Esta concepción de las posiciones de los herederos parece apoyarse en un desarrollo en dos etapas sucesivas: por efecto de la aceptación los llamados devienen herederos y, si la aceptación es pura y simple (art. 1.003) devienen responsables con sus propios bienes de las deudas de la herencia, pero adquieren un derecho abstracto sobre el universum ius que conforma el caudal relicto, derecho que la partición convertirá en concreto, ya exclusivo, ya en pro indivisión sobre bienes determinados. La comunidad general, en cuyo seno se contiene, en potencia, la comunidad ordinaria, dará paso, si ha lugar, a una comunidad ordinaria. Desde esta perspectiva conceptual, sólo entonces será posible la acción de división. Este sistema trasciende la vieja idea romana, traducida en el principio *nomina et debita ipso iure dividuntur*, según la cual el hecho sucesorio determinaba la inmediata proyección en cuotas sobre cada uno de los bienes del caudal de la posición de los coherederos, que por medio de la división, y a través de una cadena de permutas, cambiaban su cuota de unos bienes por la de otros. Fue la *permutatio*, que todavía recogían los inmediatos precedentes del *Code Napoleón*, y cuyo rastro se percibe en preceptos como los de los artículos 1.069 y 1.070 del Código Civil.

Pero no siempre es posible aplicar con rigor lógico este esquema conceptual cuando, en la realidad del conflicto suscitado, los intereses en juego reclaman, para la realización de la justicia, un tratamiento más incisivo en la definición de las posiciones de las partes aún cuando menos ajustado al esquema conceptual antes indicado. Hay de ello muestras en la jurisprudencia. No sólo en cuanto que es principio hoy indiscutido que, no obstante el estado de comunidad peculiar que significa la comunidad hereditaria permite a los coherederos la venta de los bienes con validez y eficacia antes de la partición si están todos de acuerdo, sino en supuestos en los que, como el que dio lugar a la sentencia de 27 de diciembre de 1957, que cita como precedente la de 12 de febrero de 1904, se trataba de la existencia de un único bien en la masa hereditaria, por lo que entiende la sentencia que han de ser considerados condueños del mismo todos y cada uno de los herederos, aún antes de la partición. Y, como la comunidad hereditaria es un supuesto de comunidad de bienes, según antes se ha dicho, se considera la vigencia del artículo 394 del Código Civil, y se concluye que la utilización de la finca por uno solo de los partícipes, es ilegítima e impide la aplicación del artículo 398 del Código Civil.

Las sentencias de instancia presentan un conflicto en el que todos los coherederos nombrados han aceptado por la tácita, repartiendo ciertas sumas de

dinero y negociando sobre el más importante de los bienes del caudal, que es la vivienda (quedan bienes muebles cuya condición de privatividad se discute). Se trata de un bien ocupado por uno solo de los coherederos. Cuando se intenta poner fin, mediante el recurso al mecanismo previsto en el artículo 1.062 del Código Civil, traído a causa por el artículo 406 del Código Civil, el coheredero ocupante opone falta de legitimación e inadecuación de procedimiento. En la comparecencia del juicio de menor cuantía deduce las excepciones de falta de legitimación ad processum y ad causam. El Juzgado contesta, mediante Auto de 12 de marzo de 1999, que un comunero puede ejercer la acción respecto de un bien sin perjuicio de que en cualquier momento se inste por alguno de los comuneros el procedimiento de división hereditaria. Formulada protesta, no se interpuso después recurso de nulidad.

Vistos los hechos desde la perspectiva en que los presenta la Sala de instancia, la posición del coheredero demandado, ocupante de la vivienda que constituye el bien principal de una herencia que de facto, salvo bienes de menor importancia, ya ha sido partida, parece dirigida a prolongar la situación, que le beneficia claramente, y perjudica a sus coherederos, por razones meramente formales, a través de la tensión entre un derecho aparente, formal, contra intereses, cuya traducción a derechos no debería ser impedida por consideraciones conceptualistas, debiendo pasar, sin necesidad de seguir un proceso de división en el juicio de testamentaría, para llegar a un resultado que ha de ser muy próximo al que se presenta ya en autos, en vista de la composición del caudal, lo que se habría de evitar aun cuando fuera por mero principio de economía procesal.

Finalmente, la infracción del artículo 1.068 del Código Civil, única entre las que se denuncian que pueda ser examinada, según se ha visto, se habría de producir proyectando el precepto a contrario sensu: la norma dispone que la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados, pero no hay que entender que en caso de no haberse producido la partición, los herederos no tienen la propiedad, o al menos no en todos los casos, pues, como antes se ha dicho, tal no sucede en los casos de heredero único o en los supuestos de un único bien en el caudal (supuesto al que se aproxima el de autos), además de que cabe una actuación de todos los coherederos respecto del bien (luego, en cierto modo, se les reconoce el poder de disposición propio de un derecho concreto). Razones por las cuales el motivo ha de decaer».

Dicha sentencia es fiel reflejo de la postura mayoritaria de nuestros estudiantes, pues exige que el heredero, al aceptar la herencia, adquiere la titularidad de un derecho hereditario abstracto, su cuota recae sobre el global del caudal hereditario, no sobre bienes concretos. Esto sucederá al hacer la partición y adjudicación, siendo esta nota una clara diferencia entre la comunidad hereditaria y la comunidad en general.

B) La sentencia de 21 de abril de 2003 (8) contempla el caso de adquisición de legado de cosa específica; su posesión requiere la entrega que habrá de ser pedida por el legatario.

Hace referencia a la infracción del ordenamiento jurídico y jurisprudencia de esta Sala sobre los legados de cosa específica y determinada y su entrega a los legatarios y en concreto la infracción del artículo 882 del Código Civil. Se refiere el motivo al legado de acciones de la Inmobiliaria Aramil, S. A., dispuesto por don Benedicto, hermano de los litigantes en su testamento en el que lega a sus hermanos, don José Pedro, don Claudio (éste premurió al testador), doña María Dolores, doña Melisa y doña Celestina, relativo a «las acciones de Inmobiliaria Aramil, S. A., sita en Méjico...», facultando en el último párrafo de dicha cláusula segunda a los legatarios para posesionarse por ellos mismos del legado.

Aunque la propia sentencia reconoce que los legatarios han sido autorizados por el testador para posesionarse del legado, como la demandada niega que el legado sea propiedad del testador, esta negativa obliga a que tal cuestión sea debatida estando presentes todos los herederos.

Se acude a la cita de varias sentencias, así: La sentencia de 25 de mayo de 1992 (*RJ* 1992/4378) ha recogido que de acuerdo con el artículo 882 del Código Civil, cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere la propiedad desde que aquél muere, si bien debe pedir la entrega al heredero o albacea, cuando éste se halle autorizado para darla (art. 885 del CC), lo que implica que en el caso de ser varios legatarios de un mismo bien, se constituye sobre él una comunidad ordinaria sometida a las reglas de los artículos 392 y siguientes. Asimismo, ya recogió la sentencia de 19 de mayo de 1947 que la entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado, al mismo tiempo que una circunstancia *sine qua non* para el legatario que quiera disfrutar por sí mismo de la cosa legada, con independencia de la adquisición dominical que tendrá lugar en los términos prevenidos en el artículo 882. En la misma línea, la de 29 de mayo de 1963, que aunque el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada desde la muerte del testador, ello no le faculta por sí para ocupar la cosa, sino que ha de pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, lo que constituye un requisito complementario para la efectividad del legado.

En este sentido, ya la Resolución de la Dirección General de los Registros, de 25 de septiembre de 1987 (*RJ* 1987/6574) ha señalado que, tratándose de una herencia a que están llamadas diferentes personas, no puede uno solo de los llamados —sin constarle la renuncia de los demás— hacer entrega del legado de cosa específica, pues no sólo él, sino todos los herederos están grabados con el legado y sin el consentimiento de las personas gravadas *no*

(8) STS de 21 de abril de 2003 (*RJ* 2003/3719).

podrá el legatario tomar posesión por su propia autoridad de la cosa o derechos legados.

C) Sentencia de 21 de diciembre de 2000 (9).

El *quid* de la presente contienda judicial y que motiva el actual recurso de casación, consiste en concreto, en determinar si la situación de indivisión hereditaria impuesta expresamente por el testador —don Miguel O. E.—, sobre una determinada finca rústica debe alcanzar sólo la duración de diez años, dejando la posibilidad de prórroga cuando medie la voluntad unánime de los coherederos sobre ello, o si dicha situación de indivisión puede perdurar hasta el momento cierto pero incierto en cuanto a su acaecimiento, como es el del óbito de su viuda, todo ello con la limitación que establece el artículo 1.051 del Código Civil.

Superado en ciertos aspectos y en aras de concretas ventajas económicas y sociales, el desfavor con que era contemplada la indivisión de la comunidad de bienes; no es una teoría arriesgada ni exagerada el proclamar que *dentro de las facultades dispositivas del testador, esté el de prohibir la división de los bienes hereditarios, que podrá hacerla siempre por tiempo determinado —éste es el caso—. Y sobre todo cuando así lo permite y autoriza expresamente el artículo 1051.1 del Código Civil.*

Pues bien, todo lo anterior aplicado a la presente cuestión, indica que el testador estaba en un perfecto derecho en fijar tal plazo de indivisión y ello obliga a los herederos —hijos—, a la indivisión de la finca —objeto hereditario— hasta que no se produjera el fatal hecho de la muerte de su esposa. Sobre todo cuando la finalidad de tal decisión era permitir la realización de unas obras de regadío en la finca en cuestión, que no podrían llevarse a cabo hasta que no se consolidara la propiedad mediante la extinción del usufructo correspondiente a la esposa del testador, y que serviría para dar un tanto igualatorio en la distribución de los bienes hereditarios.

Planteamiento absolutamente lógico y que va en beneficio del aprovechamiento social y económico de la tierra, y que debiera dar por supuesto que el plazo de indivisión debe durar hasta el óbito antedicho.

Efectivamente ello es así aunque el artículo 400 del Código Civil determina la validez de un pacto de indivisión limitado a los diez años, con una prórroga convencional del referido plazo, y dentro de esta ampliación, como dentro de tal contraexcepción, ha de permitirse el establecimiento de un plazo dependiente de un hecho futuro y cierto —el óbito de una persona— como es el del presente caso, y sobre todo cuando ello tiende a un fin igualitario para todos los herederos, y para un fin de mejora económica de un rendimiento de una finca rústica, lo que haría entrar en juego lo dispuesto en el artículo 401 de dicho Código Civil.

(9) STS de 21 de diciembre de 2000 (RJ 2000/9336).

Pero es más, dicha posición está colateralmente admitida y establecida en la sentencia de esta Sala de 12 de diciembre de 1958 (*RJ* 1958/3828), en la que se plasma la existencia de una comunidad de bienes relictos impuesta por el testador, sin otra limitación que la establecida en el artículo 1.051 del Código Civil.

D) Sentencia de 8 de mayo de 1989 (10) sobre el derecho de legítima, nos habla de su naturaleza jurídica y las diversas teorías existentes, resolviendo el caso planteado de disposición del único bien de la herencia.

Destaca su Fundamento de Derecho 5.^º: «*Los anteriores hechos probados conducen a la estimación del segundo motivo del recurso que, al amparo del número 5.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la “no aplicación de los artículos 807, 809 y 1.068 del Código Civil, ya que se declara válido un documento sin tener en cuenta la existencia de un derecho de legítima y la no existencia de operaciones particionales”*. La solución que se dé a la cuestión planteada en el motivo depende de la postura que se adopte acerca de la naturaleza de la legítima definida en el artículo 806 del Código Civil como “porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzados”; la doctrina científica no se muestra unánime en esta cuestión pues mientras unos autores, partiendo de la expresión “herederos forzados” que utilizan los artículos 806 y 807 del citado Código, entienden que se trata de una pars hereditatis, una parte alícuota del caudal hereditario con todo su activo y su pasivo, otros la consideran como pars bonorum, dada la definición del artículo 806, con la consecuencia de que el legitimario participa de todos los bienes de la herencia y ha de ser satisfecha, excepto en los casos legalmente establecidos, con bienes de la misma formando el legitimario parte de la comunidad hereditaria en tanto la herencia se halle pendiente de liquidación; finalmente, un grupo de autores que puede calificarse de minoritario la califica de pars valoris, simple derecho de crédito, de carácter personal y pagable en dinero. La sentencia de 31 de marzo de 1970 (*RJ* 1970/1854) establece que “en nuestro Ordenamiento jurídico, por tener dicha institución (la legítima) la consideración de pars hereditatis y no de pars valoris, es cuenta herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia, porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios, salvo en hipótesis excepcionales —arts. 829, 838, 840 y párrafo 2.^º del art. 1.056 del Código Civil— que no se dan en el caso de autos”, y la de 19 de abril de 1963 (*RJ* 1963/2562) dice que “partiendo de la base de que la legítima es de orden público, de que no puede disponer el testador, por venir impuesta por la ley, ni hacer recaer gravamen ni limitación alguna, esto es, que ha de llegar al heredero

(10) STS de 8 de mayo de 1989 (*RJ* 1989/3673).

legítimo con pleno dominio sobre los derechos que la integran”; de la mayoritaria doctrina científica y de la sentada en las citadas sentencias de esta Sala, se concluye el carácter de cotitular de todos los bienes hereditarios del legitimario, en tanto no se practique la partición de la herencia, en la que ha de respetarse cualitativa y cuantitativamente la legítima a cuyo pago quedan afectos, entre tanto, todos los bienes relictos, careciendo el heredero testamentario de facultades dispositivas sobre ellos en tanto subsista la comunidad sin que pueda enajenar por sí solo bienes determinados si no es con eficacia puramente condicional, o sea, subordinada al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en la partición —sentencia de 5 de julio de 1958— (RJ 1958/2537).

Dado el carácter ganancial del piso 4.^o izquierda de la casa número 78 del Paseo de las Delicias, en Madrid, único bien que, al parecer, integraba esa sociedad, los derechos que sobre el mismo ostentaba la esposa doña Valeriana O. D. integran el caudal hereditario dejado a su fallecimiento, por lo que aceptada la herencia por sus herederos, sin que por el contador-partidor testamentario ni por aquéllos se haya realizado la partición de la herencia, el heredero testamentario no podía disponer válidamente de ninguno de los bienes integrantes del caudal relicito, como establece desde antiguo la jurisprudencia —sentencias de 4 de abril de 1905, 11 de abril de 1957, 20 de enero de 1958 (RJ 1958/219)), 25 de noviembre de 1961 (RJ 1961/3661) y 21 de marzo de 1968 (RJ 1968/1742)—, siendo nulos de pleno derecho los actos de disposición realizados por un heredero sin la representación de los demás (sentencia de 19 de noviembre de 1929); en consecuencia, al no haberse acreditado en autos que doña Marcela D. S., legitimaria de su hija doña Valeriana, haya renunciado a sus derechos como tal a favor del heredero testamentario don Cirilo L.-P., carecía éste de poder de disposición sobre la citada vivienda al no haberse practicado la división del caudal, por lo que debe ser declarado nulo de pleno derecho el contrato de compraventa instrumentado en la escritura pública de 27 de mayo de 1982, y al no haberlo declarado así la sentencia recurrida, infringió la Sala de instancia los preceptos del Código Civil que se citan en el motivo, debiendo casarse y anularse, en este particular, la sentencia recurrida, con revocación, asimismo, de la del Juzgado de Primera Instancia. La estimación de este motivo hace innecesario el examen del tercero en que, por la misma vía procesal, se impugna el pronunciamiento desestimatorio de la acción de nulidad fundada, en este caso, en la existencia de simulación contractual».

E) Sentencia de 1 de julio de 1988 (11), sobre los derechos de los partícipes en una comunidad hereditaria, su Fundamento de Derecho 3.^o: «*la*

(11) STS de 1 de julio de 1988 (RJ 1988/10370).

actora ejercita una acción reivindicatoria del derecho real de usufructo que estima le asiste sobre bienes concretos y determinados, acción que, como es obvio, sólo puede derivar de la existencia de dicho derecho, razón por la que, como también pone de relieve la sentencia recurrida, el ejercicio de los derechos correspondientes al propietario que el artículo 490 del Código Civil concede al usufructuario de parte de una cosa poseída en común, presupone la existencia del derecho real de usufructo sobre la “cosa” en cuestión, derecho real que no se origina a favor de los partícipes en una comunidad hereditaria ni por el testamento ni por la declaración de herederos abientes-tato, habida cuenta de que conforme al artículo 1.068 del Código Civil sólo la participación legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados y en supuestos como el presente la de los derechos reales, lo que hace que al no derivar de la comunidad hereditaria una atribución concreta de bienes carezca, en principio, el heredero de legitimación para reivindicar dada la indeterminación de sus derechos hasta las pertinentes adjudicaciones, según ha sancionado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala en sus sentencias, entre otras, de 10 de noviembre de 1965 (RJ 1965/5335) y 16 de septiembre de 1985 (RJ 1985/4265)».

F) La sentencia de 18 de febrero de 1987 (12) declara que no se puede utilizar la finca por uno sólo de los partícipes, así: «en la sentencia de instancia en aclaración de las normas que han de regir la comunidad hereditaria, por aplicación de las reglas generales sobre comunidad de bienes y el último como orientación para los litigantes sobre la forma de salir de la indivisión, por lo que es claro que la utilización de la finca por uno solo de los partícipes en la comunidad hereditaria, excluyendo el goce o uso de los demás es ilegítimo, infringe el artículo 394 e impide la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 398...».

G) Sentencia de 3 de febrero de 1982 (13), sobre la atribución del dominio, expresa: «claro está que la disolución de la comunidad hereditaria en orden a su efecto de convertir el derecho abstracto en titularidades concretas sobre bienes determinados (“partición es departimiento que fazen los omes entre si de las cosas que han comunalmente por herencia o por otra razón”, según palabras de la Ley Primera, Título 15 de la Partida sexta), entrañará la atribución del dominio conforme al artículo antes citado, siempre que este derecho esté verdaderamente contenido en el caudal relicto y por lo tanto presupuesta su real pertenencia al as hereditario, pues mal podría operarse

(12) STS de 18 de febrero de 1987 (RJ 1987/715).

(13) STS de 3 de febrero de 1982 (RJ 1982/374).

el fenómeno sucesorio cuando el bien concreto no forma parte del acervo transmitido (arts. 659 y 661 del CC), y es doctrina legal que para acreditar su dominio no le basta al coheredero adjudicatario con basarse en la participación, sino que es precisa la cumplida prueba de que pertenecía al causante el bien adjudicado cuya reivindicación postula».

IV. LA PARTICIÓN DE HERENCIAS

De la partición se ocupan los artículos 1.051 a 1.067 del Código Civil, refiriéndose propiamente a ella, los artículos 1.068 a 1.072 tratan los efectos de la partición y los artículos 1.073 a 1.081 contemplan la posibilidad de rescindir la partición efectuada.

Con la partición se quiere convertir el derecho hereditario en abstracto en titularidades concretas sobre bienes determinados.

La causa lógica de la extinción de la comunidad hereditaria es la partición de la herencia; la partición tiene lugar por medio de la división y posterior adjudicación del activo de la herencia entre los coherederos y, en su caso, legatarios de parte alícuota. De esta forma, aquel derecho hereditario abstracto de los que son titulares los comuneros, en relación con la herencia, se convierte en un derecho hereditario concreto sobre el activo conferido a cada uno de dichos titulares.

Así lo expuso la sentencia del TS, de 28 de mayo de 2004 (14), en su Fundamento de Derecho 4.º: «El concepto de partición de herencia, sinónimo a división de la misma, es 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 cesa la comunidad hereditaria y el derecho en abstracto que tienen los coherederos sobre la herencia se transforma en derecho concreto sobre los bienes que se le adjudican a cada uno (art. 1.068 del Código Civil). Antes de la partición, la comunidad hereditaria está formada por el patrimonio hereditario cuya titularidad corresponde a los coherederos conjuntamente; es decir, éstos tienen un derecho hereditario que no está concretado sobre bienes determinados, sino que recae sobre el total que integra el contenido de la herencia; es una sola comunidad sobre la universalidad de los bienes y derechos hereditarios. Los titulares, coherederos, lo son del todo considerando unitariamente, sin corresponderles una participación concreta en cada uno de los bienes y derechos».

Estudiaremos la misma sirviéndonos de sus Fundamentos de Derecho:

(14) STS de 28 de mayo de 2004 (RJ 3978/2004).

PRIMERO

La cuestión que en el presente proceso —ahora en trámite de casación— se ha planteado es una quaestio iuris concreta: si se puede ejercitar la actio communi dividundo respecto a un bien concreto que forma parte de un patrimonio hereditario, cuyo contenido no consta, sin haberse practicado, tras la aceptación de la herencia por los herederos, la partición de aquél y subsiguiente adjudicación de dicho bien que puede darse a todos, a varios o incluso a uno solo de los coherederos.

Formulada demanda de división de cosa común, *al amparo del artículo 400 del Código Civil, sobre una finca del patrimonio hereditario de la fallecida doña Amparo, por unos presuntos coherederos contra otros, aunque no consta su carácter de herederos tras la aceptación de la herencia, la sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 11.^a, de Madrid, de 7 de marzo de 1998, revocando la dictada en primera instancia, desestimó la demanda por, esencialmente y tal como se expresa: «Estamos en presencia de un bien singular perteneciente a un patrimonio hereditario indiviso sobre el cual no consta que los actores tengan una cuota concreta de propiedad indivisa que les haya sido adjudicada en la partición de la herencia, cuya partición no han acreditado que se haya llevado a cabo y que, como hemos dicho, es presupuesto material imprescindible para la viabilidad de la acción de división que han ejercitado, porque pudiera darse el caso que realizada la partición no se les adjudicara el bien inmueble cuya división se pretende».*

Contra ésta se ha formulado por la parte actora el presente recurso de casación, en cinco motivos: los dos primeros alegan incongruencia en la sentencia de instancia; el tercero plantea una cuestión nueva; el cuarto y el quinto se refieren al fondo de derecho material del asunto.

SEGUNDO

...si se deniega la división de la finca que forma parte del patrimonio hereditario, no cabe condena a abonar la cantidad por la posesión y disfrute de la misma, por los demandados a los demandantes, de los que no se conoce —respecto a unos u otros— si van a ser adjudicatarios de aquella finca, tras la partición de la herencia.

TERCERO

El motivo tercero del recurso de casación, formulado al amparo del número 4.^º del artículo 1.692 de la LEC por infracción del artículo 1.039 de la LEC, plantea una cuestión nueva en el proceso, nunca alegada por la parte demandante, que es la prohibición por la testadora de promover el juicio voluntario de testamentaría...

...En segundo lugar, no consta la necesidad del juicio de testamentaría, habiendo otros medios extrajudiciales de practicar la partición de la herencia. A esta Sala no le corresponde decir lo que deberían hacer los demandantes, pero sí ha de decir lo que no deben hacer, que es el ejercicio de la acción de división sobre una cosa concreta perteneciente al patrimonio hereditario, sin haberse practicado la partición de la herencia.

CUARTO

Los dos últimos motivos del recurso de casación se refieren directamente al fondo del asunto, es decir, la procedencia de la actio communi dividundo, pese a la falta de partición del caudal hereditario. Respecto a esta cuestión, procede declarar la postura que esta Sala estima correcta.

...La sentencia de 25 de mayo de 1992 (RJ 1992/4378) 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 (RJ 1997/7356), en el mismo sentido, dice: «todos los herederos tienen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras que no haya partición».

La partición, pues, 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 especifica o determina qué bienes concretos corresponden a cada coheredero: es la teoría sustitutiva o especificativa de la partición, mantenida por la doctrina moderna y la jurisprudencia.

QUINTO

Consecuencia de lo expuesto es la desestimación de los anteriores motivos, fundados en el número 4.^º del artículo 1.692 de la LEC. No se ha infringido el artículo 400 del Código Civil (motivo cuarto), puesto que la actio communi dividundo que establece, procedente directamente del Derecho romano, no puede ejercitarse por quienes carecen —como los demandantes, recurrentes en casación— de un derecho de propiedad —copropiedad— sobre la finca cuya división pretenden; como se ha dicho, carecen de tal derecho, porque tienen un derecho abstracto sobre la totalidad del patrimonio hereditario, en comunidad con los demás coherederos, que no se especificará sobre la finca concreta hasta que se les haya adjudicado —si a ellos se les adjudica en todo o en parte— por la partición de la herencia.

La sentencia de 23 de febrero de 1995 (RJ 1995/2773), mencionada en el motivo cuarto, no plantea esta cuestión, sino la relación de una acción de división de cosa común con la colación de unas cuotas donadas y la inoficiosa de la donación.

Al desestimarse el motivo anterior, tampoco puede darse infracción de los artículos 404 y 1.062 del Código Civil (motivo quinto) sobre la división no material sino económica, de la cosa indivisible, pues no cabe división de cosa, divisible o indivisible, que no es común a varios copropietarios, sino que forma parte de una comunidad hereditaria.

En definitiva, al desestimarse éstos y los anteriores motivos, procede no dar lugar al recurso de casación, con imposición de costas a la parte recurrente.

Esta sentencia, de la que hemos extraído las cuestiones más frecuentes y las líneas sentadas por los estudiosos de la materia, es reflejo de lo que seguidamente vamos a exponer. ¿Qué es la partición?, ¿cuándo y cómo se debe hacer?, ¿quién puede solicitarla? Estas y otras preguntas las contestaré a continuación.

1. CONCEPTO

La partición es el acto de separar, dividir y repartir los bienes que forman parte de una herencia entre los herederos; la partición no tiene sentido cuando a una herencia es llamado un solo heredero, pues en este caso no hay nada que repartir, ya que todos los bienes van a ese único heredero; el presupuesto de la partición es la existencia de una comunidad hereditaria (15).

ROMÁN GARCÍA (16) dice que la partición de herencia no será otra cosa que la separación, división y repartimiento de los bienes y derechos que componen la comunidad hereditaria, liquidando la sucesión y transformando cuotas indivisas o abstractas de cada uno de los coherederos en partes concretas y materiales que se adjudican finalmente a cada uno de ellos.

El derecho a instar la partición hereditaria, y por consiguiente, a la determinación de los bienes concretos de la herencia que corresponden a cada uno de los llamados a la misma, supone un acto jurídico complejo, constituido por una serie de operaciones que implican la determinación del activo y del pasivo de la masa hereditaria, el avalúo y su liquidación, fijando el haber

(15) Se discute en la doctrina la naturaleza jurídica de la partición, podemos reducirlas a tres: 1.^a) la que considera que la partición es un acto traslativo del dominio que cada coheredero hace a los restantes atribuyéndoles una parte de los bienes de la herencia. 2.^a) para otros autores, la partición es un acto meramente declarativo conforme al cual se reconoce o declara la parte de los bienes que a cada uno de los coherederos le corresponde desde la muerte del causante; los herederos tienen, desde que aceptan la herencia, su parte correspondiente, la partición se limita a declarar esa parte. 3.^a) la partición es un acto sustituto de la cuota abstracta que cada coheredero tiene sobre la herencia no dividida, a partir de la misma reciben una titularidad exclusiva sobre los bienes que se les han adjudicado. Vid. SERRANO ALONSO, E., *Manual de Derecho de Sucesiones*. McGraw-Hill, Madrid, 1977, pág. 53. Vid. ROMÁN GARCÍA, A., *op. cit.*, pág. 95 y sigs.

(16) Vid. ROMÁN GARCÍA, A., *Derecho de Sucesiones. Instituciones de Derecho Civil español*, VII, McGraw Hill, Madrid, 1999, *op. cit.*, pág. 94.

de cada partícipe y adjudicando lotes concretos de bienes. Cada una de estas fases no están exentas de serios problemas, es en estas fases donde surgirán y se sentarán las bases de una buena partición (17).

ROCA SASTRE define la partición de herencia como acto jurídico, unilateral o plurilateral, necesario e irrevocable, de naturaleza declarativa, compuesto por un conjunto ordenado de operaciones verificadas sobre ciertas bases o supuestos de hecho o de derecho, y en el cual después de determinarse el activo y pasivo de la masa hereditaria y proceder a su avalúo y liquidación, se fija el haber de cada partícipe, se divide el caudal partible y se adjudica cada lote de bienes formado a cada heredero respectivo, provocando la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados.

Si mientras el tiempo va pasando, y se van poniendo de acuerdo y aclarando los intereses en juego, es evidente que pasa más o menos tiempo y obligatoriamente la comunidad hereditaria se produce desde que hay al menos dos o más llamados a la misma. En la mayoría de los casos esta comunidad no se desea, sino que es un camino temporal en el que están afectados y lo normal es que se pida la partición y adjudicación de los bienes hereditarios. El artículo 1.051 del Código Civil expresa que: «*Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división.*

Pero, aun cuando la prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad. Y el 1052.1 añade:

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

Sobre ello podemos citar la sentencia de 28 de junio de 2001 (18). Es claro su Fundamento de Derecho 2.º: «*siendo la partición la causa normal de extinción de la comunidad hereditaria, mediante la división y adjudicación a los coherederos del activo de la herencia, el paso previo es la partición y el punto final, la adquisición.*

(17) ROMÁN GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 95. La partición hereditaria se produce por la exigencia de dividir el caudal relicto entre los coherederos, de tal modo que ello exigirá previamente un proceso de exhaustivo inventario y avalúo del activo y pasivo hereditario, la posterior evaluación del saldo, la distribución de los bienes y derechos entre los llamados y la final adjudicación de los haberes correspondientes. Esto es, en la práctica serán unas operaciones de activo y de pasivo, de hecho y jurídicas, que supondrán la correcta liquidación de la herencia, la colación de las donaciones y la posterior división y adjudicación del saldo integrado por los bienes y derechos que se distribuye entre los llamados (herederos y legatarios) en función de sus cuotas testamentarias, o en su caso la adjudicación a los herederos por ministerio de la ley.

(18) STS de 28 de junio de 2001 (*RJ* 2002/1463).

No se ha solicitado en el suplico de la demanda la división, material o económica, de la cosa común, la finca como único bien del haber hereditario, con lo cual la *partición y adjudicación se hará creando una copropiedad ordinaria* (romana, *pro indiviso*) regulada en los artículos 392 y siguientes del Código Civil: así lo hizo la sentencia de 20 de octubre de 1992 (*RJ* 1992/8090), que dijo que la partición puede llevarse a efecto mediante la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio ordinario, atribuyendo a los coherederos la copropiedad de los concretos bienes de la herencia con expresión de las cuotas *pro indiviso* que en las mismas correspondan a cada heredero; lo que reiteran las sentencias de 25 de abril de 1994 (*RJ* 1994/3221) y 8 de marzo de 1999 (*RJ* 1999/1855) que destaca, esta última, que puede surgir una comunidad romana que puede extinguirse por la acción de división de cosa común. *Cuya adjudicación dará lugar a la adquisición de la propiedad por los coherederos, en este caso la cuota hereditaria, de lo que se le haya adjudicado.*

Y la sentencia de 6 de octubre de 1997 (19) en su Fundamento de Derecho 4.^º: «*Conocida es la jurisprudencia según la cual, producido el hecho sucesorio, todos los herederos tienen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados, mientras que no haya partición, y si en la partición se adjudica algún bien pro indiviso, pasan a ser titulares en copropiedad.*

*Conocida y reiterada es también la jurisprudencia, según la cual ningún comunero o coheredero puede vender bien alguno mientras no se le adjudique en la partición, y caso de hacerlo, la venta es nula por falta de poder de disposición. Así lo proclaman las sentencias de 14 de octubre de 1991 (*RJ* 1991/6921), 23 de septiembre de 1993, 31 de enero de 1994 (*RJ* 1994/642) y 25 de septiembre de 1995 (*RJ* 1995/6669), entre otras».*

2. CLASES DE PARTICIÓN

La partición de la herencia es el reparto de los bienes del fallecido entre los herederos en proporción a la cuota que a cada uno de ellos corresponde. La partición deberá hacerse una vez que se ha acreditado con el testamento o con la declaración de herederos quiénes son las personas con derecho a la herencia y una vez que dichas personas han aceptado la herencia (20).

¿Qué tipos de partición hereditaria existen?

La partición de la herencia puede ser de tres tipos: *a)* voluntaria; *b)* judicial; *c)* realizada por contador-partidor.

(19) STS de 6 de octubre de 1997 (*RJ* 1997/7356).

(20) Sobre la partición y ejemplos prácticos, podemos ver algunos formularios en Ernesto DE LA ROCHA GARCÍA, *La herencia y la partición*, Comares, Granada, 1999.

A) *Voluntaria*

Se entiende por *partición voluntaria* aquella que efectúan todos los herederos de común acuerdo. Puede formalizarse en documento privado, pero es conveniente efectuarla en escritura pública ante Notario, siendo necesario hacerla en escritura ante Notario cuando en la herencia existen bienes (por ejemplo, inmuebles) inscribibles en los distintos registros públicos. La escritura de partición puede realizarse en la Notaría que libremente elijan los herederos y requiere que la escritura de partición *la firmen todos los herederos*, personalmente o por medio de apoderado.

También la puede efectuar el propio testador conforme dispone el artículo 1.056, apartado 1 del Código Civil: «*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*».

Se discute si los coherederos pueden acordar una división o partición distinta de la realizada por el causante; habrá que interpretar la voluntad del testador de modo que es clara su voluntad de que los coherederos pasen ineludiblemente por el reparto por él efectuado, no podrán aquéllos variarla; en los demás casos, y salvo prohibición expresa del testador, podrán los coherederos hacer otra.

B) *Judicial*

Si los herederos no se ponen de acuerdo sobre cómo repartir los bienes del fallecido, deberán acudir al Juez de Primera Instancia para que se realice una *partición judicial*.

La partición judicial es subsidiaria a todas las anteriores, a ella se refiere el artículo 1.059 del Código Civil, cuando dispone que: «*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 LEC*», que será con sujeción a lo establecido en los artículos 782 y siguientes de la misma. La partición judicial tiene una naturaleza subsidiaria o subordinada a las otras formas de partición extrajudicial o mixta, por consiguiente, cuando la partición se llevó a efecto por el testador o existe contador partidor designado por el testador, herederos o por el juez (contador dativo) no cabe acudir a la partición judicial.

En este caso, el Juez designará un Perito para que forme el cuaderno partitacional con el reparto de los bienes de la herencia (21). La demanda de este

(21) Vid. VÁZQUEZ SOTELO, J. L., «Los procesos para la división judicial de patrimonios», pág. 1563 y sigs., en la obra LEC comentada, coordinada por J. Marina Martínez-Pardo y D. Loscertales Fuertes, Vol. II. SEPIN, Madrid, 2000.

proceso es llamada impropriamente «solicitud». Para su redacción y contenido deben exponerse como hechos el fallecimiento del causante; si se otorgó testamento o si se ha procedido a la declaración de herederos abintestato; identificación de todos los herederos y legatarios de parte alícuota y sus respectivos domicilios; inexistencia de nombramiento de contador-partidor, comisario o albacea equivalente que pudiera realizar extrajudicialmente la partición; el patrimonio pendiente de división y distribución, junto con las operaciones a realizar, así como los fundamentos jurídicos y la súplica correspondiente (22).

C) *Por contador-partidor*

Por último, la partición puede hacerla una persona denominada *contador-partidor*, que puede ser un contador-partidor testamentario o dativo. Contador partidor testamentario es aquel que ha sido nombrado con tal carácter por el testador en el testamento para que realice la partición de la herencia. El contador-partidor dativo es el nombrado por el Juez a solicitud de los herederos que representen al menos el 50 por 100 del haber hereditario. La partición de la herencia realizada por el contador-partidor requerirá, una vez hecha, la aprobación del Juez.

El nombramiento de contador-partidor, sea testamentario o dativo, evita la necesidad de efectuar una partición judicial, que siempre requiere más tiempo e implica mayores gastos.

3. FORMA DE HACER LA PARTICIÓN

a) *Quiénes tienen que intervenir y firmar ante Notario la escritura pública*

* *Supuesto normal:*

- Si hay testamento: todos los herederos y legatarios, así como los que tienen derecho a legítima, se les adjudique algo o no en el testamento.

Vid. *Ibidem*, TORIBIOS FUENTES, F. y VELLOSO MATA, M. J., *Manual práctico del nuevo proceso civil*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 267 y sigs.

El proceso para la división de la herencia sustituyó a los juicios de testamentaría y abintestato. La normativa se recoge en los artículos 782 y sigs. de la LEC.

Sobre el procedimiento judicial y sus trámites puede verse SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La división judicial de patrimonios: aspectos sustantivos y procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004, pág. 499 y sigs., en especial pág. 563 y sigs.

(22) Solicitada la división judicial se acordará, cuando se hubiese solicitado y resultase procedente, la intervención del caudal hereditario y la formación de inventario. Y practicadas dichas actuaciones o cuando no fuesen necesarias, el trámite que corresponde es el de la convocatoria de la Junta de Coherederos.

— Si no hay testamento: todos los que sean herederos, según la declaración de herederos. En el reparto de la herencia no actúa el sistema de mayorías, sino el de unanimidad. Si uno de los interesados no está de acuerdo y no quiere firmar la escritura, no es posible formalizar una partición que podría llamarse «por mayoría de votos», sino que hay acudir al juez.

Es frecuente que la familia esté dispersa y sea difícil reunir a todas estas personas. En este caso, tras ponerse de acuerdo sobre cómo se va a realizar la partición, se suele dar un poder notarial a otro de los herederos o a otra persona para que lo haga en su nombre.

* *Casos especiales: el contador-partidor:*

El testador puede designar a una persona en el testamento que haga la partición. Esta persona es la encargada, dentro de la parte de la herencia que corresponde a cada heredero, de decir qué bienes se adjudican a cada cual. Su labor es muy útil, ya que si no hay acuerdo entre los herederos, podrá ella realizar la partición y evitar tener que acudir al juez.

Si el fallecido estaba casado en régimen de gananciales, hará además, con el cónyuge viudo, la liquidación de la sociedad conyugal (es decir, determinará qué bienes corresponden al viudo por su mitad en esta sociedad, y cuáles son la herencia del fallecido).

Es aconsejable, de todas formas, para evitar reclamaciones, que el contador-partidor consiga el acuerdo unánime de todas las personas que antes veíamos que tienen que intervenir en la partición, y que, por tanto, a la escritura de partición acudan el contador-partidor y todos ellos, pero en ningún caso este acuerdo es imprescindible. El contador-partidor puede firmar él sólo la escritura de partición, salvo que el fallecido estuviera casado y tuviera patrimonio ganancial, en cuyo caso el viudo o viuda habrá también de firmar, pero no los herederos.

b) *Cómo se hace la partición de la herencia*

Se procederá a realizar una serie de actos que recogemos en el apartado siguiente, y que brevemente serían:

1. Actos previos: el reparto de los bienes gananciales y la colación de donaciones (23).

(23) El reparto de los bienes gananciales: si los cónyuges no están casados en régimen económico de separación de bienes, los bienes que se compraron durante el matrimonio son gananciales, es decir, de los dos. Al fallecer uno de ellos, hay que determinar qué bienes se queda en propiedad el viudo y cuáles quedarán para la herencia del fallecido.

2. La partición: una vez hecho lo anterior, se sabe qué es lo que hay en la herencia, se tiene que repartir entre los herederos según la parte que tiene cada uno. Los herederos tienen que estar todos de acuerdo sobre los lotes de bienes que le corresponden a cada cual. Si el testador determinó a quién iba a parar alguno o todos los bienes, hay que respetar su voluntad.

Aunque el cuaderno particional se puede hacer de forma privada, resulta más práctico y cómodo hacer todas las operaciones anteriores en una sola escritura de partición, consiguiendo así el asesoramiento del Notario. Además, el cuaderno particional firmado privadamente se eleva más adelante a escritura pública (24).

3. Falta de unanimidad entre los herederos: para formalizar la escritura es preciso que todos los interesados presten su consentimiento. Si ello no es posible, hay que acudir al juez, bien para que nombre un contador-partidor judicial, que reparta los bienes de manera obligatoria entre los herederos (solución que no siempre es posible), bien para embarcarse en un pleito sobre la materia. Ambas soluciones son caras y poco deseables, y tienen costes no únicamente económicos, sino también personales, por lo que siempre se ha de intentar un acuerdo que las evite.

Esto se suele hacer al mismo tiempo que la partición y en la misma escritura de herencia, puesto que tienen que participar las mismas personas (el viudo y los herederos).

(24) ¿Cómo se hace la partición?

Tanto si la partición se hace en documento privado como si se formaliza en escritura pública otorgada ante Notario, ha de formarse por los interesados un cuaderno particional. El cuaderno particional se divide habitualmente en los siguientes apartados:

- a) Comenzará con unos antecedentes en los que se reseñarán las circunstancias personales y familiares del difunto (fecha y lugar de fallecimiento, domicilio habitual en el momento de fallecer, estado civil, existencia o no de descendientes y ascendientes...) y los datos del testamento o, en defecto de éste, de la declaración judicial o notarial de herederos intestados.
- b) A los antecedentes seguirá el inventario del activo y del pasivo, en el que se mencionarán separadamente los bienes y derechos integrantes del activo y las deudas integrantes del pasivo, en ambos casos con indicación de su respectivo valor.
- c) El tercer apartado será el referente a la liquidación de la herencia y, en su caso, de la sociedad de gananciales, en el que se sumará y se expresará el valor de todas las partidas del activo y de todas las partidas del pasivo, y se determinará el valor neto de la masa hereditaria restando del activo el importe del pasivo. Igualmente se indicará en este apartado el valor de la cuota correspondiente a cada uno de los herederos y, en su caso, el valor de la cuota correspondiente al viudo o la viuda por la liquidación de la sociedad de gananciales.
- d) Finalmente, se incluirá un último apartado en el que se reseñarán las adjudicaciones que se hagan a cada uno de los interesados.

c) *Personas legitimadas para pedir la partición*

El Código Civil dicta una serie de reglas sobre esta posibilidad o facultad que asiste a ciertos sujetos para solicitar que se lleven a cabo las operaciones particonales.

Así el artículo 1.051 del Código Civil comienza diciendo que: «*Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia...*», por ello, el heredero no sólo tendrá capacidad para solicitar, en cualquier momento, la partición de la herencia, sino derecho efectivo a hacerlo, que está asistido de una acción civil especial, pudiendo pedirlo en cualquier momento, conforme al artículo 1.052 (25).

Si se ha fijado una condición, el artículo 1.054 dispone: «*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*». Y si antes de hacerse la partición muere uno de los coherederos, dejando dos o más herederos, bastará que uno de éstos la pida; pero todos los que intervengan en este último concepto deberán comparecer bajo una sola representación (1055).

Si hay menores el artículo 1.060 señala que: «*Cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial*».

El defensor judicial designado para representar a un menor o incapacitado en una partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si éste no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

d) *¿Quién debe hacer la partición si el heredero es menor de edad o está incapacitado judicialmente?* (26)

Si el heredero es menor de edad, estará representado por sus padres en la aceptación y en la partición de la herencia, y si está incapacitado judicialmente estará representado por sus tutores.

(25) Artículo 1.052: Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia.

Por los incapacitados y por los ausentes deberán pedirla sus representantes legítimos.

(26) Hay que tener presente los siguientes artículos del Código Civil:

Artículo 1.056.—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.

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 so-

Los padres pueden aceptar libremente una herencia en nombre de sus hijos menores de edad, sin necesidad de autorización judicial, pero la aceptación se hará siempre a beneficio de inventario.

Para que los padres puedan renunciar a una herencia que corresponde a uno de sus hijos menores, necesitarán autorización judicial, a menos que el hijo tenga dieciséis años y preste su consentimiento a la aceptación en escritura pública.

Los tutores pueden aceptar, a beneficio de inventario, la herencia de la persona sujeta a tutela, pero necesitarán autorización judicial para aceptarla pura y simplemente o para renunciar a la herencia.

Los padres pueden intervenir libremente en una partición de herencia en la que uno de sus hijos menores sea heredero. Por el contrario, los tutores deberán someter la partición hereditaria a la aprobación de juez una vez que haya sido hecha.

ciudad 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. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844.

Artículo 1.057.—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.

No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Juez, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 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 establece para la designación de Peritos. La partición así realizada requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sometido a patria potestad o tutela, o a curatela por prodigalidad o por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas; pero el contador partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas.

Artículo 1.058.—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.

Artículo 1.059.—Cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará a salvo su derecho para que le ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 1.060.—Cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial.

El defensor judicial designado para representar a un menor o incapacitado en una partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si éste no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

e) *¿Cómo se entregan los legados?*

En el caso de que existan legados testamentarios, la entrega de los bienes legados al legatario deben hacerla los herederos nombrados en el testamento, y a éstos deberá dirigirse el legatario para solicitar la entrega.

Esto no obstante, si el testador ha autorizado en el testamento al legatario a tomar por sí solo posesión de la cosa legada y no existen legitimarios, dicho legatario podrá hacerse cargo de los bienes legados sin necesidad de intervención de los herederos.

V. OPERACIONES PARTICIONALES

El Código Civil contiene escasas indicaciones sobre la estructura general de una partición, pero relativo a esta materia hay una práctica muy extendida, según la cual se ha de crear el denominado «cuaderno particional», que no es otra cosa que la relación de actividades que el partidor ha tenido que realizar para proceder a repartir los bienes de la herencia entre los coherederos (27). Un cuaderno particional comprende, tras la exposición de antecedentes, como operaciones particionales propiamente dichas, y según la enumeración usual, el inventario, el avalúo, la colación, la liquidación y la adjudicación.

Tras la fijación de los bienes que componen la masa hereditaria (inventario), su valoración (avalúo) —que puede presentar serios problemas entre los herederos y sobre todo si hay que mejorar o hacer distinciones entre los herederos— se procede a comprobar los gastos y deudas existentes, tanto del causante como las que se deriven posteriormente a costa del caudal hereditario (liquidación), finaliza con el reparto de bienes que cubran la cuota de valor correspondiente a cada heredero (adjudicación).

La mayoría de las ocasiones la herencia y su reparto, sobre todo si se ha indicado por el testador, no suele plantear problemas. Ahora bien, también

(27) ¿Qué documentos son necesarios para la partición?

Para realizar la partición voluntaria en escritura pública deberán entregarse en la Notaría los siguientes documentos:

- a) El testamento o la declaración de herederos.
- b) Certificado de Últimas Voluntades.
- c) Certificado de defunción del fallecido.
- d) Títulos de propiedad de los bienes del fallecido (inmuebles, acciones, derechos de propiedad intelectual o industrial, créditos a su favor, etc.), ya se trate de escrituras públicas o de documentos privados.
- e) Recibo de contribución o cédula parcelaria de los inmuebles.
- f) Certificados bancarios que acrediten el dinero en efectivo o las participaciones en fondos o depósitos financieros de cualquier tipo de que era titular el fallecido.
- g) Documentos de cualquier tipo de los que resulten las deudas y cargas de la herencia.

son muchos los casos de disputas familiares por temas hereditarios, sobre todo a la hora de valorar los bienes hereditarios, o cuando hay un solo bien que partir o cuando estamos ante persona casada bajo el régimen de gananciales, lo que obliga a disolver y liquidar previamente dicha sociedad de gananciales, y puede plantearse otro problema de adjudicación de bienes privativos o gananciales que determinará el inventario de la herencia.

Brevemente expondré el mecanismo normal de estas operaciones, para detenerme en algún caso puntual tratado por nuestra jurisprudencia.

1. INVENTARIO

Lo primero que hay que saber es cuáles son los bienes partibles, con expresión de las cargas o gravámenes que cada uno de ellos tenga (28). Se identifican y enumeran los bienes (29). Generalmente se agrupan en dos categorías: una sobre los bienes muebles y otra sobre los inmuebles.

La sentencia de 3 de febrero de 1982 (30), antes citada, sobre el inventario de bienes, señala: «*Que tal criterio jurisprudencial es igualmente aplicable al supuesto de las operaciones divisorias practicadas en el juicio sucesorio aun por lo que atañe a los convocados al mismo, porque si una ya añeja sentencia había advertido que el inventario “no es el medio legal de poner en cuestión y de perturbar los derechos de que se hallan en posesión y tranquilo goce terceros interesados”, la de 7 de febrero de 1969 (RJ 1969/652), que a su vez invoca la de 3 de diciembre de 1928, ha declarado que la aprobación judicial recaída en un juicio de testamentaría “no varía la naturaleza del acto particional y es sólo el medio de poner fin al proceso cuando los interesados no impugnan dichas operaciones o las consienten”, por lo*

(28) Se deben determinar las deudas pendientes del causante, detallando las circunstancias e importe de cada una de ellas; entre las deudas deben incluirse los gastos originados por la partición.

Se procederá a satisfacer las deudas; el activo resultante constituye la herencia que ha de repartirse entre los coherederos.

(29) Vid. RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*. Tomo I, Dykinson, Madrid, 1989, pág. 19, sobre el contenido de la herencia.

¿Qué bienes se incluyen en la herencia?

La herencia de una persona fallecida está integrada por sus bienes privativos y por la mitad de los gananciales.

Con carácter general, puede decirse que son bienes privativos los que el fallecido adquirió por cualquier título antes de casarse y los recibidos posteriormente por herencia o donación.

Son bienes gananciales los adquiridos por compra por el fallecido, una vez contraído el matrimonio o mediante cualquier otro contrato de carácter oneroso. El dinero existente, en el momento del fallecimiento, se presume ganancial, salvo que se pueda demostrar que pertenecía privativamente a uno sólo de los cónyuges en todo o en parte.

(30) STS de 3 de febrero de 1982 (RJ 1982/374).

que “no tiene el carácter de cosa juzgada y es susceptible de ser impugnada la división por los en ella perjudicados ... en los dos supuestos a que se refiere el artículo 1.081 de la Ley Procesal, dado que este silencio y la pérdida del trámite para impugnar la partición no revela conformidad con la misma ni impide el juicio declarativo correspondiente”».

2. AVALÚO

Es la tasación o valoración de cada uno de los bienes que figuran en el inventario. Normalmente se tiene en cuenta el valor de mercado de los bienes, o bien en todo caso se siga un mismo criterio para todos los bienes (31).

Se discute si el valor de los bienes ha de hacerse con referencia al momento de la muerte del causante o al de realización de la partición, no hay norma expresa y clara que resuelva la cuestión. El Código Civil en su artículo 1.074 parece acudir al momento de la partición (32), al referirse al momento de la adjudicación de bienes.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de enero de 2008 (33), atiende al valor de mercado de los bienes hereditarios al tiempo de practicarse la partición.

La sentencia de 22 de febrero de 2006 (34), sobre valoración de los bienes colacionables, acude al estado físico al tiempo de la donación, pero conforme

(31) ¿Cómo se valoran los bienes de la herencia?

Los herederos pueden atribuir a los bienes integrantes de la herencia el valor que libremente decidan, pero deben tener en cuenta que, a efectos fiscales, prevalecerá siempre el valor que les atribuya la Hacienda Pública. Por ello, es conveniente que los herederos atribuyan a los bienes y derechos integrantes de la herencia un valor real y objetivo.

Si se trata de inmuebles habrá que partir del valor catastral de los mismos, y en el caso de que exista un valor fiscalmente comprobado de tales bienes, será conveniente expresar éste. En el Territorio Histórico de Gipúzcoa el valor de los bienes inmuebles urbanos a efectos fiscales viene determinado por el Decreto Foral 6, de 26 de enero de 1999, que establece los valores de dichos inmuebles para cada municipio según su tipo, situación, antigüedad, superficie y demás características. De esta manera, se puede saber antes de realizar la partición de la herencia el valor fiscal exacto de los inmuebles urbanos.

Si se trata de vehículos, el valor de los mismos a efectos fiscales está determinado por Hacienda mediante unas tablas que publica periódicamente y que atienden a la tipología y antigüedad de los vehículos.

Si se trata de cuentas bancarias, depósitos financieros, fondos de inversión y cualesquier otros productos financieros de los que habitualmente ofertan las entidades de crédito, el valor de los mismos se acreditará mediante certificación bancaria expedida por la propia entidad de crédito expresiva de su saldo o valor.

(32) Artículo 1.074 del Código Civil: «Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas».

(33) STS de 29 de enero de 2008 (RJ 2008/229).

(34) STS de 22 de febrero de 2006 (RJ 2006/900).

al valor que les corresponda al momento en que se evalúen los bienes hereditarios a su partición.

La sentencia de 14 de diciembre de 2005 (35) determina que el valor de los bienes que integran el acervo hereditario hay que referirlo a la época en que haya de llevarse a cabo la adjudicación (error en la valoración de los bienes al computar su valor en la fecha del fallecimiento y no al tiempo de la liquidación).

La sentencia de 25 de noviembre de 2004 entiende de obligada referencia el valor de las cosas de la totalidad del acervo hereditario al tiempo de su adjudicación (36), así el artículo 1.061 tiene un carácter facultativo y no imperativo, pues la formación de lotes depende de las circunstancias de cada caso, sin que sea precisa una igualdad matemática y absoluta, sin embargo ello no puede significar, y sería contrario al espíritu que preside el Código Civil con relación a la partición de la herencia, que al cobijo de esa facultad se formen lotes absolutamente desproporcionados respecto a las fincas que los integran....: El artículo 1.061 establece la igualdad, en el supuesto de que sea posible, en la realización de los lotes, lo que ha sido interpretado por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que la partición ha de estar presidida por un criterio de estricta equidad. Igualmente, se condiciona la posibilidad de igualdad por las circunstancias de cada caso; y se ha sentando que la infravaloración de los bienes no vulnera el artículo 1.061 cuando la valoración por bajo de su valor se aplica con el mismo baremo a todos los bienes.

O la sentencia de 21 de marzo de 1985 en cuanto al valor de los bienes o terrenos en cuenta, será el que les corresponde al tiempo en que sean puestas a disposición del agraviado y no el que tuviera cuando se practicó la partición.

Es preciso la formación de lotes, de forma diversa, según las participaciones o cuotas de los coherederos en el caudal partible sean iguales o diferentes. Si son iguales se puede proceder a su adjudicación mediante sorteo o elección. Si son diferentes, a la formación de lotes debe preceder la determinación de haberes que consiste en señalar la cifra de valor que corresponde a cada partícipe y el concepto por el cual se le asigna.

a) *Observar la máxima igualdad*

La máxima igualdad se desea por el Código Civil al decir su artículo 1.061: «*En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad*».

(35) STS de 14 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006/300).

(36) STS de 25 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004/7252).

dad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie» (37).

Si bien esa igualdad debe hacerse conforme a la composición objetiva de la herencia (38).

La sentencia del TS, de 25 de junio de 1977 (39), en cuanto a la formación de porciones, indica que depende de las circunstancias concurrentes en cada caso y de la naturaleza de lo que se reparta, sin que sea precisa la existencia de una igualdad matemática y absoluta. Su Considerando primero es claro: «aun cuando el artículo 1.061, antes citado, establezca que en las operaciones de esta índole debe guardarse la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los herederos, bienes de la misma naturaleza, calidad o especie, sin que sea posible asignarlos exclusivamente a uno de ellos con la obligación por su parte de abonar a los demás en metálico la participación que les correspondiera —sentencia de 14 de diciembre de 1957 (*RJ* 1957/534) y Resolución de la Dirección General de los Registros de 2 de diciembre de 1964 (*RJ* 1964/5928)—, no es posible olvidar que esta norma legal tiene un carácter facultativo más que imperativo, dependiendo la formación de las porciones de las circunstancias concurrentes en cada caso y de la naturaleza de lo que se reparta, sin que sea precisa la existencia de una igualdad matemática y absoluta —sentencias de 13 de junio de 1970 (*RJ* 1970/3112) y 8 de febrero y 30 de noviembre de 1974 (*RJ* 1974/484 y *RJ* 1974/4554)».

b) *Adjudicación de un bien por entero a un heredero*

El artículo 1.062 del Código Civil: «*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 sólo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga».*

La misma sentencia, antes citada, permite adjudicar un bien perteneciente a la herencia a uno sólo de los partícipes a calidad de que abone a los otros el exceso de dinero, cuando la cosa de que se trate «sea indivisible o desmerezca mucho por su división», pero no, cuando como aquí sucede, tales requisitos no concurren.

En la misma línea, la sentencia de 9 de junio de 1949 (40), se trata con la división que ésta no conduzca a un excesivo y perjudicial fraccionamiento,

(37) Vid. CARRASCO PERERA, «Comentario a la sentencia de 21 de marzo de 1985», en *CCJC*, núm. 8 (abril-agosto de 1985), pág. 2535.

(38) Vid. BUSTO LAGO, J. M., *Derecho de Sucesiones. Legislación, comentarios y jurisprudencia*, Thomson, Pamplona, 2007, en concreto pág. 372 y sigs.

(39) Sentencia de 25 de junio de 1977 (*RJ* 1977/3015).

(40) Sentencia de 9 de junio de 1949 (*RJ* 1951/89).

pues en estos supuestos en los que puede influir la existencia de gran número de heredades que dificulte la adjudicación a cada uno de participación en los diferentes bienes de la herencia, la ley quiere que se evite la excesiva división y que se adjudique íntegramente a alguno de los herederos los bienes en que concurran los supuestos dichos, con obligación de abonar el adjudicatario a los otros herederos el exceso en dinero, y así entendido el mandato de la Sala sentenciadora no excluye la posibilidad de que si alguna finca no ofrece fácil y recomendable división, se adjudique íntegra a alguno de los herederos, pues sólo marca una orientación que los contadores habrán de seguir, atendidas las circunstancias concurrentes para llevar a efecto una distribución equitativa y, en consecuencia, conveniente para todos los interesados.

La sentencia de 16 de febrero de 1998 (41) en el Fundamento de Derecho 5.^º señala que: «*El expresado submotivo no puede tener favorable acogida, por las razones que a continuación se exponen. La igualdad cualitativa que, para toda partición de herencia, establece el artículo 1.061 del Código Civil (aplicable a la liquidación de una sociedad de gananciales por la remisión que hace el art. 1.410 de dicho Cuerpo legal) ha de entenderse siempre sobre la base de que dicha igualdad “sea posible”, como el propio precepto proclama, posibilidad que, indudablemente, no concurre cuando, en el patrimonio partible, solamente existe un bien de naturaleza inmueble y éste, además, sea indivisible o desmerezca mucho por su división, pues en dichos supuestos el precepto aplicable es el artículo 1.062 del mismo Código, con arreglo al cual el referido bien inmueble podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, si ninguno de ellos ha pedido su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños . En el presente supuesto, la vivienda litigiosa, además de ser de reducidas dimensiones (ocupa solamente una superficie de noventa metros cuadrados de solar y consta únicamente de bajo y un piso), está construida para servir exclusivamente de vivienda unifamiliar (en la totalidad de sus dos referidas plantas solamente dispone de una cocina, un comedor, cuatro dormitorios y un cuarto de baño), por lo que su división en dos viviendas independientes (una, el piso; y otra, el bajo), en régimen de propiedad horizontal, como ahora pretende la recurrente, es prácticamente inviable en las referidas condiciones arquitectónicas de dicho inmueble, lo que justifica plenamente que la sentencia aquí recurrida, como antes la de primera instancia, haya considerado ajustada a Derecho la adjudicación que el contador dirimente ha hecho de la titularidad dominical al esposo (sin que, además, haya sido reconocido crédito alguno en favor de éste por el suelo en el que está construida la expresada vivienda, que era privativo suyo), con la correspondiente compensación económica en favor de la esposa, que, por otro lado, es lo que ésta*

(41) Sentencia de 16 de febrero de 1998 (RJ 1998/868).

vino pidiendo durante la tramitación de las operaciones liquidatorias de la sociedad legal de gananciales. Por todo lo expuesto, el motivo primero ha de ser desestimado, en los dos apartados o submotivos del mismo, a que anteriormente nos hemos referido».

3. COLACIÓN

Para determinar el activo patrimonial que constituye la herencia del causante, hay que atender tanto a los bienes existentes en su patrimonio en el momento de su muerte como a los que durante su vida entregó a alguno de sus herederos forzosos, tomar en consideración estos bienes significa realizar su colación (42).

Cuando se han hecho donaciones por los padres a los hijos en vida, la ley entiende que se han hecho como anticipo de la herencia y que habrá que tenerlo en cuenta, para que esos hijos reciban de menos en la herencia el valor de lo que se les ha donado (43). Es decir, la ley considera que si un padre ha regalado algo a un hijo, no ha sido porque quiera mejorarle, sino porque ha querido darlo en parte de la herencia en vida, de manera que lo regalado al hijo deberá computarse para hacer los lotes entre todos ellos. Esto no obstante, la colación no se produce cuando el padre o madre dispusieron lo contrario al hacer la donación.

El artículo 818 del Código Civil dispone: «*Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento.*

Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables».

Y el artículo 1.063: «*Los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos, y los daños ocasionados por malicia o negligencia».*

(42) A la masa hereditaria ha de sumarse también el valor de los *bienes colacionables*, que son aquellos bienes donados en vida por el fallecido a algún legitimario (un hijo, por ejemplo) y cuyo valor debe ser tenido en cuenta a la hora de hacer la partición para que el donatario reciba de menos en la partición una cantidad igual a lo que ya recibió en vida por donación.

Vid. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Computación, imputación y colación de donaciones en la sucesión mortis causa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

(43) Vid. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «*Sucesión hereditaria: colación de bienes*», en *Revista de Derecho patrimonial*, núm. 1, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998.

Vid. *Ibidem*, DE LOS MOZOS, J. L., *La colación*, Madrid, 1965.

El TS, en sentencia de 19 de julio de 1982 (44), en su Considerando 3.^º expresa: «*Que la colación de bienes, como operación previa a la partición de herencia, definida en el artículo 1.035 del Código Civil en su sentido estricto, tiene una acepción más amplia, referida a la agregación numérica que hay que hacer a la herencia del valor de todas las donaciones hechas por el causante a los efectos de señalar las legítimas y para averiguar si son inoficiosas, acepción contemplada por el artículo 818 del dicho Código, así en su antigua como en la vigente redacción; operación de colacionar que no lleva consigo ningún desplazamiento de bienes, limitándose a ser una modificación de las proporciones en que es adjudicado el caudal relichto; en cambio, el cálculo de la legítima lleva como consecuencia la posible reducción de legados y donaciones; por consiguiente, la colación implica una ordenación típica basada en criterios de equidad tendentes a evitar desigualdades en la distribución de la herencia, en tanto el causante no dispense de ella, siempre dejando a salvo el régimen de legítimas, lo que lleva consigo que la imputación, precisa para determinar las legítimas, se impone incluso sobre la voluntad del testador, como se deduce del artículo 1.036 del mismo Código Civil; cediendo, por tanto, el sistema de alteración puramente contable a través de adjudicaciones compensatorias en las cuotas, propio de la colación, al sistema de compensación en especie, también seguido para la colación (arts. 1.047 y 1.048), pero esencial en la imputación para fijación de las legítimas (arts. 820 y 821)».*

Para que surja la obligación de colacionar es preciso:

1.^º Que a la sucesión concurran varios herederos forzosos, bien por derecho propio, bien por derecho de representación; en este último supuesto, el representante aportará lo que el representado hubiese tenido que colacionar.

2.^º Que alguno de los coherederos haya recibido del causante, antes de su muerte, bienes de cualquier tipo en concepto de dote, donación; es decir, por título lucrativo; por lo tanto, lo que hubiese recibido a título oneroso no se colaciona.

3.^º Que el causante no haya excluido la colación; por eso, el artículo 1.036 dispone que: «La colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente o si el donatario repudiare la herencia, salvo en el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosas»; si el causante no dice nada, se entiende que la donación o dote efectuada debe colacionarse; para que el coheredero no tenga que colacionar lo recibido, es preciso que el testador así lo establezca.

(44) STS de 19 de julio de 1982 (RJ 1982/4256).

¿CÓMO SE CALCULA LA LEGÍTIMA?

Las legítimas no se calculan simplemente con referencia a los bienes que quedan al fallecimiento del testador. Por una parte, es claro que ha de tratarse de un valor líquido, por lo que es preciso deducir las deudas y cargas. Por otra parte se ha de tomar en consideración las donaciones que el causante hubiera hecho en vida, pues aparte del carácter gratuito de esta salida del patrimonio, hay que tener en cuenta que resultaría extraordinariamente fácil burlar la legítima haciendo donaciones (tanto a extraños como a legitimarios).

Es decir: Masa Hereditaria + Donaciones – Deudas y Cargas = Legítima (45).

En un caso en que procede la reducción de una donación efectuada, dice la sentencia de 29 de mayo de 2006 (46): «*que antes de proceder a la reducción de la donación, por imperativo del artículo 820 del Código Civil, ha de procederse a la imputación a los tercios en que idealmente se divide la herencia. Dice el mismo: "Fijada la legítima con arreglo a los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue: 1.º Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas". El artículo 819, precepto inmediatamente anterior al 820, preceptúa que las donaciones hechas a legitimarios, que no tengan el concepto de mejora, se imputarán a su legítima, y las hechas en favor de extraños, a la parte libre de la que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad. Termina el 819 con la siguiente regla: "En cuanto fueren inoficiosas o excedieren de la cuota disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes". Esta regla ha de aplicarse tanto a la donación en favor de legitimarios como de extraños, por lo que si la efectuada a los primeros excede de su cuota legitimaria, en el exceso deben ser tratados como extraños, en otras palabras, que el mismo ha de imputarse a la parte de libre disposición, y es el exceso sobre ésta el que será objeto de reducción"*».

4. LIQUIDACIÓN

Si se quiere repartir un activo neto, deducido el pasivo del causante y de la herencia, será preciso establecer cuáles son las deudas hereditarias y descontarlas del activo bruto: esta operación es la liquidación.

(45) Ejemplo cálculo legítima de los hijos = 2/3 del haber hereditario.

En una herencia donde los bienes del fallecido valen 1.000, habiendo donado a un extraño 300 y con un pasivo de 100, sumamos el *relictum* (1.000-100) a la donación (300), lo que hace un total de 1.200. La cuota de los hijos por tanto es de 800, y el tercio libre, de 400.

(46) STS de 29 de mayo de 2006 (RJ 2006/3343).

El artículo 1.064 del Código Civil dispone: «*Los gastos de partición, hechos en interés común de todos los coherederos, se deducirán de la herencia; los hechos en interés particular de uno de ellos, serán a cargo del mismo.*».

5. ADJUDICACIÓN

Consiste en atribuir los lotes a los coherederos de tal modo que el respectivo «haber» quede cubierto y satisfecho.

Desde la entrega de los lotes se adquiere la propiedad de lo recibido por herencia.

Hay que tener en cuenta los artículos 1.065: «*Los títulos de adquisición o pertenencia serán entregados al coheredero adjudicatario de la finca o fincas a que se refieran*». Y el 1.066: «*Cuando el mismo título comprenda varias fincas adjudicadas a diversos coherederos, o una sola que se haya dividido entre dos o más, el título quedará en poder del mayor interesado en la finca o fincas, y se facilitarán a los otros copias fehacientes, a costa del caudal hereditario. Si el interés fuere igual, el título se entregará, a falta de acuerdo, a quien por suerte corresponda.*

Siendo original, aquél en cuyo poder quede deberá también exhibirlo a los demás interesados cuando lo pidieren».

Aparte, naturalmente, de facilitárseles copia fehaciente a costa del caudal.

Y el artículo 1.067: «*Si alguno de los herederos vendiere a un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos o cualquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal que lo verifiquen en término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber».*

La sentencia de 17 de diciembre de 2007 (47) dispone:

«...también tiene declarado esta Sala con reiteración que hasta que no se efectúe la partición no adquieran los herederos la propiedad exclusiva de ningún bien hereditario (sentencias de 31 de enero de 1994 [RJ 1994/642], 3 de junio de 2004 [RJ 2004/4416] y las que en ellas se citan). Mientras la herencia se halle en comunidad, el derecho de los coherederos no se proyecta sobre cada uno de los bienes que la componen, sólo tienen una cuota en la titularidad del patrimonio hereditario, del que forman parte los bienes y deudas del causante».

(47) STS de 17 diciembre de 2007 (RJ 2007/8935).

¿QUIÉNES DEBEN FIRMAR Y SUSCRIBIR LA PARTICIÓN?

Para que la partición hereditaria sea válida, tanto si se hace en escritura pública como si se hace mediante un simple cuaderno particional privado, deberá ser consentida y firmada por las siguientes personas, bien personalmente o por medio de poder:

- a) Los herederos testamentarios o intestados.
- b) El cónyuge viudo, si tiene derecho al usufructo de todos o parte de los bienes o si existen bienes gananciales.
- c) Los legitimarios que no hayan sido nombrados herederos, para recibir lo que por legítima les corresponda o para renunciar a ella.
- d) Los legatarios, para recibir los bienes legados.

¿CÓMO HAY QUE REPARTIR LOS BIENES DE LA HERENCIA?

El reparto de los bienes que integran la herencia deberá hacerse en la forma establecida por el testador en el testamento. Si no existe testamento y se trata de herederos intestados, la partición podrá hacerse de la forma que libremente decidan los herederos, siempre que se respete la cuota o parte que a cada uno de ellos corresponde por Ley en la herencia del difunto.

El testador puede limitarse a establecer en el testamento la cuota o porcentaje que corresponde a cada uno de los herederos nombrados respecto del total haber hereditario. En este caso, los herederos podrán distribuirse entre ellos los bienes integrantes del caudal hereditario de la forma que libremente acuerden, siempre que el valor de lo recibido por cada heredero sea igual a la cuota establecida a su favor por el testador.

El testador puede no limitarse a nombrar herederos en el testamento sino también efectuar en el mismo el reparto o partición de los bienes entre los herederos, asignando a cada uno de estos bienes concretos en pago de su cuota hereditaria. Es el llamado *testamento particional*. En este caso, los herederos deberán ajustarse a lo ordenado por el testador en su testamento en orden al reparto de los bienes.

No obstante lo anterior, sea cual fuere la fórmula empleada por el testador en el testamento (asignación de cuotas o adjudicación de bienes concretos a cada heredero en pago de su cuota), los herederos pueden de común acuerdo realizar la partición de manera distinta a la ordenada por el testador. Pero en el caso de que procedan de esta manera, deberán tener en cuenta las posibles consecuencias de tipo fiscal que conllevará hacer la partición de manera distinta a la establecida por el testador.

VI. DE LOS EFECTOS DE LA PARTICIÓN

Enunciando una regla común a la división de cosas singulares y de patrimonios, explica el artículo 1.068, como: «*La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados*». Es decir: el anterior derecho de cuota, concurrente con otros cualitativamente iguales, sobre una herencia, se transforma en titularidades individuales, generalmente exclusivas, sobre bienes concretos. Incluso si alguna titularidad se confiere indivisa, a varios de los coherederos o a todos, recae ahora sobre un objeto singular, y en comunidad romana (48).

Obligación de saneamiento, según el artículo 1.069 del Código Civil: «*Hecha la partición, los coherederos estarán recíprocamente obligados a la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados*» (49).

Se trata de garantizar los lotes frente al eventual problema de la evicción, o de la existencia de vicios ocultos en las cosas; pero no por efecto de errores en las adjudicaciones, ya que esta vía será en estos casos la prevista en el artículo 1074.

Esta obligación de saneamiento, conforme dispone el artículo 1.070, cesará:

«*La obligación a que se refiere el artículo anterior sólo cesará en los siguientes casos:*

Cuando el mismo testador hubiese hecho la partición, a no ser que aparezca, o razonablemente se presuma, haber querido lo contrario, y salva siempre la legítima.

Cuando se hubiese pactado expresamente al hacer la partición.

Cuando la evicción proceda de causa posterior a la partición, o fuere ocasionada por culpa del adjudicatario».

La responsabilidad de los coherederos es solidaria en proporción al respectivo hereditario. «*La obligación recíproca de los coherederos a la evicción es proporcionada a su respectivo haber hereditario; pero si alguno de ellos resultare insolvente, responderán de su parte los demás coherederos en la misma proporción, deduciéndose la parte correspondiente al que deba ser indemnizado.*

Los que pagaren por el insolvente conservarán su acción contra él para cuando mejore de fortuna» (art. 1.071 CC).

(48) Vid. BUSTO LAGO, J. M., *Derecho de Sucesiones. Legislación, comentarios y jurisprudencia*, Thomson, Pamplona, 2007, en concreto pág. 391 y sigs.

(49) Vid. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, «El saneamiento por evicción en la partición hereditaria», en *RDP*, 1954, pág. 839.

Vid. *Ibidem*, CABANILLAS GALLAS, «Evicción y saneamiento en la partición», en *Estudios Castán*, III. Pamplona, 1969, pág. 79.

Finalmente, el artículo 1.072 dicta una regla específica en función de la calificación de los créditos en la partición, así:

«Si se adjudicare como cobrable un crédito, los coherederos no responderán de la insolvencia posterior del deudor hereditario, y sólo serán responsables de su insolvencia al tiempo de hacerse la partición.

Por los créditos calificados de incobrables no hay responsabilidad; pero, si se cobran en todo o en parte, se distribuirá lo percibido proporcionalmente entre los herederos».

VII. INEFICACIA DE LA PARTICIÓN

La partición es un negocio jurídico, y como tal está sometido a las mismas reglas de ineficacia; el Código Civil dedica los artículos 1.073 a 1.081 (50) a uno de los tipos de ineficacia, a la rescisión de la partición, pero esta referencia no excluye que la partición pueda resultar ineficaz por otras causas, de modo que se puede distinguir:

a) Nulidad de la partición: según el artículo 1.081: «*La partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo será nula*», es para el supuesto de heredero aparente.

También lo será cuando se vulnere una norma imperativa o prohibitiva.

Puede ser, por falta de algún presupuesto (muerte del causante, validez y vigencia del testamento, procedencia de la sucesión *ab intestato*, etc.) o elemento esencial del negocio (consentimiento del autor o autores de la partición, ser los bienes divididos patrimonio propio del causante, etc.) o hecha contra lo preceptuado en la ley: partición hecha por causante no testador, por comisario que sea heredero, etc.

Muchas sentencias del TS aplican los principios generales del Derecho sobre nulidad de los negocios jurídicos y principalmente de los *inter vivos* contractuales, como la sentencia de 26 de noviembre de 1974, o 14 de febrero de 1989, o 31 de octubre de 1996 (51).

La sentencia del TS, de 12 de diciembre de 2005 (52), señalaba que: «*es cierto que el Código Civil carece de una regulación específica sobre nulidad de las particiones, fuera del singular precepto del artículo 1.081, y que se han entendido aplicables a la materia las normas sobre nulidad de los negocios jurídicos y, principalmente, de los negocios contractuales, pero teniendo*

(50) Vid. BUSTO LAGO, J. M., *Derecho de Sucesiones. Legislación, comentarios y jurisprudencia*, Thomson, Pamplona, 2007, en concreto pág. 392 y sigs.

(51) STS de 26 de noviembre de 1974 (*RJ* 1974/4490), 14 de febrero de 1989 (*RJ* 1989/836), 31 de octubre de 1996 (*RJ* 1996/7731).

(52) STS de 12 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006/196).

presente que la nulidad sólo se originará si existe carencia o vicio sustancial de los requisitos esenciales del acto, y así ocurre cuando falta algún elemento esencial o presupuesto del negocio, o se ha efectuado la partición contra lo dispuesto en la Ley, aceptando la jurisprudencia como casos de nulidad, además del específico del artículo 1.081 del Código Civil, la falta de consentimiento de la persona designada para realizar la partición, la inclusión de bienes no pertenecientes al causante, la ilicitud de la causa por deliberada occultación de componentes del caudal, la invalidez del testamento, la infracción de prescripciones legales imperativas, además de algunos otros supuestos más cercanos al caso que nos ocupa, como son el error sustancial cometido por el testador al proceder a la valoración de bienes (sentencia de 26 de noviembre de 1974 [RJ 1974/4490]) o haber omitido cosas importantes y no computar determinados inmuebles (sentencia de 7 de enero de 1975 [RJ 1975/12]). Este tratamiento restrictivo de la invalidez, afirmado por gran número de sentencias (53), impone resolver las atribuciones mal valoradas por vía de rescisión, y las omisiones de bienes o valores por el camino de la adición o complemento de la partición».

b) Partición anulable: cuando exista algún defecto de capacidad en los que ella interviene o un vicio del consentimiento, conforme a la regulación de los contratos.

El vicio del consentimiento de un solo coheredero hace impugnable la partición frente a todos los restantes; es la regla de los contratos plurilaterales.

El TS estima que el matiz que distingue y separa la anulabilidad de la nulidad es la calificación de interés público o privado, a cuya protección se encaminan ambas categorías de ineeficacia negocial (54).

c) Partición rescindible: es aquélla que origina a alguno de los coherederos una lesión o perjuicio en más de la cuarta parte del valor de las cosas adjudicadas.

Es la forma de partición específicamente regulada por el Código Civil, que declara aplicables las mismas causas de rescisión que las establecidas para las obligaciones en los artículos 1.290 y siguientes (55), con las limitaciones fijadas para la partición.

Artículo 1.074: «Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas».

(53) Como la de 31 de octubre de 1996 (RJ 1996/7731), que se refiere a las de 15 de junio de 1982 (RJ 1982/3428) o 25 de febrero de 1969 (RJ 1969/999), entre otras.

(54) Vid. STS de 9 de mayo de 1994 (RJ 1994/3894), 27 de febrero de 1997 (RJ 1997/1332).

(55) Artículo 1.073: «Las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones».

Si bien, «*La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador*» (1075).

Si efectivamente hay rescisión, la persona obligada a repararlo tendrá la facultad de optar, como dice el artículo 1.077: «*El heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición.*

La indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio.

Si se procede a nueva partición, no alcanzará ésta a los que no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo».

Ahora bien, hay un plazo para poder ejercitar esta petición, como dice el artículo 1.076: «*La acción rescisoria por causa de lesión durará cuatro años, contados desde que se hizo la partición».*

La acción de impugnación por lesión no puede ser ejercitada por el heredero que hubiese enajenado el todo o una parte considerable de los bienes inmuebles que le hubieren sido adjudicados (art. 1.078).

Puede ocurrir que al realizar la partición no se hayan tenido en cuenta todos los bienes del causante o que se hayan olvidado o preterido a alguno de sus herederos; en estos supuestos los artículos 1.079 y 1.080 (56) disponen que no se anula toda la partición, sino que se procede a completarla o corregirla, salvo que hubiese mala fe por parte de alguno de los interesados; en este caso es nula toda la partición.

Es de destacar la sentencia de 12 de junio de 2006 (57) en un caso de rescisión de la partición realizada por los herederos con preterición de los legatarios de parte alícuota, al disponer: «...*la preterición en la partición del legatario de tal clase ha de producir los efectos previstos en el artículo 1.080 del Código Civil para el caso de preterición de un heredero, de forma que si se produce de mala fe o dolosamente —conociendo su existencia— ha de desembocar en la rescisión de la partición así realizada».*

Si entre los herederos del causante está su viuda y se acredita que está encinta, el artículo 966 ordena suspender la partición hasta que se verifique el parto o el aborto, o resulte por el transcurso del tiempo que la viuda no estaba encinta.

(56) Artículo 1.079 del Código Civil: «*La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos».*

Artículo 1.080 del Código Civil: «*La partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, 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».*

(57) STS de 12 de junio de 2006 (RJ 2006/3364).

RESUMEN

PARTICIÓN HEREDITARIA

En la práctica, el tema de reparto de herencias puede plantear múltiples conflictos familiares de no ponerse de acuerdo los interesados en la herencia. En este trabajo se ofrecen algunas consideraciones sobre la situación indivisa de la herencia tendentes a conseguir una partición coherente y apropiada según los preceptos legales. Se acompaña la cita y estudio de algunas sentencias de nuestro alto tribunal que nos ayudan a comprender cómo debe hacerse la partición, cuáles son las operaciones que conlleva, los efectos que produce su realización, así como las posibles causas de su ineficacia.

ABSTRACT

ESTATE PARTITION

In practice the issue of estate distribution can cause a raft of family conflicts if the persons with a stake in the estate cannot agree. This paper offers a few considerations about undivided estates, aimed at achieving a consistent, appropriate partition according to law. Several court rulings are cited and examined to help gain an understanding of how partition should be done, what operations it entails, what effects it has and what can make a partition invalid.

(Trabajo recibido el 03-02-09 y aceptado para su publicación el 29-05-09)