

ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA EN EL DERECHO GALLEGO

Discurso leído el día 6 de marzo de 2009 en la Solemne Sesión de Ingreso
del Académico de Número

ILTMO. SR.

DON JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

y contestación del

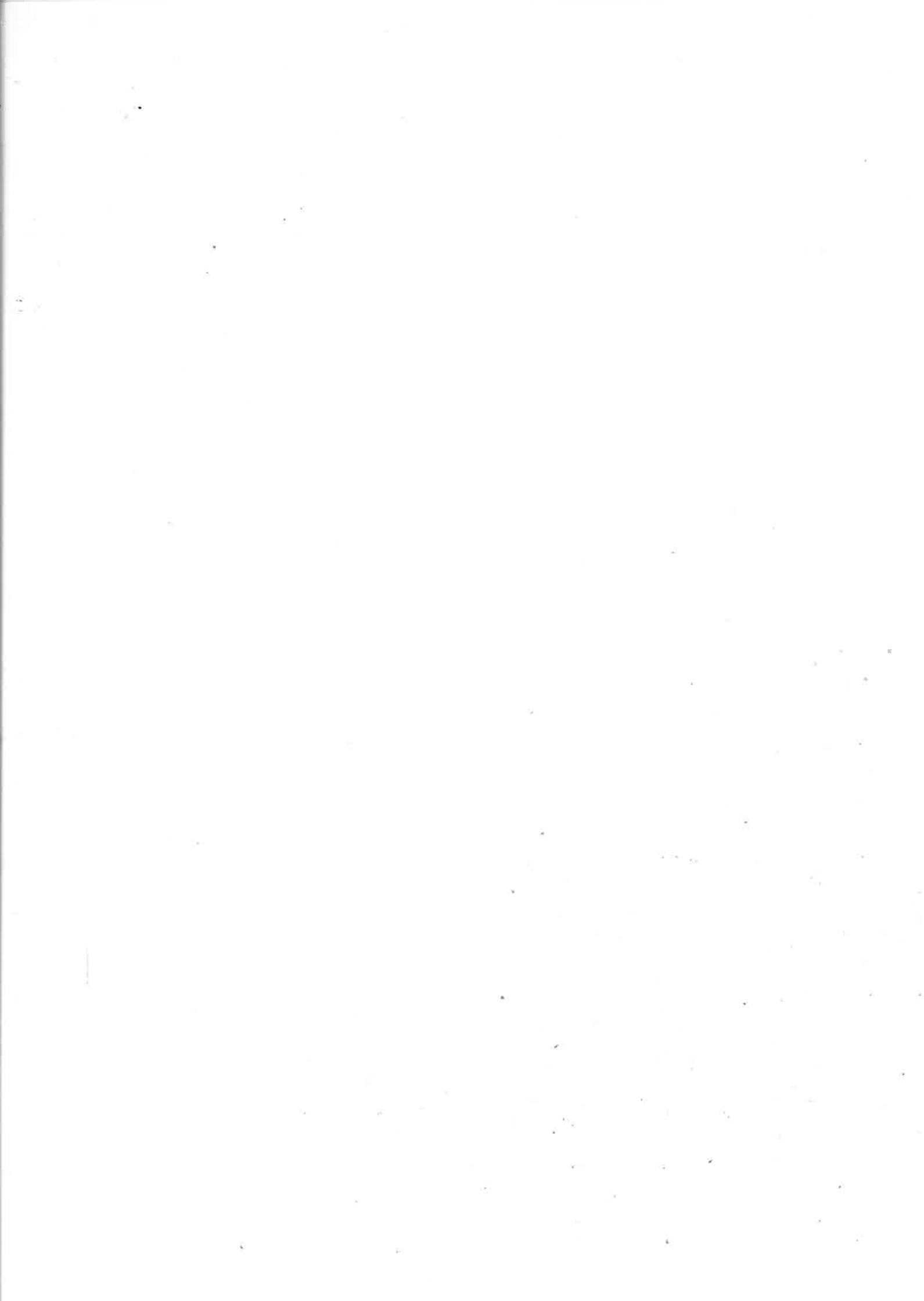
ILTMO. SR.

DON DOMINGO BELLO JANEIRO

Académico de Número



A Coruña, 2009



I
DISCURSO
del
ILTMO. SR.
DON JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

ÍNDICE

	Página
AGRADECIMIENTO.....	9
I. INTRODUCCIÓN.....	11
II. COMUNIDAD HEREDITARIA.....	11
III. DERECHO A LA PARTICIÓN.....	26
IV. CLASES DE PARTICIÓN.....	27
V. DISPOSICIONES GENERALES.....	29
VI. LA PARTICIÓN POR EL TESTADOR.....	36
A) Necesidad de testamento.....	39
B) Partición en documento separado no testamentario.....	44
C) Posibilidad de la partición parcial.....	50
D) Distinción entre partición y disposiciones particulares sobre la forma de practicarse.....	50
E) Sobre la necesidad de que el testamento contenga asignación de cuotas y su divergencia con las adjudicaciones de bienes realizadas.....	58
F) Límite de la intangibilidad cuantitativa de las legítimas.....	70

G) Libertad del testador para realizar la partición de sus bienes.....	72
H) Alteraciones subjetivas y objetiva de las bases del acto particional: herederos no contemplados, bienes objeto de adquisición o disposición ulterior por el testador.	72
I) Capacidad para realizar la partición.	77
J) La partija conjunta.....	77
a) Introducción.....	77
b) Concepto.	82
c) Su admisibilidad en el Derecho común.....	84
d) Clases.	87
e) Sus elementos personales e incidencias de las crisis matrimoniales: separación, nulidad y divorcio.....	88
f) Régimen jurídico de revocación y problemática de las disposiciones correspectivas.....	90
g) La satisfacción de la legítima con bienes con bienes de un solo de los cónyuges.....	94
f) La reclamación de las legítimas al fallecimiento de uno de los cónyuges: su posibilidad jurídica.....	98
VII. LA PARTICIÓN POR EL CONTADOR PARTIDOR.....	101
A) Introducción.	101
B) Características del cargo.....	104
a) Personalísimo.	104
b) Temporal.....	105
c) Gratuito.....	107
d) Voluntario.	109
C) Elementos formales.....	109

D) Requisitos para desempeñar el cargo.....	110
E) Forma de designación y su régimen jurídico.....	113
F) Funciones.....	127
a) Interpretativas.....	128
b) Subsanan y corregir.....	130
c) Realizar el inventario.....	136
d) Determinación de las disposiciones colacionables y fijación de las legítimas.....	137
e) Liquidación de la sociedad legal de gananciales del causante.....	140
f) Fijación de deudas, cargas y gastos hereditarios y adjudicación de bienes en pago de deudas.....	143
g) Adjudicación de bienes, especial atención a la posibilidad de pago en metálico extrahereditario.....	144
h) Entrega de legados.....	161
VIII. LA PARTICIÓN REALIZADA POR LOS HEREDEROS..	166
A) Partición realizada por los partícipes en la herencia.....	167
B) Partición no unánime con intervención notarial.....	172
a) La necesidad de prescindir del requisito de la unanimidad.....	173
b) Naturaleza jurídica de la nueva partición.....	177
c) Presupuestos.....	180
d) Procedimiento.....	185
e) Administración del cupo del ausente.....	192
f) Ineficacia.....	193
BIBLIOGRAFÍA:	195
CONTESTACIÓN	203

AGRADECIMIENTO

Quiero que sean mis primeras palabras, como no puede ser de otro modo, de agradecimiento a la Academia Gallega de Legislación y Jurisprudencia, por haber tenido la bondad de acogerme en su seno y concederme con ello tan inmerecido honor.

Compartir las funciones de académico con tan grandes juristas, algunos de los cuales me han introducido en el mundo del Derecho como profesores en la Universidad de Santiago, y otros han sido mis maestros, en el inacabado conocimiento de lo jurídico, a través de sus escritos forenses y práctica profesional como letrados, me llena de satisfacción.

Son precisamente las personas, que forman parte de esta institución, el patrimonio más importante que tiene la Academia y que la prestigian ante la sociedad.

Quiero igualmente agradecer, a nuestro presidente, José Antonio García Caridad, el cariño y afecto que siempre me ha demostrado, y su empeño en contar con mi persona para formar parte de esta Institución, que tan dignamente preside.

Sucedo en la Academia a José Samuel Roberes García, cuyos valores humanos y jurídicos devienen indiscutibles, habiendo alcanzado en el ejercicio de la jurisdicción el más alto cargo en la misma como magistrado del Tribunal Supremo. Y es para mí especialmente grato

sucedarle como académico, dada su condición de juez como la mía, así como por la entrañable amistad que le unía a mi abuelo José, cuando ambos eran jueces de primera instancia en instrucción en esta ciudad de A Coruña, amistad que prolongaron hasta su fallecimiento.

Ante el honor concedido asumo al compromiso de trabajar para la Academia en todo aquello que me sea requerido.

I. INTRODUCCIÓN

La nueva Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia regula la partición de la herencia, dentro de su Título X, relativo a la Sucesión por causa de muerte¹, en su Capítulo VII, bajo el epígrafe “Da partición da Herdanza”, compuesta a su vez de cuatro secciones. La primera relativa a “Disposicións xerais”, la segunda: “Da partición polo testador”, la tercera: “Da partición polo contador-partidor” y la sección 4^a: “Da partición polos herdeiros”, concretamente en 39 artículos, modificando de forma sustancial la anterior regulación normativa.

II. COMUNIDAD HEREDITARIA

Antes de hablar de la partición necesariamente hay que hacerlo de la comunidad hereditaria. Cuando son varias las personas llamadas a una sucesión surge entre ellas una comunidad de tal naturaleza. CASTÁN² señala que la comunidad hereditaria se inicia con la apertura de una he-

1 Un estudio sobre el panorama sucesorio del Derecho Gallego, con análisis de sus antecedentes históricos, se puede consultar en el trabajo de RODRÍGUEZ MONTERO: “Realidad socio-económica, intereses familiares y Derecho Sucesorio en Galicia”, en el Boletim da Facultade de Dereito de Coimbra, STVDIA IVRIDICA 88, colloquia 16.

2 CASTÁN TOBEÑAS: “Derecho civil español, común y foral”, T VI, Derechos de sucesiones, Vol I. La sucesión en general, (1978), pág. 296.

rencia a la que están llamados varios herederos y termina con la división o partición. Para DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS³ surge como consecuencia del llamamiento de varias personas como sucesoras a título universal a la herencia de un mismo causante y de su aceptación, y termina con las operaciones de partición del caudal hereditario. Y, por su parte, LACRUZ⁴ señala que es aquella situación que se produce cuando concurren varios sucesores a título universal sobre una masa de bienes relictos. CICU precisa que existe comunidad cuando, deferida la herencia en varios llamados, todos la aceptan expresa o tácitamente, o independientemente de su aceptación la adquieren por ministerio de la ley⁵. COLINA GAREA⁶ la define como “aquella situación en la que se encuentra la herencia, desde la aceptación hasta su división o adjudicación, como consecuencia de la existencia de una pluralidad de personas que han sido llamadas simultáneamente a recibir en la misma una parte alícuota o participación ideal o abstracta que no se proyecta sobre bienes determinados, sino sobre la totalidad del patrimonio hereditario considerado en su conjunto como una unidad (*universitas iuris*)”. La finalidad de la comunidad hereditaria, como destaca GARCÍA VALDECASAS, radica en ordenar el tránsito de los bienes del causante a los patrimonios particulares de los llamados a la herencia⁷.

3 DÍEZ PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS: “Sistema de Derecho Civil”, Vol V, Derecho de sucesiones (2001), pág. 511.

4 LACRUZ BERDEJO: Elementos de derecho civil, T. V, Derecho de sucesiones (2001), pág. 93.

5 CICU: Derecho de Sucesiones, parte general, Real Colegio de España en Bolonia (1964), pág. 665.

6 COLINA GAREA: “Algunas reflexiones en torno a la comunidad hereditaria”, en Anuario da Facultad de Dereito da Universidades da Coruña, nº 6 (2002), pág. 237.

7 GARCÍA VALDECASAS: “La comunidad hereditaria”, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo XXIII, abril de 1952, pág. 396.

Es obvio, por lo tanto, que la comunidad hereditaria no nace a la vida jurídica en el caso de una sucesión con heredero único, en cuyo supuesto la partición del haber relicto del causante carece de sentido⁸, aunque ello no signifique que no sea preciso la realización de trámites ulteriores, como la liquidación del régimen económico matrimonial del causante, la entrega de legados de cosa determinada, el pago de deudas, el abono del impuesto de sucesiones, cumplimiento de cargas, la inscripción de los bienes inmuebles a nombre del heredero (arts. 14 de la LH, 79 y 80 de su Reglamento) entre otros actos jurídicos. Tampoco dicha comunidad surge en el caso de que la partición sea realizada directamente por el testador, pues en tal supuesto sus herederos reciben los bienes asignados directamente del causante sin llegar a constituirse en comunidad (art. 1068 CC).

En cuanto a sus elementos personales es mayoritaria la opinión doctrinal que entiende forman parte de la comunidad hereditaria los legatarios de parte alícuota, al ser llamados a títulos universal a una cuota de la herencia con respecto a la totalidad del haber relicto del causante y no con relación a bienes concretos y determinados de la misma⁹. En este sentido se expresa la RDGRN de 22 de marzo de 2007 (EDD 2007/19664), que señala al respecto:

“Ciertamente, la figura del legatario de parte alícuota no es pacífica en nuestra doctrina. Nuestro Código Civil no regula el legado parciario como tal, únicamente lo menciona en el último apartado del art. 655 en materia de reducción de donaciones.

8 La comunidad hereditaria no nace cuando es uno sólo el heredero llamado a la herencia, en cuyo caso no es necesaria la práctica de la partición (STS 31 de mayo de 1913, 24 de febrero de 1966, RJ 816, 27 de abril de 1978, RJ 1458).

9 NÚÑEZ MUÑÍZ. “El legado de parte alícuota. Su régimen jurídico, Madrid 2001, págs 77 y ss. y LEGERÉN MOLINA: “La partición conjunta en derecho gallego” (2007), pág. 39.

Por su parte, la Ley Hipotecaria alude a los legatarios de parte alícuota, aunque sin nombrarlos expresamente, en el art. 42.7, a su vez, el art. 146.3 del Reglamento Hipotecario dispone que la anotación preventiva de derecho hereditario se practica a solicitud de los legatarios de parte alícuota, y el art. 152 de dicho Reglamento los equipara a los herederos a los efectos de las anotaciones preventivas.

No obstante, es la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, la que más se ha ocupado de la materia. Así, el art. 782.1 reconoce expresamente el derecho del legatario de parte alícuota a reclamar judicialmente la división de la herencia, el art. 783.2 dispone que, a la vista de la solicitud de división judicial, se mandará convocar a Junta a los herederos, a los legatarios de parte alícuota y al cónyuge supérstite, reconociendo el art. 784.1 al legatario de cuota la condición de miembro de la Junta y de acuerdo con el art. 793.3, será citado para la formación de inventario.

Sin embargo, la ley no regula expresamente cuáles son las facultades que le corresponden en la partición. En este sentido, partiendo de la consideración de que los legatarios de parte alícuota entran en la misma especial situación de comunidad en que se hallan los coherederos antes de la partición con respecto a los bienes hereditarios, tal y como han confirmado el Tribunal Supremo y este Centro Directivo en numerosas Resoluciones, ha de reconocérsele un evidente interés en el mantenimiento de la integridad del caudal hereditario, no ya como herederos, sino como copropietarios de los bienes de la herencia, dada su condición de comuneros.

De ahí que de acuerdo con la doctrina contenida en los arts. 397, 1058 y 1059 del Código sea necesario su consentimiento para efectuar actos de disposición sobre los bienes que integran la comunidad hereditaria.

Asimismo, la doctrina mayoritaria admite que el legatario de parte alícuota pueda ejercitar el retracto de coherederos del art. 1067 del Código Civil, partiendo de que este retracto no se atribuye a los coherederos por su específica condición de tales, sino que estamos ante un

caso particular del retracto de comuneros, ya que el legatario de parte alícuota, como hemos dicho, es considerado durante la indivisión de la herencia como copropietario del activo hereditario junto con los herederos.

Por todo lo expuesto, y dada la condición del legatario de parte alícuota como miembro de la comunidad hereditaria y copropietario de los bienes de la herencia, parece lógica la necesidad de exigir la intervención del mismo, no sólo para realizar actos de disposición sobre los bienes comunes, sino también para proceder a la extinción de dicha comunidad mediante la partición”.

No es éste el momento de entrar en el análisis sobre la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria, ni, por lo tanto, sobre las diversas opiniones doctrinales existentes al respecto (teorías traslativa, declarativa, determinativa), no obstante podemos afirmar, compartiendo la posición mayoritaria y la seguida por la jurisprudencia, que a la muerte del causante se produce una suerte de 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, considerado éste como un conjunto de bienes o universitas, sin que tal situación jurídica sea en modo alguno reconducible a un porcentaje determinado sobre cada uno de los concretos bienes que forman parte del mismo. 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 art. 1068 del CC, cuando norma 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 como así son, 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, no obstante lo cual podrán efectuar válidamente actos de disposición sobre su derecho hereditario, circunscrito claro está a su cuota abstracta en la herencia. Ahora bien, ello no significa que todos los coherederos, obrando de consuno, no puedan enajenar, con plena validez jurídica, bienes determinados del haber hereditario, al hallarse en tal caso presentes todos los interesados en la titularidad dominical de aquéllos.

La ausencia de una regulación normativa de la comunidad hereditaria ha tenido que ser desarrollada por la doctrina científica y la jurisprudencia, constituyendo, al respecto, sólida doctrina emanada de la Sala Primera de nuestro más Alto Tribunal, la que, partiendo de las consideraciones anteriormente expuestas, proclama, que:

A) Producido el hecho sucesorio, todos los herederos constituyen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras que no haya partición, y si en la partición se adjudica algún bien proindiviso, pasan a ser titulares en copropiedad (SSTS de 6 de octubre de 1997, RJ 7356 y 17 de febrero de 2000, RJ 806). La jurisprudencia, como no podía ser de otra forma, ha admitido que la partición puede llevarse a efecto mediante la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio ordinario, atribuyendo a los coherederos en copropiedad

los bienes de la herencia, con indicación de las concretas cuotas proindiviso que les corresponda en los mismos (SSTS 20 de febrero de 1984, RJ 695, 29 de diciembre de 1988, RJ 10071, 20 de octubre de 1992, RJ 8090, 25 de abril de 1994, RJ 3221, 6 de marzo de 1999, 28 de junio de 2001 RJ 1463, 25 de junio de 2008, RJ 4270 entre otras).

B) La 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 (administración, disposición y disfrute de las cosas), por las normas del Código Civil relativas a la comunidad de bienes, en cuanto lo permita su peculiar naturaleza (SSTS 21 marzo 1944, RJ 528; 25 noviembre 1961; 7 mayo 1985; 18 de febrero de 1987, RJ 715). Si bien ello no quiere decir quepa equiparar ambas formas de comunidad, 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 aquella 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 CC” (SSTS 25 de noviembre de 1961, 21 de marzo de 1968, 25 de junio de 2008, RJ 4270 entre otras).

C) En el supuesto de matrimonios sometidos al régimen de la sociedad legal de gananciales, la muerte de cualquiera de los cónyuges produce “ipso iure” la disolución de dicho régimen económico matrimonial (arts. 1392.1 y 85 del CC), surgiendo en tales casos una comunidad postganancial entre el cónyuge supérstite y los herederos del cón-

yuge premuerto, pero sin que tal comunidad recaiga sobre cada cosa que forma parte de ella sino sobre el conjunto de la misma, y así lo expresa la sentencia de 23 de diciembre de 1993 (RJ 1993\10113): ... «comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial... cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el “totum” ganancial, pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes...» y, a su vez, se refieren a esta comunidad postganancial las SSTS de 23 de diciembre de 1992 (RJ 1992\10689), 28 de septiembre de 1993 (RJ 1993\6657), 14 de marzo de 1994 (RJ 1994\1776), 26 de abril de 1997 (RJ 1997\3542), 28 de septiembre de 1998 (RJ 1998\7290), 11 mayo 2000 (RJ 2000/3926)¹⁰.

D) La enajenación de las cosas comunes exige el consentimiento de todos los titulares del dominio, pues así se desprende de los arts. 348, 397, 399 y concordantes del Código Civil; y en el caso de la comunidad hereditaria hasta que no se efectúe la partición por cualquiera de los modos admitidos en derecho (arts. 1051 y ss.) no adquieren los herederos la propiedad exclusiva (art. 1068), según dispone la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo [SSTS. 14 mayo 1960 (RJ 1960\2041), 6 abril 1961 (RJ 1961\1253), 20 enero 1958 (RJ 1958\219), 11 abril 1957 (RJ 1953\1262), 7 marzo 1985 (RJ 1985\1131), 14 abril 1986 (RJ 1986\1849), 8 mayo 1989 (RJ 1989\3673), 14 septiembre 1958 (RJ 1958\3790), 21 julio 1986 (RJ 1986\4575), 7 junio 1958 (RJ 1958\2135), 5 noviembre 1992 (RJ 1992\9221), 31 de enero de 1994, (RJ 1994\642) etcétera.]; por consiguiente ningún comunero o coheredero puede vender

¹⁰ STS 25 de febrero de 1997 (RJ 1328) señala que: “entre la disolución y la adjudicación de bienes concretos media un estado de indivisión o de comunidad de bienes posganancial que en el caso es una comunidad entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto; la situación de indivisión no significa que cada uno de éstos tenga la titularidad del 50% de cada bien ganancial, pues esta comunidad incidental ha de responder de su pasivo y, entre este pasivo, de la deuda concreta que se reclama por el ejecutante”.

bien concreto de la herencia 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 SSTS de 14 de octubre de 1991 (RJ 1991\6921), 23 de septiembre de 1993, 31 de enero de 1994 (RJ 1994\642), 25 de septiembre de 1995 (RJ 1995\6669), 30 diciembre de 1996, 6 de octubre de 1997 (RJ 7356) y 17 de febrero de 2000, (RJ 806) entre otras.

E) Sin embargo es lícito que cualquiera de los herederos enajene su cuota hereditaria, aunque no bienes concretos ni cuotas recayentes sobre bienes determinados de la herencia, sin el consentimiento de los restantes coherederos (SSTS de 4 abril 1905, 26 enero 1906, 30 enero 1909, 18 noviembre 1918, 11 febrero 1952, RJ 283; 11 abril 1953, RJ 1262, 5 octubre de 1963 y 30 de diciembre de 1996, RJ 9124 entre otras).

F) Todos los herederos interesados en la herencia pueden, siempre que obren de consuno, ejecutar, con plena validez y eficacia, actos de disposición o de otra índole sobre los bienes concretos de la herencia desde que sobrevino el fallecimiento de su causante (SSTS 30 de junio y 15 de febrero de 1947, 19 de noviembre de 1956, 7 de junio de 1958, 8 de marzo de 1965 entre otras muchas).

G) La jurisprudencia ha admitido, en ocasiones, la venta por heredero, vigente la comunidad hereditaria, de bienes concretos del acervo común, pero con simple eficacia obligacional, sin vinculación jurídica para los coherederos que no participaron en tal acto jurídico. En este sentido, las SSTS de 5 julio 1958 (RJ 1958\2537), 27 mayo 1984, 26 mayo 1986 (RJ 1986\2822), 31 de enero de 1994 (RJ 1994/642)¹¹, de las

11 En la mentada sentencia se señalaba que “La finca «Los Pinos» forma parte del caudal relicto en virtud de sentencia firme del Tribunal Supremo, pertenece a todos los coherederos, y, por ello, fue nula la partición que atribuía la finca a los hermanos recurrentes. Como bien común derivado de la herencia paterna ha de ser objeto de división en los términos fijados

que se puede obtener la conclusión de que la venta de una cosa común, por quien no cuenta con la voluntad de todos los comuneros, puede entenderse como venta condicional subordinada a que la cosa vendida le sea adjudicada en las operaciones divisorias. En este mismo sentido, la STS de 8 de mayo de 1989 (RJ 3673), que transcribiendo la de 5 de julio de 1958, dispone: “. . . sin que pueda (el heredero testamentario) 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”¹². Por consiguiente, como señala la STS de 27 de mayo de 1982, RJ 2605: “mientras esas adjudicaciones no sean realizadas, y adecuadamente aprobadas en su caso, no puede recono-

por el causante, cuyo resultado es que en las cosas comunes no partidas les corresponden 8/9 a los recurrentes como consecuencia de sumar a los dos tercios de libre disposición y mejora la parte correspondiente a su legítima estricta. Pero tan gran participación, por razonables que sean las esperanzas de que en la división se les adjudique la finca «Los Pinos» a uno o a los dos hermanos, no permite conculcar lo dispuesto en la Ley respecto a las cosas comunes, para cuya enajenación debe concurrir el consentimiento de todos los titulares del dominio . . . Las sentencias que analiza el motivo permiten sostener que los contratos, en cuanto fuente de obligaciones (art. 1089), aun sin valor traslativo suficiente para generar la propiedad pueden vincular a las partes obligacionalmente, y ello es lo que cabe admitir en el caso de autos entre los señores S. J.- C. y los hermanos P. Que esto es así lo revela la misma cautela tomada por éstos al contratar con aquéllos, a los que repetidamente les resaltan la existencia de un proceso y una sentencia y, sobre todo, contraen el compromiso de indemnizarles en caso de no poder cumplir lo pactado como consecuencia del resultado de la división. . . . En el caso de autos, solicitada la nulidad total de la compraventa y la desestimación total de la demanda, cabe dentro de la congruencia estimar la validez del contrato como simplemente generador de obligaciones y declararlo así incluso frente a doña María Rosa (ajena al contrato), pues todos tienen interés en la decisión”.

- 12 La mentada sentencia de 8 de mayo de 1989 sigue señalando 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 relicto, 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)”.

cerse dominio concreto sobre bienes pertenecientes a dicha herencia y comunidad hereditaria, de ello lo único que cabe deducir, de hecho y jurídicamente, es que el coheredero al que se adjudiquen determinados bienes por consecuencia de la partición legalmente realizada no vienen afectados en su dominio sobre los mismos por los actos de compraventa que con relación concreta a ellos haya efectuado otro coheredero, como ha sucedido en el presente caso, pero no que esa compraventa carezca de validez y consiguientes efectos entre el vendedor y el comprador¹³”.

H) Ningún coheredero puede promover el ejercicio de la acción de división sobre una cosa concreta perteneciente al patrimonio hereditario,

13 Así nos manifestábamos en sentencia de 21 de junio de 2002, de la sección 4ª, de la Audiencia Provincial de A Coruña, al señalar que: “Ahora bien, así las cosas nos encontramos ante un concreto acto jurídico que este Tribunal no puede desconocer, cual es que la madre de la actora procedió, mediante contrato privado de 24 de diciembre de 1978, a vender a BPR, entre otros bienes, la finca de litis concretamente el monte N en la proporción de seis quinceavas partes, equivalentes a la totalidad de lo que le pertenece en el mismo según afirma dicho documento (f 79 y 80), señalándose, en la estipulación tercera, que “en consecuencia, desde este acto, la vendedora se desprende del dominio y posesión de la finca objeto de este contrato y los subroga en el adquirente, o sea de las participaciones que pertenecían a la misma y los subrogan en el comprador, obligándose a sanear, por causa de evicción con arreglo a Derecho”. Por consiguiente, si bien la venta de este bien concreto realizado por un coheredero no es válida, en virtud de las consideraciones antes expuestas, no es menos cierto también que tal doctrina sólo es aplicable con respecto al coheredero al que se adjudiquen bienes, por consecuencia de la partición, sobre cuyo dominio no está afectado por los actos de compraventa que haya efectuado otro coheredero (su hermana C, y su sobrino B en cuanto excede de las 6/15 de lo que le vendió Dª A), mas ello no significa que esa compraventa carezca de validez y consiguiente efectos entre el vendedor y el comprador (A y B), según ha señalado el Tribunal Supremo (STS 24 de enero de 1957, 5 de julio de 1958 y 27 de mayo de 1982), pues la mentada doctrina de la nulidad absoluta sólo es aplicable con relación a los coherederos ajenos a la venta del bien hereditario, pero no en cuanto al coheredero que transmitió el bien, y que luego se le adjudica en la partición hereditaria, con las consecuencias del art. 1068 del CC, pues en tal caso carece de las posibilidades de impugnación quedando afectado por la fuerza vinculatoria del contrato suscrito, ya se considere éste como venta de cosa ajena o compraventa condicional, y ello en aplicación también de los arts. 399 y 450 del referido texto legal, así como del principio derivado de la buena fe que impide ir contra actos propios.

sin haberse practicado la partición de la herencia (STS 28 de mayo de 2004, EDJ 2004/ 44623). No pueden ejercitar la actio comuni dividundo sobre un determinado bien del haber relicto del causante, al carecer de un derecho de propiedad –copropiedad– sobre el mismo, dado que únicamente ostentan, como se ha dicho, un derecho abstracto sobre la totalidad del patrimonio hereditario considerado como una universitas iuris. La STS de 25 de mayo de 1992 (EDJ 1992/5242) 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 (EDJ 1997/6599), en el mismo sentido, dice: “todos los herederos tienen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras que no haya partición”. Salvo supuestos como el contemplado en la STS de 27 de diciembre de 1957, que cita como precedente la de 12 de febrero de 1904, y que es a su vez recogida en la STS de 25 de junio de 2008 (RJ 4270) de que se trate de un único bien en la masa hereditaria, en el cual han de ser considerados condueños del mismo todos y cada uno de los herederos, aún antes de la partición.

I) La tesis que asigna a la partición carácter determinativo o especificativo de derechos es mayoritaria en la doctrina más autorizada e informa la jurisprudencia –SSTS de 25 de enero de 1943 (RJ 1943\21), 12 de febrero de 1944 (RJ 1944\233), 6 de mayo de 1958 (RJ 1958\1719), 29 de mayo de 1963 (RJ 1963\3589), 11 de diciembre de 1964 (RJ 1964\5822) y 27 de noviembre de 1972 (RJ 1972\4663), 5 marzo 1991 (RJ 1991/1718) y 3 de febrero de 1999 (RJ 1999/747), 28 de junio de 2001 (EDJ 2001/12642), 28 de mayo de 2004, (EDJ 2004/ 44623)– convirtiendo el derecho hereditario abstracto de los comuneros en titularidades concretas sobre bienes determinados.

J) La atribución del dominio a los herederos por mor del art. 1068 del CC se halla condicionada a que los derechos adjudicados estén verdaderamente contenidos en el caudal relicto y por lo tanto presu- puesta su real pertenencia al as hereditario, pues mal podría operarse el fenómeno sucesorio cuando el bien concreto no forma parte del acervo transmitido (arts. 659 y 661 del C. Civ.), y es por ello que con- solidada doctrina legal señala que, para acreditar su dominio, no le basta al coheredero adjudicatario con basarse en la partición, sino que es precisa la cumplida prueba de la pertenencia al causante del bien adjudicado cuya reivindicación postula –SSTS de 17 mayo 1956 (RJ 1956\1987), 2 febrero y 6 julio 1959 (RJ 1959\1060 y RJ 1959\3043), 31 enero 1963 (RJ 1963\753), 15 febrero 1968 (RJ 1968\1058) y 25 marzo 1975 (RJ 1975\1333), 3 de febrero de 1982 (RJ 1982/374); 3 de junio de 1989 (RJ 1989, 4289) y 5 de marzo de 1991 (RJ 1991/1718) entre otras–.

K) El retracto de coherederos, que es una extensión del de comu- neros, pues responde a la misma finalidad de evitar que entren per- sonas extrañas en la comunidad, en este caso en la hereditaria, exige, en primer término, que se trate de la transmisión de una cuota abstracta de la herencia, y no de bienes concretos o de partes indivisas sobre bienes determinados de la misma. La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1956 (RJ 2477) señala que: “siendo elemento esencial y antecedente indispensable para que la acción de retracto se ejercite, que la herencia se encuentre en estado de proindivisión, perteneciendo los bienes que la integran en común a todos los herederos, al figurar ya realizada la partición, cesa y termina este retracto legal”. Ello es así, dado que la partición tiene como efecto típico la transformación de la cuota hereditaria abstracta en titularidades concretas sobre bienes y

derechos adjudicados, ya lo sean de forma exclusiva o en proindivisión. En el mismo sentido, STS 26 abril de 1997 (RJ 3542). Por consiguiente, eliminada la comunidad hereditaria por medio de la adjudicación de los bienes del haber partible del causante a sus herederos (art. 1068 CC), los actos de disposición efectuados por éstos no están sometidos al ejercicio de la mentada acción de retracto.

L) En otro orden de cosas es reiterada doctrina de la Sala Primera (SSTS de 24 noviembre 1906, 6 junio 1917, 8 junio 1943 [RJ 1943\712], 4 abril 1960 [RJ 1960\1667], 13 noviembre 1969 [RJ 1969\5172], 23 junio 1982 [RJ 1982\3438], 20 octubre 1989 [RJ 1989\6949], 18 abril 1994 [RJ 1994\2798], entre otras) la que viene estableciendo que cuando los bienes hereditarios se poseen de consuno, en común y «pro indiviso», dicha posesión, en concepto de heredero, no es hábil para que aquéllos puedan adquirir los bienes integrantes del indiviso caudal hereditario, por cuanto no prescribe entre coherederos la acción para pedir la partición de la herencia, según establece el artículo 1965 del Código Civil (STS 6 noviembre de 1998, RJ 8166)¹⁴.

LL) No obstante, la imprescriptibilidad de la acción para pedir la división de la herencia no puede invocarse cuando uno de los coherederos ha poseído todos los bienes de la herencia en concepto de dueño y por el tiempo suficiente para ganarla por prescripción, porque la expresada acción descansa necesariamente en la posesión de consuno o proindiviso de los bienes hereditarios (aparte de otras, SSTS de 15 de abril de 1904, 6 de julio de 1917, 4 de abril de 1960 [RJ 1960\1667], 13 de octubre

14 El expresado submotivo ha de ser desestimado, ya que los demandados (hijos matrimoniales de don Antonio F. V.), aquí recurrentes, han venido poseyendo los bienes integrantes de la herencia de su referido padre en concepto de herederos del mismo (aun sin haber obtenido siquiera su preceptiva declaración de herederos abintestato, lo que se realiza a través de este dicha herencia indivisa).

de 1966 [RJ 1966\4583] y 7 de febrero de 1997 [RJ 1997\685], 29 de diciembre de 2000 (RJ 2000/9443).

M) Los coherederos carecen de acción para reclamar a otro coheredero que poseyó un inmueble, que forma parte del caudal relicto del causante, el importe de las rentas que pudieran provenir de su alquiler, pues el art. 1063 del CC se refiere a los frutos y rentas percibidos y no a la que pudieran haberse percibido, sin perjuicio de la acción para privarle de su posesión exclusiva. En este sentido, la STS de 30 de septiembre de 1994 (RJ 7144), en un supuesto de exigencia de frutos cuando fue poseído un determinado inmueble por los demandados consideró: “sin que en forma alguna deba extenderse la devolución de tales frutos y rentas a los podidos percibir, por no hallarse incluidos en el artículo últimamente mencionado y ser principio general de Derecho, el que dice que: Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tenit”, doctrina ratificada por la más reciente sentencia de dicho Alto Tribunal de 4 de junio de 2007 (RJ 3427). Por el contrario, y como no podía ser de otra forma, la STS de 8 de noviembre de 2006 (RJ 7140), en aplicación del precitado art. 1063, declaró procedente el reintegro a la comunidad hereditaria de los fondos de una cuenta corriente de los que dispuso en su exclusivo provecho un coherederos tras el fallecimiento de la cotitular causante.

N) Cualquiera de los comuneros está legitimado para ejercitar acciones en beneficio de la comunidad (STSS 15 de junio de 1982, RJ 3426, 17 febrero y 16 de noviembre de 2000, RJ 806 y 9598, 24 de junio de 2004, RJ 3866). En este sentido, la STS de 13 de febrero de 2003 (RJ 1017) señala que: «...la comunidad de bienes, conformando comunidad hereditaria, la representación de la misma corresponde a los coherederos que no hubieran renunciado a la sucesión y por ello pueden ejercitar las acciones útiles y beneficiosas para la misma (SSTS de 18-

4-1952, 8-5-1953, 8-4-1992 [RJ 1992\3023], 1-7-1995 [RJ 1995\5421] y 11-6-1998 [RJ 1998\4680], entre otras)...».

No nos ha de ofrecer duda el carácter subordinado que presenta la partición con respecto al acto dispositivo, en el sentido de que la partición concretiza, en bienes determinados del haber relicto del causante, las cuotas de la institución. Esta relación de accesoriedad implica, sin perjuicio de las consecuencias que pueden derivarse del principio favor partitionis, que decretada la nulidad del acto dispositivo se produce su correspondiente afectación sobre el acto particional. Ahora bien, ese carácter accesorio y subordinado de la partición, jurídicamente distinto del acto dispositivo, conlleva a que la ineficacia declarada de la partición no genere consecuencias jurídicas de tal naturaleza sobre el acto dispositivo, que seguirá manteniendo su vigor.

III. DERECHO A LA PARTICIÓN

La finalidad de toda partición no es otra que la conversión del derecho hereditario en abstracto en titularidades concretas sobre bienes determinados. 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 de ellos (artículo 1068 del Código Civil).

Es justa la aspiración de los herederos en devenir titulares exclusivos de los bienes del causante y, como consecuencia de ello, que la comunidad hereditaria sea vista por el legislador como una situación interina o provisional, confiriendo el art. 1051 del CC a cada coheredero, el derecho de poner fin a la misma, señalando dicho precepto que

“ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división. Pero aún cuando lo prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad”.

IV. CLASES DE PARTICIÓN

La partición puede ser de distintas clases. En primer término, podemos hablar de una partición total y parcial. La primera es la que abarca todos los bienes y derechos de la herencia, la segunda sólo a alguno de ellos, sin que la misma impida una ulterior partición de los bienes y derechos restantes, perfectamente compatible con la anterior (SSTS 2 de junio de 1967 y 25 de enero de 1971).

No obstante, la clasificación más importante, es la que distingue entre partición judicial (art. 270.4 LDC) y extrajudicial. Está última efectuada sin la intervención de los órganos jurisdiccionales, y cuya naturaleza es la de un negocio jurídico, que puede ser unilateral o plurilateral.

Como manifestación de las particiones extrajudiciales la LDC regula en su art. 270, la realizada:

1º) Polo propio testador, en testamento ou noutro documento anterior ou posterior a el.

2º) Polo contador-partidor, en calquera dos casos admitidos por lei.

3º) Polos herdeiros.

Igualmente, aunque no contemplada en la meritada Disposición General, dentro de la partición extrajudicial, estaría la que es realizada

por árbitros, sometida a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, cuyo art. 10 establece *que “también será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia”*¹⁵.

Una categoría mixta vendría constituida por la partición llevada a efecto por contador partidador dativo, cuyo nombramiento es solicitado por los herederos que representen el 50% del haber hereditario, la cual requiere aprobación judicial salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios (art. 1057.II del CC)¹⁶.

Estas dos últimas modalidades rigen en Galicia por no ser contrarias a los principios del ordenamiento jurídico gallego, ser de aplicación supletoria el derecho civil general del Estado (art. 1.3 LDC), y no considerar que el art. 270 contenga una relación cerrada o “*numerus clausus*”. La partición ante notario de los arts. 295 y ss. es diametralmente distinta de la prevista en el art. 1057 II del CC, como posteriormente destacaremos¹⁷.

No obstante, considera que tiene muy dudoso encaje en el Derecho gallego tal clase de partición DÍAZ MARTÍNEZ, que descartando que

15 La mentada Ley entró en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE, según su disposición final tercera, es decir el 26 de marzo de 2004.

16 Sobre las distintas tesis relativas a la intervención del juez en esta clase de partición puede consultarse el comentario al art. 1057 del CC de CORBAL FERNÁNDEZ, en la obra colectiva coordinada por Sierra Gil: “Comentarios al Código Civil”, Barcelona (2000) págs. 568 y 569.

17 Se muestra partidario de la admisión de la partición por medio de contador partidador dativo al amparo del art. 1057 II del CC, OLMEDO CASTAÑEDA, Fernando: “Derecho de Sucesiones y Régimen Económico Familiar de Galicia. Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, y a la Ley 10/2007, de 28 de junio”, Vol II (2007) págs. 863 y ss.

la figura pueda contemplarse en el apartado 2º del art. 270, en la expresión “contador partidor, en cualquiera de los casos admitidos por la ley”, su función,, aunque no su esquema estructural, ha sido asumido por la nueva partición por la mayoría de los herederos¹⁸.

Por último, señalar que la Ley 2/2006 contempla expresamente la partición de los bienes del difunto realizada por el cónyuge comisario en el art. 200, tanto por actos inter vivos como mortis causa.

V. DISPOSICIONES GENERALES

Las disposiciones generales se contemplan en la Ley dentro de la sección 1ª, concretamente en tres preceptos. El art. 270, al que antes hicimos referencia, relativo a las formas en que se puede realizar la partición de la herencia, y otros dos preceptos más, cuales son el art. 271, concerniente a la partición en la que estuvieran interesados menores o incapacitados, y el art. 272, relativo a la posición jurídica del cesionario de un heredero.

En efecto, el art. 271 señala que: *“Se concoresen á sucesión menores ou incapacitados legalmente representados non será necesaria a intervención nin a aprobación xudicial para os efectos de aceptar ou partir a herdanza”*,

El mentado precepto reproduce la regulación normativa del art. 1060 I del CC, que, no obstante, amplía a la aceptación de la herencia, frente a la regulación del Código, que exige al tutor la autorización judicial para aceptarla sin beneficio de inventario (art. 271.4º CC).

18 DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: “Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio”, Aranzadi (2008), págs. 1178 y 1179.

Ello no quiere decir, sin embargo, que si existen intereses contrapuestos entre los menores o incapacitados y sus representantes legales, no sea preciso la designación de defensor judicial (arts. 163, 299.1 y 1060 II CC).

El defensor es un cargo de designación por parte de los órganos jurisdiccionales circunscrito a un determinado asunto, con las concretas atribuciones que le hayan sido conferidas por el Juez al designarlo. No es, como señala la STS de 10 de marzo de 1994, RJ 1731) “un representante legal del menor para la defensa y administración de su patrimonio, y por ello, cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido”. Su actuación viene presidida por la idea de transitoriedad (STS 12 de junio de 1985, RJ 3109). La RDGRN de 27 de enero de 1987 (RJ 368) señala que ostenta una “representación extraordinaria, ocasional y limitada al asunto concreto”.

Como supuestos estudiados por la jurisprudencia, en los que se apreció dicha colisión de intereses podemos citar casos tales como cuando el padre es heredero y el hijo acreedor de la herencia (STS 12 de octubre de 1895); si se trata de la división de la herencia en la que la madre e hijo son coherederos (STS 21 de enero de 1927 y 25 de enero de 1928); si el padre es heredero y el hijo legitimario (STS 5 de noviembre de 1956); o cuando el padre es heredero y los hijos menores legatarios (STS 6 de noviembre de 1934, RJ 1781).

La STS de 28 de mayo de 1974 (RJ 2107), decretó la nulidad de la pretendida partición de bienes, al faltar el consentimiento de una de las partes, el actor, que entonces tenía siete años y carecía de representante legal suficiente para suplir su incapacidad jurídica frente a los intereses contrarios de su madre. Sin embargo no existe dicho conflicto cuando la

madre renunció a favor de sus hijos, tanto a los gananciales, como a la cuota viudal usufructuaria que pudiera corresponderle en la herencia de su esposo (STS 13 de julio de 1981, RJ 3076), siendo también perfectamente válida la representación cuando el padre renunció a todos los derechos que le correspondían en la sucesión (STS 23 de noviembre de 1910, CJ, T 119, nº 86)¹⁹.

Ahora bien, la LDC guarda silencio sobre si la partición aprobada con la intervención de defensor requiere la ulterior aprobación judicial como exige el art. 1060 II del CC, según el cual “el defensor judicial designado para representar a un menor o incapacitado en una partición judicial, deberá obtener la aprobación del juez, si éste no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento”, precepto que establece, por lo tanto, so pena de ineficacia, la obligación de obtención del ulterior placet del Juez, a no ser que éste hubiera excluido expresamente su necesidad.

Ante tal silencio de la Ley cierto sector doctrinal viene entendiendo que, dentro de la expresión normativa del art. 271 “menores e incapacitados legalmente representados”, puede incluirse a aquellos que, teniendo un conflicto de intereses con sus representantes legales, actúan a través de un defensor judicialmente nombrado en la partición hereditaria, por entender que el espíritu de la Ley 2/2006 parece ser la supre-

19 Para la inscripción de los bienes adjudicados es preciso, como se señala en la RDGRN de 13 de noviembre de 1998 que: “. . . conforme prevén para su inscripción los arts. 9 y 21 de la LH y 51 del RH, que en ella se contenga una identificación completa de los beneficiarios, de modo que cuando uno de los herederos estuviese incapacitado, deberá especificarse debidamente esta circunstancia, así como la identidad del legal representante y, en su caso, del defensor judicial nombrado al efecto (se posibilita así no sólo la comprobación del cumplimiento de lo previsto en el art. 1057.3 del CC, sino también, una efectiva defensa de los derechos del incapacitado ante esa partición realizada por terceros), exigencia que en el caso debatido, en el que del testamento de los causantes resulta que uno de los herederos está incurso en causa de incapacitación, impone bien la desvirtuación de esta circunstancia afirmando la plena capacidad del interesado, bien la expresión de los datos antes referidos”.

sión, en todos los casos de concurrencia de menores o incapacitados, de la exigencia de aprobación judicial de la partición, siempre que quienes han sido legal o judicialmente designados para defender sus intereses hayan tomado parte en la misma²⁰.

No obstante, no comparto tal opinión; pues el art. 271 se refiere de forma exclusiva a los legales representantes, es decir a los padres y tutores, sin que dentro de tal expresión podamos comprender al defensor judicial, cargo circunscrito a un determinado asunto, con las atribuciones específicas que el Juez le hubiera asignado y, por lo tanto, si éste no le dispensó de obtener la ulterior aprobación judicial, la misma sería precisa para la bondad de la partición practicada con su intervención.

El defensor judicial no es, como señala la STS de 10 de marzo de 1994 (RJ 1731) “un representante legal del menor para la defensa y administración de su patrimonio, y por ello, cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido”, por lo que, salvo dispensa expresa, es obligado obtener la ulterior ratificación judicial.

Por ello, entiendo, que sería de aplicación, por mor del art. 1.3 de la LDC, el derecho estatal constituido por el art. 1060 del CC, al no ser el mismo contrario a los principios del ordenamiento jurídico gallego, como exige igualmente la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TSJ de Galicia (SSTSJ de 25 de junio de 2002, RJ 2003, 2982, y 30 de septiembre de 2005, RJ 2006, 1726 entre otras) para aplicar

20 DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: “Comentarios . . .”, op. cit. supra, págs. 1185 y 1186, con cita de MÉNDEZ DE APENELA, en “Derecho de Sucesiones de Galicia”, Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995, Consejo General del Notariado (1996) págs. 302 y 303 y LETE ACHIRICA: “Comentarios al CC y Compilaciones Forales”, Tomo XXXII, vol 2º, págs. 1372 y 1373, en relación con la Ley 4/1995, por su similitud al texto actualmente vigente.

el derecho estatal²¹. No existe incompatibilidad con la regulación normativa del art. 271 requerir la aprobación judicial, máxime cuando en materia de menores o incapacitados rige el principio proteccionista de sus intereses legítimos, recogido expresamente en el art. 6.1º, y buena muestra de ello es que el art. 1060 del CC no exige aprobación judicial cuando el menor o incapacitado esté legalmente representado, pero sí cuando actué bajo la representación del defensor judicial. Sinceramente no creemos que sea contrario a nuestro propio Derecho, que si el Juez, al designar defensor judicial, exija la ulterior aprobación por su parte de la partición, se estén vulnerando los principios en los que se asienta nuestro derecho y que, por consiguiente, una decisión judicial de tal naturaleza sea contraria a nuestra legalidad sucesoria.

El meritado art. 271 norma que no se precisará la autorización o aprobación judicial “*para os efectos de aceptar ou partir a herdanza*”, por lo que, cuando con ocasión de la misma, se realicen auténticos actos dispositivos sería necesaria la autorización judicial (art. 166 del CC), en este sentido la RDGRN de 26 de enero de 1998 (RJ 276).

Ahora bien, el mentado art. 271 LDC entra en colisión con el art. 272 del CC, en cuanto señala que “*no necesitará autorización judicial la partición de herencia ni la división de la cosa común realizada por el tutor, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial*”. No ofrece duda que el tutor es un legal representante del tutelado (art. 267 CC). La posible contradicción entre este precepto y el art. 1060 del CC, era solucionada por la doctrina dando prevalencia al art. 272 CC por su carácter especial, amen de ser posterior en tiempo al art. 1060, en

21 De esta forma se consideró compatible con el derecho gallego la regulación del Código sobre la servidumbre forzosa de paso, o el art. 591 del CC sobre distancia de plantaciones (STSJ 9 de diciembre de 2003, RJ 2004, 6785)

cuanto que fue introducido por la LO 1/1996, mientras que éste último artículo fue redactado, en su párrafo primero, por la Ley de 13 de mayo de 1981 (art. 2.2 CC). Sin embargo, este argumento no es de recibo para la Ley gallega que es posterior al art. 272 CC, y que debe prevalecer en su regulación normativa sobre este último precepto, no existiendo en este caso laguna que cubrir mediante la aplicación del derecho estatal (art. 1.3), de lo que resulta que el tutor no necesitará la aprobación judicial para la eficacia de la partición en la que intervino²².

A diferencia de la Ley gallega, el art. 55 de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de Cataluña, prevé expresamente la situación de que el menor o emancipado esté representado por tutor, en cuyo caso igualmente exige la aprobación judicial.

La doctrina y jurisprudencia comparten el criterio de que el menor emancipado puede intervenir por sí solo en la partición, sin necesidad del concurso de sus padres o curador, toda vez que la partición no se encuentra incluida en los supuestos contemplados en el art. 323 del CC. Así lo proclama, si bien lo sea de forma incidental, la STS de 16 de mayo de 1984.

El art. 272 LDC señala, por su parte, que: “*O cesionario dun herdeiro subrógase no lugar deste na partición da herdanza*”.

²² En este sentido como señala DÍAZ MARTÍNEZ: “Comentarios. . .”, op. cit. supra, pág. 1184, “en el Derecho civil de Galicia no ha de existir control a posteriori de la autoridad judicial –por la vía de la aprobación de lo acordado por los representantes legales– ni siquiera cuando en la partición de la herencia estén interesados menores e incapacitados sometidos a tutela, mientras que siendo el CC, la conclusión a la que mayoritariamente ha llegado la doctrina para salvar la antinomia entra los arts. 1060 y 272 es que no será necesaria la aprobación judicial estando el menor sometido a patria potestad pero sí en el caso de que lo esté a tutela o se trate de un incapacitado también sujeto a este régimen de protección”

Nos hallamos ante el supuesto de la transmisión de los derechos hereditarios que se hace por parte del heredero, en cuyo caso el cesionario, que los adquiere, ocupa su posición en la partición de la herencia.

El Tribunal Supremo, en sentencias, entre otras, de 24 de febrero de 1909 (CJ T 113, nº 104), 1 de julio de 1915 y 27 de noviembre de 1961 (RJ 4125)²³ ha venido admitiendo la legitimación del cesionario para instar la partición judicial de la herencia, señalando ésta última sentencia que:

“... al no consignar el artículo 1052 del Código Civil ni el 1038 de la Ley de enjuiciar entre los que pueden pedir la partición a los cesionarios del derecho hereditario, lejos de implicar que les priva de este derecho, es que la mención es innecesaria, pues que están incluidos en la denominación de herederos, en cuya totalidad de derechos y acciones de alguno –sin exclusión del de solicitar la partición– se han subrogado, así se infiere tanto del artículo 403, como del 1067, que al establecer el retracto de coherederos, el retrayente, se subroga en los derechos –que no son otros que la totalidad que correspondía al heredero que vendió– del comprador”.

No obstante lo cual, la nueva normativa no regula el importante problema jurídico que se suscita sobre si el cesionario ha de responder o no de las deudas del causante, en tanto en cuanto de ser ello así se estaría produciendo una sustitución de la persona del deudor, heredero por cesionario, sin el consentimiento del acreedor, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones en las que se establece una suerte de responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario en cuanto a las cargas y deudas de la herencia y, en este sentido, la Ley 325 de la Compilación de Navarra y art. 1546 del CC italiano.

²³ En el mismo sentido SSTs 29 de diciembre de 1930 y 12 de marzo de 1977, y la RDGRN de 29 de diciembre de 1930.

VI. LA PARTICIÓN POR EL TESTADOR

Como hemos visto la existencia de una pluralidad de herederos llamados a una sucesión determina que nazca entre ellos una comunidad hereditaria, ahora bien, como señala RIVAS MARTÍNEZ, el testador cuenta con distintas posibilidades legales a los efectos de evitar el nacimiento de dicha comunidad, y así podrá: atribuir todo su haber en instituciones “ex re certa”, distribuir todo su haber en legados de bienes específicos y determinados que agoten su caudal, efectuar la distribución total, parte en instituciones de cosas ciertas y parte en legados de bienes determinados, o realizar él mismo la partición de su herencia²⁴.

En definitiva, quien es dueño de su patrimonio, con facultades para disponer mortis causa de sus propios bienes, sin más limitación que las derivadas de la intangibilidad de las legítimas de sus herederos forzosos, no se le puede privar que por acto de su voluntad proceda a realizar la división y adjudicación de bienes concretos y determinados de su haber relicto entre las personas llamadas a su sucesión, y es precisamente en eso en lo que consiste la partición efectuada por el testador a la que se refieren los arts. 1056 del CC y 273 y ss. de la LDC 2/2006²⁵.

Este medio del que dispone el testador para distribuir su herencia entre sus herederos necesarios o voluntarios tiene como antecedente histórico, en el Derecho Romano, el testamentum parentis inter liberos

24 RIVAS MARTÍNEZ: “Derecho de Sucesiones Común y Foral”, T II, Vol 2º (2004), págs. 1344 y 1345.

25 En este sentido, escribía MANRESA (“Comentarios al Código Civil”, T VII, 1955, pág. 713) que “el testador es el dueño de sus bienes, y así como tiene el incuestionable derecho de transmitirlos en globo o indeterminadamente a los que designe como sus sucesores no se le puede negar que realice esa transmisión de una manera determinada, dando o asignando a cada heredero bienes señalados y concretos”.

y la *divisio parentis inter liberos*²⁶. Según la más autorizada doctrina, el primero de ellos ya figuraba reconocido en una Constitución de Constantino (C. Th.; 2, 24, I), siendo acogido por Justiniano (C.; 6, 23, 21, 3), si bien posteriormente le da un nuevo régimen jurídico (Novela, 107, cap. I, 2), según el cual los destinatarios del testamento sólo pueden ser los hijos o ulteriores descendientes, y los otorgantes los padres, no requiere la intervención de testigos, pero ha de ser redactado por escrito, escribiendo el testador, de propia mano, el nombre de los herederos, su cuota (en letra y no en cifra) y la fecha del otorgamiento. La segunda (*divisio parentis inter liberos*) sería un simple acto por el cual el ascendiente, anticipándose a la sucesión, ordena la división de su herencia; práctica que, en el Derecho Justiniano, se lleva a efecto por medio de una escritura, en la que participa el ascendiente, y todos, o la mayoría de los descendientes²⁷. VOICI la define como “la operación de distribución del patrimonio hereditario entre los hijos efectuada por el padre, que sustituye en esta función al *arbiter familiae esciscundae*”²⁸

En Francia, fruto del derecho consuetudinario, operaban el “*partage d’ascendants*” y la “*démision des biens*”, ésta última susceptible de ser practicada por todo causante sin necesidad de ostentar la condición de ascendiente. El Code de 1804 recibe estas instituciones, unificándolas, a través de una figura híbrida, que las desnaturaliza, cual era la *donation-partage*. En definitiva, el Código napoleónico regulaba la partición de los ascendientes bajo dos formas distintas: la *donation-partage* y el *testament-partage*.

26 Un amplio estudio sobre los antecedentes históricos de la partición por el testador puede verse en “DE LOS MOZOS”: “La partición de herencia por el propio testador”, en la Revista de Derecho Notarial” (1960), págs. 103 y ss.

27 COSTA: “Storia del Diritto romano privato”, (1925).

28 VOICI: “Diritto ereditario”, pág. 123.

A los antecedentes históricos de esta forma de partición en nuestro Derecho se refiere la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 6 de enero de 1945, que señala al respecto:

“2º Que el Derecho histórico de Castilla fue reconocida la partición hecha por el testador, con rasgos fundamentalmente análogos a los de Derecho Romano, según lo demuestra claramente la Ley 9ª, título 15 de la sexta Partida, en la que se estableció que << si el padre o el testador partiese él mismo la heredad en su vida entre los herederos a su finamiento, si después que él finasse, venciese alguno dellos en juicio, alguna de sus cosas que le vinieron en su parte, entonces los otros herederos no serían tenudos de fazerle enmienda ninguna >>, pues lo aquí regulado significa, no una verdadera figura jurídica de partición *inter vivos*, sino una forma de partición *mortis causa* hecha en vida y que producía sus efectos en el momento del << finamiento >> del testador.

3º Que, si bien los escritores más autorizados en el Derecho anterior al Código Civil admitían como lícita, por no haber ley que la prohibiera, la *divisio* mediante entrega en vida a los hijos de los bienes que habían de corresponderles, es de observar, de un lado, que dichos autores no exigían formalidades especiales para esa partición, cuyo efecto se ligaba, más que al título contractual, a la *traditio* de los bienes, y de otro, que esa partición se consideraba revocable, salvo disposición expresa en contrario, pues se estimaba que no equivalía a una donación simple, sino a una disposición última, que era revocable hasta la muerte”.

La nueva Ley de Derecho Civil de Galicia 2/2006 se refiere a esta concreta forma de partición en el art. 273, cuando señala que: “*O testador poderá facer a partición da herdanza ou realizar adxudicacións de bens e dereitos determinados, sen prexuízo das lexítimas*”. Su correlativo del CC sería el art. 1056, según el cual: “*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*”.

La partición realizada por el testador determina que no nazca la comunidad hereditaria, en tanto en cuanto los herederos reciben los bienes adjudicados directamente del causante, adquiriendo en estos casos plena virtualidad el art. 1068 del CC, conforme al cual *“la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados”*. En este sentido, la STS de 21 de julio de 1986 (RJ 4575).

La mentada partición en vida del testador no produce efecto traslativo alguno, pues si lo desencadenase, con transmisión inmediata de bienes, en el fondo no sería más que una donación inter vivos.

La posibilidad de mantenimiento indiviso de un lugar acasado o una explotación agrícola, industrial, comercial o fabril se encuentra regulada en el Derecho gallego en los arts. 219 y ss., bajo el epígrafe *“Da mellora de labrar e posuír”*, que es el correlativo legal al párrafo segundo del art. 1056 CC.

Pues bien, procederemos a analizar la regulación que se hace en los arts. 273 y ss. de la Ley 2/2006, abordando las cuestiones que a continuación tratamos:

A) Necesidad de testamento

El primer problema a resolver es si la partición realizada por el testador requiere necesariamente la existencia de un testamento. Dicha cuestión ya se planteó al interpretar el art. 1056 del CC, surgiendo al respecto diversas teorías.

A) Una amplia, radicalmente minoritaria, para la cual es lícito al causante la partición por actos inter vivos de su patrimonio aunque no otorgue testamento, con lo que a la misma se le atribuye no sólo un al-

cance divisorio sino también dispositivo, con el único límite del respeto a la intangibilidad de las legítimas. Esta opinión ha sido mantenida en nuestro Derecho por MARÍN LÁZARO²⁹, que interpretando conjuntamente los arts. 1056 con el 1271 del CC entiende posible la donación partición del derecho francés, como una excepción a la prohibición de los pactos sucesorios.

B) Una segunda posición, admite la posibilidad de partición por parte del causante sin necesidad de un testamento que le sirva de cobertura, de esta manera la partición quedaría sometida a las normas de la sucesión legal o intestada. A esta posibilidad se refería el proyecto de Código Civil de García Goyena, que en el texto del art. 899 hablaba de “difunto” y no de testador, y parece contar con el apoyo de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1903, según la cual la partición del art. 1056 debería realizarse “sobre la base de una sucesión testamentaria o legal, a cuyas reglas fundamentales y llamamientos deberá acomodarse”.

Esta segunda tesis sería para la doctrina perfectamente aceptable. Así se manifiesta CASTÁN³⁰ sino fuera, de iure conditio, que el artº 1056 habla de testador, y ALBALADEJO³¹, que escribe al respecto: “Las mismas razones que hay para permitir esta partición del art. 1056 si hay testamento, existen para permitirla cuando, en defecto de aquél, se aplique la norma legal, siempre y cuando, en ambos casos, se ajuste la división a lo dispuesto en el uno o en la otra. Luego más acertado, a

29 MARÍN LÁZARO: “La partición de herencia por actos inter vivos”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1944), 2º semestre, págs. 215 y ss.

30 CASTÁN TOBEÑAS: op. cit. supra., pág. 336.

31 ALBALADEJO: “Solo el testador puede partir su herencia”, en “*Estudios de Derecho Civil*”, pág. 333.

nuestro entender, hubiese sido haber copiado en el art. 1056 el *difunto* del artº 899 del Proyecto de 1851, y no sustituirlo por el testador, para, de esta forma, haberle dado el verdadero alcance que la naturaleza de las cosas requiere”³². O También PUIG BRUTAU, al señalar, que si bien se deduce que “la partición realizada por el testador exige la existencia de un testamento del que se desprendan los términos a los que ha de ajustarse la partición “quizás igualmente podría sostenerse (como efectivamente se ha sostenido) que un causante (no un testador) puede partir sus bienes entre quienes serán sus herederos intestados ajustándose al orden y cuantía de la sucesión legal”³³.

C) La tercera posición doctrinal y jurisprudencial es la mayoritaria, que considera que la partición sólo puede ser realizada por el testador y no por todo causante, es decir que deberá de estar amparada en un testamento que le sirva de cobertura, en el que se contenga la disposición.

Quizá con la finalidad de aclarar la polémica suscitada por la STS de 13 de junio de 1903, en la Memoria Anual de dicho Alto Tribunal de 1904, se señalaba al respecto: “El testador, o sea, el que testa, al que se refiere el Código, puede hacer la partición, o por última voluntad, en cuyo caso no existe dificultad alguna, o por acto inter vivos, es decir, después de haber testado, por manifestación que no requiere las solemnidades de los testamentos, con o sin la intervención de las personas llamadas al disfrute de los bienes . . .; pero cuando no se realizan en

32 Mantienen también que no sería necesario el testamento siempre que la partición se adecue a las normas de la sucesión abintestato ROCA SASTRE: “Estudios de Derecho Privado”, T II, págs. 379 y 380. En contra de esta posición DE LOS MOZOS: “La partición hecha por el propio testador”, en Revista de Derecho Notarial, 1960, págs. 176 y ss., con la crítica de la posición sostenida por Roca Sastre y De Buen.

33 También PUIG BRUTAU: “Fundamentos de Derecho Civil”, Tomo V, Vol 3º (1991), pág. 381,

estas condiciones, cuando sin la norma y la base de un testamento, y sin los requisitos por la ley exigidos para la expresión de las últimas voluntades hay quien se entretiene en una u otra forma en hacer manifestación sobre la manera como hayan de distribuirse sus bienes, esta manifestación, si bien tenga el carácter formal de partición, no puede producir efecto alguno, ni como testamento ni como contrato. Ni como testamento, por no serlo, porque la ley no admite esta especialísima manera de testar, ni podría obstar consiguientemente a que los herederos llamados por la ley en el caso de un abintestato reclamasen la herencia; ni como contrato, por faltar el concurso de la parte a cuyo favor se pretendiera establecer el derecho. Y si se hacía intervenir a los interesados . . . tendría todos los caracteres de un contrato sobre la herencia futura, que la ley no consiente”.

Esta última es la posición seguida por el legislador gallego, tanto en el precedente normativo constituido por el art. 157.1 de la Ley de 1995, que claramente se refería al testador, al normar que “el testador puede hacer la partija de la herencia en el propio testamento o en otro documento”, como en la actual Ley 2/2006, que igualmente convierte al testador en único sujeto legitimado para realizarla. Así lo hace expresamente, en el epígrafe de la sección 2ª del Capítulo VII, denominado: “Da partición polo testador”, y así resulta igualmente de la dicción normativa de los arts. 273, 274 y 276, que siempre hacen referencia al mismo. Siendo ésta la interpretación doctrinal imperante y podemos incluso decir unánime en el derecho gallego (DÍAZ FUENTES³⁴, LETE

34 DÍAZ FUENTES: “Dereito Civil de Galicia”, en Cuadernos da Área de Ciencias Jurídicas, publicación do Seminario de Estudos Galegos (1997), págs. 314 y 315.

ACHIRICA³⁵, COLINA GAREA³⁶, ALBA PUENTE³⁷, ZILUETA DE HAZ³⁸). Si bien de lege ferenda se podría haber extendido esta facultad a todo causante, sin necesidad de exigirle la condición de testador, para que llevará a efecto la partición conforme a la delación ab intestato, pero lo cierto es que el Legislador gallego optó por la exigencia indeclinable del testamento.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo igualmente exige como requisito imprescindible que la partición inter vivos tenga su referencia en un testamento, siendo manifestación de lo expuesto la STS de 6 de marzo de 1945 (RJ 272)³⁹, que señala, al respecto:

“... Si la partición entre vivos es una propia partición regida por el art. 1056 había de tener su apoyo, según prescribe la jurisprudencia de esta Sala, antes aludida, en un testamento del que sea complemento, de tal modo que habrá que entenderse que el acto de distribución no solemne (partición) recibe su fuerza y convalidación formal del acto de disposición solemne (testamento)”.

Por su parte, la STS de 6 de mayo de 1953 (RJ 1631) indica que la partición “deberá de estar respaldada en un testamento anterior o posterior”. Y la STS de 28 de junio de 1961 (RJ 4748), incide en tal exigencia cuando establece que “no obsta a la validez de la partición el haberse

35 LETE ACHIRICA: “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, obra dirigida por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Tomo XXXII, Vol 2º, pág. 1254.

36 COLINA GAREA: “la partición de la herencia en la Ley de Derecho Civil de Galicia. Especial referencia a los arts. 165 y 166 LDCG”. en Anuario da Facultad de Dereito da Universidades da Coruña, nº 4 (2000), pág. 110.

37 ALBA PUENTE: “Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995”, Colegio Notarial de La Coruña (1996), pág. 230.

38 ZILUETA DE HAZ: Derecho Civil Gallego”, publicación del CGPJ y la Xunta de Galicia (1996), pág 372.

39 En el mismo sentido la STS de 6 de marzo de 1917 y 9 de julio de 1940 (RJ 693).

hecho en documento privado cuando en testamento posterior se refiere a ella el padre”.

El primer requisito, por lo tanto, que resulta de esta clase de partición, es que sea realizada por un testador, si bien no sea preciso que la misma se encuentre recogida, en cuanto a las concretas atribuciones patrimoniales distributivas de su haber relictivo, en el propio testamento, el cual podrá ser anterior, simultáneo o posterior a dicha partición, que puede contenerse en un documento separado. Así claramente consta de lo normado en el art. 270.1º que se refiere a la partición hecha “*polo propio testador, en testamento ou noutro documento anterior ou posterior a el*” y el art. 274, alusivo “*a partición feita polo testador en documento non testamentario*”. La jurisprudencia ha admitido con reiteración que el causante realice primero la partición de sus bienes y posteriormente otorgue testamento (SSTS de 6 de marzo de 1917, 6 de marzo de 1945, RJ 272, 6 de mayo de 1953, RJ 1631 y 28 de junio de 1961 (RJ 2748).

B) Partición en documento separado no testamentario

La partición podrá realizarse en el propio testamento, lo que no ofrece problema alguno, o bien, como hemos adelantado, en otro documento separado. Al hablar la Ley de documento necesariamente se está refiriendo a un cuerpo escrito, no sería pues factible una partición verbal. El art. 157.1 de la Ley de 1995, al normar que “el testador puede hacer la partija de la herencia en el propio testamento o en otro documento”, sin hacer distinción de clase alguna, admitía que dicho documento tanto podía ser público como privado. Así lo vino reconociendo la jurisprudencia, al interpretar el art. 1056 del CC, en las sentencias de

su Sala 1^a de 6 de marzo de 1917, 6 de marzo de 1945 (RJ 272) y 28 de junio de 1961 (RJ 2748) antes citadas.

El actual art. 274 LDC señala que: “*A partição feita polo testador en documento non testamentario deberase axustar ás disposicións do testamento*”, con ello no cabe entender que se exija que la partición del causante se ajuste a las exigencias formales de tales actos jurídicos, en sus distintas modalidades, y que, por lo tanto, sólo se admita la partición en forma notarial o con las exigencias del testamento ológrafo, y descartadas éstas que no quepa una partición en documento privado. La remisión que el art. 274 hace a que la partición se deberá ajustar a las disposiciones del testamento, se refiere no a la forma, sino a los actos de disposición contenidos en el mismo, y buena muestra de ello, lo constituye el segundo inciso de tal precepto, en cuanto señala que: “*Con todo, será válida a partição aínda que o valor do adxudicado a calquera dos partícipes na comunidade hereditaria non corresponda coa cota atribuída no testamento*”, con lo que es claro que la mentada norma regula las consecuencias jurídicas de las discordancias existentes entre testamento y el documento no testamentario particional y no la forma documental de la partición.

El documento particional al que se refiere la Ley, no es otro testamento, pues, en tal caso, no sería necesaria ninguna previsión normativa concreta. El segundo testamento revocaría al anterior incompatible. Es, por ello, que el art. 274 se refiere a la partición hecha por el testador en documento no testamentario, sin perjuicio claro está que la partición se pueda llevar a efecto en el propio testamento, lo que es perfectamente legítimo y válido.

No obstante, el hecho de que el testador realice la partición de sus bienes en un acto inter vivos documentado, no significa que aquélla pierda su naturaleza “mortis causa”, en cuanto sólo producirá sus efectos a partir de la muerte del causante, siendo evidente que, en modo alguno, cabe adquirir “mortis causa” de una persona viva, como así lo venían proclamando las fuentes con la regla romana “viventis non datur hereditatis”. Ahora bien, dicho documento particional no testamentario, sólo podrá contener la partija, y no otras disposiciones mortis causa propias del rigor formal testamentario.

En este sentido, la STS de 23 de febrero de 1999 (RJ 1851) dispone que:

“Pese a su forma, este acto entre vivos hay que incluirlo entre los negocios mortis causa porque ésta destinado a regular las relaciones jurídicas después de la muerte del sujeto del negocio y sobre esta base la división del patrimonio es fundamentalmente un acto mortis causa que tiene clara finalidad sucesoria, como lo confirma el propio artículo al poner en todo caso como límite de eficacia de la partición que no se perjudique la legítima de los herederos forzosos”.

La naturaleza mortis causa de esta forma de partición determina igualmente el carácter revocable de la misma, toda vez que únicamente desencadena sus efectos a partir de la muerte del causante y no en vida del mismo, por lo que éste puede dejarla sin efecto, sustituyéndola por otra.

De esta forma se expresa la doctrina, siendo manifestación de la misma, ROCA SASTRE, en cuanto entiende que la partición inter vivos, antes de fallecer el causante, como sólo surte efectos post mortem, de momento, es un proyecto que el testador puede revocar o modificar, pues, para él y para todos, se trata de una disposición de última vo-

luntad⁴⁰. LLEDÓ YAGÜE afirma, en el mismo sentido, que la partición hecha por el testador es un acto inter vivos que carece de eficacia en vida del mismo y es libremente revocable⁴¹. O DE LOS MOZOS⁴², cuando sostiene que la partición del testador, como todo acto mortis causa, es esencialmente susceptible de revocación.

Como no podía ser de otra forma así lo vino reconociendo la jurisprudencia, siendo expresión de la misma la STS de 6 de marzo de 1945 (RJ 272), cuando establece que la posibilidad que tiene el testador de realizar la partición “no obstaculiza la posible variación de la voluntad del causante durante toda su vida y el otorgamiento consiguiente de otro testamento que deje sin efecto el anterior y la división efectuada”.

Y, en el mismo sentido, podemos concluir esta cita de la doctrina legal del Tribunal Supremo con la más reciente sentencia de su Sala 1ª de 23 de febrero de 1999 (RJ 1851)⁴³, cuando dispone al respecto:

“El hecho de que el reparto del acervo patrimonial del testador se instrumente por un acto «inter vivos» no le confiere cariz contractual, ni le imbuye de una fuerza vinculante frente al «de cuius».

Cualquier tipo de partición es complemento o corolario de una transmisión «mortis causa». Sólo puede producir efectos distributivo-traslativos como resultado del fallecimiento del causante. Ya proclamaron elocuentemente las fuentes que «viventis non datur hereditas». No se puede adquirir «mortis causa» de una persona viva. Es preciso, para ello, esperar a su óbito.

40 ROCA SASTRE: “Estudios de Derecho Privado”, Vol II, pág. 379.

41 LLEDÓ YAGÜE: Derecho de Sucesiones” Vol IV: “La comunidad hereditaria y la partición de la herencia” (1993), pág. 70.

42 DE LOS MOZOS: Op cit supra, pág. 205.

43 En el mismo sentido, las SSTS de 6 de marzo de 1917, 9 de julio de 1940 (RJ 693); 28 de junio de 1961 (RJ 945).

La consecuencia es clara: en cualquier momento puede el que repartió cambiar de decisión, otorgar nuevo testamento, cambiar el destinatario de sus generosidades (en la parte de la herencia de libre disposición) y consecuentemente invalidar la partición que, en situación de pendencia hasta que sobrevenga la defunción del testador, estará siempre amenazada de un cambio de voluntad del titular patrimonial y que sólo se consolidará definitivamente cuando sobrevenga su muerte.

Repetidas sentencias de esta Sala corroboran esta tesis. Como más representativas citaremos las siguientes: SS. de 9 de junio de 1903 y 9 de julio de 1940 (RJ 1940\693): la facultad de realizar la partición por acto «entre vivos» no obstaculiza la posible variación de la voluntad del causante durante su vida y el otorgamiento de otro testamento que deje sin efecto la división realizada; S. 6 de marzo de 1917: Pese a su forma, este acto entre vivos hay que incluirle entre los negocios «mortis causa» porque está destinado a regular las relaciones jurídicas después de la muerte del sujeto del negocio y sobre esta base la división del patrimonio es fundamentalmente un acto «mortis causa», que tiene clara finalidad sucesoria, como lo confirma el propio artículo al poner en todo caso como límite de eficacia de la partición que no se perjudique la legítima de los herederos forzosos”.

Por su parte, los arts. 279 y 280 de la LDC contemplan expresamente la revocación de la partija conjunta realizada por ambos consortes.

Las dudas podían surgir, cuando realizada la partición unilateralmente por el testador, contemple igualmente un acuerdo, que sin llegar a constituir pacto sucesorio, para cuya eficacia en el derecho gallego se exige el otorgamiento de escritura pública, pues “*noutro caso o pacto non producirá ningún efecto*” (art. 211 LDC), hubiera alcanzado con los herederos, que en el ámbito del derecho común tiene cobertura normativa en el artº 1271 del CC. Este concreto problema fue abordado por la STS de 28 de mayo de 1965 (RJ 3086), admitiendo la revocación,

al proclamar que: “La existencia de tal documento –un acuerdo particional– no puede coartar la libertad de la dueña de los bienes para testar en cualquier tiempo, variando o modificando substancialmente las condiciones de dicha partición”.

Con similar criterio ya se había pronunciado con antelación el Tribunal Supremo, en su sentencia de 6 de enero de 1945, en la cual, como antecedentes fácticos, figuraban que: el causante D. José, con conocimiento, acuerdo y aquiescencia de sus cuatro hijos y herederos, suscribió un documento privado de 27 de julio de 1931, igualmente firmado por éstos, en el que con intención de distribuir su patrimonio, señaló las fincas y compensaciones en dinero con las que habían de ser formados los respectivos lotes. Que dicho causante murió bajo testamento, otorgado el 8 de febrero de 1939, en el que instituyó herederos por partes iguales a sus hijos, en la forma acordada entre ellos en el documento privado de 1931. Uno de los hijos Cristóbal instó la nulidad del pacto sucesorio o convenio particional de 28 de julio de 1931 y, en consecuencia, la nulidad del mentado testamento. En la precitada sentencia del Supremo se comparte el criterio de la Audiencia, en el sentido de que el referido documento privado no envolvía ningún pacto sucesorio de los prohibidos, ni tampoco donación de clase alguna y si solo un acto de partición anticipada, en que la concurrencia de los hijos no tiene más trascendencia que la de prestar al mismo su consentimiento moral; razonado sobre ello:

“ . . . pero es lo cierto que, lejos de aparecer demostrado el error que al Tribunal sentenciador se le atribuye, resulta manifiesto que éste ha interpretado con acierto el sentido y alcance jurídico del documento de referencia, toda vez que, en realidad, de su letra misma y de su espíritu se infiere claramente que el objeto de él era hacer don José Atienza, por su libre y exclusiva voluntad, la partición hereditaria de

sus bienes, sin que sus cláusulas resulte que pretendiera dar a la misma carácter irrevocable, ni contenido contractual, ya que no cabe inferir semejante matiz de la obligación que se imponía a los hijos herederos de abonarse en su día, determinadas cantidades, al objeto de lograr la equivalencia de los lotes, lo cual es una mera y normal consecuencia de la partición, ni tampoco de la reserva que a su favor hacía el otorgante del disfrute de sus bienes, durante su vida, la cual, sobre ser innecesaria, era también secuela del carácter fundamentalmente mortis causa de la partición, ni tampoco, por último, de la obligación que, según el documento, contraía aquél de respetar durante su vida los arrendamientos que de sus fincas hubiera concedido a sus hijos, compromiso éste que respondía al mismo designio de no atribuir efectos a la partición en vida del causante, y que aunque se le considere extraño al acto particional, no lo desnaturaliza ni puede convertirlo –siendo completamente ajeno a la cuestión– en un pacto sucesorio”.

C) Posibilidad de la partición parcial

La partición hecha por el testador no es necesario que sea una partición completa de todos sus bienes. La jurisprudencia y doctrina admiten unánimemente la partición parcial. Para estos casos sería de aplicación el art. 1079 del CC, según el cual: *“La omisión de alguno o algunos de los 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”*. Por su parte, el art. 55 del Código de Sucesiones de Cataluña establece que la partición hecha por el testador podrá comprender toda la herencia, o bienes concretos y determinados.

D) Distinción entre partición y disposiciones particulares sobre la forma de practicarse

No cabe confundir, por tratarse de cosas distintas, la partición hecha por el testador y las disposiciones particulares realizadas por éste sobre

la concreta forma en la que desea se lleven a efecto las operaciones particionales de su haber relicto.

En efecto, como escribe, GONZÁLEZ GARCÍA, no puede considerarse partición por el testador, cuando, determinadas en testamento las cuotas, se limita a dar instrucciones precisas para que se realice la partición, o cuando asigna bienes a un heredero a cuenta de su participación en la herencia, pero no en pago de su cuota íntegra⁴⁴.

A las mentadas disposiciones se refiere el art. 275, al establecer que: *“Poderanse ordenar en testamento disposiciones particulares sobre a partición da herdanza que se deberán observar ao facer esta”*.

A ellas igualmente se refería el derogado art. 1046 de la LEC de 1881, cuando indicaba que: *“Si el testador hubiera establecido reglas distintas de las ordenadas en esta ley para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, los herederos voluntarios y los legatarios deberán respetarlas y sujetarse a ellas. Lo mismo deberán hacer los herederos forzosos, siempre que no resulten perjudicados y gravados en sus legítimas”*.

Por su parte, el actual art. 786.1 de la LEC 1/2000, proclama, en el mismo sentido, que el contador practicará las operaciones divisorias con sujeción a las reglas que el testador hubiere establecido para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, *“siempre que no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos”*. Dichos preceptos son manifestación de la voluntad del causante, en cuanto ley suprema de la sucesión, siendo factible la declaración de nulidad de la partición que contradiga dicha voluntad (STS 5 de mayo de 1962, RJ 2192; 27 de

44 GONZÁLEZ GARCÍA: “Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia y sucesiones”, obra colectiva coordinada por FRANCISCO SÁNCHEZ CALERO (2004), pág. 503.

mayo de 1968, RJ 2923; 18 de mayo de 1983, RJ 2846; 2 de diciembre de 1991, RJ 8899 entre otras).

La mentada distinción entre dichas disposiciones particulares y la partición no es cuestión baladí, carente de trascendencia jurídica; pues si nos hallamos ante una partija realizada por el testador produce efectos reales desde la muerte del causante, de manera tal que no nace la comunidad hereditaria, adquiriendo los herederos la propiedad exclusiva de los bienes que le han sido adjudicados a tenor del art. 1068 del CC, mientras que si nos encontramos ante unas simples disposiciones particulares sobre la forma en la que debe llevarse a efecto a la partición ésta únicamente desencadenaría efectos obligacionales a modo de simples instrucciones, si bien con indiscutible carácter vinculante, dada la prevalencia de la voluntad del testador como ley fundamental de la sucesión.

Ahora bien la cuestión, no siempre sencilla, es la de diferenciar cuando nos hallamos ante una partición de la herencia y cuando ante unas disposiciones concretas del testador sobre la forma en que deberá llevarse a efecto la partición de sus bienes, lo que exigirá el análisis particular de cada caso concreto con las circunstancias que lo rodean.

Así la sentencia de la Sala 1ª de 21 de julio de 1986, en un caso en el que se alegaba la violación del art. 1068 del CC, pues el testador había procedido a la adjudicación de los bienes entre sus herederos sin practicar el inventario y la liquidación de sus bienes, por lo que, a juicio del actor, no se trataba de una verdadera partición, y, por lo tanto, no se desencadenaban los efectos propios atributivos de la propiedad ínsitos en la proposición normativa de aquél precepto considerado como violado, el Tribunal Supremo rechazó dicho fundamento casacional, esti-

mando aplicable el art. 1068 CC, “sin perjuicio también de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que pueden ser necesarias para su plena virtualidad, operaciones que en modo alguno significan que la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados a cada heredero no se haya verificado de todos modos desde la muerte del testador”.

No obstante, la STS de 7 de septiembre de 1998 (RJ 6395) afronta la meritada cuestión, exigiendo la concurrencia de las típicas operaciones particionales, en los términos siguientes:

“El artículo 1056 del Código Civil totalmente de acuerdo con la tradición jurídica española, faculta al testador para realizar él mismo la partición hereditaria, otorgándole amplias posibilidades para ello, pero siempre con absoluto respeto a las legítimas. Pero, ahora bien, no toda disposición del testador realizada sobre bienes hereditarios, puede estimarse como una auténtica partición hereditaria. Y para delimitar la cuestión existe una «regla de oro», consistente en que la determinación de una verdadera partición se dará cuando el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones –inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes–, pero cuando, así, no ocurre, surge la figura de las denominadas doctrinalmente normas para la partición, a través de las cuales, el testador se limita a expresar su voluntad para que en el momento de la partición, determinados bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que mencione”⁴⁵.

45 La cuestión debatida y la ratio decidendi de la referida sentencia, expuesta en las propias palabras de la misma era la siguiente: “Pues bien la parte recurrente trata de basar su tesis casacional, en el dato consistente en estimar como una verdadera partición testamentaria, la efectuada por su difunto cónyuge en el testamento por él otorgado. Y ello no es así, desde el instante mismo que es la adjudicación de los bienes que en el testamento se realiza, no ha sido precedida de las operaciones particionales antedichas, por lo que las disposiciones testamentarias, ahora contempladas, no pasan de ser unas normas generales o indicaciones a tener en cuenta en la verdadera y efectiva partición testamentaria. Y así se ha de en-

Es cierto también que dicha sentencia utiliza además otro argumento adicional, no exento de trascendencia, cual es que: “en el testamento en cuestión se hace una designación expresa de un contador partidor, institución, ésta última, que carecería totalmente de sentido, es más que sería un contrasentido, si la testadora hubiera dicho la naturaleza de verdadera partición hereditaria, a las disposiciones distributivas que efectuó en el testamento”.

Ahora bien, lleva razón DOMÍNGUEZ LUELMO, cuando señala que esta última sentencia introduce un elemento perturbador, cuando mantiene que la verdadera partición se dará cuando el testador distribuya sus bienes practicando todas las operaciones particionales típicas, es decir inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes, pues generalmente cuando el testador hace la partición de sus bienes se limita a distribuir los mismos entre sus herederos sin practicar inventario ni liquidación (en concreto ésta última se podrá hacer a partir del momento de la apertura de la sucesión, pero no antes)⁴⁶. Y que el criterio expuesto no es el seguido de forma unánime por el Tribunal Supremo lo demuestra que la constancia de dichas operaciones particionales no las exige la sentencia de dicho Alto Tribunal de 21 de julio de 1986, ni tampoco la de 4 de febrero de 1994 (AC 576/1994), en que la testadora, sin designación de cuotas, se limitó a distribuir la totalidad de sus bienes entre sus hijos.

tender en el presente caso, desde el instante mismo, que en el testamento en cuestión, se hace una designación expresa de un contadorpartidor, institución esta última que carecería totalmente de sentido, es más que sería un contrasentido, si la testadora hubiera dicho la naturaleza de verdadera partición hereditaria, a las disposiciones distributivas que efectuó en el testamento”.

46 DOMÍNGUEZ LUELMO: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1998, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 49, (1999), pág. 192.

En el mismo sentido, se expresa en el derecho gallego LETE ACHIRICA⁴⁷, al interpretar el derogado art. 157.1 de la LDC de 1995, citando al respecto a ROCA SASTRE Y ROCA SASTRE MUNCUNILL⁴⁸, señalando que dicha partición no requiere que se lleven a cabo todas las operaciones particionales, esto es inventario, avalúo, liquidación de la masa partible, fijación de haberes, formación de lotes y adjudicación, lo cual no es por los demás probable que suceda en la práctica.

En cualquier caso, estas disposiciones particulares sobre la forma en que el testador desea que se practique la partición de sus bienes, “*poderanse ordenar en testamento*”, como señala el art. 276.

DE LA CAMARA ÁLVAREZ señala que la partición propiamente dicha es aquella en que el testador procede a adjudicar directamente los bienes a los herederos y en buena lógica implicaría la realización de todas las operaciones (inventario, liquidación y formación de lotes con adjudicación de los mismos), mientras que en las normas para la partición el testador se concreta a expresar su voluntad de que cuando se lleve a cabo la partición ciertos bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que indique⁴⁹.

El art. 273 LDC norma que el testador puede hacer adjudicaciones de bienes y derechos determinados. Tales adjudicaciones pueden realizarse “en pago” del haber de un heredero, con lo que éste queda totalmente pagado en sus derechos con la adjudicación que se le ha efectuado, o

47 LETE ACHIRICA: Op. cit. supra, pág.1256.

48 ROCA SASTRE Y ROCA SASTRE MUNCUNILL (Derecho hipotecario, TV (1997), pág. 668, los cuales tras referirse a dichas operaciones al realizar la definición de la partición sostienen que la partición efectuada por el propio causante no encaja plenamente en dicha definición por no comprender todas esas operaciones sucesorias.

49 DE LA CAMARA ALVAREZ, Manuel: “Compendio de Derecho Sucesorio”, pág. 409.

una adjudicación “para pago”, que no excluye la ulterior partición y que a dicho adjudicatorio le sea atribuida la titularidad de otros bienes del caudal relicto del causante, participando más bien de la naturaleza de una concreta disposición sobre la forma en que quiere se lleve a efecto la distribución de sus bienes, más que de una auténtica partición. En este sentido, señala O CALLAGHAN, que no hay partición cuando el testador se limita a ordenar que un bien concreto se incluya en la cuota de un determinado heredero⁵⁰.

En este sentido, podemos citar la STS de 8 de marzo de 1989 (RJ 2023), según la cual:

“Cuando un testador, diciendo hacer uso de la facultad que le confiere el art. 1056 del CC, se limita en su testamento a adjudicar algunos de sus bienes a sus herederos forzosos, a los que atribuye por partes iguales el remanente de los demás bienes no adjudicados, y reserva la práctica de las operaciones particionales para que la realicen los contadores por él nombrados expresamente, tales adjudicaciones, aunque siempre respetables dentro de los límites legales, no pueden concepcuarse como una partición, a los efectos prevenidos en el citado precepto, como tiene declarado esta Sala –SSTS 9 de marzo de 1961, Rj 945; 25 de enero de 1971, RJ 288 y 15 de febrero de 1988, RJ 1987”

O la sentencia de dicho Alto Tribunal de 9 de marzo de 1961 (RJ 945), que señala:

“Como quiera que la causante adscribe determinados bienes de la herencia a cada uno de sus dos herederos, individualizando algunos de ellos, pero sin llegar a dividir y adjudicar todos los que integran el patrimonio y muchos menos a practicar una verdadera liquidación, división y adjudicación de la totalidad de los bienes; es evidente que, sin perjuicio de respetar la voluntad de la testadora en cuanto a la

50 OCALLAHAM MUÑOZ: “Código Civil Comentado”, La Ley, pág. 1009.

adscripción de los bienes que reparte, no puede estimarse realizada la partición de la herencia por la causante”.

Con respecto a los bienes gananciales, el art. 206 LDC señala que *“cando se dispoña dun ben por enteiro como cousa ganancial deberase facer constar expresamente este carácter e a disposición producirá todos os seus efectos se o ben fose adxudicado á herdanza do testador na liquidación de gananciais. De non ser isto así, entenderase legado o valor que tivese o ben no momento do falecemento do testador”*.

Este precepto plantea el problema de que, si bien la partición de la herencia del causante requiere la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales formada con su cónyuge, si tal disposición vincula a sus herederos, ya sean éstos voluntarios o forzosos, respondiendo afirmativamente a dicho interrogante la mayoría de la doctrina, aún cuando dicha vinculación no sea predicable para el cónyuge supérstite⁵¹. Como señala al respecto BUSTO LAGO los herederos deben pasar por los actos que realizó su causante en vida, salvo que tales actos perjudiquen su legítima, en cambio el cónyuge viudo no tiene ninguna obligación, en su condición de tal, de respetar lo que su difunto consorte estableció en su testamento en relación con los bienes gananciales. De este modo si el cónyuge viudo desea cumplir la voluntad del testador, los herederos no podrán negarse a que el bien legado sea adjudicado a su herencia, en cambio el cónyuge viudo puede solicitar que el bien se incluya en su lote⁵².

51 LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA: “La liquidación de la sociedad de gananciales (Doctrina y Jurisprudencia)”, (1999), pág. 85.

52 BUSTO LAGO: “Sucesión testada y pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de julio”, pág 84, en la Jornada organizada por el Ilustre Colegio de Abogados de A Coruña, sobre “Sucesiones y contrato de vitalicio en la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia”, celebrada en dicha ciudad el 20 de julio de 2006.

E) Sobre la necesidad de que el testamento contenga asignación de cuotas y su divergencia con las adjudicaciones de bienes realizadas

La partición realizada por el testador implica que éste hubiera otorgado testamento, en el que fijará las cuotas de cada uno de sus sucesores y que, en el mismo acto de última voluntad o en documento separado, divida o adjudique su caudal relicto entre aquéllos. No obstante lo cual, la STS de 4 de febrero de 1994 (AC 576/1994) admitió como válida una partición testamentaria en que la causante distribuyó la totalidad de bienes entre sus hijos, sin fijar las cuotas correspondientes a cada uno de ellos:

“Se trata de una efectiva partición llevada a cabo por la mencionada ascendiente, que el art. 1056 del CC autoriza a realizar por medio de testamento, toda vez que no se hace distribución de cuotas hereditarias, sino más bien una disposición definitiva distributiva y directa de la totalidad del caudal patrimonial de sus dos únicos hijos, con precisión del destino de cada uno de los bienes para después de su muerte. Su raíz y fundamento hay que encontrarlo no solo en su voluntad que así se manifiesta, sino también en el deseo que de esta manera expresó la testadora de evitar conflictos y enfrentamientos entre los sucesores designados. La consecuencia de tal estado sucesorio es el mandato que contiene dicho precepto 1056 del CC en cuanto obliga a los herederos a pasar por ella”.

El otro problema que se plantea es el relativo a la relación que debe existir entre testamento y partición y las posibles divergencias entre dichos actos jurídicos. Esta cuestión difícilmente surge cuando la partición se contiene en el mismo testamento, pues en estos casos no se produce propiamente una separación entre lo dispositivo y lo particional, sino más bien un supuesto de interpretación de la voluntad del causante,

que sólo puede ser una, amén de que la intervención del notario podrá obviar dichas posibles contradicciones; pero ello no es así cuando se lleva a efecto en documento no testamentario, en cuyo supuesto pueden surgir discrepancias relevantes entre el acto dispositivo de última voluntad: testamento, y el divisorio: partición inter vivos, lo que nos obliga a considerar en qué grado tal contradicción es legalmente viable y la prevalencia de uno u otro de dichos actos jurídicos, en el caso de que se genere un conflicto irreconciliable entre ambos.

Una las posiciones mantenidas al respecto es la de GÓMEZ MORÁN para el cual, aunque testamento y partición son dos actos distintos, ofrecen idéntico fin y la misma fuerza y categoría⁵³, posición que crítica abiertamente DE LOS MOZOS, pues con ello se lleva a unas consecuencias exageradas la facultad concedida al testador, ya que una cosa es que conjuntamente ambos cumplan una función dispositiva-atributiva, y otra bien diferente que la cumplan de forma indistinta, y en teoría llevando tal concepción a sus últimos extremos supondría una forma de testar no admitida por el Código, ni por el propio artículo 1056.I⁵⁴.

La prevalencia del testamento sobre la partición inter vivos es proclamada en la doctrina clásica por SÁNCHEZ ROMÁN, cuando señala que: “será nula, rescindible o modificable la partición, cuando sea hecha, por actos inter vivos y no se ajuste exactamente a la ley que deba regirla, que es el testamento mismo, pues no habiéndose observado las solemnidades de Derecho en la partición que hizo el testador, sino las de los actos inter vivos, no obstante ser notorio su cambio de voluntad, carece de eficacia legal la manifestación de la misma realizada en el se-

53 GÓMEZ MORÁN: “Testamento partición” en Revista Crítica de Derecho inmobiliario, (1949), pág 605.

54 DE LOS MOZOS: Op cit supra: pág. 183.

gundo acto de partición para revocar la consignada en el primero de institución o disposición testamentaria, otorgada con arreglo a Derecho”, concluyendo que la partición ordenada por el testador “no tiene otra limitación que la de ajustarse al testamento”, pues la que ordena el propio art. 1056 de que no perjudique a la legítima de los herederos forzosos, afecta realmente a la disposición testamentaria y no a la partición”⁵⁵.

En el mismo sentido, se expresa ALBALADEJO, cuando siguiendo a SÁNCHEZ ROMÁN, señala que: “la partición hágala quienquiera, no suple al testamento, ni menos se le antepone, ni puede subsistir, cuando no guarde conformidad con las disposiciones de aquél, ni se ajuste a ellas”⁵⁶.

De la misma forma se expresan VALVERDE, CLEMENTE DE DIEGO⁵⁷ y más recientemente autores como PUIG BRUTAU⁵⁸ o GONZÁLEZ GARCÍA⁵⁹, al dar igualmente prevalencia a la disposición testamentaria sobre la partición inter vivos, lo que también proclaman LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, al opinar que “cuando la discordia entre partición y testamento consista en un apartamiento de su esencia vocativa, como por ejemplo, partir entre distintos herederos que los instituidos como tales en dicho testamento, semejante partición será impugnabile, no por causa de lesión, al amparo del art. 1075, sino anulable al amparo del propio art. 1056”, es decir. “si las diferencias entre par-

55 SÁNCHEZ ROMAN: “Estudios de Derecho Civil” VI-3, págs 1987 y 1988.

56 ALBALADEJO: “Dos aspectos de la partición hecha por el mismo testador”, en Anuario de Derecho Civil, 1948, pág. 973.

57 VALVERDE: “Tratado de Derecho Civil español”, 4ª edición (1939), T V, págs. 565 y ss. y DE DIEGO: “Instituciones de Derecho Civil español” (1959), T III, pág. 446.

58 PUIG BRUTAU: “Fundamentos de Derecho Civil”, Tomo V, Vol 3º (1991), pág. 389.

59 GONZÁLEZ GARCÍA: “Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia y sucesiones”, obra colectiva coordinada por FRANCISCO SÁNCHEZ CALERO (2004), pág. 507.

tición y testamento son esenciales, bien puede entenderse que la partición no está amparada por el testamento, lo cual equivale a que no haya testamento”⁶⁰. Ulteriormente, en una posterior edición de su Derecho de Sucesiones, hablan de inexistencia y no de anulabilidad, indicando que, en tales casos, la partición “podrá ser impugnada como inexistente, al amparo del propio art. 1056 y de la exigencia jurisprudencial de la partición amparada por un testamento anterior o posterior”⁶¹

En definitiva, como escribe GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, sería “absurdo e incongruente que la ley requiera el testamento y que a continuación permita partir por acto inter vivos, no testamentario, y disponer en dicho acto en forma distinta o incluso contradictoria a como se hizo el testamento”⁶²

El problema se reconduce, entonces, a determinar cuándo existe tal discrepancia, cuestión que es abordada por DE LA CÁMARA ÁLVAREZ y VALLET DE GOYTISOLO, en los supuestos de falta de correspondencia entre la cuota de cada heredero fijada en el testamento y el valor de lo adjudicado para cubrirla, adoptando una solución que, como luego veremos, fue la seguida por el Legislador gallego, en el art. 274, que ya contaba con sus antecedentes normativos en el art. 158.1 de la Ley 4/1995.

Así, el primero de los mentados autores, tras señalar que, aunque hay opiniones para todos los gustos, la nuestra es terminante en el sentido

60 LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: “Derecho de Sucesiones. Parte General” (1961), pág 495.

61 LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: “Derecho de Sucesiones” (1993), pág. 147.

62 GONZÁLEZ ENRÍQUEZ: “Naturaleza y eficacia de la partición hecha por el testador por actos inter vivos”, Revista de Derecho Privado (1954), págs. 494 y ss..

de que debe prevalecer siempre la disposición testamentaria, matiza, a continuación, que la cuestión estriba únicamente en puntualizar cuando existe tal discrepancia. Se piensa generalmente en el caso de que el valor de los bienes asignados a uno de los herederos exceda –o sea inferior– ostensiblemente al valor objetivo de su cuota parte en la herencia: pero en este caso no hay en realidad discrepancia, lo que acontece es que el testador ha establecido unas valoraciones siguiendo criterios puramente subjetivos que hay que respetar salvo “que aparezca o racionalmente se presuma haber querido (el testador) lo contrario”. La verdadera discrepancia existe, cuando concurre una manifiesta contradicción entre el testamento y la partición, en particular, si el testamento es posterior a la partición realizada por actos inter vivos. Como sucedería si se legase a un tercero uno de los bienes comprendidos en el lote de uno de los herederos. En este supuesto debe prevalecer, sin duda, el testamento sobre la partición⁶³.

En similares términos VALLET DE GOYTISOLO, al opinar que no es esencial mantener una exacta proporción entre la parte del activo hereditario que reciban en la partición y sus cuotas respectivas. “Es decir, en el campo de la libre disposición del causante no hay razón para imponerle ningún criterio de valoración, aunque sea más objetivo que el suyo . . . No hay obstáculo en que el testador que, incluso pueda dispensar la colación, pueda prefijar las valoraciones a su arbitrio, así como referirlas a otro momento cualquiera, con tal que no lesione los derechos de los legitimarios ante los que encuentra su límite la libre disposición del de cuius”⁶⁴,

63 DE LA CÁMARA ÁLVAREZ: “Comentario del Código Civil”. Ministerio de Justicia, Tomo I (1991), págs. 2475.

64 VALLET DE GOYTISOLO: “Apuntes de Derecho Sucesorio” (1955), págs.196 y 197.

En definitiva, dejando al margen las discrepancias cuantitativas a las que luego haremos referencia y de las que se ocupa expresamente el segundo inciso del art. 274 LDC, admitir la prevalencia de una partición en documento que no sea testamento sobre el acto de disposición mortis causa testamentario supondría atribuir a dicha partición una naturaleza dispositiva que no ostenta, pensemos, por ejemplo, en una vocación divergente entre los instituidos como herederos en el testamento y las personas a las que se adjudica el haber relicto del causante en la partición en documento separado, y llevada a sus últimas consecuencias tal tesis supondría quebrar con el rigor formal testamentario⁶⁵, consagrando una nueva forma de testar, admitiendo, en definitiva, la revocación de un testamento por otro acto jurídico particional posterior, susceptible de ser formalizado incluso en documento privado, violando lo normado en el art. 738 del CC, según el cual “*el testamento no puede ser revocado en todo o en parte sino en las solemnidades necesarias para testar*”. Amen de que, en estos casos, la partición no tendría apoyo, sino todo lo contrario, en un testamento que le sirviese de causa, pues no olvidemos que esta facultad de partir no le corresponde a todo causante sino al testador, como antes hemos razonado.

En la Ley 338 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra se establece al respecto: “*Si la partición se hiciera en el mismo acto de*

65 En efecto, a diferencia de lo que sucede con los actos jurídicos “inter vivos” en los que rige con carácter general el principio espiritualista y, por consiguiente, el de libertad de forma, que en congruencia con nuestro derecho histórico (Ordenamiento de Alcalá) recoge el art 1278 del CC, en el ámbito de las disposiciones mortis causa, rige, por el contrario, el principio formalista, considerando a los mismos como negocios jurídicos solemnes, de manera que únicamente desencadenarán sus efectos jurídicos cuando reúnan los requisitos exigidos, de modo inexcusable, por el legislador. Gráficamente se expresa, al respecto, OS-SORIO MORALES cuando señala que entre el principio de seguridad jurídica –que se quiere salvaguardar mediante el estricto sometimiento a la forma– y el respeto a la voluntad del testador, ésta queda supeditada a aquella.

disposición y resultare alguna contradicción entre las cláusulas dispositivas y las particionales, prevalecerán éstas sobre aquéllas en la medida de la contradicción. Si se hiciere en acto separado, las cláusulas particionales no podrán modificar las contenidas en el acto dispositivo, a menos que éste fuera revocable y pudiera ser revocado mediante la forma adoptada para el acto de partición”.

En el mismo sentido se expresa el art. 55 del Código de Sucesiones por Causa de Muerte de Cataluña, cuando norma que: *“Si la partición la hace el testador en el acto mismo de disposición hereditaria, las cláusulas de partición prevalecerán sobre las dispositivas en caso de contradicción. Si la hace en acto separado, prevalecerán las cláusulas dispositivas salvo que sean revocables y puedan ser efectivamente revocadas por el acto de partición.*

El Legislador gallego ha declarado también la subordinación de la partición en documento no testamentario al propio testamento, como resulta de lo normado en el actual art. 274 LDC, que señala que: *“A partición feita polo testador en documento non testamentario deberase axustar ás disposicións do testamento”*⁶⁶, derogando, en definitiva, la Ley 2/2006, el art. 157.3 de la Ley 4/1995, que abordaba dicha discrepancia, en el supuesto de la partición conjunta realizada por ambos cónyuges, en los términos siguientes: *“Cuando la hiciesen en documento no testamentario y existiese alguna contradicción con el testamento abierto, prevalecerá la partición realizada en aquél, siempre que se otorgase en documento público de fecha posterior al testamento”*,

⁶⁶ El art. 55 del Código de Sucesiones de Cataluña, al norma al respecto: *“Si la partición la hace el testador en el acto mismo de disposición hereditaria, las cláusulas de partición prevalecerán sobre las dispositivas en caso de contradicción. Si la hace en acto separado prevalecerán las cláusulas dispositivas, salvo que sean revocables y puedan ser efectivamente revocadas por el acto de partición”.*

precepto además que había planteado la polémica de si su ámbito se circunscribía sólo al testamento abierto, forma de testar introducida en el informe de la ponencia de 20 de febrero de 1995, en contra de sus precedentes constituidos por el “Trabajo sobre la Compilación de Derecho Civil gallego”, de la Proposición de Ley de 21 de abril de 1993 y de la Proposición de Ley de 22 de junio de 1994, que simplemente hacían alusión al término “testamento”, y que llevó incluso a ciertos intérpretes a entender que la alusión a dicha modalidad testamentaria se trataba de un simple lapsus derivado de que el testamento abierto es el más frecuente (ALBA PUENTE)⁶⁷. O a considerar que la misma no es lógica, sino absurda, buscando la solución para el caso de los testamentos ológrafo y cerrado en el art. 1075 del CC (GUTIÉRREZ ALLER)⁶⁸.

En cualquier caso, el juego normativo del mentado art. 157.3 era limitado, al hallarse condicionado a la concurrencia de los requisitos siguientes: A) Que se tratase de la partija conjunta realizada por ambos cónyuges; B) Que éstos hubieran otorgado testamento abierto; C) Que hubiesen practicado la partición de bienes en documento no testamentario, D) Que el otorgamiento de éste fuera de fecha posterior al testamento, y E) Que se hubiera llevado a efecto en escritura pública, sin duda bajo la consideración de que el otorgamiento de ésta supondría una mayor reflexión y madurez en su decisión por parte de los causantes y que no ofrecería duda la constancia de su voluntad real exteriorizada ante notario, máxime para poder prevalecer sobre un testamento abierto

67 ALBA PUENTE: Op. cit. supra, pág. 240.

68 GUTIÉRREZ ALLER: “Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Ley 4/1995 do 24 de maio), monográfico del Parlamento de Galicia y Asociación Revista jurídica Galega, pág. 416.

cuyo otorgamiento igualmente requería la intervención de fedatario público, amen de las mayores dificultades que se generarían, de este modo, a los efectos de la captación de la voluntad de los causantes⁶⁹.

Dicho art. 157.3 de la derogada Ley de 1995 había sido criticado por ALBA PUENTE⁷⁰, dado que, al construirse bajo la expresión normativa “alguna contradicción”, destacaba, con razón, que si las contradicciones en el valor están ya referidas en el art. 158.1 (actual art. 274), la “contradicción” a que debe referirse el artículo, sólo puede ser la relativa a los llamamientos de personas o a bienes y sería sumamente peligroso admitir que, por vía particional, se pudiera alterar un llamamiento testamentario anterior, lo que nos pondría a las puertas de una nueva forma de testar.

Por su parte, GUTIÉRREZ ALLER, en la interpretación del art. 158.3, señalaba al respecto que “en canto á contradicción, o precepto fala dalgunha contradicción, co cal parece dar a entender que se as contradiccións son moitas o son todas, prevalecerá o testamento. En realidade, o problema non se pode resolver dunha forma u outra segundo o número de contradiccións, senón partindo dun principio xeral: a partilla prevalece sobre os testamentos, agás que resulte evidente que foi outra a

69 Tales maniobras de captación de voluntad son definidas por nuestra jurisprudencia de la forma en que lo hace la sentencia de nuestro más Alto Tribunal de 9 de mayo de 1975 (R 2016), en la que, con cita de otras resoluciones, se sostiene: “. . .la manifestación que contiene la sentencia recurrida de que el testamento de 5 de junio de 1971, tuvo su origen en maniobras de captación de la voluntad del testador, o sea como dicen las sentencias de esta Sala de 25 de octubre de 1928 y 1 de junio de 1962 (R 2618), en el empleo de astucia, maquinación o artificio, dirigidos por el instituido a desviar la libre determinación de sus decisiones y conseguir se excluyera de su herencia en todo o en parte a personas que, de otra manera serían llamados a la sucesión; constituye una afirmación de hecho de la libre apreciación de la Sala de instancia . . .”.

70 ALBA PUENTE: Op. cit. supra, pág. 239.

vontade dos testadores. Por outra parte, hay que advertir que unha cousa é a contradicción, que pode ser cuantitativa ou cualitativa, –adxudícase na partilla unha cota de máis o menos valor cá desposta no testamento, ou unha leira legada a outro–. E outra é un defecto substancial que afecte á mesma validez da partilla, por exemplo, instituídos tres fillos como herdeiros, todo o patrimonio se adxudica só dous fillos en dúas cotas respectivas”⁷¹.

Desde luego lo que no ofrece duda es que la partición realizada en documento no testamentario no pierde su eficacia, cuando el valor de los bienes adjudicados a los herederos no coincida de forma matemática con las cuotas que le han sido atribuidas en el testamento, pues la mentada divergencia cuantitativa, a la que antes ya hemos hecho referencia, es contemplada expresamente para el derecho común en el art. 1075 del CC⁷², cuando norma que *“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”*, y expresamente lo hace para el derecho gallego, el segundo inciso del art. 274 de la Ley 2/2006, cuando establece: *“Con todo, será válida a partición aínda que o valor do adxudicado a calquera dos partícipes na comunidade hereditaria non corresponda coa cota atribuída no testamento”*. Ahora

71 GUTIÉRREZ ALLER: Op. cit. supra., págs. 416 y 417.

72 Manifestación de tal doctrina son las sentencias de 17 de mayo de 1910, 11 de marzo de 1922, 8 de mayo de 1926, 3 de diciembre de 1931, 7 de enero de 1942, 6 de marzo de 1945 o 21 de julio de 1986, que señala: “. . . el art. 1056 del CC admite como una de las posibles formas de hacer la partición, la que de sus propios bienes realice el testador y a la que se atribuye fuerza vinculante . . . ello, claro es, sin perjuicio de las acciones de impugnación que el art. 1075 en relación con el 1056, concede a los herederos forzosos en la hipótesis de que perjudique las legítimas o de que aparezca o racionalmente se presuma ser otra la voluntad del testador”.

bien, sin perjuicio, claro está, del derecho de los herederos forzosos a la defensa de sus legítimas, como veremos a continuación.

Señalar por último, que la prevalencia del testamento sobre la partición en documento no testamentario, o dicho de otra forma la subordinación de ésta a aquél, no implica ineludiblemente, en contra del principio de conservación de la partición, que la solución, para garantizar dicha jerarquía legal, se construya, en cualquier caso, sobre la base de la nulidad particional, privando a la división y adjudicación de bienes practicada por el testador de toda clase de eficacia, sino que la resolución a tomar deberá perfilarse en atención a las circunstancias de cada supuesto litigioso, manteniendo, en cuanto sea posible, la partición, con las modificaciones a que hubiera lugar para adecuarla a la disposición testamentaria, salvo que nos hallemos ante un grado tal de discrepancia o incompatibilidad entre ambos actos jurídicos, que no exista más remedio que imponer la declaración de nulidad, y es, en éstos términos, bajo los cuales se debe interpretar el art. 274, en cuanto exige que: “*a partición feita polo testador en documento no testamentario deberase axustar ás disposición do testamento*”.

En este sentido se expresa DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, cuando escribe que entonces el problema a dilucidar en función de las circunstancias del caso es en que medida, la que consideremos verdaderamente discrepancia, repercute sobre la partición, en el sentido de si la convierte en ineficaz totalmente o si debe subsistir aunque adaptada a la modificación que comparta la disposición testamentaria contradictoria. Entendemos que de acuerdo con el principio de conservación de las particiones debe prevalecer ésta última solución a salvo siempre de las legítimas⁷³.

73 DE LA CÁMARA ÁLVAREZ: “Comentario del Código Civil”. Op. cit. supra, págs. 2475 y 2476.

En efecto, en esta materia, una jurisprudencia iniciada a partir de las sentencias de 25 marzo 1914 y 7 enero 1932 (RJ 853), con apoyo en los arts. 1056, 1057 1079 y 1080 del CC, muy restrictivos en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidez de las particiones, declaró la necesidad de respetar, en la medida de lo posible, las operaciones particionales practicadas, limitando la invalidez de las mismas a los casos en los que no existiera otro remedio para restablecer el orden jurídico conculcado, doctrina que fue ulteriormente ratificada en las sentencias también de dicho Alto Tribunal de 17 de abril 1943 (RJ 418), 9 marzo 1951 (RJ 1611), 17 marzo y 5 noviembre 1955 (RJ 1688 y RJ 3100), 30 abril 1958 (RJ 1693), 25 febrero 1969 (RJ 999); 15 de junio de 1982 RJ 3428; 18 de enero de 1985, RJ 182; 31 de octubre de 1996, RJ 7731 o 13 de marzo de 2003⁷⁴ entre las más recientes).

Ahora bien, también se ha señalado que dicho principio sólo es aplicable «en cuanto ello sea posible» (SSTS de 30 abril 1958, RJ 1698; 13 octubre 1960, RJ 3085; 25 febrero 1969, RJ 999, entre otras), y obviamente no lo es “cuando no hay más remedio” que anular o rescindir. Y tal ocurre cuando por los partidores se margina la voluntad del testador, o se incide en defectos enormes o sustanciales con grave lesión económica para un heredero» (SSTS. 5 noviembre 1955, RJ 3100; 29 marzo 1958, RJ 1461; 31 mayo 1980, RJ 2724; 30 marzo 1993, RJ 2541; 31 octubre 1996, RJ 7731), o como dice la más reciente sentencia de 22 de octubre de 2002 (RJ 8970) cuando “se han infringido las disposiciones testamentarias, que constituyen, si respetan las normas legales imperativas, la ley suprema de la sucesión, o cuando los agravios patrimoniales son tan sustanciales y enormes que de otro modo, salvo la invalidez de la partición, no se pueden enmendar”.

74 En Actualidad Civil, nº 35 de 2003, sentencia nº 492.

F) Límite de la intangibilidad cuantitativa de las legítimas

En cualquier caso, el todo poderoso testador, a la hora de realizar la partición de sus bienes, se encuentra con el límite cuantitativo de las legítimas que deberá respetar, como resulta de lo dispuesto en el art. 273, que señala que la partición podrá ser realizada por el testador “sin perjuicio de las legítimas”. Limitación a la que igualmente han de responder las disposiciones particulares realizadas por el mismo sobre la forma en que haya de practicarse su partición (art. 786.1 LEC), sin perjuicio de que, con dicho límite, se respeten las concretas adjudicaciones de bienes realizadas.

Esta sujeción del testador al respeto de las legítimas de sus herederos forzosos viene proclamada entre otras en la STS de 20 de noviembre de 1990 (EDJ 1990/10535), cuando proclama:

“ . . . tanto el artículo 1.056 como el artículo 1.075 y el artículo 1.057 parten del principio de intangibilidad de las legítimas, incluso contra la voluntad del testador que para, en su caso, tiene a su disposición el instrumento de la desheredación (artículos 848 a 857 del Código Civil), que aquí como es obvio, no ha lugar a considerar; pero es que el testador, no pudiendo conocer el aprecio real de sus bienes y derechos a la hora de su deceso y los que existan en tal momento (artículo 657 del Código Civil), no puede a pesar de las disposiciones de los preceptos que se dicen conculcados, soslayar la referida intangibilidad de las legítimas (artículo 806 del mismo Cuerpo legal), que no puede eludirse por vía de la partición realizada por el “de cuits” y menos aun por el albacea como mandatario “post mortem” y ejecutor de su voluntad y tanto es así que no sólo sirve de parámetro delimitador de la eficacia de esas dos clases o formas de realizar las particiones el respeto a la cuota legitimaria sino también la de la propia voluntad del testador cuando pueda deducirse auténticamente en la interpretación conjunta, sistemática y teleológica del testamento, como en este caso (cláusulas

3.^a y 4.^a) en que se manifiesta esa voluntad reiterativa de conceder a D^a Mercedes una tercera parte del tercio de la herencia por vía de legítima; la mitad de otro tercio con carácter de mejora y otro tercio total como de libre disposición; a D^a Carmen el tercio de legítima y la mitad del tercio de mejora y a D. Eugenio solamente el tercio de la legítima estricta, tanto en los bienes que en el momento de otorgar su disposición de última voluntad y partición como en los demás bienes que pudieran existir a su función, con lo que quiere decirse que, sobre todo da una prevalencia a la asignación “ad valorem”, es decir a las cuotas-partes del caudal relicto sobre las de las adjudicaciones de bienes específicos al no poder coincidir las adjudicaciones por él verificadas de bienes concretos con los resultados de los valores reales de las mismas, por lo que sí bien han de respetarse éstas en lo posible, habrá que hacer las deducciones en más o menos –correcciones en el valor real de los bienes adjudicados– para de esta forma cumplir la voluntad particional del testador sin perjudicar ni las legítimas, ni tampoco las cuotas de valor, instrumentadas en cada uno de los tres tercios percibiendo las diferencias en metálico los demás herederos”.

Por consiguiente, no sería factible que el testador en su partición lesionase los derechos de los herederos forzosos a su legítima. Ahora bien, si así lo hace, la solución propiciada por el Código Civil sería ejercitar la acción de rescisión por lesión en los términos del art. 1075 del CC, que permitiría que el perjuicio se subsane mediante compensación en metálico (art. 1077 del CC). No obstante, dado el carácter terminante que al respecto se deduce del art 247 de la LDC, que reza que: “*Se os bens atribuídos polo causante a un lexitimario non fosen abondos para satisfacer a súa lexítima, este só terá dereito ao seu complemento, que se satisfará de acordo coas regras do artigo anterior*”, hay que concluir que, en el derecho gallego, no sería la rescisión por lesión el mecanismo al que habrá que acudir en tales casos, sino a la acción de complemento, dado el adverbio “solamente”, que figura en la dicción norma-

tiva del referido precepto, sin que exista por lo tanto laguna alguna que cubrir mediante la aplicación del derecho privado estatal.

Por último señalar que, por lo general, las disposiciones inter vivos o mortis causa, que perjudiquen cuantitativa o cualitativamente las legítimas, no son nulas sino que han de ser objeto de reducción (STS 28 de febrero de 1966, RJ 2608).

G) Libertad del testador para realizar la partición de sus bienes

El testador no está obligado en su partición a someterse a las reglas de la igualdad cualitativa de lotes, que establece el art. 1061 del CC, y así lo estableció la STS de 7 de enero de 1991 (RJ 110). Amen de que ya la jurisprudencia viene declarando que dicha norma tiene el carácter de «recomendación subordinada a la posibilidad de cumplirla» (STS 23-6-1998 [RJ 1998\4745]), siendo su carácter más bien «facultativo y orientativo que de imperativa observancia» (SSTS 7-1-1991 [RJ 1991\110] y 15-3-1995 [RJ 1995\2654] además de las que estas mismas citan). Ni tampoco se halla sometido a las exigencias normativas del art. 1062 del CC (STS 28 de junio de 1961, RJ 2748).

Es obvio que las facultades atribuidas al testador para llevar a efecto la partición de sus bienes son incompatibles con la aprobación judicial de la misma, pues aquéllas únicamente están sujetas a la limitación legal derivada del respeto a las legítimas (art 273 LDC).

H) Alteraciones subjetivas y objetiva de las bases del acto particional: herederos no contemplados, bienes objeto de adquisición o disposición ulterior por el testador

Otro problema que se puede originar, como consecuencia de la partición hecha por el testador, es el de la modificación de los elementos

personales y reales derivados de ulteriores actos jurídicos realizados por el mismo o por mor de hechos con tal trascendencia como es el fallecimiento de un heredero o la destrucción de uno de los bienes adjudicados. Trataremos dichas cuestiones, comenzando por las alteraciones subjetivas, distinguiendo en su tratamiento los casos de preterición de un heredero o institución de un heredero voluntario no contemplado en las operaciones particionales.

En el primer supuesto, la existencia de un heredero forzoso no contemplado en la partición, ni en el testamento, determinaría que nos hallásemos ante un caso de preterición (arts. 258 y ss LDC). La STS de 15 de octubre de 1957 (RJ 3007) señala que la preterición testamentaria, cuando conlleve la nulidad de la institución de heredero, significará la nulidad de las operaciones particionales practicadas con la omisión de dicho heredero.

Distinto sería el caso de la omisión de un heredero voluntario, como sucedería en el supuesto de un testamento ulterior al documento particional, en el que se hubiera designado como heredero voluntario a una persona no tenida en cuenta en la partición precedente. En búsqueda de un tratamiento jurídico de tal cuestión, determinado sector de la doctrina considera que la solución para estos casos podría radicar, en aras a garantizar el principio de conservación de la partición, en acudir a la solución normativa del art. 1080 del CC⁷⁵, según el cual: *“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 intere-*

75 Esta solución es la que consideran aplicable a estos supuestos por parte de ALBA PUENTE: “Derecho de Sucesiones de Galicia” publicación de los Colegios Notariales de España, pág. 234 (1996) y LETE ACHIRICA: Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, Tomo XXXII, Vol II, pág. 1260, EDERSA (1997).

sados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda”.

Ahora bien, dicha solución doctrinal se construye sobre la base de una aplicación analógica del artº 1080, que se refiere a la partición realizada por los interesados, fijando sus efectos jurídicos según concurriese o no de dolo o mala fe entre los que partieron; mientras que el supuesto de la omisión de un heredero en la partición hecha por el testador es imputable a una consciente voluntad del causante, que no rectifica o modifica su precedente partición pese a instituirlo ulteriormente como tal.

Por otra parte, no sería de aplicación el art. 1077 CC, pues el mismo se funda en una partición con lesión, lo cual no supone omisión de heredero, sino adjudicación insuficiente para cubrir su cuota. Cuando el Tribunal Supremo interpreta el art. 1080 tiene en consideración como elemento determinante el respeto a la cuota asignada al preterido, declarando la nulidad o permanencia del acto en función de que se hayan respetado sus derechos hereditarios (STS 10 de junio de 1958, RJ 2143 y 29 de marzo de 1968, RJ 3408).

Por lo tanto, en estos casos, es legítimo entender que el testamento ulterior revocó la partición precedente, o que ésta es ineficaz, solución que se adopta por el Legislador gallego, en el art. 281, para el supuesto de alteración sustancial por enajenaciones voluntarias o forzosas, y sin que nos encontremos ante el juego normativo del art. 274, que contempla la discordancia entre la cuota hereditaria y los bienes adjudicados, dado que, en el caso que comentamos, no se trata de una divergencia cuantitativa, sino que un heredero voluntario, instituido por el testador, que no aparece, con la correlativa adjudicación de bienes, en la partición por el mismo efectuada. Por otra parte, como hemos visto, la partición

requiere siempre un testamento que le dé cobertura y realmente careceríamos del mismo al menos en cuanto al mentado heredero (art. 274).

Tema distinto sería el caso de fallecimiento de uno de los herederos. Si en el testamento se previó una sustitución vulgar no habría problemas. Fuera de tal caso, se podría pensar en aplicar la solución normativa del art. 1081 del CC, conforme al cual “*la partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo será nula*”. Pero parece más convincente la solución que al respecto da VALLET de GOYTISOLO, cuando abordando tal cuestión escribe: “. . . este precepto se basa en el hecho de que en el acuerdo conjunto de voluntades, que presupone toda partición hecha entre los herederos, intervino una voluntad que no debía participar ni influir en aquella convención . . .”, estimando aplicable el art. 1079 del CC, pues son defectos equivalentes a que el causante omita por olvido en la partición alguno de sus bienes o que los asigne a quien no llegó a ser heredero suyo, de manera que se mantendría la partición anterior y simplemente habría que realizar una partición adicional de la porción vacante⁷⁶.

La modificación objetiva puede provenir de la realización por parte del testador de actos de enajenación voluntaria de los bienes adjudicados en la partición, o bien por enajenación forzosa de los mismos. Estas situaciones son contempladas en el art. 281, que adopta la solución de la ineficacia, en el caso de alteraciones sustanciales, es decir de trascendencia, que quiebren el equilibrio patrimonial base de la partición, el mentado precepto literalmente señala: “*A Partilla poderá ser declarada ineficaz cando a composición patrimonial base dela se alterase de forma substancial por alleamentos voluntarios ou forzosos*”.

76 VALLET de GOYTISOLO: “Panorama de Derecho de Sucesiones”, T II, pág 887 (1982).

Si por el testador se hubieran adquirido con posterioridad nuevos bienes sería de aplicación el art. 1079 del CC⁷⁷, es decir la partición

77 No deben ser confundidas la acción rescisoria (arts. 1073 y ss. del CC) y la de adición del art. 1079 de dicho texto legal, que nace en el caso de omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia, pues, como explica la SAP de Toledo de 31 de julio de 2002 (AC 1975): “una cosa es la rescisión de la partición por lesión, supuesto que implica que la lesión procede de una valoración equivocada de todos o alguno de los bienes hereditarios determinante de un perjuicio concreto para determinados herederos, perjuicio que, además, debe superar la cuarta parte del valor de las cosas cuando fueron adjudicadas, mientras que en el caso de omisión no se trata de que los objetos incluidos en el inventario de la partición hayan sido o no erróneamente valorados, sino que el inventario no es completo, y el perjudicado no es un heredero sino todos ellos . . . siendo posible la adición del dinero no incluido sin invalidar las particiones practicadas ».

En efecto, la acción de adición del art. 1079 del CC no procede en los casos en los que los bienes de la herencia hayan sido infravalorados en cuyo supuesto la acción a ejercitar sería la rescisoria de los arts. 1073 y ss. del CC, y siempre que se hubiera producido la lesión de la cuarta parte a la que se refiere el art. 1074; pues una cosa es que un determinado bien incluido en la partición sea valorado en cuantía inferior a la real, y otra bien distinta que no se incluya en la partición, siendo, por otra parte, la acción de adición imprescriptible, a tenor del art. 1965 CC, mientras que la rescisoria sometida al plazo de cuatro años que señala el art. 1076, y sin que la expresión «objetos y valores» del art. 1079, se refiera a errores de valoración, sino que, con tal expresión normativa, se pretende extender el ámbito de aplicación de la acción de adición a los supuestos en los que lo omitido no sólo sean cosas materiales, sino también metálico, créditos, valores, etc.

El criterio expuesto es el seguido por la STS 16 de mayo de 1997 (RJ 3850), que frente al argumento esgrimido en el recurso de casación, que señalaba que de “las dos interpretaciones doctrinales existentes en punto al art. 1079, esto es, la interpretación literalista que es la secundada por el Juzgado y por la Sala, en el sentido de que en la sanción del citado artículo habrá de entenderse que en el término «valores» se incluyen el metálico, créditos y títulos valores, esto es, el contrapunto a la otra realidad cuando se habla de la omisión de algunos objetos (por lo que no es aplicable este principio al caso del litigio según los arts. 1074 y 1076 CC); mientras que frente a ello debe prevalecer la llamada interpretación sistemática, lógica y conforme a la voluntad del legislador, en el sentido de que el art. 1079 abarca con dicha expresión, a infravaloraciones y a la omisión de valoraciones; es decir, en ambos casos no es que se han omitido los bienes en la operación, sino que los mismos, se han valorado erróneamente o no se han valorado en su justo..., y en consecuencia, siendo ésta la tesis que debe prevalecer, es errónea la doctrina sentada por la Sala Sentenciadora”, no obstante lo cual la sentencia de casación no acepta dicho razonamiento y, rechazando el recurso, proclama que: “la sanción contenida en ese art. 1079 debe conducir a su interpretación literalista, en el sentido de que se está refiriendo a la omisión que, en su caso, se pa-

conservaría su eficacia, debiéndose proceder a una nueva con respecto a los bienes ulteriormente adquiridos, que se hallarían en situación de comunidad hereditaria, en tanto en cuanto no se practicase la nueva partición.

I) Capacidad para realizar la partición

Con respecto a la capacidad para realizar la partición por el testador, su naturaleza de acto de mortis causa, de mera ejecución de la voluntad dispositiva a la que se encuentra subordinada, determina que baste la necesaria para testar (arts. 663 y 688 CC). Como señala al respecto LACRUZ, al indicar que quien puede instituir heredero en cosa cierta puede, con igual razón, asignarle bienes del caudal, y ello incluso fuera del testamento⁷⁸.

J) La partija conjunta

a) Introducción

Toda partición requiere como presupuesto o elemento esencial, la determinación del patrimonio hereditario del causante, a los efectos de conocer los bienes de su titularidad susceptibles de ser transmitidos y repartidos entre sus herederos, pero para ello es necesario previamente

dezca en la correspondiente partida de la partición recayente en alguna de las dos realidades económicas perfectamente diferenciadas, es decir, una referente a los objetos materiales o corpóreos y otra sobre los valores o títulos o derechos de indiscutible naturaleza inmaterial, por lo cual no es posible compartir la otra tesis o posición sostenida en el motivo de que al hablar de «valores» deba referirse a un aspecto cuantitativo de la valoración del bien (o defecto de la misma o su avalúo) de que se trate de la herencia en cuestión; en consecuencia, bajo la prevalencia de esa interpretación literalista, es evidente que siendo ésta la única diatriba del motivo, el mismo perece”.

78 LACRUZ VERDEJO Y OTROS: “Derecho de Sucesiones”, en Elementos de Derecho Civil, V, (1993), pág. 147.

proceder a la liquidación del régimen económico matrimonial del causante, y, en este sentido, se ha expresado la jurisprudencia, véase por ejemplo la STS de 17 de octubre de 2002 (RJ 8968)⁷⁹. En esta misma línea, la sentencia de dicho Alto Tribunal de 8 de marzo de 1985, cuya doctrina sigue la de 20 de febrero de 2002 (RJ 2893) y las en ella citadas, así como la establecida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, ponen de relieve la exigencia de liquidar la sociedad de gananciales del primer matrimonio, como trámite previo a la del segundo, con intervención de los herederos de la primera esposa del causante.

El testador no puede, por lo tanto, realizar unilateralmente la liquidación de la sociedad legal de gananciales (STS 12 de diciembre de 1959, 17 de mayo de 1974, 3 de marzo de 1980, 7 de diciembre de 1988). La partición ha de versar “sobre sus bienes” como así lo establece el art. 1056 del CC. Cosa distinta es la disposición testamentaria sobre bienes gananciales a la que se refieren los arts. 205 a 207 de la LDC, bajo sus modalidades de disposición de cosa ganancial o de derecho que al testador le corresponda en dicha sociedad (art. 205), en los que ya se prevé expresamente la necesidad de llevar a efecto dicha liquidación en el art. 206 (disposición de cosa ganancial), como igualmente así se contempla en los arts. 293, para el caso de la partición realizada por contador partidor designado por el testador, o en el art. 302 en el caso de partición ante Notario. Ahora bien, no es necesario para la validez de la partición

⁷⁹ La mentada sentencia señala: “Como presupuesto –o elemento– esencial, se cuenta la determinación del patrimonio hereditario del causante. Y para poder hacerlo es imprescindible la fijación del suyo y del cónyuge o herederos del mismo, correspondientes a su parte de los bienes gananciales. En otro caso, se estaría practicando una partición de patrimonio a sabiendas de que es parcialmente ajeno”. En el mismo sentido, aplicando la doctrina de la mentada resolución, la SAP de Pontevedra, sección 1ª, de 26 de noviembre de 2002 (AC 2341).

que los bienes pertenezcan al testador al hacer la partición, si lo son de su titularidad al tiempo de su fallecimiento.

Para evitar estos inconvenientes, al amparo del Código Civil, la solución que se propiciaba era que los cónyuges otorgasen testamentos simultáneos, para evitar la prohibición del testamento mancomunado, en los que previeran la forma de liquidar su sociedad ganancial, y luego con tal base realizasen las adjudicaciones correspondientes de sus bienes conforme a la liquidación coincidente de su régimen económico matrimonial, si bien tal liquidación proyectada carecería de base en el supuesto de que alguno de los cónyuges revocase su testamento. Es lo que se venía denominando testamento en paralelo, asaz diferente al testamento mancomunado, puesto que el otorgamiento simultáneo, pero personal por cada causante, no obliga a la notificación al otro de la revocación de aquél, a diferencia del supuesto de que lo hiciesen de forma mancomunada (art. 192 LDC).

Como señalaba el notario ALBA PUENTE, antes de la Ley de 1995, la realización de la partición conjunta por ambos cónyuges lo era bajo un doble presupuesto: disponiendo cada uno de sus bienes privativos y proyectando ambos la liquidación de la sociedad de gananciales para cuando se produjera su disolución⁸⁰. La posibilidad de tal práctica es admitida con carácter general por la doctrina⁸¹. Así se expresa DE LA CÁMARA ÁLVAREZ⁸², cuando escribe que: “de lo que se trata es de la posibilidad de que los cónyuges en testamentos simultáneos prevean la

80 ALBA PUENTE: op. cit. supra, pág. 237.

81 MARTÍNEZ ESPÍN: “Comentarios al Código Civil”, obra coordinada por RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2001), pág. 1220; GONZÁLEZ GARCÍA: Op cit. supra., págs. 505 y 506 y RIVAS MARTÍNEZ: “Derecho de Sucesiones. Común y foral”. Tomo II, Vol 2º (2004), pág. 1347.

82 DE LA CÁMARA ÁLVAREZ: Compendio de Derecho Sucesorio”, pág. 411.

forma de liquidar la sociedad y hagan a continuación la partición de sus respectivas herencias conforme a la liquidación coincidente. La doctrina estima que nada se opone a esta praxis y que con ello no se conculca la prohibición de testar mancomunadamente del derecho común”.

Por otra parte, así lo venía admitiendo la jurisprudencia, siendo manifestación de tal doctrina la sentencia de 21 de diciembre de 1998, (RJ 9756)⁸³, en un caso en que el matrimonio causante, en sendos testamentos, del mismo día y ante el mismo notario, adjudicaron los bienes gananciales, sin liquidarlos, a favor de sus hijos⁸⁴:

83 La STS de 21 de julio de 1986 (RJ 4575) se refiere a un caso en el que ambos cónyuges otorgaron su último testamento el mismo día ante notario, en el que los causantes distribuyen sus bienes, todos de carácter ganancial, en lotes idénticos para cada hijo en pago de su legítima, ordenando que se excedieren, será imputado a los tercios de mejora y libre disposición, sin que una vez cubierta la legítima, puedan los herederos reclamarse nada entre sí.

84 La mentada sentencia se basa en los siguientes antecedentes fácticos: “1º En su matrimonio, los esposos D. Miguel y Dª Dolores tuvieron tres hijos, llamados D. Manuel, D. Francisco y Dª Araceli. 2º El día 17 de Diciembre de 1977, el padre D. Miguel, otorgó testamento abierto, ante el Notario de Lucena (Córdoba), D. Manuel, bajo el número 1184 de su protocolo, en el que, después de manifestar el testador que estaba casado con Dª Dolores, de cuyo matrimonio tenía los tres hijos anteriormente referidos, que legaba a su mencionada esposa el usufructo universal, vitalicio y sin fianza de su herencia “con cuyo legado quedarán satisfechos sus derechos legitimarios”, y después de manifestar que instituía por sus únicos y universales herederos a partes iguales a sus tres mencionados hijos, el expresado testamento contenía la siguiente cláusula: “...QUINTA.– Ordena el testador que la casa núm. 18 de la calle R., de esta ciudad (Lucena) se adjudique de por mitad e indiviso a sus hijos Manuel y Francisco; y a su hija Araceli, la estacada de olivar, en el camino R., de éste término”. 3º El mismo día 17 de Diciembre de 1977, la madre Dª Dolores otorgó también testamento abierto, ante el mismo Notario anteriormente dicho, bajo el número siguiente (1185) de su protocolo, en el que después de manifestar la testadora que estaba casada con D. Miguel, de cuyo matrimonio tenía los tres hijos anteriormente referidos, que legaba a su mencionado esposo el usufructo universal, vitalicio y sin fianza de su herencia “con cuyo legado quedarán satisfechos sus derechos legitimarios”, y después de manifestar que instituía por sus únicos y universales herederos a partes iguales a sus tres mencionados hijos, el expresado testamento contenía la siguiente cláusula: “... QUINTA.– Ordena la testadora que la casa núm. ... de la calle R., de esta Ciudad (Lucena) se adjudique por mitad e indiviso a sus hijos Manuel y Francisco; y a su hija Araceli, la estacada de olivar, en el camino R.,

“Si bien es cierto que el testador no puede por sí solo practicar la partición de sus bienes propios incluyendo en ella bienes gananciales (Sentencias de esta Sala de 12 diciembre 1959 [RJ 1959\4499], 17 mayo 1974 [RJ 1974\2068], 3 marzo 1980 [RJ 1980\1016], 7 diciembre 1988 [RJ 1988\9301], entre otras), también lo es que, en el caso concreto aquí enjuiciado, con las muy específicas circunstancias que lo configuran, los padres testadores, que no tenían más patrimonio que dos bienes gananciales (la casa familiar y un trozo de terreno de olivar) y carecían en absoluto de bienes privativos, mediante sendos testamentos totalmente iguales y simultáneos, otorgados el mismo día y ante el mismo Notario (con lo que no se conculca la prohibición de testar mancomunadamente), manifestaron su clara e inequívoca voluntad de partir dichos dos bienes comunes únicos entre sus hijos, en la forma que expresan en las totalmente idénticas cláusulas quintas (que han sido transcritas literalmente en los apartados 2.º y 3.º del fundamento jurídico primero de esta resolución) de sus referidos testamentos, sin que condicionaran en modo alguno la eficacia de dicha partición conjunta (aunque no mancomunada) y única al resultado de una previa liquidación de la sociedad de gananciales, la que consideraron y la hicieron innecesaria desde el momento en que se legaron recíprocamente (el que muriera antes en favor del supérstite), en pago de sus derechos legitimarios (así se dice en el testamento), el usufructo universal y vitalicio de esos dos referidos bienes, únicos existentes, en la parte que los mismos pudiera corresponder a cada testador, cuya cláusula (que es la tercera de cada uno de esos dos testamentos) fue respetada por los tres hijos y herederos universales y únicos de los dos referidos causantes, con lo que devino totalmente innecesaria la práctica de la liquidación de la sociedad de gananciales, al morir la madre en 1978, que fue la primera en fallecer, y permaneciendo intactos e indivisos esos dos bienes comunes (únicos existentes, volvemos a decir) al morir el padre en 1982. Siendo ello así,

de este término”. 4º La madre Dª Dolores falleció el día 27 de Mayo de 1978, bajo el expresado testamento abierto, sin que su viudo e hijos practicaran la partición de la herencia de su referida causante. 5º El padre D. Miguel falleció el día 25 de Diciembre de 1982, bajo el expresado testamento abierto.

ha de tenerse en cuenta que el artículo 1056 del Código Civil admite, como una de las formas posibles de hacer la partición, la que de sus propios bienes realice el testador en su testamento (como la hicieron los dos padres en sus dos aludidos e idénticos testamentos simultáneos) y a la que atribuye fuerza vinculante —«se pasará por ella», dice el precepto—, siendo indudable que sus efectos son los mismos que si se tratara de partición judicial o de partición extrajudicial, practicadas por los propios herederos o por albaceas o contadores-partidores, es decir, sus efectos (dice textualmente la Sentencia de esta Sala de 21 julio 1986 [RJ 1986\4575]) son los de conferir a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados, ello, claro es, sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo 1075, en relación con el 1056, ambos del Código Civil, concede a los herederos forzosos en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o de que aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador”.

Este supuesto del testamento paralelo podría tener una doble finalidad, bien la liquidación de la sociedad legal de gananciales para que cada consorte posteriormente llevará a efecto, de forma individual, su acto de última voluntad, o bien con la finalidad de partir conjuntamente el patrimonio familiar.

b) Concepto

La Ley gallega, con antecedente en el art. 157.2 de la Ley de 1995, admite que los cónyuges puedan realizar la partición conjuntamente. Así resulta de lo normado en el art. 276, según el cual: *“Os cónxuxes, aínda que testen por separado, poderán facer unha partilla conxunta e unitaria dos seus bens privativos e dos comúns, de os haber, con independencia da orixe dos adxudicados a cada herdeiro”*.

LEGERÉN MOLINA define la partición conjunta como el acto por el que los cónyuges testadores efectúan, en un mismo documento, la

distribución de los bienes a fin de rellenar las cuotas en que, a su muerte, sucederán los herederos impidiendo así el surgimiento de la comunidad hereditaria⁸⁵.

Esta forma de partir encierra las ventajas inherentes a toda partición realizada por el testador, cuales son: no sometimiento a las reglas impuestas por el art. 1061 del CC, conocimiento exteriorizado de la voluntad de los causantes, inexistencia de divergencia personal entre el disponente y el sujeto que distribuye los bienes, y evitación de los inconvenientes de la situación de comunidad hereditaria, ya que los herederos adquieren directamente los bienes que les hayan sido atribuidos por sus causantes.

En cualquier caso, es necesario que los cónyuges hayan otorgado testamento, ya sea éste mancomunado (arts. 187 y ss.), si la partición la realizan en el mismo testamento, o bien la hagan en documento separado. En definitiva, es imprescindible la conjunción entre acto dispositivo y acto distributivo, o dicho de otra forma sin testamento, que le sirva de base, no puede haber partición conjunta.

Como es natural tal clase de partición requiere el correspondiente acuerdo particional, es decir la concorde voluntad de los cónyuges de realizar la partición, así como su constatación formal en un mismo documento, sea o no testamento. No exige, sin embargo, la ley que los bienes que se distribuyan sean necesariamente cotitularidad de los cónyuges, ya que incluye la partición de bienes privativos, ni que los herederos sean comunes, salvo el concreto caso del art. 282, y es compatible con cualquier régimen económico matrimonial, sin perjuicio de que su razón de ser se concilie mejor con el de la sociedad legal de gananciales.

85 LEGERÉN MOLINA: Op. cit supra, pág. 99.

Esta forma de partición se configura como un negocio jurídico distributivo formal y mortis causa, en cuanto ha de tener un imprescindible reflejo documental, y su razón de ser radica en la reglamentación post mortem del destino del patrimonio de los causantes, otorgado en contemplación a su propia muerte, por mor del cual los cónyuges reparten sus bienes y derechos entre sus herederos, cuya naturaleza puede ser testamentaria, si se contiene en el mismo acto de última voluntad, o extratestamentaria, si la partición se realiza extramuros del testamento en un documento separado. El necesario testamento contendrá pues el acto dispositivo y la partición el determinativo de los bienes o derechos que corresponden a cada heredero, conforme a la institución efectuada.

En definitiva, como destaca la doctrina, la indicada modalidad de partición sería un negocio que carece de virtualidad dispositiva alguna –necesariamente ha de apoyarse en un acto dispositivo testamentario (art. 1056 CC y 274 LDC)– cuya función propia vendría constituida por la determinación de los bienes concretos de la herencia que se han de adjudicar a cada uno de los coherederos de acuerdo con las cuotas de disposición, de lo que cabe concluir que el negocio jurídico particional no resulta un título hábil para atribuir la condición de heredero, ni para deferir la herencia a una persona (argumento ex art. 658 del CC a sensu contrario)⁸⁶.

c) Su admisibilidad en el Derecho común

A pesar de que la partición conjunta no se encuentra expresamente regulada en el Código Civil, un importante sector doctrinal admite la posibilidad de practicar la misma en el denominado Derecho común. Son plurales los argumentos que se manejan al respecto. En primer lugar, que no se encuentra expresamente prohibida, siendo las limitaciones y res-

⁸⁶ LEGERÉN MOLINA: Op. cit. supra. pág. 119.

tricciones de derechos de necesaria interpretación restrictiva. No contraviene el carácter personalísimo del testamento, que proclama el art. 670 del CC, y como tal indelegable, dado que dicha esencial característica se proclama del acto dispositivo de última voluntad, que es el testamento; pero no del acto distributivo o determinativo, que es la partición, y buena muestra de ello radica en que el propio Código contempla expresamente la partición llevada a efecto por personas distintas al causante como los herederos (art. 1058) y por contador partidador designado por el propio testador (art. 1057.2). Otro argumento en contra se funda en la prohibición del testamento mancomunado, que proclama el art. 669, es decir la posibilidad de que una pluralidad de personas testen con unidad de acto en un mismo instrumento, aunque desde luego no excluye que dos personas lo hagan por separado con disposiciones similares; en cualquier caso, insistimos, una cosa es testar y otra partir, y no existe ningún precepto en el CC, que impida que los cónyuges, por acto inter vivos, distribuyan sus bienes entre sus herederos, si bien, claro está, no lo podrían hacer en un único testamento, so pena de patente infracción de la prohibición de testar mancomunadamente. Se añade también como argumento en qué fundar la tesis negativa la vulneración del art. 1379 del CC, que señala que “cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales”. Ahora bien, si vigente la unión ambos cónyuges pueden disolver y liquidar de común acuerdo tal sociedad, distribuyéndose sus bienes y mutando el régimen económico del matrimonio (art. 1392.4 CC), tampoco parece inviable que acuerden, manteniendo el mismo, efectuar su liquidación provisional, determinando cuáles son los bienes concretos que a cada uno pertenezcan al producirse la muerte de uno de ellos, posibilitando de tal forma la adjudicación de los mismos entre sus respectivos herederos.

En este sentido escribe ALBA PUENTE: “En la partija conjunta de los cónyuges que pretenden organizar separadamente su sucesión juega como pieza clave la liquidación de los bienes comunes, presupuesto básico para esta organización separada y detallada de las dos sucesiones. Para un fluido desarrollo de esta forma particional habría que declarar que la liquidación de los bienes comunes contenida en la misma es irrevocable unilateralmente por uno de los cónyuges en vida del otro y que adquiere plena eficacia al fallecimiento de uno de los cónyuges. Aclarado este punto neurálgico de su régimen jurídico todo lo demás se resuelve con relativa sencillez. La revocación unilateral afecta exclusivamente a la partija del revocante, dejando a salvo la liquidación de la sociedad conyugal y la partija del otro cónyuge que subsiste como individual. La eficacia de la partija al fallecimiento de unos de los cónyuges es clara, cobra fuerza y eficacia la liquidación de la sociedad conyugal contenida en la misma y los herederos adquieren directamente la propiedad de los bienes a ellos adjudicados por el cónyuge fallecido”⁸⁷.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA señalan, en este sentido, que “es admisible la partición hecha conjunta o combinadamente por los dos cónyuges, con tal que responda a sendos testamentos y se refleje en ellos simultáneamente. Más discutible es si cabría la partición por el testador de los bienes comunes mediante acto de los llamados inter vivos y conjunto de ambos cónyuges: se puede precisar que, en tal caso, no se da la mancomunidad prohibida por el art. 669, porque los cónyuges no testan en sentido estricto y la prohibición ha de interpretarse restrictivamente. Es favorable a la posibilidad de partición conjunta o combinada la opinión de De Diego y, después, la de Roca

87 En este sentido escribe ALBA PUENTE, “Derecho de Sucesiones de Galicia”, op cit supra, págs. 246 y 247. Admite esta posibilidad LEGERÉN: op. cit. supra., págs. 134 a 136.

Sastre, a la que se opone, con razones discutibles, la sentencia de 20 de mayo de 1965”⁸⁸

d) Clases

La partición realizada por los cónyuges admite sendas modalidades. Una de ellas la contemplada en la nueva Ley, en la que los cónyuges formando una masa común con sus bienes, sean o no privativos, distribuyen los mismos entre sus herederos, al disponer conjuntamente de sus bienes no sería precisa la liquidación del régimen de gananciales, y la otra forma que, a pesar de no aparecer expresamente regulada en dicha Disposición General, es perfectamente factible, en la que los cónyuges, sin formar tal masa común, distribuyen, en el mismo documento particional, los bienes que constituyen sus respectivos patrimonios. En tal caso se exige, como requisito necesario, la determinación del haber partible de cada cónyuge, y, por consiguiente, la liquidación del régimen económico matrimonial para determinar los bienes concretos de los que cada uno puede disponer. Ahora bien, vigente el vínculo, la liquidación que efectúen será provisional, la cual solo adquirirá carácter definitivo al fallecimiento de uno de ellos, obrando de tal forma cada uno de los causantes podrá conocer anticipadamente los bienes que le corresponden en dicha sociedad para su distribución individualizada entre los llamados a su herencia. Esta posibilidad de liquidación provisional tendría su base positiva en el art. 172.1, que se refiere a que “los cónyuges podrán pactar en capitulaciones matrimoniales la liquidación total o parcial de la sociedad y las bases para realizarla, con plena eficacia al disolverse la sociedad conyugal”, la exigencia de escritura pública en tal caso, que deriva del art. 173, se podría salvar con el argumento de que dicho pre-

88 LACRUZ y SANCHO: “Elementos de Derecho Civil, T V, pág 133 (2001).

cepto utiliza la forma potestativa “podrán pactar en capitulaciones”, lo que no excluye su constatación formal en documento privado, máxime cuando la jurisprudencia admite que la liquidación de la sociedad de gananciales conste de tal forma (SSTS de 4 de diciembre de 1985, RJ 6202, 1 de febrero de 1990, RJ 647, 7 de noviembre de 1990, RJ 8532⁸⁹ y 4 de febrero de 1995, RJ 739 entre otras). El carácter contractual de dicha liquidación provisional determinaría el carácter vinculante para los cónyuges (art. 1256 del CC). También se podría llevar a efecto, en derecho gallego, en testamento mancomunado.

e) Sus elementos personales e incidencias de las crisis matrimoniales: separación, nulidad y divorcio

La partija conjunta contemplada por la LDC es la realizada por ambos cónyuges (arts. 276 y ss), lo que plantea el problema de la incidencia que sobre su ulterior eficacia desencadene las vicisitudes por las que atraviese el matrimonio: separación, nulidad y divorcio. Lo que no ofrece duda es que dicho vínculo ha de existir al tiempo de partir, como se infiere con claridad de la dicción normativa del art. 276, que establece que son los cónyuges, aunque testen por separado, quienes “podrán hacer una partija conjunta”. Si conjugamos tal norma con el art. 666 del CC, que señala que “para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento” podemos concluir, en ausencia de precepto en contrario,

89 Esta sentencia señala: “aunque muy frecuentemente estén unidos en un mismo instrumento público la liquidación de la sociedad de gananciales y las modificaciones del régimen patrimonial conyugal, es lo cierto que técnicamente estamos en presencia de conceptos distintos, que pueden perfectamente convenirse y constarse de forma autónoma e independiente, y si bien el art. 1327 CC referido a las capitulaciones no admite duda sobre la imperatividad de la escritura pública no hay precepto paralelo y similar en lo atinente a la liquidación de la sociedad de gananciales”.

que de no ser revocada la partición realizada por los cónyuges vigente el vínculo no se vería afectada por la ulterior sentencia de separación, que no disuelve el matrimonio, ni tampoco la dictada en procedimiento de divorcio, pues al tiempo de partir concurría dicho presupuesto personal.

Ahora bien, la cuestión no es tan sencilla y la misma se complica por la incidencia que la crisis matrimonial desencadena en las cuotas de disposición efectuadas en el testamento a favor del cónyuge con su correlativo reflejo particional, dado que se pierde la condición de legítimo como resulta del art. 238.2, que atribuye la misma al “cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho”. Por ello serán ineficaces las determinaciones particionales para cubrir las cuotas legitimarias. Cosa distinta sería que en el testamento se contuviesen cláusulas dispositivas y distributivas de bienes a favor de uno de ellos, sin que además dicho acto de última voluntad haya sido revocado; pues bien a tales situaciones les sería de aplicación lo dispuesto en el art. 208, que señala que “salvo que del testamento resulte otra cosa, las disposiciones a favor del cónyuge no producirán efecto si al fallecer el testador estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o separación o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin. Tampoco producirán efectos en los casos de separación de hecho entre los cónyuges”, precepto que se refiere a las disposiciones que exceden de la cuota legitimaria y que comprenden las realizadas a favor del cónyuge incluso las efectuadas nominativamente, sin perjuicio claro está de la plena eficacia de las concernientes a otros herederos. La misma doctrina habría que aplicarla al caso de que se dictase o estuviese en trámite, antes de la muerte de alguno de los cónyuges, un procedimiento de nulidad. Dictada sentencia estimatoria firme los cón-

yuges nunca fueron tales por lo que no existiría el presupuesto personal habilitante de la partija conjunta (*quod nullum est nullum effectum pro-* *ducit*). LEGERÉN admite que podrían mantenerse los efectos ya producidos en el ámbito legitimario para los cónyuges en quienes concurren buena fe (art. 79 del CC en relación con el art. 208)⁹⁰ y al amparo de tal precepto a favor de los hijos.

También podrán otorgar una partija conjunta, conforme a la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Derecho Civil de Galicia, tras reforma operada por la Ley 10/2007, de 28 de junio, las personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio.

f) Régimen jurídico de revocación y problemática de las disposiciones correspectivas

Como hemos visto la partija conjunta podrá realizarse y ello será legítimo, tanto en documento separado, como en testamento. Ahora bien, dado su carácter mortis causa, sólo producirá sus efectos a partir de la muerte de ambos cónyuges, hallándose hasta entonces en una situación de pendencia. Así resulta claramente de lo normado en el art. 277, según el cual “*A partilla conxunta e unitaria será eficaz no momento do falecemento de ambos os cónxuxes. Tamén producirá plenos efectos se, ao falecer un dos cónxuxes, o sobrevivente a cumprise na súa integridade por atribucións patrimoniais inter vivos*”, pues en este caso se habrá observado lo acordado por ambos consortes en la partición conjuntamente efectuada.

90 LEGERÉN: Op cit supra, págs. 190 a 193.

No ofrece duda que la partija conjunta no vincula a los cónyuges de forma definitiva, y cabe la posibilidad de su revocación, cuyo régimen jurídico varía, según se haya realizado en vida de ambos o al fallecimiento de uno de ellos.

En el primer caso, cualquiera de los consortes podrá revocar la partición conjunta y unitaria, si bien para que la misma sea eficaz es necesario que sea notificada “*fidedignamente*” al otro cónyuge, produciendo en tal caso la ineficacia total de la partición (art. 279). En el segundo supuesto, bastará la revocación del sobreviviente (art. 280).

En el caso de que la partija conjunta se hubiera llevado a efecto en testamento mancomunado, el art. 279 habrá que coordinarlo con lo normado en los arts. 191 a 193, relativos a la revocación de esta concreta forma de testar, habiéndose de prestar especial atención en los casos en los que el testamento contenga disposiciones correspectivas, por el concreto régimen jurídico al que están sometidas esta clase de disposiciones⁹¹.

Según señala, el art. 187.2 II son correspectivas las disposiciones de contenido patrimonial cuya eficacia estuviera recíprocamente condicionada por voluntad expresa de los otorgantes. Existe correspectividad para KIPP, cuando la eficacia de las disposiciones de un testador se hace

91 Ver, en este sentido, el comentario a los arts. 279 a 282 de la LDC, que efectúa el notario Gonzalo Freire Barral, en la obra “Derecho de Sucesiones y régimen económico familiar de Galicia, Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio”, obra del Colegio Notarial de Galicia (2007), págs. 1081 y ss., que se refiere a que en el ámbito de partija conjunta y unitaria de los cónyuges, las disposiciones correspectivas pueden tener cabida en aquellos casos en que la legítima de uno de los hijos o descendientes en ambas herencias sea satisfecha con bienes de uno solo de los causantes (art. 282).

depender de la eficacia de las disposiciones del otro⁹². O dicho de otra forma, cuando existe una vinculación querida entre las disposiciones que efectúan los cónyuges, de manera tal que condicionan la eficacia de una a la otra, a consecuencia de lo cual en vida de ambos la revocación sólo desencadena su eficacia si se notifica al otro para que éste pueda ajustar a su vez su disposición, mientras que muerto uno de ellos la misma deviene irrevocable.

En efecto, conforme a lo normado en el art. 191 dichas disposiciones son unilateralmente revocables en vida de ambos cónyuges, ahora bien fallecido uno de ellos o vuelto incapaz para testar, devienen irrevocables, salvo el supuesto excepcional que en dicho precepto se contempla.

Los requisitos que ha de reunir una disposición para tener tal condición jurídica son: su sujeto, que habrán de serlo necesariamente los cónyuges, su objeto: que habrá de tener naturaleza patrimonial y de atribución sucesoria; su causa: que habrá de ser la disposición recíproca o correlativa del otro cónyuge; y su forma: que habrá de ser expresa⁹³. Esta correspectividad altera de algún modo, la naturaleza de las disposiciones mortis causa, en tanto en cuanto introducen un aspecto contractual, sin que en modo alguno impliquen que se conviertan en pactos sucesorios⁹⁴. La correspectividad no se presume (art. 187.2). Pues bien, en tales casos, el régimen de revocación de las disposiciones correspectivas afectará al régimen de revocación de la partición conjunta.

92 KIPP: "Tratado de Derecho Civil", Ennecerus, Kipp y Wolf, Tomo V, Vol I, (1976), pág. 362.

93 MARTÍNEZ GARCÍA: "Derecho de Sucesiones y régimen económico familiar de Galicia", Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, y Ley 10/2007, de 28 de junio", Colegio Notarial de Galicia (2007), pág. 162.

94 LEGERÉN: op. cit supra., pág. 279.

El hecho de realizar la partición de forma conjunta no significa tampoco que el sobreviviente no pueda realizar actos de disposición sobre sus bienes privativos (art. 278), ahora bien, y como es evidente, *“para a disposición dos bens comúns e dos do premorto incluídos na partición será necesario o concurso dos seus herdeiros e do cónxuxe sobrevivente. A confusión de patrimonios nesta partilla non prexudicará aos terceiros acredores e lexitimarios”*.

Por consiguiente, no está sometida a condición alguna la disposición que sobre sus bienes privativos realice el cónyuge sobreviviente, que depende exclusivamente de su voluntad. Y tal posibilidad de disposición no se encuentra limitada por la circunstancia de que con sus bienes privativos deba abonarse la legítima de algún descendiente en la herencia del cónyuge premuerto, sin perjuicio de que el legitimario, en su condición de acreedor, ejercite su derecho a que se le satisfaga el importe de la misma.

En efecto, el art. 281 señala que si con las enajenaciones voluntarias o forzosas se alterase de forma sustancial la composición patrimonial base de la partición, ésta podrá ser declarada ineficaz. Se plantea, entonces, el problema de si las enajenaciones de bienes que perjudiquen la legítima tendrán siempre carácter sustancial a efectos de declarar la ineficacia de la partición. Tras la Ley 2/2006 la legítima ya no es un “pars bonorum”, sino que el legitimario es un acreedor, que carece de acción real para reclamar su legítima (art. 249.1), en consecuencia, en tales supuestos, cabría sostener la validez de la partición a pesar de la enajenación del bien que en ella se asignaba a uno de los hijos en pago de su legítima si en el testamento anterior o posterior, que servía de apoyo a la misma los testadores mencionaron expresamente a su descendiente, aunque fuera para limitarse a reconocer su legítima. En este

caso enajenado el bien asignado, el legitimario podría ejercitar la acción de complemento de legítima contra los herederos (arts. 246 y 247)⁹⁵.

Distinto sería el caso de que se efectuase una enajenación sobre un bien incluido en testamento mancomunado con la condición jurídica de disposición correspectiva, en cuyo supuesto sería de aplicación lo normado en el art. 194.2, conforme al cual *“ao falecer un dos cónxuxes, o outro poderá dispor dos bens comprendidos nunha cláusula correspectiva. Neste caso, o beneficiario da disposición testamentaria poderá reclamar o valor actualizado dos bens obxecto da disposición con cargo á herdanza do dispoñente, sen prexuízo das lexítimas. Este dereito caducará no prazo de tres anos, contados desde o falecemento do dispoñente”*, pudiéndose por lo tanto efectuar la reclamación contra los herederos del cónyuge que dispuso de alguno de tales bienes, exigiendo el valor actualizado de los mismos.

g) La satisfacción de la legítima con bienes con bienes de un solo de los cónyuges

Por último, finalizar este apartado, señalando que, con su antecedente en el art. 158.2 de la Ley de 1995, se prevé expresamente, en el art. 282 de la nueva Ley, que: *“Na partición conxunta e unitaria por ambos os cónxuxes a lexítima de calquera dos fillos ou descendentes comúns poderá ser satisfeita con bens dun só dos causantes. Neste caso, non se poderán reclamar as lexítimas ata o falecemento do último dos cónxuxes”*.

Este precepto admite expresamente que la legítima pueda ser satisfecha con bienes de uno sólo de los causantes, con lo cual se está excep-

⁹⁵ FREIRE BARRAL:, op, cit. supra, pág. 1091.

cionando la regla general de que la legítima del padre se paga con bienes de éste y la de madre con los correspondientes a la misma, es decir con los bienes privativos y los gananciales adjudicados en la liquidación, posibilidad que hoy en día no es tampoco ajena al derecho común, como resulta de lo normado en el art. 831.3º último párrafo del CC, tras la reforma operada por Ley 41/2003, que admite satisfacer las legítimas en todo o en parte con bienes pertenecientes al cónyuge superviviente.

Es necesario tener también en cuenta que, en la nueva Ley, la legítima transmuta su naturaleza jurídica de una *pars bonorum* a una *pars valoris*, es decir a un simple derecho de crédito (art. 249.1), con lo cual encontraría explicación que los cónyuges pactasen que tal valor se satisfaga con los bienes de uno solo de ellos, si bien, en el mentado precepto, se configura el pago de la legítima como una *pars bonorum*, al normar que en estos casos la legítima de cualquiera de los hijos o descendientes comunes podrá ser satisfecha con bienes de uno solo de los causantes.

El art. 158.2 de la derogada LDC de 1995 se refería tanto a los herederos voluntarios como a los forzosos, mientras que el art. 282, sólo se refiere ahora a los legitimarios que sean hijos o descendientes comunes, omitiendo lógicamente a los ascendientes, ya que, conforme al art. 238, no ostentan dicha condición jurídica en el derecho civil gallego en contraste con el art. 807.2 del CC. Ahora bien, ello no debe significar necesariamente que no quepa pagar con los bienes de uno solo de los cónyuges la cuota correspondiente a los herederos voluntarios del otro consorte, por ejemplo en el caso de que los causantes sin hijos deseen partir los bienes entre sus sobrinos.

En segundo lugar, se exige que los hijos y descendientes sean comunes, por lo que tal regla no operará en el caso de legitimarios que no

sean de ambos causantes, pensemos, por ejemplo, en hijos de distintos matrimonios.

La legítima deberá de ser calculada conforme a lo que corresponda, tanto en la herencia de uno y otro progenitor, pues es evidente que el patrimonio de cada uno de ellos puede ser muy diferente, y no sólo estará integrado con bienes comunes. Lo que posibilita el art. 282 es que el pago de la misma pueda llevarse a efecto con bienes de uno solo de los causantes. No olvidemos que el art. 278 precisa que “la confusión de patrimonios en esta partición no perjudicará a los terceros acreedores y legitimarios”. O dicho de otro modo, deberá determinarse la legítima de cada heredero de forma individual, mediante la aplicación de lo normado en los arts. 243 y siguientes, y si, una vez fijado su importe en cada una de las herencias y sumada su cuantía, resulta que, con los bienes adjudicados de uno solo de los causantes, el heredero forzoso sufre una merma económica con respecto al importe conjunto de las legítimas de ambas herencias, podrá ejercitar la correspondiente acción de complemento, en otro supuesto carecerá de ella. No sería imprescindible, en todos los casos, la liquidación de la sociedad de gananciales, pues conocido el valor de los bienes comunes su importe se calcularía como perteneciente por mitad a cada uno de los cónyuges. Lo que es evidente es que si la legítima de un heredero se satisface con bienes de uno sólo de los cónyuges éstos no pueden tomarse en consideración para calcular el importe de la legítima del otro.

Por último, indicar que, pese a tratarse de una partición conjunta y unitaria practicada por ambos cónyuges, está no desencadenará efectos jurídicos en vida de los causantes. En el supuesto de fallecimiento de uno de ellos se abriría su sucesión, planteándose, entonces, las consecuencias que nacen de tal hecho jurídico. Pensemos, por ejemplo, que el

matrimonio tuviera dos hijos, y que se hubiera convenido que cada uno de ellos viese satisfecha su legítima con los bienes de uno sólo de sus progenitores, comoquiera que lo normal es que no fallezcan al mismo tiempo, cabría pensar que el hijo cuya legítima debe ser abonada con los bienes del premuerto podría solicitar su entrega, mientras que el otro no podía hacer lo propio, en vida del progenitor supérstite, hallándose a su vez sometido a las vicisitudes de los actos de disposición patrimonial que pudiera llevar a efecto, incluso podría revocar la partición conforme al art. 280.

Pues bien, para regular tal situación la nueva Ley señala al respecto, en su artº 282, que: *“Na partición conxunta e unitaria por ambos os cónxuxes a lexítima de calquera dos fillos ou descendentes comúns poderá ser satisfeita con bens dun só dos causantes. Neste caso, non se poderán reclamar as lexítimas ata o falecemento do último dos cónxuxes”*, configurándose, pues, este precepto, como una excepción legal al régimen general del art. 241, que recoge la prohibición de establecer términos sobre la legítima.

Para FREIRE BARRAL, en el ámbito de la partija conjunta y unitaria de los cónyuges, las disposiciones correspondientes pueden tener cabida en aquellos casos en que la legítima de uno de los hijos y descendientes en ambas herencias sea satisfecha con bienes de uno de los causantes, y en estos casos: 1) Estamos en presencia de disposiciones de contenido patrimonial (bienes de uno solo de los causantes); 2º) Su eficacia está recíprocamente condicionada, puesto que la disposición de un cónyuge dejándole a un hijo bienes de cuantía inferior a su legítima (incluso no dejándole nada) estará supeditada a que ésta sea satisfecha, en todo o en parte con bienes del otro causante; 3º) Los cónyuges pueden libremente acordar en la partija testamentaria que las disposiciones ordenadas a

favor de sus legitimarios, en el sentido antes mencionado, sean correspondientes. Si así lo hicieran, nos encontraríamos con que el principio general de revocación ad nutum, que enuncia el art. 279 se vería moralizado por la voluntad de los cónyuges, con fundamento no sólo en el art. 191, sino también en el principio favor testamenti⁹⁶.

f) La reclamación de las legítimas al fallecimiento de uno de los cónyuges: su posibilidad jurídica

El art. 277 señala que “la partija conjunta y unitaria será eficaz en el momento del fallecimiento de ambos cónyuges”, pues hasta entonces el superviviente podrá revocar la partición conjunta (art. 280) o incluso disponer de los bienes de su titularidad exclusiva (art. 278), quebrando con ello las bases de tal forma de partir, salvo claro está la cumpliera en su integridad mediante atribuciones patrimoniales inter vivos, como señala el último inciso del precitado art. 277. La problemática que se suscita es si el legitimario puede reclamar su legítima antes del fallecimiento de ambos causantes.

La solución a tal cuestión proviene de la interpretación que deba darse a lo normado en el art. 282, en cuanto limita la percepción de la legítima, condicionando su aplazamiento, al caso en los que los causantes hubieran convenido que la legítima de los descendientes comunes se satisfaga con los bienes de uno de solo de ellos, por lo tanto otorgando al art. 282 un ámbito de autonomía propia e interpretándolo a sensu contrario, supondría que, fuera de tales casos, al fallecer uno de los causantes, los herederos forzosos podrían percibir la legítima del premuerto a abonar con los bienes del mismo, lo que tendría su apoyo en lo normado en el art. 278. que cobraría de esta

⁹⁶ FREIRE BARRAL: Op cit supra, págs 1083 y 1084.

forma una nueva significación, cuando norma que la confusión de patrimonios en esta partición no perjudicará a los terceros acreedores y legitimarios.

A los efectos de resolver tal cuestión DÍAZ MARTÍNEZ señala que ha de erguirse la hipótesis del Legislador razonable o regla exegética que prohíbe la contradicción y los resultados absurdos, lo que, en el caso debatido, escribe, apoya la idea, sin duda mal expresada por el art. 282 in fine de que en la partición conjunta y unitaria todos los legitimarios han de esperar para reclamar sus derechos al fallecimiento del último de los otorgantes de aquélla, si no se quiere abrir una vía de la institución que no ha querido el legislador⁹⁷.

De admitirse otra interpretación, señala FREIRE BARRAL, la partija quedaría en una situación muy precaria al fallecer el primero de los cónyuges, ya que a la posibilidad de revocación por el sobreviviente se sumaría la posibilidad de que los legitimarios reclamasen sus derechos en vida del supérstite, lo que le lleva a recomendar que se refuerce la partición evitando las posibles reclamaciones de legítimas mediante el establecimiento de previsiones complementarias, a través de una cautela socini, como por ejemplo que el hijo que reclamase su legítima antes del fallecimiento de ambos cónyuges quedará reducido a ésta última, que le será satisfecha por sus coherederos o por el cónyuge viudo, y previendo un reparto alternativo de los bienes a él asignados⁹⁸.

97 DÍAZ MARTÍNEZ: "Comentarios, op. cit. supra, págs 1244, que cita en apoyo de tal doctrina ESPINOSA DE SOTO –Derecho de Sucesiones y régimen económico familiar de Galicia, Vol I, págs. 665 y 666. que considera que la LDCG impone una limitación a los derechos de los legitimarios en los casos de partición conjunta, configurando un gravamen sobre la legítima que forma parte del contenido normal de ésta.

98 FREIRE BARRAL: op. cit. supra, pág. 1105.

De todas maneras vemos muy difícil impedir que fuera del específico caso establecido en el art. 282 quepa impedir al legitimario solicitar el pago de su legítima, –pensemos incluso en el supuesto en que sea legitimario de uno solo de los consortes y no descendiente común– pues no olvidemos que, conforme a lo dispuesto en el art. 241, que deja a salvo el usufructo del cónyuge viudo ordenado con arreglo a lo dispuesto en la propia LDCG, “no podrán imponerse sobre la legítima cargas, condiciones, modos, términos, fideicomisos o gravámenes de clase alguna. Si los hubiera se tendrán por no puestos”, el art. 282 contempla en supuesto específico y el art. 278 norma con carácter genérico que la confusión de patrimonios no afectará a los legitimarios. Por ello, sería más prudente imponer cláusulas disuasorias como la indicada o atribuir el usufructo universal al cónyuge supérstite, con el consiguiente efecto disuasorio que ello generaría a los herederos forzosos, fuera del supuesto específico del art. 282 para interesar el pago de sus legítimas..

Tampoco el Legislador prevé expresamente cuál es el régimen jurídico aplicable a la administración de los bienes de los cónyuges en el caso de fallecimiento de uno de ellos. No ofrece duda que el supérstite conserva la administración de sus bienes privativos, máxime si no pierde el poder de disposición sobre los mismos, ahora bien, la cuestión se complica con respecto a las rentas y frutos de los bienes privativos del consorte premuerto y los comunes, para los cuales, salvo disposición específica en testamento, parece lógico aplicar las disposiciones relativas al régimen de administración previsto para la comunidad ordinaria de bienes (arts. 392 y ss. CC), adoptando los acuerdos sobre los bienes privativos del causante fallecido sus herederos por el régimen de mayoría previsto en el art. 398 CC.

VII. LA PARTICIÓN POR EL CONTADOR PARTIDOR

A) Introducción

Se suelen emplear en la práctica indistintamente las palabras contador y comisario. No obstante, en el ámbito del derecho gallego, es más correcta la utilización de la primera de las mentadas denominaciones, en tanto en cuanto, ya no solo es la empleada por la Ley en los arts. 283 y ss, sino también la procedente para que no surja confusión alguna con el testamento por comisario de los arts. 196 y ss. Por su parte, la LO 1/1996, de 15 de enero, ha dado una nueva redacción al art. 1057 del CC, abandonando la denominación comisario, que es sustituida por la de contador partidador.

Podemos definir al contador partidador como aquella persona, que es designada por el testador, con la finalidad de realizar las operaciones particionales de su haber relicto, como consecuencia de la relación de confianza depositada en el mismo.

Es por ello, que la designación del contador se encuentra subordinada a la existencia de un testamento, aunque sea indiferente que el nombramiento del mismo se contenga en un documento separado anterior, simultáneo o posterior.

La STS de 16 de marzo de 2001 (RJ 3199) se refiere a la partición por contador, considerando que las operaciones particionales efectuadas por el mismo equivalen a las realizadas por el propio testador⁹⁹, por lo que no tienen naturaleza contractual, y, por consiguiente, su impugnación no cabe basarla en las normas concernientes al error en los contratos. La mentada sentencia señala que:

⁹⁹ Sobre la prohibición de la intervención judicial, la STS de 8 de junio de 1999 (RJ 4103) proclama que: “la cuestión relativa a la prohibición de la intervención judicial en los espacios de la partición y distribución de bienes hereditarios, cuando dichos actos son efectuados por el testador o se atribuyen al contador-partidador, se admite, en general, como válida en la doctrina científica, pero si la partición adoleciera de algún vicio de nulidad o lesionase derechos de los legitimarios, puede ser impugnada, pues lo contrario conculcaría el ordenamiento sucesorio”.

“Las operaciones particionales realizadas por el contador-partidor equivalen a las practicadas por los propios testadores, por lo que, según la sentencia de 18 de febrero de 1987 (RJ 1987\715), «al haberse hecho por contadores-partidores nombrados por él, tal partición equivale a la hecha por el testador y debe ser respetada –sentencia de 25 de abril de 1963 (RJ 1963\1996)– no precisando el consentimiento de los interesados al no tener carácter contractual –sentencia de 17 de junio de 1963 (RJ 1963\3330)–, a diferencia de la hecha por los coherederos»; por otra parte, dice la sentencia de 25 abril de 1994 (RJ 1994\3221) que «las facultades de todo contador-partidor, por muy amplias que sean, quedan agotadas una vez que ha realizado las operaciones particionales y las mismas han sido aceptadas por los herederos interesados, sin que posteriormente pueda modificar la partición, por su exclusiva y unilateral decisión sin contar con el consentimiento unánime de dichos herederos, que habían aceptado plenamente la inicialmente practicada». Por ello, no teniendo la partición del contador-partidor carácter contractual y careciendo de facultades para modificar, por sí y ante sí, la partición practicada, no cabe aplicar al caso las normas relativas al error en los contratos que, además, serían causa de anulabilidad de la partición, no de rescisión, que es lo que en la demanda se pide. Decae así este tercer motivo”.

La ausencia de normas concretas, que disciplinan esta institución, ha determinado que el Tribunal Supremo considere aplicable a la misma las disposiciones propias del albaceazgo en la medida que resulten compatibles. Podemos citar, en tal sentido, las sentencias de 11 de abril de 1967, 23 de noviembre de 1974¹⁰⁰, 21 de julio de 1986 (RJ 4575) y 19 de febrero de 1993 (RJ 996)¹⁰¹, entre otras.

100 Esta sentencia señala que el cargo de contador constituye: “una especie de mandato post-mortem que guardaba cierta analogía con el cargo de albacea, y, por tanto, le eran de aplicación las disposiciones que regulan éste, en cuanto resulten compatibles con la naturaleza de aquél”.

101 Esta sentencia señala: “Ante la orfandad de normas reguladoras del cargo de contador-partidor (salvo la específica del art. 1057 del CC) una antigua línea jurisprudencial lo asimila

No obstante tal equiparación, que posibilita cubrir las lagunas normativas en la regulación del régimen jurídico de tal cargo, no implica que quepa una identificación entre ambos. La falta de equiparación entre tales cometidos resulta con evidencia de la STS de 20 de enero de 1935, cuando indica que “los contadores no necesitan, en general, la concurrencia de los albaceas para la práctica de la partición”. Así la función característica del contador es llevar a efecto la partición de la herencia del causante, mientras que las funciones del albacea son más amplias, como resulta del artículo 902 del CC, si bien no es obstáculo a que una misma persona acumule ambas cometidos con tal de que no esté interesado en la herencia. La STS de 23 de octubre de 1923 admite que pueda renunciarse uno de los cargos subsistiendo el otro.

A la deferencia entre ambos se refiere la STS de 30 de marzo de 2004 (EDJ 2004/12752) cuando señala:

“De lo que no cabe la menor duda es de que el Contador-Partidor, a diferencia del Albacea, en cuanto que éste tiene más bien una función representativa de la herencia, siendo el vigilante del cumplimiento del testamento y el que cuida de las precauciones necesarias para su conservación y custodia (arts. 901 y 902 C.c.), recibe aquél por el contrario, un encargo distinto, cual es el de distribuir la herencia entre los herederos y demás beneficiarios de ella, en virtud de un mandato especial que el testador le da confiando en sus cualidades personales, por ser un cargo de confianza, con lo que, en principio, y si su actuación no se engloba en un proceso judicial (art. 1.057 C.c. EDL 1889/1), habrá que pasar por lo que él decida, por sustituir al testador en estas labores (S.S. de esta Sala de 25-IV y 17-VI-63, 4-II-64 y 16-III-01 EDJ 2001/2308) a menos de que haya un apartamiento claro de la voluntad de aquél”.

al albaceazgo y a su normativa correspondiente (STS 22 de febrero de 1929, 5 de julio de 1947 y 21 de julio de 1986 entre otras).

B) Características del cargo

El cargo de contador partidador se configura legalmente bajo la base de las características de ser personalísimo, voluntario, temporal y esencialmente gratuito. Examinemos dichas características.

a) Personalísimo

En efecto, el mentado cargo no es delegable, salvo autorización expresa del testador (art. 909 CC). Ello no significa que el contador no pueda valerse de personas expertas para llevar a efecto las operaciones particionales típicas en concepto de auxiliares, como por ejemplo proceder al nombramiento de peritos para que realicen tasaciones de bienes. La STS de 2 de junio de 1962 (RJ 2665) señala que delegar es trasladar a otra persona la función encargada al albacea, mientras que pedir el auxilio o la cooperación de alguien es encomendarle gestiones concretas y puntuales¹⁰². Si los albaceas-contadores partidadores contratan un abogado para que haga por entero la partición, procediendo aquéllos simplemente a su firma, están delegando el cargo (STS de 20 de septiembre de 1999, RJ 6361).

Por su parte, la STS 25 de febrero de 2000 (RJ 1016), se refiere a la mentada cuestión, fijando los límites de la posibilidad de delegación:

“Esa actuación, que es perfectamente válida conforme al art. 897 del Código Civil, exige un cometido personalísimo –salvo facultad concedida expresamente para delegar, como dice el art. 909– pero esa exigencia no es absolutamente excluyente dejando en obligada soledad al contador-partidador, pues siendo operación compleja la de la partición, que puede rebasar los conocimientos y posibilidades del

¹⁰²No es delegar contar con el auxilio técnico del Notario (RDGRN 2 de julio y 18 de octubre de 1929).

contador hasta requerir el auxilio material o jurídico de otros, al recabar esa ayuda no necesita de la autorización del testador para delegar ni contraviene la naturaleza personalísima del cargo –que nunca quiso decir que personalmente haya de realizar el contador todos y cada uno de los actos que van a conducir a su meta final de realizar la partición encomendada– como han dispuesto las sentencias de 5 de octubre de 1900 y 2 de junio de 1962 (RJ 1962\2665) y la doctrina más autorizada, siempre que asuma la responsabilidad de lo realizado por sus auxiliares y que definitiva e independientemente manifieste, exprese y solemnemente, su voluntad de tener por hecha la partición que, de su propio hacer auxiliado, resulte”.

b) Temporal

Otra de las características inherentes a la institución es su carácter temporal. El contador no puede ejecutar el mandato conferido sin limitación de clase alguna¹⁰³. Su cometido deberá realizarlo en un plazo concreto, concluyendo las operaciones particionales en el señalado por el testador¹⁰⁴. La ley gallega no contiene precepto alguno al respecto, salvo con relación al cónyuge viudo en el art. 284 LDC, por lo que habrá de adoptarse la misma solución dada para el Código Civil, es decir la aplicación supletoria de las normas del albaceazgo (arts. 904 y ss.).

Se plantea la cuestión relativa al “dies a quo” del cómputo del plazo para practicar las operaciones particionales. En el régimen codificado parece que, a tenor del art. 904 del CC, se iniciará a partir de la acep-

103En este sentido, la STS de 20 de febrero de 1993 (RJ 1004) señala que las funciones de los ejecutores testamentarios: “no les son concedidas para que meramente las ostenten, sino para que las utilicen y cumplan con su correspondiente, adecuado y diligente ejercicio”.

104La RDGRN de 22 de diciembre de 2004 (EDD 2004/225010) declara bien denegada la inscripción dado que: “señalado por la testadora para la realización de la partición el plazo de dos años a partir de su fallecimiento y habiendo transcurrido con exceso dicho plazo, la contadora-partidora carece de facultades”.

tación, sin fijarse plazo para que el contador acepte el cargo, lo que fue criticado por la STS de 23 de noviembre de 1974 (RJ 4445), pues dicho criterio legal, literalmente interpretado, vendría a dejar a merced del contador “la prolongación excesiva de un plazo que la ley quiere que sea cierto y perfectamente definido en su inicio”. Por ello parece más justa la solución que viene a aceptar la STS de 17 de diciembre de 1988, que lo computa a partir del conocimiento por parte del contador partidario de su designación, evitándose de esta forma que quede a su arbitrio el comienzo del mismo, bastando, para evitar tan indeseable situación, que los herederos le notificasen fehacientemente su nombramiento con el fin de que comenzase a correr dicho plazo, criterio que, por otra parte, fue el seguido por las RDGRN de 12 de abril de 1951 y 11 de octubre de 1998. Si bien, como es lógico, en ausencia de prueba en contrario, habrá de estarse a la manifestación del contador-partidario relativa a la data en que tuvo conocimiento de su designación.

Es por ello, de aplaudir, que la Ley 2/2006 aborde expresamente tal cuestión, y lo haga además de forma razonable. Así los contadores “*so actuarán por requerimento de cualquiera partícipe na comunidade hereditaria, excepto cando o testador impuxese expresamente a súa intervención*” (art. 288.1), y, por su parte, conforme al art. 290 el cargo “*entenderase renunciado se dentro dos dez días hábiles seguintes ao requirimento dos herdeiros non fose aceptado expresamente*”. Con lo cual el “días a quo” hay que entender se iniciará a partir de la aceptación expresa del cargo por el contador designado (art. 904 del CC), y que para que ello no quede al arbitrio del mismo, cualquier partícipe en la herencia podrá requerirle para que se manifieste al respecto, en el plazo de diez días, transcurrido el cual se entenderá que renuncia al cargo. No obstante, es de criticar que el art. 290 se refiera a los coherederos

como sujetos activos de dicho requerimiento, en vez de hacerlo a los partícipes en la comunidad hereditaria como con mayor acierto hace el art. 288.

Las funciones del contador partidor se agotan con la práctica de las operaciones particionales y su correspondiente protocolización, extinguiéndose en tal momento el interés legítimo que le vinculaba a la partición, siendo sustituido por el de los herederos adjudicatarios, por todo ello no tiene que ser llamado al proceso judicial de impugnación de la partición, así lo entiendo la STS 15 de julio de 1988, en similar sentido la STS de 20 de octubre de 1952.

c) Gratuito

Se discute el carácter gratuito del cargo, aunque ello es así con carácter general con fundamento en el artículo 908 del CC, se ha sostenido también su carácter retribuido. No ofrece duda que lo tendrá en el caso de que así lo hubiera dispuesto el testador (STS 31 de mayo de 1955).

El Tribunal Supremo a la hora de determinar cuáles son los requisitos precisos para que el contador pueda cobrar honorarios por los trabajos realizados, precisa que es necesario para ello que su designación provenga, además de la confianza del testador en la persona designada, por su pericia, basada en un título profesional o en su práctica, que constituyan su ocupación habitual (STS 14 de enero de 1913, 8 de febrero de 1940, 23 de mayo de 1958 etc.). Cuando con tal carácter sea designado un notario tendrá derecho a cobrar honorarios y aranceles por su intervención (STS 8 de febrero de 1940, RJ 94).

Por entender que la designación respondía a la relación de confianza con el testador derivada del vínculo de parentesco existente con

el mismo y no por su cualificación profesional como abogado, en la sentencia de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 15 de febrero de 2002 (EDJ 2002/19304), se negó el derecho del contador a cobrar honorarios, razonándose al respecto:

“La cuestión más importante se centra, entonces, en los honorarios profesionales que como letrado reclama por su trabajo particional. Al margen de otros temas, aquí hemos de dar la razón a los demandados, en el sentido de que, estando equiparados los contadores-partidores testamentarios a los albaceas (más que a los mandatarios), se trata de un cargo voluntario y, en principio, gratuito (arts. 898 y 908 del Código Civil EDL 1889/1 q), resultando de la doctrina y jurisprudencia (así las STS de 24-2-1905, 14-1-1913, 8-2-1940 y 23-5-1958) que cuando el testador ha hecho la designación basándose en la confianza y no en la titulación profesional (congruente con ese tipo de trabajo), el albacea (en nuestro caso el contador-partidor) no devengará honorarios, salvo que así lo haya dispuesto el testador o el reintegro de gastos. En el caso enjuiciado, el demandante ciertamente es abogado, pero también sobrino del testador y primo de los demandados y del resto de los sucesores y de este parentesco y del contenido del testamento resulta haber sido designado precisamente por razón de su condición de familiar y las relaciones de confianza y no como profesional. Prueba de ello es que en el testamento ni siquiera se le nombra contador-partidor único ni en unión de otro letrado ajeno a la familia sino solidariamente con otro pariente (médico)”.

Ahora bien, su derecho de cobro se haya subordinado a que la partición realizada revista condiciones de validez, pues como afirma la STS de 11 de junio de 1930: “no basta realizar un trabajo para tener derecho perfecto a su remuneración, sino que es preciso que la obra realizada reúna las condiciones que permitan utilizarla debidamente”, de modo que si la realizada por el contador ha sido declarada nula, y ello proviene de su manifiesta temeridad y mala fe, extralimitándose en sus

funciones, es evidente que no existe obligación de satisfacer honorarios (STS de 29 de mayo de 1965).

d) Voluntario

Por último, es un cargo voluntario, no obligado, siendo libre el contador de aceptarlo o no. La aceptación ha de ser expresa. Y de no exteriorizarse la misma, en el plazo de diez de días desde el requerimiento practicado, se entenderá a todos los efectos legales renunciado el cargo, como resulta del precitado art. 290 LDC.

C) Elementos formales

Conforme al artículo 1057 del CC el nombramiento puede ser hecho por actos inter vivos o mortis causa. Se discute no obstante si es factible la designación de contador en documento privado. Así lo admite cierto sector de la doctrina (ALBALADEJO, DÍAZ ALABART, ESCORIAZA¹⁰⁵), mientras que otros por el contrario (MANRESA, SÁNCHEZ ROMÁN) consideran imprescindible el documento público apoyándose en el art. 1280.5º CC, por analogía con el mandato o poder¹⁰⁶.

No obstante, tal cuestión ha quedado zanjada en el Derecho gallego, pues la LDC 2/2006 exige la designación en testamento o escritura notarial, no siendo por tanto válido el que se lleve a efecto en documento privado (art. 283). Expresándose, además, tal precepto, con mayor

105 Dentro de la doctrina ALBALADEJO Y DÍAZ ALABART, en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T XIV, vol 2º (1989), págs. 190 y 191 y ESCORIAZA: "La figura del comisario contador partidor en la legislación española", en Boletín Informativo del Ministerio de Justicia (1994), págs. 4342 y 4343) los cuales admiten la designación del contador con libertad de forma, por consiguiente en documento privado, siempre que no ofrezca duda que contiene la voluntad exteriorizada del testador.

106 MANRESA: "Comentarios al Código Civil español", T VII (1903), pág. 614 y SÁNCHEZ ROMÁN: "Estudios de Derecho Civil, T VI, Vol 3º (1910), págs. 1995 y 1996.

precisión, que su antecedente normativo constituido por el art. 159 de la LDC de 1995, que hablaba de documento público, a los efectos de evitar la discusión doctrinal que había surgido sobre la interpretación de tal precepto, que ha quedado definitivamente aclarada, al exigirse que el documento público sea una escritura notarial, sin que valga, pues, el efectuado en un documento administrativo o judicial.

La Ley ya no señala que el nombramiento del cónyuge como contador se realice en capitulaciones matrimoniales o en testamento mancomunado (art. 159.2 Ley 1995).

En cuanto al cuaderno particional elaborado por el contador rige el principio de libertad de forma, ahora bien para la inscripción de la adjudicación de bienes en el Registro de la Propiedad se requiere su constancia en escritura pública o la protocolización del documento privado en el que figuren, conforme al art. 80.1 a) del RH, siendo indiscutible el derecho de los interesados en tales bienes a exigir se cumplan tales requisitos formales a los mentados efectos.

D) Requisitos para desempeñar el cargo

En cuanto a la capacidad para ser nombrado contador partididor habrá que acudir a lo normado en el art. 893 del CC, conforme al cual “*No podrá ser albacea el que no tenga capacidad para obligarse. El menor no podrá serlo, ni aún con la autorización del padre o tutor*”, en definitiva se deberá contar con la plena capacidad civil que se adquiere con la mayoría de edad¹⁰⁷.

107La RDGRN de 17 de marzo de 1930 (RJ 1822), admitió la validez de la partición llevada a efecto por contador que era analfabeto, cuya bases y circunstancias quedaron aseguradas a través de la lectura llevada a cabo por Notario.

No pueden ser designados como tales los coherederos por el interés directo que tienen en la partición, salvo que el heredero hubiera renunciado pura y simplemente a la herencia¹⁰⁸. Caso específico fue el resuelto por la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1962 (RJ 2753), en el que el heredero designado contador, en primer término aceptó la herencia, y posteriormente la renunció en beneficio de otro coheredero, ante lo cual se consideró por dicho Alto Tribunal que era portador de una preferencia exteriorizada por un copartícipe en la herencia, que lo inhabilitaba para desempeño de dicho cometido..

En cuanto al legatario de parte alícuota, a pesar de que RDGRN de 30 de junio de 1956 consideró que el mismo no está excluido de la posibilidad de ejercer tal cargo, al no hallarse expresamente nominado en el artículo 1057 del CC, que habla exclusivamente de coheredero, debiendo ser las prohibiciones interpretadas restrictivamente, sin embargo su indiscutible interés en la partición le hace inhábil para desempeñar la función de contador, y así resulta del artículo 283 de la LDC, que excluye de tal función a quien sea partícipe en la herencia y desde luego lo es tal legatario¹⁰⁹.

De igual forma, le excluye expresamente de la posibilidad de ser contador partidor la Ley 341 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, al normar que: *“No pueden ser contadores-partidores el heredero, el legatario de parte alícuota, el cónyuge viudo o el miembro*

108En este sentido, las SSTS de 13 de junio de 1898 y 18 d mayo de 1962 (RJ 2573).

109En este sentido RIVAS MARTÍNEZ: Op. cit. supra, pág. 1367, cuando señala que “parece evidente que la prohibición del art. 1057 debe afectar al legatario de parte alícuota, pues la misma contraposición de intereses se da en esta figura y en la de heredero, concurriendo en ambos casos la misma razón justificativa”. En igual sentido, PUIG BRUTAU: Op. cit. supra, págs. 412 y 413 o GONZÁLEZ GARCÍA: Op. cit. supra, pág. 509.

sobreviviente de pareja estable por Ley". Ni tampoco lo podrá ser, salvo excepciones, en el régimen de derecho civil propio de Cataluña, como se deduce de lo normado en el art. 56 II del Código de Sucesiones por causa de muerte de 30 de diciembre de 1991, que establece al respecto: "*Las funciones específicas de contador partidor no podrán ser atribuidas a ningún heredero o ningún legatario de parte alícuota, salvo que este último sea un ascendiente de todos los herederos o sea aceptado en documento público por todos cuantos tienen interés en la herencia*".

Con respecto al legatario de usufructo de parte alícuota, la cuestión es doctrinalmente discutida en el ámbito del derecho común, existiendo al respecto posiciones contrarias. Así entiende que se halla capacitado para partir TORRES LANA¹¹⁰, por considerar que se trata de un llamamiento a título singular, careciendo de interés directo en el haber hereditario, y en contra ALBALADEJO¹¹¹, que considera concurrente tal interés, que radicaría en conseguir una mayor parte que usufructuar.

En la regulación del Código Civil plantea problemas la designación como contador partidor del cónyuge viudo, dada su discutida condición de heredero¹¹², no obstante el art. 284 LDC, admite expresamente tal posibilidad, si bien bajos los condicionantes siguientes:

110TORRES LANA: "La partición por comisario", Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca (1983), págs. 108 y 109.

111ALBALADEJO:

112No obstante lo cual, particular es la posición sostenida al respecto por CASTÁN (Derecho Civil Español, op cit supra, pág. 221) y MANRESA (Comentarios al Código Civil español, T VII, 1943, pág 645) que consideran que el cónyuge viudo no podría ser contador cuando fueran coherederos ascendientes, colaterales o hijos de otro matrimonio del causante por la posible colisión de intereses con los mismos, pero no sería así cuando los coherederos son los hijos comunes, dado que, en tales casos, por el indiscutible cariño y afecto que les dispensa su parcialidad pierde sentido, así como su intención de perjudicarles.

A) Que el causante sólo hubiera asignado al cónyuge viudo el usufructo universal, sin perjuicio de otras facultades que pudiera atribuirle.

B) Que salvo dispensa expresa del testador, sólo podrá desempeñar tal función mientras permanezca viudo, y dentro del plazo fijado por el causante. Si bien, en ausencia del mismo, podrá realizar la partición mientras viva.

No ofrece duda que puede ser contador-partidor el notario autorizante, pues así lo dispone expresamente el artículo 139 IV del Reglamento Notarial, y lo admitió el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de mayo de 1954.

E) Forma de designación y su régimen jurídico

Según dispone el art. 285 de la Ley 2/2006 “*A designación dos contadores-partidores poderase efectuar mancomunada, sucesiva o solidariamente*”.

A pesar de que el mentado precepto se exprese en plural refiriéndose a contadores partidores, no significa que el testador no puede nombrar a un contador único para que lleve a efecto las operaciones particionales. El precitado artículo se limita, pues, a regular la forma de intervención de los contadores en el caso de que fueran varios los designados, supuesto en el que podrán actuar, bajo un régimen sucesivo, a través de un orden jerárquico de preferencia fijado por el causante, o de manera conjunta, y, en este último supuesto, bajo régimen mancomunado o solidario.

Ahora bien, la solidaridad deberá de ser expresa, no se presumirá, siendo la regla general la mancomunidad. Así resulta con claridad de lo

establecido en el art. 286, cuando señala: “*De non se establecer expresamente a solidaridade nin se fixar unha orde sucesiva entre os contadores-partidores, entenderanse nomeados mancomunadamente*”.

ALBALADEJO GARCÍA señala que el término expresa o expresamente utilizado en los textos legales para considerar aplicable el régimen jurídico de la solidaridad significa que “no haya de ser presunta o que en la declaración de que se trate, la voluntad que sea conste efectiva o realmente (de verdad sin género de duda) o de una manera clara o manifiesta o cierta o evidente o que la declaración (para el punto que se pide sea expresa) contenga especificado el extremo de que se trate o lo manifieste expresamente”¹¹³.

En definitiva, deberá ser una designación clara, patente, específica. No creemos que al exigir la Ley que se realice en testamento o en escritura pública (art. 283), que salvo la forma ológrafa o cerrada de aquél, poco corrientes, determinará la intervención directa del Notario en la expresión de la voluntad del causante, permita nombramientos de tal naturaleza, que resulten jurídicamente dudosos o generen dudas interpretativas, debiendo velar de que ello no sea así el fedatario público.

El régimen jurídico de la mancomunidad o solidaridad en esta materia no coincide exactamente con el propio de las obligaciones. De la lectura del art. 287.2, que admite que, en el caso, de renuncia, fallecimiento o incapacidad de unos o varios de los contadores partidores mancomunados valga la partija realizada al menos por dos de ellos, y de la dicción legal del art. 289.2º, para el caso de contadores solidarios, que otorga validez a la efectuada por el contador único, permite esta-

113 ALBALADEJO GARCÍA: “Derecho Civil, T I, Introducción y Parte General, Vol II. La relación, las cosas y los hechos jurídicos” (1996), pág 166.

blecer que la diferencia, entre ambas formas de nombramiento, procede de que, en el caso de la mancomunidad, el testador siempre quiere una intervención plural como ineludible para la práctica de las operaciones particionales, careciendo de eficacia la llevada a efecto por uno sólo de ellos, salvo autorización expresa de los demás; mientras que, en el segundo, valdría la practicada por uno solo de los contadores de tal manera designado. Ahora bien, cuando dos o más contadores solidarios acepten el cargo actuarán conjuntamente bajo el régimen de la mancomunidad (art. 288.2).

No obstante, distinta solución, a la adoptada por la Ley gallega, es la seguida por la jurisprudencia que, en los casos de premorencia, incapacidad, excusa, renuncia, o remoción de algún albacea se producirá la concentración de funciones en los que queden, incluso, cuando sea uno solo, siendo expresión de tal doctrina la STS de 2 de diciembre de 1991 (EDJ 1991/11408) que señala al respecto:

“De la lectura de las cláusulas testamentarias se desprende que el albaceazgo se constituyó por D. Manuel si aclarar de modo específico que hubiera de funcionar con carácter mancomunado, sucesivo o solidario, de tal manera que la aplicación de los arts. 895 y 897 del Código Civil parece lógica al establecer que “cuando los albaceas fueren mancomunados, sólo valora lo que todos hagan de consumo, o lo que haga uno de ellos legalmente autorizado por los demás, o lo que, en caso de disidencia, acuerde el mayor número”; pero en el caso que nos ocupa, nombrados dos albaceas, tal como señala la Sentencia de 24 de mayo de 1954, “no puede equipararse el caso de disidencia que determina la cesación del albaceazgo con el de incapacidad de uno de los designados” y como tampoco aparece clara la voluntad del testador en cuanto a la prevalencia y necesidad de su concurrencia conjunta sobre la efectividad de la actuación del órgano, ha de aplicarse la jurisprudencia de esta Sala en orden a que en los supuestos

de premoriencia, incapacidad, excusa, renuncia o remoción de algún albacea se producirá el fenómeno de la concentración de las funciones en los albaceas que queden, incluso aunque quede uno sólo, según doctrina asumida ya por Sentencias de 14 de mayo de 1891, 27 de septiembre de 1895 y 24 de mayo de 1954, lo que originó que la de 23 de noviembre de 1974 declarase que “la recta interpretación del art. 895 aconseja entender que la mayoría o unanimidad a que se refiere es la que se exterioriza solamente por los supervivientes que sean capaces, no tengan incompatibilidad, hayan aceptado el cargo y quieran desempeñarlo, ya que la contraria exégesis vendría a dejar supeditada la pervivencia del órgano a las imprevisibles contingencias de que todos los designados habrían de sobrevivir al testador, habrían de conservar su capacidad para desempeñar el cargo, no habrían de incurrir en ninguna causa de incompatibilidad o remoción y habrían de querer ejercerlo; contingencias todas ellas que en muy pocos casos se podrían producir, con lo que se privaría de seguridad jurídica a una institución nacida precisamente para procurar ésta”, todo lo cual coincide con los antecedentes históricos (Partidas y Proyecto de 1851), la Resolución de la Dirección General de los Registros de 12 de julio de 1917 (que contempla el acrecimiento de facultades a los que continúen, como para las retribuciones establece el párrafo segundo del art. 908) y plasma en la Sentencia de 27 de septiembre de 1985, conforme al cual la renuncia de uno o más albaceas mancomunados no impide que continúe el albaceazgo, aunque quede un solo albacea; y en nada empece la anterior doctrina el que, según las Sentencias de esta Sala que cita la Audiencia, los supuestos de incapacidad sobrevenida se considerasen como de remoción del albacea, pues éste termina su cargo en todos los supuestos que contempla el art. 1.910 (que tampoco contiene un *numerus clausus*) y dentro de la “imposibilidad” han de incardinarse la enfermedad y la senectud con pérdida de las facultades intelectuales, lo que no impide necesariamente que el otro albacea pueda ejercitar su cargo, teniendo en cuenta la confianza que en él depositó el testador, y esto obliga, en cada caso a examinar cuál fuere la voluntad del mismo, pues, como señala la ya citada Sentencia de 23 de noviembre

de 1974, “el trasplante al derecho sucesorio de los institutos de la mancomunidad simple y la solidaria, que tan perfecto encaje encuentra en el derecho de obligaciones, tenía que producir desafortunadas consecuencias en la práctica, si la doctrina científica y la jurisprudencia no se hubieran cuidado de paliarlas, porque bien se comprende que nada tienen que ver la mancomunidad simple y la solidaria que se predicán de una obligación o de un crédito, con esas mismas calificaciones atribuidas a unos albaceas, que no pueden asimilarse a conjunto de obligaciones o créditos, sino simplemente a cargos o mandatos especiales post mortem”.

La actuación de los contadores exige el requerimiento de los partícipes en la herencia, salvo disposición testamentaria que la impusiese, y se deberá realizar a todos los designados, aún cuando fueran solidarios, como resulta de lo normado en el art. 288.2, que dispone al respecto:

“1 Os contadores-partidores só actuarán por requirimento de calquera partícipe na comunidade hereditaria, excepto cando o testador impuxese expresamente a súa intervención.

2. O requirimento deberáselles facer a todos os contadores-partidores, aínda que sexan solidarios. Os que acepten deberán actuar conxuntamente, consonte as regras aplicables aos contadores-partidores mancomunados”.

En el caso de que los contadores partidores fueran nombrados sucesivamente no actuarán de forma conjunta, como en el caso de la mancomunidad o solidaridad, sino sucesivamente, respetando el orden que, a tal efecto, hubiera señalado el testador, y bajo las reglas que el mismo haya querido fijar sobre el llamamiento sucesivo¹¹⁴. En el caso de no

114La STS de 19 de febrero de 1993 (RJ 996) declara la nulidad de la partición, entre otras causas, dado que la inexistencia de premoriencia, incapacidad o renuncia del primero de los

fijarse el orden de actuación se entenderá que han sido nombrados mancomunadamente como así lo dispone el art. 286.

Ahora bien, a falta de disposición expresa sobre la operatividad del nombramiento del contador sucesivo, en el supuesto de que el prioritariamente nombrado no acepte, no pueda o no cumpla con su encargo, la doctrina se muestra partidaria de aplicar lo normado en el art. 910 del CC sobre la terminación del albaceazgo: muerte, imposibilidad, renuncia, remoción o transcurso del lapso de tiempo señalado por el testador¹¹⁵. Esta posibilidad de aplicación analógica ha sido reconocida por la STS de 25 de enero de 1971 (RJA 288), por consiguiente, aún cuando el contador preferente haya comenzado su encargo, la concurrencia de alguno de estos supuestos permitirá que el orden de intervención fijado por el causante opere tomando posesión del cargo el nuevo contador.

Se ha planteado el problema de si nombrados varios contadores como titulares y uno sustituto, salvo disposición testamentaria expresa, éste deba actuar en el caso de que falte, por cualquier causa, alguno de ellos, o es necesario que no desempeñen el cargo la pluralidad de los nombrados, inclinándose la doctrina mayoritaria por ésta última solución, con el argumento del carácter subsidiario que ostenta, en estos supuestos, la forma sucesiva de designación del contador.

Por último, señalar que dado el carácter personalísimo del cargo, el contador sucesivo no tiene porqué aceptar las operaciones particionales

contadores partidores determinaba que quedara sin justificación la intervención del segundo designado.

115 TORRES LANA: "La partición por comisario", op. cit supra, pág. 119; SANCHO REBULLIDA. "Derecho de Sucesiones, T V, op cit supra, (1993) pág. 134. TAPIA CARREÑO: "La partición. Concepto y clases", en Cuadernos de Derecho Judicial. Monográfico sobre Derecho de Sucesiones. Donación (1995), pág 71, ALONSO VISO: "Comentarios . . .", op cit supra, pág. 1291.

practicadas por el designado prioritariamente, aunque razones de economía procedimental conduzcan a que lo más lógico sea la aceptación de aquéllas de puro contenido objetivo ordenadas y practicadas bajo el mandato del contador preferente.

En el caso de que los contadores fueran designados mancomunadamente, es clara la voluntad del testador de que se efectúe la partición con la intervención de, al menos, dos contadores (art. 287.2). En estos supuestos los acuerdos podrán ser adoptados por unanimidad, por mayoría o por uno o varios de ellos con autorización de los demás. Así resulta de lo normado en el art. 287.1 de LDC, que señala: “*Cando os contadores-partidores fosen mancomunados, ademais da partilla feita por todos, valerá a que faga un só deles autorizado polos demais. No caso de disidencia, será válida a que faga a mayoría deles*”. Lógicamente en la determinación de tales mayorías se computará exclusivamente el voto de los contadores que hubieran aceptado el cargo.

La autorización deberá de ser anterior a la partición. Ha de recaer en alguno de los contadores nombrados, pues en otro caso se trataría de una delegación. En cuanto a sus requisitos formales lo lógico es admitir los propios del mandato (art. 1710 CC). No es exigible la forma pública, máxime cuando las operaciones particionales no requieren la constancia en instrumento de tal clase. Parece lógico que, en el caso de ser realizadas por uno solo de ellos sin autorización de los otros, se permita la ratificación ulterior, por aplicación analógica del art. 1259 del CC relativo al falsus procurator.

En el supuesto de que los acuerdos se adopten por mayoría, ésta se computará sobre la mitad más uno de los contadores que hubieran aceptado el cargo y que, por consiguiente, les corresponde llevar a efecto la

partija conjunta. Ahora bien, el problema puede surgir en el caso de que siendo aquéllos pares no sean capaces de alcanzar una mayoría, hallándose bloqueada la partición.

Para resolver tal cuestión han surgido al respecto sendas soluciones. Una de ellas, considera que nos encontramos ante una auténtica imposibilidad de cumplir el encargo y, por tanto, acarrea la extinción de tal forma particional¹¹⁶. Tendría su apoyo en el art. 910 del CC, cuando señala que el albaceazgo termina, entre otras causas, por imposibilidad, la cual no tiene que ser física, sino también jurídica como sería el presente supuesto. Y la otra postula la intervención judicial para que decidan los órganos jurisdiccionales, especialmente cuando no se trata de una divergencia importante, la discrepancia irresoluble, que impide la consumación de la partición, mutándose, no obstante, de esta manera, la naturaleza extrajudicial de esta forma partición, por lo que nos parece más sólida jurídicamente la primera de las soluciones apuntadas, que es, en definitiva, la adoptada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en sus sentencias de 24 de mayo de 1954 (RJ 1325) y 12 de mayo de 1906, que dispusieron que en caso de empate irresoluble la partición no es válida y por lo tanto el encargo ha finalizado, salvo que se hubiera otorgado voto de calidad a alguno de los contadores, concreto supuesto contemplado en la STS de 13 de junio de 1924¹¹⁷.

116ARMERO DELGADO: Testamentos y particiones”, T I. Títulos sucesorios” (1951), pág. 510; BATISTA MONTERO-RÍOS: “Estudios sobre la ejecución testamentaria” en Revista de Derecho Privado, pág. 327 (1970); ROCA SASTRE: “ Derecho de sucesiones de T. Kipp, Vol I (1976), pág. 676; CASTRO GARCÍA: “artículo 895”, en Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia, T III, coordinado por ALBACAR (1991), pág. 916. RAMS ALBESA: “Elementos de Derecho Civil, Derecho de sucesiones”, T V (1993), pág. 339.

117Jurisprudencia Civil, Tomo 163, sentencia nº 25.

En los casos de urgencia parece lógico admitir la aplicación analógica del art. 896 del CC, según el cual “en los casos de suma urgencia podrá uno de los albaceas mancomunados practicar, bajo su responsabilidad personal, los actos que fueren necesarios, dando cuenta inmediatamente a los demás”.

En el supuesto de que los contadores hubieran sido designados de forma solidaria, ya no se impone la actuación plural de cuanto menos dos contadores, sino que se admite la que se lleve a efecto por uno solo de ellos, pues como señala el art. 289: “*será válida a partição feita por un só*”, pero siempre que concurren los siguientes requisitos que se derivan del art. 289:

A) Nombramiento expreso de los contadores solidarios, pues en otro caso opera la mancomunidad.

B) Que el contador que partió “*acredite que lles notificou fidedignamente aos demais a súa aceptación do cargo e o propósito de partir*”.

C) *Que ningún deles, dentro dos dez días hábiles seguintes á notificación, xustifique aceptar o cargo así como a súa vontade de intervenir.* Se eliminó del art. 162 de la LDC 1995, la manifestación de su voluntad en contra.

En el caso de que se hubiera comunicado el deseo de intervenir en la partición, la actuación conjunta se regirá por las normas de la mancomunidad, pero con la excepción de que también valdrá la partija realizada por el contador solidario, “*cando por morte, renuncia expresa ou incapacidade dos demais quedase como partidor único*”.

Se plantea el problema de si, en el caso de que nos hallemos ante un heredero único, bien originariamente, o como consecuencia de actos o

hechos jurídicos que lo conviertan en tal, si subsiste el nombramiento del contador y es precisa su intervención.

SÁNZ FERNÁNDEZ, en su comentario al art. 14 de la LH, sostiene que en tal caso “el nombramiento debe considerarse ineficaz, por falta de objeto, ya que el contador no tiene misión que cumplir”¹¹⁸, apoyándose en las SSTs de 31 de enero de 1903 y 31 de mayo de 1913.

En contra se expresan, entre otros, ROCA SASTRE¹¹⁹, citando al respecto las RDGRN de 28 de abril de 1945, y NÚÑEZ BOLUDA, que señala que se sigue entendiendo que en los casos de heredero único no le queda otro remedio que esperar a que el contador partidor le diga qué bienes son suyos, o esperar a que caduque el nombramiento. Esa subsistencia del cargo tiene apoyo también en el respeto que se debe a la voluntad del testador y en que, conforme al mismo testamento, el contador partidor suele tener otras atribuciones que las meras de contar y partir, tales como entregar legados y pagar deudas, haciendo las correspondientes hijuelas separadas, distintas de la del heredero, e incluso puede estar facultado expresamente para vender bienes de la herencia con cuyo importe pagar las deudas¹²⁰.

No podemos olvidar tampoco que aún a pesar de tratarse de un heredero único, no por ello, el cargo de contador queda sin contenido, pues puede liquidar la sociedad legal de gananciales del difunto con el cónyuge premuerto, entregar legados o llevar a efecto las encomiendas

118 SÁNZ FERNÁNDEZ, “Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria”, pág. 104.

119 SÁNZ FERNÁNDEZ: “Derecho Hipotecario”, Tomo III (1979), pág. 837.

120 NÚÑEZ BOLUDA: “Las facultades de los contadores partidores del art. 1057 del CC y su reforma por Ley de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996”, en Actualidad Civil, n° 43, 18-24 de noviembre de 1996.

que le fueran encargadas por el causante, según establece el art. 292.2 de la LDC.

Igualmente se ha suscitado la controvertida cuestión de si tratándose de varios herederos, éstos de común acuerdo pueden prescindir de la intervención del contador. En contra se ha expresado ROCA SASTRE¹²¹, que cita al respecto las SSTS de 1 de febrero de 1906, 18 de abril de 1928 y 30 de diciembre de 1944 y la RDGRN de 28 de abril de 1945. Para que los herederos puedan hacerla por sí solos hace falta que haya caducado el nombramiento o que renuncie el nombrado. Igualmente BOLÁS ALFONSO, que indica que si el testador no quiere conferir al cargo el carácter de imperativo puede indicarlo mediante la “cláusula de no estorbar”, de manera tal que la actuación del contador solo será precisa si fuera requerida por algún heredero¹²².

Distinta es la opinión de LACRUZ¹²³, que considera que “siendo el comisario un arbitrador impuesto por el causante a los coherederos para evitar litigios y cuestiones y, sobre, todo, la división judicial, parece claro que éstos, por acuerdo unánime, pueden eliminar su intervención. Incluso puede ocurrir que ellos deseen permanecer en indivisión”. RIVAS MARTÍNEZ entiende, por su parte, que los herederos pueden prescindir del contador partidario testamentario al igual que pueden hacer caso omiso de la partición hecha por el testador, y que los herederos pueden pactar la proindivisión, por lo que no tienen necesidad de aceptar la división impuesta por el contador¹²⁴, citando en su apoyo las

121ROCA SASTRE: Op. cit. supra, pág. 745.

122BOLÁS ALFONSO: “La partición hecha por contador-partidor. Cuestiones Prácticas”. Cuadernos de Derecho Judicial (1997), T XIX, pág 107.

123LACRUZ VERDEJO: “Derecho de Sucesiones”, op cit supra (1993), pág. 130.

124RIVAS MARTÍNEZ: Op. cit. supra (1992), pa’g. 896.

legislaciones forales de Cataluña y Navarra, que dejan sin embargo a salvo que el testador haya impuesto la intervención.

En efecto, el art. 57 del Código de Sucesiones por causa de muerte de Cataluña, norma que: *“Si el testador no ha hecho la partición ni encomendado a nadie esta facultad, los herederos la podrán practicar de común acuerdo, de la forma que tengan por conveniente, prescindiendo, incluso, de los contadores partidores nombrados por el causante, salvo que exista una disposición en contrario expresa de éste”*. Y, por su parte, ley 344 de la Compilación de Navarra establece que: *“Si el testador no hubiere establecido otra cosa, los herederos podrán proceder a la partición por acuerdo unánime prescindiendo del contador partidor”*.

Entiendo que dada la dicción normativa del art. 288.1 de la LDC, que señala que los contadores-partidores sólo actuarán por requerimiento de cualquier partícipe en la comunidad hereditaria, salvo que el testador impusiese expresamente su intervención, con la excepción, pues, de éste último supuesto, es factible que todos los herederos, por acuerdo necesariamente unánime, puedan realizar por sí solos la partición de los bienes del causante, prescindiendo del contador partidor, con lo cual no se está violando la voluntad del testador, pues si realmente quisiera imponer su intervención, como exigencia ineludible, expresamente lo pudo hacer.

Así resulta de la sentencia del Tribunal Supremo 20 de octubre de 1992 (EDJ 1992/10250), que aborda frontalmente tal cuestión, y cuyos argumentos por su interés transcribimos:

“Aunque no se trata de una cuestión doctrinalmente pacífica, pues algún autor opina en sentido contrario a lo que a continuación se expone, el más amplio sector de la doctrina sostiene el criterio de que,

salvo que el testador lo haya prohibido expresamente en su testamento, los herederos mayores de edad, que se hallen en la libre administración y disposición de sus bienes, cuando medie entre ellos un acuerdo unánime (nemine discrepante), pueden prescindir de la intervención del contador-partidor y efectuar, por sí solos, la partición del modo que tengan por conveniente, cuyo mayoritario criterio doctrinal lo comparte esta Sala, por las consideraciones siguientes:

Primero.—Si, en términos generales, y salvo supuestos excepcionales (existencia de algún interesado en la partición, que necesite de una protección especial), el nombramiento de contador-partidor se entiende hecho por el testador en beneficio de todos los herederos (para eliminar toda posible contención o litigiosidad entre ellos acerca de la forma de partir) parece evidente que si los herederos (desde luego, todos ellos mayores de edad y con la libre administración y disposición de sus bienes), por existir acuerdo unánime entre ellos (y excluida, por tanto, dicha posible litigiosidad), deciden efectuar, por sí solos, la partición, desaparece la razón justificativa de la intervención del contador-partidor.

Segundo.—Si los herederos (todos mayores de edad y con capacidad civil plena), con acuerdo unánime, pueden partir la herencia del modo que tengan por conveniente, prescindiendo de las disposiciones del testamento, según reiterada doctrina de esta Sala, que hemos expuesto en el fundamento jurídico anterior de esta resolución, es lógico que igualmente puedan hacerlo sin la intervención del contador-partidor (salvo, se repite, que el testador lo haya prohibido expresamente).

Tercero.—Este es el criterio legislativo que siguen aquellos ordenamientos forales que, en sus previsiones normativas, se han ocupado de la regulación de esta materia. Así, la Ley 344 del Fuero de Navarra (tanto en su redacción originaria, como en la coincidente en ese extremo, que luego le ha dado la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril) y el art. 57 del Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, aprobado por Ley de la Generalidad 401 1991, de 30 de diciembre (coincidente el referido artículo, en cuanto al extremo que

aquí nos ocupa, con lo que antes establecía el art. 274.2.º de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña). No parece existir razón (histórica, ni jurídica) alguna para que en el Derecho Civil común (no foral) no pueda seguirse el mismo criterio, cuando el Código Civil, que tan poca atención normativa presta a la figura del contador-partidor, no contiene ningún precepto en que expresamente lo prohíba, aparte de la debida concordancia que con el principio de igualdad de los españoles ante la ley (art. 14 de la Constitución) supone el mantenimiento de un criterio uniforme en la materia”.

La doctrina de la mentada sentencia es recogida ulteriormente por la de 22 de febrero de 1997 (EDJ 1997/498)¹²⁵, que parcialmente la transcribe, como argumento para desestimar la inviabilidad de la partición realizada prescindiendo del contador. Igualmente en este mismo sentido, y, con cita igualmente de la sentencia de 20 de octubre de 1992, se expresa la sentencia de 24 de febrero de 2006, de la sección 9ª, de la Audiencia Provincial de Madrid¹²⁶.

No vemos inconveniente en admitir dicha doctrina en Derecho gallego, dado que el art. 294 dispone que: “*Cando o testador non tivese*

125La mentada sentencia señala: “Ante las diferentes posturas doctrinales acerca de la cuestión suscitada en el motivo, la sentencia de esta Sala de 20 de octubre de 1992 EDJ 1992/10250 establece que “aunque no se trata de una cuestión doctrinalmente pacífica, pues algún autor opina en sentido contrario a lo que a continuación se expone, el más amplio sector de la doctrina sostiene el criterio de que, salvo que el testador lo haya prohibido expresamente en su testamento, los herederos mayores de edad, que se hallen en la libre disposición y administración de sus bienes, cuando medie entre ellos un acuerdo unánime (“*nemine discrepante*”), pueden prescindir de la intervención del contador-partidor y efectuar, por sí solos, la partición del modo que tengan por conveniente, cuyo criterio doctrinal lo comparte esta Sala”, exponiendo a continuación las razones que amparan esta solución; doctrina que, a sensu contrario, determina que en el presente caso no pudiera prescindirse de la intervención del contador-partidor designado por el testador dado que entre los derechos se encontraba el hoy recurrente D. Emilio entonces menor de edad, por lo que debe acogerse el motivo ante la infracción de los artículos 1057 y 1058 del Código Civil”.

126Aranzadi Civil, nº 7-8, septiembre de 2006, pág. 1197.

feita a partición, os partícipes maiores de idade, os emancipados ou os legalmente representados poderán partir a herdanza do modo que teñan por conveniente”.

F) Funciones

En cuanto a las facultades del contador, además de las encomendadas expresamente por el causante, como prevé el art. 292.2 de la ley gallega, entre las cuales podrán figurar las propias del albacea (art. 902 del CC), ya que como hemos visto ambos cargos son compatibles, son las de *“facer a partición total da herdanza”* como señala el art. 292.1, y, por consiguiente, practicando todas las operaciones precisas para la conversión de la cuota abstracta de los interesados en la herencia en bienes concretos y determinados del haber partible del causante, es decir desde el inventario hasta la adjudicación.

Comoquiera que tal encomienda es la que configura la esencia misma del cargo, la cuestión de delimitación jurídica que ahora se impone radica en determinar hasta dónde alcanza la función de partir, que en modo alguno supone la atribución al contador de facultades que le legitimen para la realización de actos dispositivos o de enajenación, debiéndose abordar, en consecuencia, la problemática que suscitan los actos que bordean los límites entre partición y disposición, para reconducirlos a sus justos contornos.

El art. 292.2 habla de que le corresponde al contador para llevar a efecto la partición total de la herencia, *“as facultades propias do cargo”*. El art. 305, regulador de la partición notarial, señala que la practicada por el contador insaculado deberá incluir: *“a entrega de legados, o pagamento das lexítimas e as demais operacións complementarias que procedan, incluída a liquidación da sociedade conxugal”*.

Analicemos pues las funciones que corresponden al contador partidario designado por el testador, cuales son:

a) Interpretativas

No ofrece duda que el contador habrá de actuar con respeto a la voluntad del causante expresada en el testamento, en tanto en cuanto la misma es la ley suprema de la sucesión, por consiguiente, podrá declararse nula la partición que contradiga dicha voluntad (STS 5 de mayo de 1962, RJ 2192; 27 de mayo de 1968, RJ 2923, 18 de mayo de 1983, RJ 2846, 2 de diciembre de 1991, RJ 8899 entre otras). En este sentido, el art. 786.1 de la LEC, en sede de partición judicial, proclama que el contador se atenderá a las reglas que el testador hubiere establecido para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, con el único límite de que “no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos”.

Esta indiscutible sujeción a la voluntad del testador no significa, sin embargo, que el contador carezca de facultades interpretativas del testamento, sino que precisamente para llevar a efecto la partición encomendada habrá de realizar tan imprescindible labor hermenéutica. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo, por ejemplo, en su sentencia de 31 de marzo de 1970 (RJ 1854), que dentro de las facultades del contador “está incluida la interpretativa de las cláusulas testamentarias, de la que siempre está investido”, y en el mismo sentido la RDGRN de 19 de septiembre de 2002 que, con cita de la de 24 de marzo de 2001, señala que: “entre las facultades de los albaceas y contadores-partidores ha de incluirse la de interpretar el testamento como presupuesto del desempeño de las funciones que le corresponden, y tal interpretación tan sólo podrá rechazarse en sede registral si resulta que claramente ha prescindido de las pautas que impone el artículo 676 del Código Civil,

al margen de la impugnación judicial de que en cualquier caso puede ser objeto “. Insistiendo en tales ideas las RDGRN de 29 de marzo de 2004 (EDD 2004/30450) y 13 de octubre de 2005 (EDD 2005/179789) proclaman igualmente que “corresponde al contador-partidor la interpretación de la voluntad del causante, así como la valoración de las donaciones realizadas y el análisis de su inoficiosidad, habiendo de pasarse por sus decisiones mientras no sean notoriamente contrarias a la ley o a lo dispuesto por el testador”.

Es cierto también que el mentado centro Directivo ha establecido, por ejemplo en resolución de 2 de diciembre de 1964, reiterada en la de 24 de marzo de 2001 (EDD 2001/11967) que: “la partición realizada por el contador partidor es válida mientras no se impugne judicialmente, de forma que sólo los Tribunales de Justicia son competentes y no los Registradores de la Propiedad para declarar la disconformidad del proceder de los contadores con lo querido por el testador”. Ahora bien, dicha doctrina hay reconducirla a sus justos términos, operando así cuando el contador no viole las disposiciones legales, atribuyéndose funciones dispositivas de la que carece¹²⁷ .

En esta función interpretativa es doctrina jurisprudencial unánime –STS. de 5 de marzo de 1944 (RJ 1944\303), 3 de febrero de 1961 (RJ 1961\311), 25 de mayo de 1971 (RJ 1971\2951), 26 de noviembre de 1974 (RJ 1974\4490), 30 de abril de 1981 (RJ 1981\1786), 8 de junio de 1982 (RJ 1982\3408), 9 de marzo de 1984 (RJ 1984\1206), 9 de junio de 1987 (RJ 1987/4049), 18 de marzo de 1991 (RJ 1991/2264), y 23 de enero de 2001 (RJ 2001/997)– que ha de concederse notoria supremacía a la voluntad real del testador (art. 675 del CC). De no hacerse

¹²⁷En este sentido RDGRN de 26 de febrero de 2003 (EDD 2003/5835).

así la partición será nula, sin que quepa invocar el principio de conservación, véase en este sentido la STS de 22 de octubre de 2002 (EDJ 2002/44018), que proclama que aquél:

“no es de aplicación cuando por el contador-partidor se han infringido las disposiciones testamentarias, que constituyen, si respetan las normas legales imperativas, la ley suprema de la sucesión, o cuando los agravios patrimoniales son tan sustanciales y enormes que de otro modo, salvo la invalidez de la partición, no se pueden enmendar. Y en el caso objeto de enjuiciamiento se ha vulnerado la voluntad testamentaria y se ha incurrido por los partidores en graves irregularidades consistentes en omisiones de bienes, valoraciones equivocadas, liquidaciones y adjudicaciones improcedentes, etc., que se describen de modo detallado en la sentencia recurrida, con relevante lesión económica para la heredera demandante, por lo que carece de base fáctica y jurídica la pretensión de que se aplique el principio de conservación de la partición”.

b) Subsana y corregir

Ha sido una cuestión doctrinal y jurisprudencial polémica la de si el contador partidor puede corregir o subsana los defectos legales en los que haya podido incurrir el testador. Se muestran favorables a ello, autores como ROCA SASTRE¹²⁸, que señala que: “el comisario, cuando las disposiciones testamentarias no se ajusten a Derecho deberá dar preferencia a la ley, pues la voluntad del testador debe estar encuadrada dentro de los cauces legales”. Igualmente DÍEZ PICAZO y GULLÓN¹²⁹, que, amparados en la cita de algunas sentencias del Tribunal Supremo, escriben: “las facultades particionales han de ejercitarse conforme a la voluntad testamentaria. El contador partidor ha de respetarla,

128ROCA SASTRE: “Estudios de Derecho Civil”, T II (1948), pág. 409.

129DÍEZ PICAZO y GULLÓN: “Sistemas de Derecho Civil”, T IV (1988), pág. 554.

pero no de un modo ciego y automático, sino ajustándose siempre a la ley, y subsanando en este sentido los defectos y omisiones del testador”. También, se manifiesta de igual forma CLEMENTE MEORO¹³⁰, y GONZÁLEZ GARCÍA¹³¹, al señalar éste último: que “puede el contador partidario, respetando siempre la voluntad del testador, corregir los errores y equivocaciones cometidos por éste (cfr, sentencias de 11 de febrero de 1952, 24 de febrero de 1968), pero no puede integrar el testamento colmando las lagunas del mismo”.

No obstante, se muestran contrarios a tal posibilidad DÍAZ ALABART¹³² y ALBALADEJO¹³³, señalando éste último que: “en puridad de principios, como su papel es dar ejecución (en lo que respecta a la distribución de bienes) a lo dispuesto por el causante, no es misión suya ni la de corregir lo mal dispuesto por éste ni la de dar cumplimiento a la ley en vez de a la voluntad del difunto cuando lo que éste ordenó es ilegal. Es decir, lo dispuesto indebidamente por el difunto padecerá de la invalidez que sea, y podrá ser atacado por quien corresponde, pero el contador no está para legalizar la situación a base de no aplicar lo que aquél estableció, sino lo que debiera haber establecido”. Desarrollando más ampliamente su tesis con posterioridad¹³⁴, insiste en tal prohibición, admitiendo únicamente la rectificación por consentimiento unánime de todos los interesados, pero entonces ésta no se basaría en el poder del

130 CLEMENTE MEORO: “Derecho de Sucesiones”, obra colectiva coordinada por CAPPILLA, LÓPEZ, ROCA, VALPUESTA Y VALLÉS (1992), pág. 635.

131 GONZÁLEZ GARCÍA: “Op. cit. supra, pág. 510.

132 DÍAZ ALABART: “Comentarios Al Código Civil y Compilaciones forales”, Tomo XIV, vol 2º (1989), pág. 263.

133 ALBALADEJO: “Derecho Civil”, Tomo V, 1º (1979), págs. 345 y 346.

134 ALBALADEJO: “Sobre si el contador-partidario puede rectificar ajustándolas a la Ley las disposiciones testamentarias que la violen”, en Anuario de Derecho Civil, Tomo XLVI, Fascículo IV, octubre-diciembre de 1993, págs. 1689 y ss.

contador, sino en el acuerdo de los herederos. Igualmente considera actuación lícita ajustar la voluntad del testador a circunstancias sobrevenidas (en el caso de que el testamento contenga una sustitución vulgar y ha muerto el instituido, cuando se dé el caso de acrecimiento, cuando no herede el fiduciario atribuir la herencia al fideicomisario, o, por ejemplo, cuando falte el fideicomisario atribuir al fiduciario definitivamente la herencia libre del fideicomiso). Y como soluciones en el caso de que el contador considere ilegal lo que debe ejecutar, propone dicho autor, la de abstenerse de partir, bien no aceptando el cargo, bien renunciado si ya lo había ocupado, considerando justa causa para ello verse obligado a cumplir disposiciones ilegales con base en el art. 899 CC, o convocar a los interesados para que, por unanimidad, resuelvan sustituir la disposición irregular por un acuerdo que no choque con la ley.

Comparte la primera de la tesis expuestas, admitiendo las facultades correctoras del contador, una línea jurisprudencial de la que podemos citar, por ejemplo, la STS de 24 de febrero de 1968 (Ref Der. 1968/149), que invoca la de 11 de febrero de 1952, según la cual el contador se haya asistido de la facultad de subsanar o corregir ciertos defectos u omisiones del testamento, señalando dicha resolución:

“... se limitaron los susodichos contadores-partidores a subsanar o corregir los defectos o transgresiones de la voluntad testamentaria que tenían ciertamente la obligación de respetar, pero como ya dijo esta Sala en la sentencia de 11 de febrero de 1952— nunca de un modo ciego y automático, sino ajustándose siempre a lo dispuesto en la Ley y subsanando en este sentido los defectos u omisiones de aquella”¹³⁵.

135 En la mentada sentencia se señalaba también: “ni pudiendo tampoco estimarse que signifique apartamiento de la ley particular de la partición el hecho de que se excluyesen bienes de que el testador había dispuesto después del otorgamiento de su última voluntad, o se distribuyesen con la misma proporción ordenada, saldos de cuentas y valores mobiliarios de que el causante no había hecho atribución concreta o incluso se, incluyesen como bienes

No obstante, como establece la RDGRN de 1 de diciembre de 1984 (RJ 6511), si bien el Contador-Partidor tiene la obligación de interpretar la voluntad testamentaria sin embargo no la tiene para declarar por sí su nulidad o ineficacia total o parcial, cuestión que corresponde a los Tribunales de Justicia a solicitud de los herederos que procedan a su impugnación.

En este sentido, la STS de 18 de julio de 1988 (RJ 6388), tras declarar, como no podía ser de otra forma, que ha de estarse al contenido de la voluntad del testador, lo hace con las limitaciones de: “a) No perjudicar legítimas estrictas; y b) No disponer más que dentro del ámbito de su propio patrimonio”.

Por su parte, la RDGRN de 23 de abril de 2005 (EDD 2005/68144) señala que:

“el contador deberá efectuar la partición ajustándose al testamento en la medida en que este resulte respetuoso con las disposiciones legales imperativas que han de regir la sucesión; se evitará así que la partición resulte viciada y no pueda acceder al Registro de la Propiedad (cfr. arts. 763, 815, 817, 1068 del Código Civil y 18 de la Ley Hipotecaria, así como la sentencia del Tribunal Supremo del 22 de octubre de 2002 (EDJ 2002/44018)”.

Nos mostramos partidarios de la atribución al contador de dichas posibilidades correctoras, ahora bien lógicamente dentro del campo propio de las funciones que le corresponden, que no son otras que las de partir la herencia del causante, careciendo por lo tanto de facultades

gananciales del primer matrimonio, dos casas sitas en la ciudad de Cartagena –al margen por completo de su valor económico que no había mencionado dicho testador, pero que según resultó de la inscripción existente en el Registro de la Propiedad, fueron adquiridas a título oneroso vigente al primer matrimonio quedando por tanto incursas en la catalogación de ganancialidad del número primero del artículo 1401 del Código Civil . . .”.

dispositivas, y, por ende, sin posibilidad de clase alguna para considerar una desheredación como injusta, entender nulo por insania mental un testamento que revoca otro anterior, o reputarlo ineficaz por entender que había sido dolosamente captada la voluntad del causante, lo que excede de forma manifiesta de sus atribuciones de partir, asumiendo pronunciamientos exclusivamente jurisdiccionales, subordinados además al ejercicio de acciones judiciales, que sólo competen a los interesados en la herencia.

Ahora bien, si de los títulos aportados resulta que existen bienes que no son del testador por haber dispuesto de ellos con posterioridad al otorgamiento del testamento, o si incluye como propios bienes que resulta, con notoria evidencia, que no le pertenecen, si de forma manifiesta se lesionan las legítimas, no consideramos que, en tal caso, el contador quede vinculado a dichas disposiciones testamentarias, practicando una partición contraria a la legalidad sucesoria, sin perjuicio claro está de las posibilidades de impugnación que, al respecto, siempre podrán ejercitar las partes afectadas, de considerar ilegítima la actuación del contador, contando, esta tesis, hoy en día, con su apoyo en el art. 786.1 de la LEC, que obliga al contador judicial a practicar la partición con sujeción a las disposiciones del causante, pero con respeto a las legítimas de los herederos forzosos.

Es cierto que, de proceder de tal forma, se puede invertir la iniciativa en el ejercicio de las acciones judiciales, pues de tener que ser demandado el favorecido por el testamento corregido por el contador, tendría que ocupar ahora la posición activa de demandante; mas, una vez formalizado procesalmente el litigio, dicho argumento no desencadenaría, por sí solo, un pronunciamiento judicial de nulidad, como igualmente sería difícilmente explicable anular una partición, cuando transcurridos

años, se comprueba por los tribunales que la actuación del contador, corrigiendo o subsanando, ha sido escrupulosamente respetuosa con la legalidad sucesoria, en contraste con la ilegítima voluntad testamentaria que, por el contrario, la viola.

En el sentido que venimos defendiendo, no podemos sino considerar manifiesto exceso de las funciones del contador partidor el caso que fue resuelto por la RDGRN de 31 de marzo de 2005 (EDD 2005/40378), en la que en la escritura de liquidación y adjudicación de la herencia, otorgada únicamente por el contador partidor, éste adjudicó, en pago de sus legítimas a los cuatro hijos desheredados por el testador, determinados bienes inmuebles del caudal relicto, justificando dicha adjudicación en el uso de las facultades interpretativas inherentes a su cargo, dada “la dificultad de probar la certeza de la causa de la desheredación si los desheredados la negaren, a la vista de lo dispuesto en los arts. 850 y 851 del Código Civil”. En la presente resolución el mentado Centro Directivo, tras admitir que el contador tiene facultades para subsanar y corregir los defectos del testamento, fija los límites de tal función de la forma siguiente:

“Y si bien es cierto que en esa tarea puede subsanar y corregir ciertos defectos del testamento (vid, Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1952 o 24 de febrero de 1968 EDJ 1968/149), lo que no puede es atribuirse funciones decisorias que son privativas del testador como la de desheredar o revocar disposiciones testamentarias ni, en general, declarar por sí mismo su ineficacia total o parcial, cuestión que corresponde a los Tribunales de justicia a solicitud de los herederos –o legitimarios– que procedan a su impugnación (cfr. la Resolución de 1 de diciembre de 1984, EDD 1984/6889)”

O el abordado por la RDGRN de 9 de abril de 2003 (EDD 2003/5835), en la que el contador partidor, con manifiesto exceso de facultades, con-

sideró ineficaz un legado dispuesto por la testadora, prescindiendo del mismo a la hora de adjudicar los bienes de la herencia

c) Realizar el inventario

No ofrece duda tal facultad típicamente particional, para la cual recibirá la información necesaria de los herederos y se le pondrán de manifiesto los papeles y documentos del causante. La Ley 2/2006 precisa al respecto, en su art. 291, que: “*O contador-partidor poderá realizar o inventario por sí só, aínda, cando existan persoas suxeitas á patria potestade, tutela o curatela*”.

El mentado precepto elimina una de las exigencias contenidas en el art. 1057 III del CC, en su redacción dada por la LO 1/1996, de 15 de enero, como medida de protección en el caso de que la herencia se hallasen interesados menores no emancipados, incapaces o pródigos, cual es que el contador realizase el inventario con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas y cuya vulneración había dado lugar a sendas líneas jurisprudenciales. Una radical, que sobre la base de la violación del art. 4 del CC (actual art. 6.3) y del carácter imperativo que se atribuía a dicha norma, entendía que la partición adolecía de una nulidad absoluta (SSTS 26 de noviembre de 1955, RJ 3588 y 15 de octubre de 1973, RJ 3557) y otra ulterior, que consideramos más certera, que se inclina por la declaración de nulidad relativa a instancia de las personas afectadas por la ausencia de citación (SSTS 28 de junio de 1986, RJ 4621 y 17 de diciembre de 1988¹³⁶). Cuestión que, en cualquier caso, no se planteará en el derecho civil propio de Galicia, habida cuenta que el contador partidor se halla eximido de tal citación.

¹³⁶Puede verse el comentario a dicha sentencia de DOMÍNGUEZ LUELMO, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 19 (1989), págs. 55 a 64, que aplaude éste último criterio jurisprudencial.

d) Determinación de las disposiciones colacionables y fijación de las legítimas

El contador debe considerar, a la hora de proceder a la liquidación del caudal hereditario, los bienes del causante que hayan de ser objeto de colación como dispone el art. 1035 del CC, que señala que *“el heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación, u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición”*. Este contar en la parte, que requiere la incorporación ficticia del “donatum” al caudal relicto del causante, recibe el nombre de colación.

Los bienes colacionables han de ser, por lo tanto, tenidos en cuenta por el contador a los efectos de determinar las legítimas¹³⁷. Tanto la

137La STS 19 de julio de 1982 (RJ 4256) se refiere a la colación de bienes, señalando que: “la colación de bienes, como operación previa a la partición de herencia, definida en el art. 1035 del C. Civ. 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 art. 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 relicto; 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 art. 1036 del mismo C. Civ.; 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. 1047 y 1048), pero esencial en la imputación para fijación de las legítimas (arts. 820 y 821)”.

DGRN, en su resolución de 9 de marzo de 1927¹³⁸, como el Tribunal Supremo (SSTS 15 de julio de 1943 y 30 de marzo de 1949, RJ 933) han venido considerando como acto particional del contador la determinación de las donaciones colacionables. En esta tarea el contador habrá de actuar con sujeción a las disposiciones de la Ley¹³⁹ y en sede de derecho común a la voluntad del testador, que podrá dispensar de tal obligación a alguno o algunos de los donatarios (art. 1036 del CC), salvo que las donaciones fueran inoficiosas o violasen las legítimas (art.1036 y 1037)¹⁴⁰.

138La mentada RDGRN de 9 de marzo de 1927 habla del “indiscutible carácter particional de la fijación de legítimas”.

139En este sentido, habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en la Ley 332 de la Compilación de Navarra, art. 47 de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón, los arts. 32, 355 y 359 del Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, art 62 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco.

140La STS de 21 de abril de 1997 (RJ 3248) señala, al alegarse la infracción del art. 818 del CC como motivo de casación, que: Este precepto viene a operar en forma de computación del haber hereditario, estableciendo las bases para la determinación de la legítima, a cuyo efecto, al ser esta parte alícuota de la masa hereditaria, es preciso fijar mediante la correspondiente prueba el líquido de la misma, que resulta de la diferencia entre el activo (suma del valor de los bienes de causante al tiempo de su fallecimiento) y el pasivo (deudas y cargas del testador hasta el momento de su muerte). El valor líquido así obtenido no es el que sirve de base a la legítima, ya que ha de agregarse a aquél, tratándose de relaciones entre herederos, como es el supuesto de autos, el importe de las donaciones de naturaleza colacionable, que refiere el artículo 1035 del Código Civil –colación en sentido estricto– y en cuanto al valor que tenían al tiempo de realizarse el acto de liberalidad (artículo 1045). Resulta que la donación ha de resultar inoficiosa, si atenta a la legítima, al perjudicarla, causando su minoración, en atención a los artículos 636 y 654 del Código Civil, y solamente puede subsistir si respeta dicha cuota hereditaria forzosa por tener cabida en la de libre disposición. No se genera entonces suplemento de la legítima, al no resultar perjudicado el heredero forzoso en dicha porción legal y no tiene lugar la imputación cuando en el artículo 1037 se establece que la colación no procede, si el testador así lo dispone, salvo el supuesto de inoficiosidad. Lo que hay que entender es que entonces no se imputarán las donaciones en la legítima, pero no que se prescinda de aquéllas en el inventario general de los bienes del causante para imputarlas donde resultase preciso (Sentencia de 16 junio 1962 [RJ 1962\2815]).”

En este sentido, las resoluciones de dicho centro directivo de 29 de marzo de 2004 (EDD 2004/30450) y 13 de octubre de 2005 (EDD 2005/179789) proclaman que corresponde al contador-partidor la “valoración de las donaciones realizadas y el análisis de su inoficiosidad”.

La nueva Ley 2/2006 regula la materia los arts. 244 y ss. Conforme al primero de dichos preceptos: “*Para fixar a lexítima, o haber hereditario do causante determinarase consonte a seguintes regras: 2ª) Engadirase o valor dos bens transmitidos polo causante a título lucra-*

Por su parte, la STS de 17 de marzo de 1989 (RJ 2161) interpretando lo normado en el art. 1037 del CC, que señala que no se entiende sujeto a colocación lo dejado en testamento si el testador no dispusiere lo contrario, quedando en todo caso a salvo las legítimas”, estableció que: “Así pues, moviéndonos específicamente dentro de la colación, ya hemos visto que el art. 1035 del Código Civil se refiere a que el heredero, para que tenga la obligación de colacionar, ha de haber recibido bienes o valores en vida del causante por dote, donación, u otro título gratuito, cesando esta obligación (art. 1036) «si el donante así lo hubiere dispuesto expresamente, o si el donatario repudiase la herencia», todo ello con independencia, claro está, de que la donación deba reducirse por inoficiosa cuando lesione las legítimas; reglas legales que claramente enmarcan esta institución dentro del derecho dispositivo del testador, que puede derogarlos en cada caso particular; supuesto concurrente precisamente en sentido inverso, en el caso que estudiamos, donde la voluntad expresa del causante de que se colacionen las donaciones, figura en el testamento. Y al amparo de este derecho dispositivo se explica, que el Código disponga en el art. 1037 que: «No se entiende sujeto a colación lo dejado en testamento, si el testador no dispusiere lo contrario, quedando en todo caso a salvo las legítimas»; regla que procede en sentido inverso a como se hace para el caso de las atribuciones por actos entre vivos, y ello resulta razonable, pues en la colación se parte de la presunción que las donaciones otorgadas por el causante durante su vida, lo han sido a cuenta de lo que el donatario tendría derecho a recibir por herencia, pero cuando el mismo causante lo dispone en su testamento, ya que no se está en el caso de emplear presunción de clase alguna, sino que nos encontramos ante la realidad de la voluntad del testador, ejercitada para después de su muerte, y definitiva en cuanto a posibles desigualdades entre sus herederos. La exposición que antecede, unida a la terminante voluntad testamentaria de que la viuda señora G. L. recibiera el pleno dominio de la totalidad del tercio de libre disposición (cuota legitimaria y legado) y el mandato expreso de que las donaciones que otorgó por actos entre vivos fueran colacionables, dispensan de todo mayor comentario respecto a las pretensiones de la parte recurrente, en orden a que el legado otorgado al cónyuge viudo sea reducido con preferencia a las donaciones que recibieren los hijos, afirmación que conduce al rechazo de este motivo”.

tivo, incluídos o dados en apartamento, considerado no momento da transmissão e atualizado monetariamente no momento de se efetuar o pagamento da legítima. Como exceção, non se computarán as liberalidades de uso". Igualmente con sujeción a la nueva normativa, todas las donaciones hechas a los hijos legitimarios se imputan a su legítima, salvo disposición en contrario en que se hará a la parte de libre disposición (art. 245.2), teniéndose en cuenta además la radical reducción de la misma a la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido (art. 243). La dispensa es de imputación no de computación. Al apartado nada se le debe imputar, pues ya no es legitimario, sin perjuicio de que se tenga que computar lo recibido (art. 244.2), con posibilidad incluso de reducción en los términos del art. 251.2.

e) Liquidación de la sociedad legal de gananciales del causante

Como hemos señalado, en el supuesto de matrimonios sometidos al régimen de la sociedad legal de gananciales, la muerte de cualquiera de los cónyuges produce "ipso iure" la disolución de dicho régimen económico matrimonial (art. 1392.1 y 85 del CC), surgiendo en tales casos una comunidad postganancial entre el cónyuge supérstite y los herederos del cónyuge premuerto, en la cual cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el "totum" ganancial, pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes que integran dicho patrimonio, como han declarado las STS 23 de diciembre de 1992 (RJ 1992\10689), 28 de septiembre de 1993 (RJ 1993\6657), 23 de diciembre de 1993 (RJ 1993\10113), 14 de marzo de 1994 (RJ 1994\1776), 26 de abril de 1997 (RJ 1997\3542), 28 de septiembre de 1998 (RJ 1998\7290), 11 mayo 2000 (RJ 2000/3926) entre otras.

Por otra parte, la partición requiere como presupuesto o elemento esencial, la determinación del patrimonio hereditario del causante a los

efectos de conocer los bienes de su titularidad susceptibles de ser transmitidos y repartidos entre sus herederos, pero para ello es necesario previamente proceder a la liquidación del régimen económico matrimonial del causante, y en este sentido se ha expresado la jurisprudencia, véase por ejemplo la STS de 17 de octubre de 2002 (RJ 8968)¹⁴¹. En esta misma línea, la sentencia de dicho Alto Tribunal de 8 de marzo de 1985, cuya doctrina sigue la de 20 de febrero de 2002 (RJ 2893) y las en ella citadas, así como la establecida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, ponen de relieve la exigencia de liquidar la sociedad de gananciales del primer matrimonio, como trámite previo a la del segundo, con intervención de los herederos de la primera esposa del causante.

En este sentido podemos citar, la RDGRN de 26 de febrero de 2005 (EDD 2005/162000)¹⁴², aún cuando se pretendía la inscripción de los que se reputaban bienes privativos del marido, razonando dicha decisión que:

“la falta de consentimiento de la esposa del causante o sus herederos para liquidar la sociedad de gananciales, operación previa a la partición hereditaria. El defecto ha de ser confirmado, pues, aunque se aduzca por el recurrente que sólo se pretende la inscripción de los bienes privativos, es lo cierto que para determinar el haber hereditario es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales, que supone la de las relaciones crédito-deuda entre los bienes comunes y

141 La mentada sentencia señala: “Como presupuesto –o elemento– esencial, se cuenta la determinación del patrimonio hereditario del causante. Y para poder hacerlo es imprescindible la fijación del suyo y del cónyuge o herederos del mismo, correspondientes a su parte de los bienes gananciales. En otro caso, se estaría practicando una partición de patrimonio a sabiendas de que es parcialmente ajeno”. En el mismo sentido, aplicando la doctrina de la mentada resolución, la SAP de Pontevedra, sección 1ª, de 26 de noviembre de 2002 (AC 2341).

142 O También la de 2 de diciembre de 2003 (EDD 2003/163686).

los privativos de los esposos, y para la que es imprescindible el consentimiento de la viuda. Sólo después de tal liquidación es posible determinar el caudal partible y hacer inventario de los bienes”.

Aunque realmente lo natural es que dicha liquidación se llevará a efecto entre el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto, lo cierto es que la jurisprudencia siempre ha reconocido que entre las facultades de los albaceas-contadores-partidores se encuentra la de liquidar la sociedad ganancial del causante y el cónyuge viudo (SSTS de 18 de abril de 1928, 10 de enero de 1934, RJ 35; 17 de abril de 1947, 8 de marzo de 1995, RJ 2157; 17 de octubre de 2002, RJ 8968, y RDGRN de 14 de marzo de 1903, 30 de abril de 1906, 31 de enero de 1912 y 22 de agosto de 1914). En este sentido, ya una antigua sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1932 (RJ 1119), con respecto a la situación jurídica del cónyuge del de cuius, señalaba que “no puede desconocerse su derecho a intervenir en la liquidación del caudal relicto para la justa defensa así en lo que respecta a la cuota viudal como en lo referente a su mitad de gananciales, porciones que pudieran sufrir menoscabo sin la vigilancia de quien tiene derecho a percibir las”, estableciendo la nueva LEC, en su art. 783.2, para la partición judicial, la ineludible citación al procedimiento del cónyuge sobreviviente.

Pues bien, el art. 293 prevé expresamente dicha facultad, liberándole, no obstante, de tal obligación liquidatoria previa, cuando carezca de sentido, en el caso de que fuera contador de ambos cónyuges, en los términos siguientes: *“Na partición, o contador-partidor poderá liquidar a sociedade conxugal co cónxuxe sobrevivente ou os seus herdeiros. Se o contador-partidor o fose de ambos os cónxuxes e realizase a partición conxunta, poderá prescindir da liquidación da sociedade conxugal, a non ser que fose precisa para cumprir as disposicións tes-*

tamentarias de calquera deles". Si ambos hubieran muerto y cada uno de ellos hubiera designado su contador partidor, estos conjuntamente podrían liquidar la sociedad legal de gananciales de los cónyuges difuntos.

f) Fijación de deudas, cargas y gastos hereditarios y adjudicación de bienes en pago de deudas

No puede ofrecer duda que se trata de actos típicamente particionales, en cuanto imprescindibles para determinar el haber líquido del causante susceptible de ser dividido entre sus herederos. Otra cosa es adjudicar bienes en pago de deudas, dado que ello puede suponer el ejercicio de facultades dispositivas, si se hace a favor de terceros.

En definitiva, en este sentido, se viene entendiendo que es factible que el contador adjudique bienes a favor de un coheredero en pago de las deudas que el causante tuviera con el mismo, así como a favor de un coheredero con el encargo de pagar deudas de la herencia. La RDGRN de 1 de septiembre de 1976 (EDD 1976/20) señala que: "constituye un acto particional la adjudicación de bienes a un heredero para pago de deudas y obligaciones de la herencia". Lo que no sería jurídicamente viable es que el contador por su cuenta pagase las deudas que el causante tuviera con un tercero mediante entrega a éste de bienes de la herencia, pues en tal caso estaría realizando una enajenación, que conforma un acto dispositivo en compensación de un crédito para el que no está autorizado.

En este sentido, es de citar la conocida RDGRN de 20 de septiembre de 1933, seguida por otras posteriores, que señala que son actos de partición cuando: "las fincas adjudicadas no salgan del poder de los inmediatamente llamados al patrimonio relicto; porque al hacerse a extraños

se realiza una enajenación a título oneroso, por precio debido y compensado, que requiere el consentimiento de todos los interesados en la herencia como requisito esencial para la validez del contrato”.

De igual forma, la jurisprudencia viene señalando que dentro de los llamados negocios patrimoniales onerosos se encuentra la figura de la adjudicación en pago de deudas, que es considerada genéricamente como una enajenación con causa onerosa, que opera como una compraventa (Resoluciones de la Dirección General de 10-8-1918, 16-9-1932, 13-12-1934, 7-2-1941, y las Sentencias del Tribunal Supremo de 9-1-1915, 9-12-1943, 20-2-1967, 13-5-1983 y 7-12-1983) . Así la Dirección General en Resolución de 10 de enero de 1919 le niega al contador-partidor esta facultad, porque se trata de un acto dispositivo que excede del ámbito particional que el contador-partidor no puede realizar sin el consentimiento de los herederos.

g) Adjudicación de bienes, especial atención a la posibilidad de pago en metálico extrahereditario

Poco duda puede ofrecer la facultad del contador para cubrir las cuotas de cada heredero mediante la adjudicación de bienes concretos y determinados del haber relicto del causante, al ser ésta una típica operación particional..

Ahora bien, en tal función el contador se encuentra vinculado a lo dispuesto en los arts. 1061 y 1062 del CC, normas que le obligan en la realización de dicho cometido, a diferencia de lo que sucede con el testador¹⁴³, pues las facultades dispositivas indiscutibles que éste úl-

143En este sentido la doctrina mayoritaria DE LA CÁMARA: “Comentarios . . .”; op cit supra, pág. 2486. MANRESA Y NAVARRO: Comentarios al Código Civil”, T VII, (1903), pág. 661; LACRUZ Y SANCHO REBULLIDA: “Derecho de Sucesiones. Parte General” (1961),

timo ostenta sobre su patrimonio le dispensan de sujetarse a dichos preceptos, que recogen, en materia de partición, los principios de igualdad o de equivalencia cualitativa y el de interdicción de la división dañosa o fragmentación de los bienes¹⁴⁴. El art. 273 LDC, sólo impone al testador el límite del perjuicio de las legítimas. Tampoco vinculan a los herederos dichos preceptos, dado que pueden llevar a efecto la división y adjudicación de los bienes del causante a través de la forma que consideren oportuna, al amparo del principio de la libre autonomía de su voluntad (arts. 1058 y 1255 del CC). En este sentido, el art. 294 LDC señala que la podrán llevar a efecto “*do modo que teñan por conveniente*”.

Se considera legitimado el contador para la realización de las operaciones previas de segregación, división material, agrupación, agregación, declaración de obra nueva y división horizontal, que se estimen necesarias para lograr la igualdad de lotes¹⁴⁵

El contador, en el ejercicio de su cargo, se halla, pues, obligado a respetar lo establecido en el art. 1061 del CC, según el cual “*en la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudici-*

pág. 528; DÍEZ PICAZO Y GULLÓN: “Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia y Sucesiones”, Vol IV (1982), págs 730 y 731; RIVAS MARTÍNEZ: Op cit. supra., pág. 1373; PUIG BRUTAU: Op cit supra, pág. 419; ROCA SASTRE: “Derecho Hipotecario”, T III (1979), pág 751; LLEDÓ YAGÜE. Op. cit. supra, Vol IV, pág. 96 y 97; CARRASCO PERERA: “Comentario a la STS de 21 de marzo de 1985. Rescisión de partición”, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 1985, pág. 2538 entre otros.

144 Puede verse sobre dichos principios BUSTO LAGO: “Aspectos sustantivos de las operaciones particionales de la herencia”, en el monográfico de Cuadernos de Derecho Judicial”, sobre “División Judicial de patrimonios: aspectos sustantivos y procesales”, dirigido por SEOANE SPIEGELBERG (2004), T I, págs. 385 y ss.

145 SANMARTÍN LOSADA, Rafael: “Derecho de Sucesiones y régimen económico familiar de Galicia”, Comentarios a los título IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, y a la Ley 10/2007, de 28 de junio, Colegio Notarial de Galicia, (2007), pág. 1170.

cando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie". En definitiva, si los herederos tienen en la herencia indivisa una cuota abstracta sobre la totalidad de la misma, concebida como una unidad patrimonial, parece lógico que en la partición, que realice un tercero, se les adjudiquen, siendo posible, bienes homogéneos, en ese proceso de conversión de esa cuota abstracta en bienes concretos y determinados, que es, en definitiva, lo que constituye la esencia misma de la partición.

El mentado precepto garantiza, pues, el respeto a la igualdad en la realización de los lotes, siempre que ello sea posible, 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 (SSTS de 30 de enero de 1951; 14 de diciembre de 1957 y 25 de marzo de 1995) y de observancia de una equitativa ponderación (SSTS 25 de marzo de 1995), respetando la posible igualdad, determinada por las circunstancias de cada caso (SSTS 8 de febrero de 1974; 17 de junio de 1980; 21 de junio de 1986; 28 de mayo de 1992; 15 de marzo de 1995 y 16 de febrero de 1998); que no se trata de una igualdad matemática o absoluta (SSTS de 25 de junio de 1977; 17 de junio de 1980 y 14 de julio de 1990); que la norma tiene un carácter orientativo u orientador (SSTS de 30 de noviembre de 1974 y 7 de enero de 1991), de índole más facultativa que imperativa (SSTS de 30 de noviembre de 1974; 25 de junio de 1977; 17 de junio de 1980; 21 de junio de 1986; 14 de julio de 1990; 28 de mayo de 1992 y 15 de marzo de 1995); que la infravaloración de los bienes no vulnera el artículo 1061, cuando la valoración por bajo de su valor se aplica con el mismo baremo a todos los bienes (SSTS de 21 de abril de 1966 y 7 de enero de 1991). En el mismo sentido expuesto podemos citar las sentencias más recientes de dicho Alto Tribunal de 7 de noviembre de 2006 (RJ 9165) y 16 de enero de 2008 (RJ 5).

Ahora bien, la mentada doctrina jurisprudencial sobre el carácter orientador o facultativo, que se atribuye a dicho precepto, hay que interpretarla en sus justos términos, pues también se ha declarado, por ejemplo en las SSTs de 25 noviembre de 2004 y de 2 de noviembre de 2005 entre otras, que la opinión general entiende que, cuando no se respeta el criterio igualitario, concurre una causa de nulidad, debido a que supone la vulneración de lo preceptuado en la ley.

En este sentido, podemos referirnos a una imperatividad relativa, de modo que, en los supuestos, en que no existan bienes en la herencia de la misma naturaleza, calidad y especie, que posibiliten la adjudicación igualitaria, pero que permitan la partición heterogénea, la misma será perfectamente válida, pues la igualdad que impone dicho precepto sólo es observable en cuanto sea de aplicación factible, pero sin que ello signifique que el contador pueda prescindir de forma absoluta de lo normado en tal precepto, privándole de cualquier clase de significado normativo.

Estas ideas las expresa, con claridad, CARRASCO PEREA, cuando señala “el carácter facultativo de la regla de la equivalencia material solo se dará cuando la heterogeneidad de los bienes haga imposible sujetarse a lo establecido en este precepto si no es mediante la adjudicación enojosa de bienes en proindivisión”¹⁴⁶.

La posibilidad de que el testador dispense al contador de la sujeción al art. 1061 del CC es mayoritariamente admitida por la doctrina¹⁴⁷,

146 CARRASCO PEREA: Op cit supra, pág. 2539.

147 En este sentido la doctrina mayoritaria MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil*, T VII (1903), pág. 661, LACRUZ Y SANCHO REBULLIDA: “Derecho de Sucesiones. Parte General” (1961), pág. 528; CARRASCO PERERA: “Comentario a la STS de 21 de marzo de 1985. Rescisión de partición”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1985, pág. 2538 entre otros. VALLET DE GOYTISOLO: “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, dirigida por ALBALADEJO, T XIV, Vol 2º, pág. 399, CARBALLO FIDALGO: Op cit supra, págs. 322 y ss. entre otros.

con la opinión aislada de DE LA CÁMARA¹⁴⁸ para el cual tal libertad implicaría una partición extraordinaria, que entrañaría un verdadero acto dispositivo, señalando que, en definitiva, “la potestad distributiva de que goza el testador es una consecuencia de su potestad dispositiva (plena o limitada según haya o no legitimarios) y la facultad de disponer mortis causa no puede delegarse (art. 670)”, aunque sí en derecho gallego a favor del cónyuge comisario por aplicación de lo normado en el arts. 196 y ss. LDC.

En el ejercicio de sus facultades de partir no podrá pues el contador distribuir la herencia entre los herederos asignando a uno de ellos los bienes del causante y a los otros una cantidad en metálico, pues de proceder de tal forma, ya no estaría partiendo, sino realizando auténticos actos dispositivos, atribuyéndose facultades de las que carece legalmente¹⁴⁹, pudiendo proceder de tal forma únicamente con el consentimiento unánime de todos ellos.

Distinto sería el caso de que se adjudicase el único bien indivisible de la herencia a uno de los herederos con la obligación de pagar a los otros su parte en dinero, con base en el art. 1062 del CC, al no ser posible de otro modo llevar a efecto la partición del único bien de la herencia del causante y sin perjuicio de las facultades que corresponden a cualquiera de los herederos para pedir su venta pública en subasta, con admisión de licitadores extraños. En este sentido, se pronuncia la RDGRN de 2 de diciembre de 1964 (EDJ 1964/25), la cual, tras declarar que los contadores habrán de atenerse para el cumplimiento de

148 DE LA CÁMARA: “Comentarios . . .”; op cit supra, pág. 2486.

149 PUIG BRUTAU: Op. cit. supra, pág. 419; ROCA SATRE: Op. cit. supra, pág. 751; LLEDÓ YAGÜE: Op. cit. supra, pág. 97; RIVAS MARTÍNEZ: Op. cit. supra, pág. 1374; CASTÁN TOBEÑAS: Op. cit. supra, pág. 345 entre otros muchos,

su función a las normas generales contenidas en primer término en el artículo 1061 del Código Civil y procurarán guardar la posible igualdad entre los lotes, sin que proceda adjudicar todos los bienes a un heredero y satisfacer a los demás su parte en metálico, porque constituye un acto de enajenación que escapa a las facultades del contador y requiere el consentimiento de todos los herederos, señala:

“que ello, no obstante, es también evidente que los contadores, al cumplir su misión, deben tener en cuenta las circunstancias y modalidades de la partición, ya que hay casos en que no tienen medio hábil para hacer los lotes ajustados al criterio del artículo 1061 del Código Civil por la imposibilidad material de distribuir los pocos bienes hereditarios entre el número grande de herederos, y por ello el artículo 1062 permite como excepción al artículo anterior que, cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, puede ser adjudicada a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, circunstancia que concurre en el presente recurso donde hay una sola y pequeña finca inventariada, que el contador ha atribuido al mayor partícipe, siguiendo análogo criterio al adoptado por las Resoluciones de este Centro de 10 de enero de 1903, 23 de julio de 1925 y 6 de abril de 1962 que declararon no haberse excedido el Comisario en sus funciones por ser acto de partición ordinaria el comprendido en el artículo 1062 del Código Civil, sin perjuicio de la facultad de vender, en su caso, en pública subasta la finca inventariada a petición de cualquier heredero, según previene el citado precepto legal”.

Ahora bien, el art. 1062 del CC no entraría en juego en los casos en los que exista una pluralidad de bienes en la herencia, que permitiese formar lotes homogéneos, en cuanto sea posible de la misma naturaleza, calidad y especie, es decir respetando el principio de la igualdad cualitativa, al amparo del art. 1061 del CC. Así se ha pronunciado la más reciente RDGRN de 10 de diciembre de 2004 (EDD/2004/1922005), en un caso en el que los dos albaceas contadores-partidores nombrados,

además de la adjudicación en pago de los legados en la forma ordenada por el testador, habían liquidado la herencia, adjudicando diecinueve fincas entre los dos hijos del testador y determinadas cantidades en metálico a los dos nietos. Denegada la inscripción por el Registrador, al considerarse violado el art. 1061 del CC, el recurso gubernativo se fundaba en que, según la interpretación jurisprudencial de tal precepto, el mismo ostenta un carácter más facultativo que imperativo, argumento que fue desestimado con base a entender que tal doctrina se circunscribe a la partición realizada por el propio testador o por los herederos mayores de edad, y no a la practicada por el contador, razonando dicha resolución:

“Como ha dicho este Centro Directivo (cfr. Resolución de 2 de diciembre de 1964 EDD 1964/25), en principio, el contador-partidor, siempre que sea posible, debe seguir el principio de igualdad del art. 1061 EDL 1889/1. La doctrina más autorizada estima que, si bien es cierto que el citado precepto no impone una igualdad matemática absoluta, ni la participación de cada heredero en todos y cada uno de los bienes de la herencia, tampoco puede exagerarse la llamada relatividad de dicho artículo. El precepto es efectivamente facultativo para las particiones realizadas por el testador o por los herederos mayores de edad, pero no tanto para las realizadas por contador-partidor sin facultades especiales (como ocurre en el presente supuesto), como lo demuestra la excepción establecida por el art. 1062 EDL 1889/1. En este sentido lo ha entendido parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (vid. sentencia de 14 de junio de 1957) al estimar que la partición ha de ser presidida por un criterio de estricta equidad, la cual, evidentemente no se respeta cuando se adjudican todos los inmuebles de la herencia a dos herederos, adjudicando a los otros dos exclusivamente dinero en metálico”.

Con la misma doctrina se expresa la RDGRN de 13 de mayo de 2003 (EDD 2003/12222), que igualmente proclama que la regla del art.

1.061 del Código impone la igualdad en la integración de los lotes de los herederos, referida principalmente a la partición hecha por comisario, la cual ha de tener como una de sus excepciones el supuesto que contempla el artículo 1062, para el caso de cosas indivisibles, y esta excepción entendida como simple acto particional, encajable por tanto dentro de las facultades de los contadores partidores, interpretadas con gran amplitud por la doctrina de la DGRN (resoluciones de 10 de enero de 1903, 23 de julio de 1925, (EDD 1925/22), 6 de abril de 1962 ó 2 de diciembre de 1964, (EDD 1964/25), es considerada como la solución más lógica cuando en la herencia tan sólo exista un bien jurídica o económicamente indivisible.

En este sentido, las más reciente RDGRN de 16 de septiembre de 2008 (B.O.E de 11 de octubre) ha señalado al respecto:

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 27 de diciembre de 1982 EDD1982/8255, 19 de septiembre de 2002 EDD2002/42850, 21 de junio de 2003 EDD2003/48687, 13 de octubre de 2005 EDD2005/179878 y 20 de julio de 2007 EDD2007/100456) que la partición de herencia hecha por el contador-partidor no requiere el consentimiento de los herederos, aunque éstos sean legitimarios, siempre que actúe dentro de sus funciones.

Esas funciones se concretan en la “simple facultad de hacer la partición” (cfr. art. 1057 del Código Civil). Ciertamente, la línea que delimita lo particional de lo dispositivo no es nítida; y es presupuesto básico de la partición hereditaria que, siendo posible, deban formarse lotes iguales o proporcionales no sólo cuantitativa sino también cualitativamente (cfr. arts. 1.061, 1.062, 1.056 y 841 y siguientes del Código Civil). No obstante, esta Dirección General también ha puesto de relieve reiteradamente que la adjudicación hecha a uno de los herederos con la obligación de compensar en metálico a los demás por razón del exceso de valor de lo adjudicado en relación con el de su cuota here-

ditaria no implica enajenación (cfr. Resoluciones de 22 de febrero de 1943 EDD1943/4 , 6 de abril de 1962 EDD1962/9 , 2 de enero de 2004 EDD2004/1216 y 14 de abril de 2005 EDD2005/61470, entre otras); y que esa regla legal de la posible igualdad –que según la doctrina jurisprudencial no exige igualdad matemática o absoluta; cfr., por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2004– es respetada cuando, por ser de carácter indivisible, el único inmueble relicto es adjudicado por el contador partidor a uno de los herederos abonando en exceso a los demás en dinero, sin perjuicio de la posible impugnación por los interesados, de modo que ha de pasarse entretanto por dicha partición mientras no sea palmariamente contraria a las legítimas o a lo dispuesto por el testador (cfr. Resoluciones de 21 de junio EDD2003/48687 y 20 de septiembre de 2003 EDD2003/89669).

En definitiva, la posibilidad de aplicar el art. 1062 del CC, permitiendo una excepción al principio de igualdad cualitativa, mediante adjudicaciones en metálico, se construye jurídicamente sobre la base de la indivisibilidad de los bienes de la herencia, presupuesto normativo, que según una reiterada jurisprudencia, no sólo ampara la imposibilidad real sino también jurídica, configurada ésta por resultar inservible la cosa para el uso a que se destina (STS de 25 de noviembre de 1932), o bien por su anormal desmerecimiento si se produce la división (Sentencia de 17 de marzo de 1991), o por la causación de un gasto considerable a los partícipes (Sentencias de 14 de junio de 1895 y 7 de marzo de 1985 (EDJ 1985/7210). En parecidos términos se pronuncian las sentencias de dicho Alto Tribunal de 12 de marzo de 2004 (EDJ 2004/10591), 19 de junio de 2000 (EDJ 2000/15184), 30 de julio de 1999 (EDJ 1999/21404), 3 de abril de 1995 (EDJ 1995/1175) y 25 de enero de 1993 (EDJ 1993/450).

A los efectos legales es bien invisible en la Ley 2/2006, como igualmente ya lo era en su precedente normativo constituido por la Ley de

1995 (art. 9), la casa petrucial, señalando el actual art. 51 que la misma “*e os seus anexos constitúen un patrimonio indivisible*” y dentro de la “*mellora de labrar e posuír*, el art. 220 indica que “*nos casos aos que se refire o artigo anterior, a casa petrucial e a súa eira, os currais e as hortas, tratándose de lugar acasurado, e a explotación agrícola, comercial ou fabril, reputaranse indivisibles para os efectos da partición*”¹⁵⁰, admitiéndose en tales casos la compensación en metálico por parte del adjudicatario a los demás interesados en la partición en los términos del art. 221.

Ahora bien, el art. 1062 del CC, circunscribe su campo típico de actuación a los casos en que exista un bien en la herencia que sea indivisible o que desmerezca mucho con su división, que es distinto de los supuestos de autorización expresa del testador para realizar pagos en metálico de la porción hereditaria de los legitimarios (art. 841 del CC), que requerirá además el consentimiento de los afectados o aprobación judicial (art. 843), o del previsto en el art. 1056¹⁵¹ de dicha Disposición General, tras la redacción dada por la Disposición Final Primera de la Ley 7/2003, de 1 de abril, que habilita al causante para acordar, cuando pretenda conservar una empresa o explotación económica, que se pague la legítima en dinero sin necesidad de que el mismo exista en la herencia, planteando el art. 1062 la problemática de si puede el contador partidor hacer uso del mismo para partir, acordando que la porción que corresponda a otros herederos, se abone con numerario extrahereditario, pues, se entiende, que en tal caso está realizando un acto dispositivo,

150 Véase sobre la indivisibilidad de la casa petrucial las sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de mayo de 2000 (RJ 2001).

151 Precepto que habilita al causante para acordar, cuando pretenda conservar una empresa o explotación económica, que se pague la legítima en dinero sin necesidad de que el mismo exista en la herencia.

que excede de sus facultades particionales, requiriendo para proceder de tal forma el consentimiento de los herederos.

Esta posibilidad es negada por la STS de 10 de febrero de 1997 (EDJ 1997/723)¹⁵², pues en otro caso nos encontraríamos ante una venta de la porción hereditaria, sentencia cuya doctrina aplica la mentada RDGRN de 13 de mayo de 2003 (EDJ 2003/12222), que entiende, por su parte, que el contador partidor no podrá adjudicar los bienes de la herencia a uno de los interesados imponiendo la obligación de pagar los derechos de los otros en metálico, por exceder de sus facultades particionales, al incidir en las dispositivas, que le están vedadas:

“Ahora bien, la asignación de todos los bienes de la herencia a uno de los interesados imponiéndole la obligación de pagar los derechos correspondientes a los otros interesados en metálico supone transformar los derechos de éstos que de cotitulares de la masa hereditaria con cargo a la que, previa liquidación, han de satisfacerse sus derechos, pasan a ser titulares de un derecho de crédito frente a otro de los partícipes.

Y ello implica un acto de disposición admisible en el caso de ser los interesados con facultades de libre disposición de sus bienes los que lo convinieran (cfr. art. 1.058 CC EDL 1889/1), pero que no puede entenderse comprendida entre las de partir que al contador partidor le vienen asignadas por la ley en su condición de tal. Otro tanto cabría

152La mentada sentencia señala: La STS de 10 de febrero de 1997 (RJ 667) interpretando dicho precepto ha señalado que: “El párrafo primero del art. 1062 del Código Civil no contiene sino una norma que permite la atribución de un bien hereditario que resulte indivisible a uno de los coherederos abonando a los otros su exceso en dinero, pero tal precepto no obsta a la exigencia que puede hacer cualquiera de aquéllos de que el bien sea vendido en pública subasta como se establece en el párrafo segundo de este art. 1062, aparte de la inaplicabilidad de aquel párrafo primero en el caso de que en la herencia no exista otro bien que la cosa considerada indivisible habida cuenta que el dinero con el que ha de pagarse el exceso ha de ser el existente en la herencia; en otro caso, nos encontraríamos ante una venta de la porción hereditaria supuesto que no es el contemplado en el art. 1062 citado”.

decir del derecho de los legitimarios, intangible no sólo en el aspecto cuantitativo sino también en el cualitativo que, por más que de naturaleza discutida en Derecho común, no puede el contador partidor cambiar por un crédito frente a los herederos so pena de desvirtuarlo completamente, algo que el legislador ni tan siquiera permite en el caso de que el testador lo imponga o autorice (cfr. art. 841 EDL 1889/1) si no es con consentimiento de los afectados o aprobación judicial (art. 843 EDL 1889/1), amén del necesario respeto de otra serie de garantías como los plazos preclusivos de todo el proceso de partición y pago”.

La STS de 16 de febrero de 1998 (RJ 868) si bien relativo a la liquidación del régimen de gananciales, señala que:

“La igualdad cualitativa que, para toda partición de herencia, establece el artículo 1061 del Código Civil (aplicable a la liquidación de una sociedad de gananciales, por la remisión que hace el artículo 1410 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 exista 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 1062 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”.

No obstante, del sustrato fáctico de la mentada sentencia resulta que la esposa había interesado, durante la sustanciación de la liquidación, que la vivienda se le adjudicase al marido compensándola económicamente, volviéndose posteriormente en contra, lo que no admitió como lícito el Tribunal por el respeto a la doctrina de los actos propios y la seriedad exigible en los actos jurídicos.

No vemos que la problemática expuesta no se plantee con la nueva Ley 2/2006, en atención a que la legítima se configura como un derecho

de crédito (art. 249.1) y que el contador está legalmente habilitado para pagarla (art. 248), pues el art. 246.2 señala: “*agás disposición do testador ou pacto ao respecto, non se podrá pagar unha parte da lexítima en cartos e outra en bens*”, señalando el párrafo primero de dicho precepto que de no haber asignado el testador el pago de la legítima en bienes determinados, “*os herdeiros, de común acordo, poderán optar entre pagala en bens hereditarios ou en metálico, aínda que sexa extra-hereditario*, pero dicha facultad no se atribuye al contador, y aún en tal caso se requerirá el acuerdo entre los herederos, pues de faltar éste “*o pagamento da lexítima farase en bens hereditarios*”. Amen de que el art. 248, en su segundo inciso, norma que corresponde “*exclusivamente aos herdeiros a opción de pagaren a lexítima en metálico-extrahereditario*”.

Ahora bien, la posibilidad de pagar con dinero extrahereditario, la compensación a los otros coherederos, que no resulten adjudicatorios del bien indivisible que forme parte del haber hereditario, es admitida por un sector muy importante de la doctrina (ALBALADEJO¹⁵³, DÍAZ ALABART¹⁵⁴, SANCHO REBULLIDA¹⁵⁵, MILLÁN SALAS¹⁵⁶, CARBALLO FIDALGO¹⁵⁷, BUSTO LAGO¹⁵⁸). Este último autor, com-

153 ALBALADEJO: Curso de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones Tomo V, séptima ed. (169).

154 DÍAZ ALABART, con ALBALADEJO: “Comentarios al Código Civil y Comulaciones forales, T XIV, Vol. 2º (1989), págs. 249 y 250).

155 SANCHO REBULLIDA: “Partición de la herencia”, en Estudios de Derecho Civil T I (1978), pág. 584.

156 MILLÁN SALAS: “Instituciones sucesorias en el Código Civil que conservan íntegra una explotación agrícola” (1999), pág. 218.

157 CARBALLO FIDALGO: “Las facultades del contador partido testamentario” (1999), págs 324 y ss.

158 BUSTO LAGO: Op cit supra, págs. 394 y ss.

partiendo el criterio de CARBALLO FIDALGO¹⁵⁹, tras señalar que la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1997 es aislada, sin que se pueda hablar propiamente de una doctrina jurisprudencial al respecto, citando en contra la antigua STS de 4 de julio de 1895, y que el argumento esgrimido por aquélla no es la ratio decidendi del recurso, sino una fundamentación a mayor abundamiento, no comparte que la adjudicación de un bien indiviso a uno de los coherederos con la obligación de abonar a los demás sus cuotas en metálico pueda equipararse a la venta de cuota hereditaria y ello fundamentalmente porque los derechos no se adquieren ex novo, sino en virtud de un derecho hereditario, sin que resulte de aplicación la previsión del art. 1533 del CC, a propósito de la venta de la herencia, sino el 1063, además la venta de ésta se caracteriza por la ausencia de especificación de los bienes hereditarios objeto de la misma (art. 1531), mientras que en el caso que nos ocupa se trata de la adjudicación de bienes concretos integrantes del caudal hereditario, y, por último, dicha posibilidad no sería extraña a nuestro derecho sucesorio¹⁶⁰.

En definitiva, si la igualdad cualitativa no es posible, ante la existencia de un solo bien indivisible en la herencia, se le abren al contador, para cumplir su función particional, las posibilidades siguientes:

A) Si existe dinero en la herencia adjudicar a alguno de los herederos dicho bien y a otro u otros el metálico correspondiente; sin perjuicio de que se interese por cualquiera de ellos la venta del bien en pública subasta, al amparo normativo del párrafo segundo del art. 1062 del CC, conforme al que: *“basta que uno sólo de los coherederos pida su*

159CARBALLO FIDALGO: Op. cit. supra, págs. 320 y ss.

160BUSTO LAGO: Op. cit. supra, pág. 397.

venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga”.

B) Si no existe dinero de tal naturaleza en la herencia, se le abre al contador el siguiente abánico de posibilidades:

1) Adjudicar el bien en la siempre indeseable situación de proindiviso, con lo cual los herederos, en su condición ya de copropietarios, deberán ejercitar la “*actio communi dividundo*” (arts. 400 del CC), y siempre que los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos, indemnizando a los demás, se venderá y se repartirá el precio (art. 404 CC).

2) Buscar el consentimiento de todos los herederos, en cuyo caso, con la conformidad expresa de los mismos, dicha forma de partir devendría inatacable, lo que sin embargo supondría atribuir a la misma una cierta naturaleza convencional de la que en esencia carece.

3) Adjudicar el bien indivisible a uno de ellos con la obligación de satisfacer la cuota de los demás con dinero extrahereditario, debiendo fijar en tal caso la persona del adjudicatorio del bien y las condiciones de pago en metálico (al contado, a plazos, con qué garantías, bajo condición resolutoria inscrita), sometida dicha elección y forma de adjudicación a control judicial y sin perjuicio claro está que cualquiera de ellos ejercite las facultades del art. 1062 II., facultad, que entiende DE LA CÁMARA, habrá de ser ejercitada antes de que el contador de por concluida la partición, de lo contrario ésta quedaría sujeta al arbitrio de cualquier heredero disconforme y con ello a una permanente provisionalidad¹⁶¹.

161 DE LA CÁMARA: “Comentarios”, T I, op. cit. supra, pág. 2487.

La conversión del haber relicto en bienes concretos y determinados es un acto particional típico, precisamente el art. 1062 del CC se encuentra en sede de partición. La adjudicación de bienes en proindivisión es siempre indeseable y supondría en situaciones de tirantez, como las que afloran en los casos de que los herederos no hayan alcanzado un acuerdo al respecto, remitirles a la siempre indeseable y dilatoria vía judicial, permaneciendo ínterin el bien en comunidad ordinaria. El mentado artº 1062 no hace alusión expresa a que el metálico deba formar parte del haber partible. La STS de 10 de febrero de 1997 no ha sido por el momento reiterada, salvo error u omisión. La doctrina no asimila tales adjudicaciones en metálico con actos de enajenación de una cuota hereditaria.

En cualquier caso, los derechos de los otros interesados en la herencia quedan a salvo mediante la solicitud de la venta del bien en pública subasta, incluso se ha llegado a sugerir que el ejercicio de tal facultad podría constituir una manifestación ilegítima de abuso de derecho previsto en el art. 7.2 del CC (REBOLLEDO VARELA)¹⁶², pensemos por ejemplo en un heredero al que corresponda una cuota hereditaria, en el único bien indivisible de 1/20 parte, al que se le ha ofrecido su pago en metálico y al contado, superando con creces el valor de sus derechos hereditarios y que se ostina, sin justificación alguna, a imponer la venta del bien indivisible en pública subasta¹⁶³.

162REBOLLEDO VARELA: "Las controversias sobre adjudicaciones y pago de deudas en la liquidación de la sociedad legal de gananciales: aspectos sustantivos del art. 810 LEC", en el monográfico de Cuadernos de Derecho Judicial", sobre "División Judicial de patrimonios: aspectos sustantivos y procesales", dirigido por SEOANE SPIEGELBERG (2004), T I, págs. 214 y ss.

163Sobre el tratamiento del abuso de derecho en el ejercicio de la acción de división puede consultarse el comentario a la STS de 1 de marzo de 2001 (RJ 2561), de DÍAZ MARTÍNEZ, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 58, enero-marzo de 2002, págs. 38 y ss.

Por todo ello, si notificada por el contador a los otros coherederos la adjudicación del bien indiviso a uno de ellos y el pago en metálico extrahereditario a los demás, con expresión de las concretas condiciones en las que se llevará el mismo a efecto, es razonable entender que, si en el plazo que les fije el contador para interesar la venta pública subasta, no lo hacen, se han mostrado de acuerdo con tal forma de división, exteriorizando su voluntad por acto concluyente¹⁶⁴. El propio art. 1062 impone dicha notificación, pues, de no hacerse así, no se posibilitaría el ejercicio de la facultad legal que confiere. La atribución de tal derecho subjetivo es correlativo al art. 404 del CC, pues se fija la consecuencia jurídica para evitar la adjudicación en metálico, que no es otra que instar la venta del bien, pues en otro caso, de no hacerlo así, hay que considerar aquiescencia con tal forma de partir. Otra cosa distinta sería discutir, incluso judicialmente, la valoración dineraria o las condiciones del pago; pero no olvidemos que nos hallamos ante un bien indivisible que impide entre en juego el principio de la igualdad cualitativa y que la

164La STS de 29 de enero de 2000 (EDJ 2000/181) ratifica el criterio de la Audiencia de adjudicación de los bienes comunes indivisibles a uno de los cónyuges con la obligación de pagar al otro en metálico entre otros razonamientos por no haberse interesado oportunamente la venta en subasta dicha sentencia señala: “lo único en que está disconforme la recurrente con la sentencia recurrida, es en que se haya adjudicado tanto el negocio como el local a uno de los comuneros pagando el valor de la mitad de dichos bienes al otro comunero, la sentencia sostiene que se sigue esta posición, en atención a que si se optase por la vía de la subasta pública, tal procedimiento puede ser causa de un considerable desmerecimiento de los bienes comunes, como lo es también sin duda alguna la división material, invocando además al respecto, la resolución recurrida, la buena fe y la equidad, y teniendo en cuenta que, ninguno de los litigantes ha pedido la venta de los bienes con intervención de licitadores extraños, lo que implica, aunque ciertamente se ha olvidado de transcribir en la sentencia recurrida, el cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 400, 404 y 406 del Código civil EDL 1889/1 q en relación con lo dispuesto en los arts. 821 EDL 1889/1 y 1062 del mismo Código EDL 1889/1, disposiciones legales que no han sido denunciadas como violadas”.

voluntad del testador es patente en el sentido de que se lleve a efecto la división de su herencia, pues para ello designó precisamente contador

En cualquier caso, la adjudicación se entiende sujeta a la condición resolutoria constituida por la falta de pago de la compensación del dinero fijado, determinando el art. 1056 II del CC, dentro de su juego normativo, y para el caso de aplazamiento del pago en metálico, un límite que no podrá superar los cinco años desde la muerte del testador, con posibilidad de su reflejo registral.

Evidentemente lo que no cabrá es que el contador realizase adjudicaciones de bienes para pago de deudas a favor de un extraño, ya que se trata de un acto de disposición o enajenación de título oneroso para el que no está autorizado, o cualquier actuación con terceros, como puede ser la división de la cosa común en la que la causante tenía una cuota indivisa¹⁶⁵.

h) Entrega de legados

Con respecto a la problemática de si dentro de las facultades del contador partidor se encuentra la entrega de legados, tal cuestión es doctrinalmente polémica al amparo de la legislación civil codificada, lo que deriva de la interpretación del art. 885 del CC, según el cual “*el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla*”.

165 RDGRN de 20 de septiembre de 2003 (EDD 2003/89669), pues dicha “competencia ostenta el que tiene poder de disposición sobre los bienes o el que tiene la representación legal de la herencia, representación que en modo alguno va inherente al cargo del albacea al que no se le atribuyen mas facultades que las legales, ni al contador designado solo para efectuar la partición de los bienes”.

La justificación de tal precepto, proscribiendo la ocupación directa por el legatario, pese a la dicción del art. 882 del CC, que le confiere, cuando es de cosa determinada, la propiedad desde la muerte del testador con los frutos, deriva de dos razones fundamentales, cuales son comprobar si los bienes legados se encuentran dentro de la cuota de la que el causante puede disponer por testamento, así como evitar el gravamen de la legítima de los herederos (arts. 813 y 817), siendo tal norma manifestación igualmente de la subordinación de los legados al pago de las deudas de la herencia, bajo el principio de que primero es pagar y luego heredar¹⁶⁶.

Ello no significa, sin embargo, que el legatario quede desasistido de protección jurídica, dado su indiscutible derecho a solicitar la entrega y posesión de la cosa legada al heredero o al albacea autorizado para darla (art. 885), ejercitando, en su caso, las correspondientes acciones judiciales, concretamente la acción “ex testamento” (STS 4 de octubre de 1927, 3 de junio de 1947, RJ 903; 29 de septiembre de 1979, RJ 3321)¹⁶⁷ e incluso instar la anotación preventiva de su derecho al am-

166En este sentido, la reciente resolución de la DGRN de 13 enero 2006, señala que: “El art. 885 del Código Civil (EDL 1889/1) establece que el legatario no puede ocupar por sí la cosa legada, debiendo exigir tal entrega al albacea facultado para la misma o a los herederos. Y, aunque podría pensarse que tal entrega es simplemente de la posesión y nada tiene que ver con la inscripción de la cosa legada a favor del legatario, ya que éste cuando el legado es de cosa específica propia del testador, adquiere la propiedad desde el fallecimiento de éste (cfr. art. 882 del Código Civil EDL 1889/1), como ha dicho la doctrina más autorizada, los legados, cualquiera que sea su naturaleza, están subordinados al pago de las deudas y, cuando existen legitimarios –lo que no es el caso–, al pago de las legítimas y la dispersión de los bienes perjudicaría la integridad de la masa hereditaria, y, por tanto, a los acreedores”.

167En este caso, dada su condición de propietario que le confiere el art. 882 CC, la doctrina viene admitiendo el ejercicio por el legatario de la acción reivindicatoria para obtener la entrega de la cosa, o incluso concurriendo los requisitos para ello promover juicio sumario para obtener su entrega judicial al amparo del art. 250.1.3º LEC. Cabe incluso que existiendo contienda entre herederos solicite judicialmente la entrega del legado (STS 30 de noviembre de 1990. RJ 9220).

paro de los arts. 42.7 y 45 y ss. de la LH¹⁶⁸. Y, todo ello sin perjuicio claro está, de que el testador le atribuya la posibilidad de tomar por sí mismo la cosa legada (STS 26 de octubre de 1928, RRDGRN 19 de noviembre de 1952, RJ 2816 y 25 de mayo de 1971, RJ 3402).

Pues bien, la discusión doctrinal y jurisprudencial se plantea, dado que, del tenor literal del art. 885 del CC, resulta que la función de puesta en posesión de los bienes legados se atribuye solo al heredero o al albacea, autorizado para ello, en congruencia con el art. 902.2º del CC, regulador de las facultades legales de éste último, cuando el testador no las hubiera determinado especialmente, que se limitarán a “*satisfacer los legados que consistan en metálico, con el conocimiento y beneplácito del heredero*”, sin hacerse pues referencia alguna al contador partidor, planteándose por lo tanto la problemática de si se encuentra habilitado para proceder a su entrega.

Cuestión controvertida, la expuesta, que se ha considerado resuelta por cierto sector doctrinal, tras la redacción dada al art. 83.2 del RH¹⁶⁹,

168La RDGRN de 13 de enero de 2006 (EDD 2006/3255) justifica dicha anotación en los términos siguientes: “Por su parte, la legislación hipotecaria, ya desde la Ley de 1861, ha entendido que tal entrega es necesaria para verificar la inscripción a favor del legatario; en este sentido, la Exposición de Motivos de la primera Ley Hipotecaria, al justificar la anotación preventiva a favor del legatario expresa:

“Cuando la cosa legada es determinada o inmueble con arreglo a los principios del derecho, la propiedad pasa al legatario desde el momento en que espira el testador; el heredero es el que tiene que entregarla, pero sin que por ello pueda decirse que ni un solo momento ha estado la cosa en su dominio. Esto supuesto, mientras llega el caso de que la tradición se verifique, justo es, por lo menos, que tenga derecho el dueño a impedir que la cosa se enajene a un tercero que por tener inscrito su derecho y ser el adquirente de buena fe pueda después defenderse con éxito de la reivindicación”.

169CAMY SÁNCHEZ CAÑETE: “Comentarios a la legislación hipotecaria”, vol 3 (1975), págs. 734 y ss. y en “Comentario a la resolución de 12 de julio de 1974”, en Revista de Derecho Privado, pág 73; ROCA SASTRE: “Derecho Hipotecario”, T III (1968), pág.936; CARRETERO GARCÍA: “Comentario a la resolución de la DGRN de 12 de julio de 1974”,

por la reforma de 17 de marzo de 1959 y ulteriormente por RD de 12 de noviembre de 1982, actual art. 81, apartados b) y c), según los cuales la inscripción a favor del legatario de bienes inmuebles, específicamente legados, se practicará por: “b) Escritura de partición de herencia o de aprobación y protocolización de operaciones particionales formalizada por el contador-partidor en la que se asigne al legatario el inmueble o inmuebles legados. c) Escritura de entrega otorgada por el legatario y contador-partidor o albacea facultado para hacer la entrega o, en su defecto, por el heredero o herederos”¹⁷⁰, en tanto en cuanto dichos preceptos autorizan al contador para hacer la entrega de legados.

No obstante, tal conclusión dista de ser pacífica, pues, contra dicha tesis, otro sector doctrinal argumenta que una interpretación, como la expuesta, atenta al principio de jerarquía normativa, dado que una disposición reglamentaria no puede contradecir otra de rango legal como

en Revista Crítica de Derecho Hipotecario” 1974, págs. 1466 y 1467; PUIG BRUTAU: “Fundamentos de Derecho Civil”, T V, Vol 3º (1991), pág. 429; REY PORTOLES: “Comentario a la resolución de la DGRN de 27 de febrero de 1982, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario”, 1983, págs 977, 981, 983 y 987, GARCÍ S RUBIO: “La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero” (1989), pág 167; DE LA CAMARA ALVAREZ : “Comentarios...”, op. cit. Supra, T I, pág. 2488; DÍEZ PICAZO Y GULLÓN: “Sistema de Derecho Civil”, Vol IV (1997), pág 425; SANCHO REBULLIDA: “Elementos de Derecho Civil”, T V, 1993, pág. 132; CARBALLO FIDALGO: Op cit supra, págs 233 y ss.

170La RDGRN de 13 enero 2006 señala que: “Y, aunque la doctrina científica y la de ésta Dirección (cfr. Resoluciones de 28 de abril de 1876 y 18 de julio de 1900) ha afirmado que tal entrega no es necesaria en el caso de que se trate de un prelegatario, ello no ocurre así mas que cuando tal prelegatario es heredero único, pues, si existen otros herederos, y como también ha afirmado este Centro Directivo (cfr. Resolución de 25 de septiembre de 1987 EDD 1987/9945), no puede uno solo de ellos (sin constarle la renuncia de los demás) hacer entrega del legado. Por todo ello, recogiendo las tesis de la doctrina y la Jurisprudencia, el art. 81 del Reglamento Hipotecario, recoge los títulos necesarios para verificar la entrega a favor del legatario, permitiendo solamente la solicitud unilateral del legatario cuando toda la herencia se hubiera distribuido en legados y no hubiera persona autorizada para realizar la entrega”.

es el CC, y que además la expresión normativa “*facultado para hacer la entrega*”, hay que predicarla no sólo del albacea, sino también del contador, con lo que se concluye que dicha facultad no es inherente al cargo, sin perjuicio de la posibilidad de autorización expresa al respecto.

Partidaria de la inherencia de tal facultad con la del cargo de contador se expresa, entre otros, CARBALLO FIDALGO, que sostiene que si el contador partidario requiriese autorización para actuar, obviaría toda mención al mismo en la mentada disposición reglamentaria, pues lo haría en cuanto a esta facultad como albacea particular, habida cuenta de la posibilidad de acumulación de cargos en una misma persona. La circunstancia de que no figurase expresamente nominado en el art. 885 del CC no equivale a proscribir cualquier intervención del mismo, pues el círculo de los legitimados para hacer la entrega no viene exclusivamente determinado por este precepto, como lo demuestra la indudable capacidad de cargos ausentes del mismo como el albacea universal o el administrador. Por otra parte, si es función del contador la necesaria preservación del patrimonio para hacer factible la prioridad de acreedores y legitimarios nada más apropiado que conferirle tal tarea a quien conoce exactamente la situación de unos y otros, y, por lo tanto, del pasivo y de la suficiencia o falta del caudal hereditario, encontrándose dentro de su cometido el cálculo y satisfacción de las legítimas y la reducción de legados, potestad que no sólo aconseja a reconocerle dicha facultad sino que presupone la misma. En otro caso, la disociación de funciones entre él y los herederos puede dificultar enormemente el cumplimiento de su cargo como, por ejemplo, en el caso de renunciaciones sucesivas de éstos últimos¹⁷¹.

171 CARBALLO FIDALGO: Op. cit. supra, pág. 235.

No obstante, las posibles dudas existentes al respecto no se plantean en derecho gallego, dado que el artículo 292.2 LDC confiere al contador expresamente la facultad de entrega de legados, bajo su responsabilidad una vez formalizado el inventario, con lo cual se pone un límite mínimo a la fecha de entrega, pues exigirá que se haya formalizado el inventario, que comprenderá el activo y pasivo, y con ello que el contador tome conciencia de la situación patrimonial del caudal relicto y su suficiencia, así como la necesidad de reducción de aquéllos, sin perjuicio de que mientras tanto el legatario inste la anotación preventiva de su derecho al amparo de los art. 42.7 y 47 de la LH. Es por ello que el art. 292.2 norma que la entrega se efectúe bajo su responsabilidad.

Ahora bien, lo que no podrá hacer el contador es alterar el contenido del legado, pues tal alteración trasciende claramente del cometido particional que se le confiere, en cuanto supone una manifestación de la personalísima facultad de testar (arts. 667, 668, 670 y 671 del Código Civil) que el albacea contador tiene que respetar (art. 902-3 del Código Civil); por consiguiente únicamente una alteración de tal naturaleza sólo podría ser consecuencia de un acuerdo entre el legatario y los herederos, sin que en tal negocio pueda prescindirse de la intervención de éstos por la actuación del albacea contador (arts. 902 y 1.259 del Código Civil)¹⁷².

VIII. LA PARTICIÓN REALIZADA POR LOS HEREDEROS

La LDC 2/2006 ha modificado el precedente régimen jurídico de la partición por mayoría contemplado en los arts. 165 y ss. de la Ley

¹⁷²Para este caso RDGRN 17 de mayo de 2002 (EDD 2002/23769).

de 1995, e introduce una partición de naturaleza notarial con diferente regulación normativa. Por ello, la partición realizada por los herederos puede revestir naturaleza contractual, practicada por todos ellos, con libertad de forma, o bien se puede llevar a efecto por vía notarial, promoviendo la designación de un contador que la practique. La intención del Legislador es en este sentido clara, intentando evitar la judicialización de la partición, a través de un procedimiento más ágil y sencillo.

A) Partición realizada por los partícipes en la herencia

Según establece el art. 294: *“Cando o testador non tivese feita a partición, os partícipes maiores de idade, os emancipados ou os legalmente representados poderán partir a herdanza do modo que teñan por conveniente”*.

Se trata de una partición de claro carácter contractual, y como tal deberá de estar sometida al acuerdo unánime de todos los partícipes interesados, en ausencia del consentimiento de alguno de ellos habrá de acudir a la vía judicial o al procedimiento notarial de los arts. 295 y ss, con la particularidad que si uno de los partícipes se anticipa acudiendo a los Tribunales, los otros no podrán promover la partición notarial, como resulta de lo establecido en el art. 300.

Es evidente que se redacta este precepto con una mejor técnica jurídica con respecto a su precedente normativo constituido por el art. 164 de la Ley de 1995, y art. 1058 del CC, que emplean el término herederos, ya que la legitimación para llevar a efecto la partición convencional no compete sólo a éstos, sino también a los partícipes en la herencia a quienes corresponde una cuota en la misma, aún cuando no lo sea en concepto de herederos, dado el indiscutible interés del que son titulares para transmutar dicha parte abstracta en bienes concretos

y determinados del haber relicto del causante a través de la correspondiente partición o dicho de otra forma para convertir su pars quota en pars quanta¹⁷³. En definitiva, quienes integren la comunidad hereditaria deben ser tenidos en cuenta a la hora de llevar a efecto la distribución de los bienes del causante, tal sería el caso, por ejemplo, de los legatarios de parte alícuota, el cesionario de un heredero, el heredero del aceptante premuerto o el sustituto, por el contrario no sería necesario contar con el consentimiento de los legatarios o herederos instituidos en cosa cierta. No obstante lo cual, hecha tal crítica positiva, la sección 4ª que comentamos sigue denominándose “De la partición por herederos”.

Para el Tribunal Supremo la partición realizada por los herederos tiene una clara naturaleza contractual, rigiéndose por el principio de libertad de forma y en este sentido podemos citar la STS de 18 de marzo de 1999 (RJ 1999/1859), cuando señala que:

“El acuerdo particional, de notoria naturaleza contractual, no requiere de una especial forma para que resulte eficaz y vinculante y en el mismo los interesados pueden también llevar a cabo renuncia de sus derechos hereditarios mediante la cesión de los mismos”.

Ahora bien, dada dicha naturaleza convencional es necesario que intervengan en la partición todos los coherederos, pues sólo así puede hablarse de acuerdo y, en este sentido, se ha expresado igualmente la jurisprudencia al exigir el consentimiento unánime de todos ellos, constituyendo simple muestra de lo expuesto la STS 3 de febrero de 1999 (RJ 747), cuando indica:

173 En definitiva, como señala COLINA GAREA: “Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio”, pág. 1281 (2008), “lo que resulta decisivo en orden a tener la referida legitimación, es que el sujeto en cuestión haya sido llamado a percibir una cuota o parte abstracta de la herencia, con independencia de si dicha atribución patrimonial hubiese sido realizada a título de heredero o en virtud de otro título distinto”.

“Que todos han de prestar el consentimiento es consecuencia de que tal requisito es inexcusable para el nacimiento de un pacto (SSTS de 8 de febrero de 1996 [RJ 1996\864], 20 de octubre de 1992 [RJ 1992\8090], etc)”, fuera de tal caso la partición practicada carece de valor jurídico.

En ausencia de tal acuerdo, queda abierta la vía judicial, a la que se refiere el art. 1059 del CC, que norma: “*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 arts. 782 y ss. de la Ley 1/2000¹⁷⁴.

No ofrece duda que la partición judicial tiene una naturaleza subsidiaria o subordinada; por consiguiente, cuando la partición se llevó a efecto por el testador o deba realizarse por contador-partidor designado por el testador, herederos o por el Juez (contador dativo) no cabe acudir a la partición judicial. En este sentido, es tajante el art. 782.1 de la LEC, cuando señala que “*cualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia, siempre que ésta no deba efectuarla un comisario o contador-partidor designado por el testador, por acuerdo entre los herederos o por resolución judicial*”.

La doctrina, al interpretar el art. 1051 del CC, estima que en aquellos supuestos en los que el causante designa un contador-partidor han de ser considerados como prohibiciones tácitas y temporales de la posibilidad

¹⁷⁴Sobre la partición judicial puede consultarse SEOANE SPIEGLEBERG: El procedimiento para la división judicial de la herencia”, en Cuadernos de Derecho Judicial, nº I (2004), monografía sobre “La división judicial de patrimonios: aspectos sustantivos y procesales”, págs. 497 a 635.

de partir la herencia impuestas por el propio testador¹⁷⁵; por consiguiente habiendo contador partidor designado y mientras su nombramiento se encuentre vigente los herederos no pueden acudir al procedimiento judicial de división del patrimonio hereditario, pues de admitirse dicha posibilidad se estaría prescindiendo de forma ilegítima de la finalidad y voluntad testamentaria del causante al efectuar dicho nombramiento.

Precisamente con base en la naturaleza subsidiaria de la partición judicial, el auto de 16 de julio de 2003, de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, desestimó el recurso de apelación interpuesto contra auto dictado por el Juzgado de Primera de Instancia nº 3 de Ferrol, que acogió la excepción de inadecuación de procedimiento formulada en un juicio de división judicial de patrimonio hereditario, toda vez que existía designación testamentaria de albaceas contadores partidores, sin que éstos hubieran sido requeridos para el ejecución de su encargo y sin que hubiera transcurrido el plazo que les confirió el testador, desvirtuando la doctrina jurisprudencial invocada en el recurso por no desdecir el carácter subsidiario de la partición judicial¹⁷⁶.

175 MARTÍNEZ ESPÍN, Pacual: "Comentarios al Código Civil", obra coordinada por Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano, Aranzadi, (Ed. 2001), pág 1216.

176 El mentado auto indica: "Frente a esta interpretación, la ahora recurrente en apelación invoca afirmaciones parciales extraídas de Sentencias del Tribunal Supremo, aisladas del conjunto contextual en el que se realizan hasta darles un sentido radicalmente diverso al que tienen en el lugar sistemático en el que han sido realizadas. En efecto, siguiendo un orden estrictamente cronológico, en la primera de las STS que la apelante invoca en defensa de pretensión, de fecha 24 de diciembre de 1895 [JC T. 78, § 93], ciertamente se afirma y hasta constituye su doctrina fundamental que *«el heredero forzoso tiene derecho, aun contra la voluntad del testador, de promover el juicio voluntario de testamentaría cuando lo estime conveniente a sus intereses, no habiendo prescrito»*, si bien lo hace en un supuesto en el que, frente a esta doctrina se intentaba hacer valer la prohibición del testador de que la autoridad judicial interviniese en su testamentaría, una vez que constaba en autos que la funciones testamentarias atribuidas al albacea designado habían terminado y que no le habían sido atribuidas en el testamento facultades para dividir la herencia. En el mismo

sentido, invoca la apelante la STS de 28 de diciembre de 1896 [JC T. 80, § 93]. Pues bien, la doctrina dimanante de esta Sentencia tampoco viene a dar la razón a la argumentación realizada por la representación procesal de la instante de este procedimiento de división judicial de la herencia, en tanto en cuanto en ella expresamente se declara: «*Que el testador tiene amplia facultad de hacer por sí ó de encomendar á otro la partición de sus bienes, sin más limitación que la general de no perjudicar la legítima de los herederos forzosos y de no dar este encargo á uno de los coherederos, según lo disponen los artículos 1056 y 1057 del Código civil, y lo sanciona el art. 1046 de la Ley de Enjuiciamiento civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Que si bien el art. 1039 de la Ley de Enjuiciamiento civil permite á contrario sensu á los herederos forzosos promover el juicio de testamentaría, y que dentro de él los interesados deben proceder, en punto al nombramiento de contadores, con arreglo al art. 1070, ambas disposiciones están subordinadas á la especialidad de lo ordenado por el testador, de conformidad con los artículos citados*». Como tercera Sentencia del Tribunal Supremo cuya doctrina habría vulnerado, de acuerdo con la interpretación sostenida en el recurso de apelación el Auto recurrido, señala al recurrente la de fecha 22 de noviembre de 1910 [JC T. 119, § 84]. En ella, de nuevo el TS vuelve a declarar que «*según la doctrina de la constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo, la prohibición impuesta por el testador de que intervenga la justicia en su testamentaría, obliga solamente á los herederos voluntarios y no á los derechohabientes necesarios en el caudal*», lo que no incide en la cuestión que ahora nos ocupa, al tiempo que en esta misma Sentencia se realizan determinadas consideraciones acerca de si los albaceas que habían sido designados había sido, o no, instituidos como contadores partidores cuya reproducción en esta sede no parece pertinente. En cuanto a la más reciente de las Sentencias del Tribunal Supremo invocadas por la apelante, de fecha 21 de mayo de 1963 [RJ 1963\2745], la doctrina jurisprudencial que de ella se deriva ha sido convenientemente expuesta en el Auto recurrido, en cuanto supone la afirmación de la acción que corresponde al heredero legítimo, en todo caso, en orden a defender la intangibilidad de su legítima. En efecto, en esta Sentencia, al margen de otros pronunciamientos que poco o nada tienen que ver con el asunto que nos ocupa, el máximo órgano jurisdiccional español, frente a la invocación de la eficacia de las disposición testamentaria en la que se restringía a los herederos la posibilidad de acudir a la vía judicial para dirimir las controversias que se suscitasen entre ellos a propósito de la herencia, se limita a reconocer que la eficacia de tal cláusula que refleja la voluntad del testador «nunca sería suficiente [...] para impedir a los herederos forzosos la actuación de cuantas pretensiones crean van encaminadas a demostrar que le han perjudicado su legítima». Pero es que el Auto aquí recurrido no trae causa del ejercicio judicial de una acción por un heredero forzoso al que se haya perjudicado su legítima, sino que se limita a señalar, respetando de manera escrupulosa la voluntad del testador que, con carácter previo al eventual ejercicio judicial de la acción de división del patrimonio hereditario, ha de intentarse la vía extrajudicial prevista a estos efectos por el testador, de manera que el heredero forzoso que desee la partición de la herencia habrá de requerir al albacea-contador-partidor para realice su función y sólo en el caso de que este no pueda, se niegue o haya transcurrido el plazo de dos años que le

B) Partición no unánime con intervención notarial

La ley de Derecho Civil de Galicia 2/2006, lo mismo que hacía su antecedente normativo constituido por la Ley 4/1995 (arts. 165 y ss.), establece una nueva clase de partición promovida por los partícipes en la herencia, que representen una cuota de más de la mitad del haber

concede el testador sin que lo haya hecho, tras haber sido requerido de manera fehaciente al efecto, por alguno de los herederos forzosos, entonces sí podrá, cualquiera de ellos ejercitar la acción de división del patrimonio hereditario al amparo de las previsiones contenidas en los arts. 782 y siguientes de la LEC/2000. Ciertamente la doctrina jurisprudencial dimanante de las Sentencias del Tribunal Supremo ha encontrado alguna quiebra en alguna resolución de las Audiencias Provinciales. En concreto, el Auto de la AP (Secc. 2ª) de Burgos de 19 de enero de 2001 [JUR 2001\82230] considera que no procede la suspensión de la tramitación del juicio voluntario de testamentaría pues la facultad que los testadores pueden conferir a cualquier persona que no sea un coheredero, de conformidad con las previsiones del art. 1057 del CC y en orden a que practique las operaciones particionales no altera ni modifica el derecho que a los herederos legítimos conceden los arts. 1037 y 1038 de la derogada LEC/1881 para promover el juicio de testamentaría. De acuerdo con los argumentos expuestos esta interpretación no puede ser compartida, pues se fundamenta en pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo que, precisamente sostienen una doctrina contraria y acorde con la asumida en el Auto del JPI núm. 3 de Ferrol recurrido. En efecto, entre otras, el precitado Auto de la AP de Burgos cita y, funda especialmente su pronunciamiento, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1931 [RJ 1931, 2287], cuando en ésta se afirma literalmente que *«sin negar al heredero forzoso el derecho de promover el indicado procedimiento [el juicio de testamentaría], aun cuando el testador hubiese nombrado contadores partidores, ese derecho hay que subordinarlo al del testador de hacer por sí o de encomendar a otro la partición de sus bienes, sin más limitación que la general de no perjudicar la legítima y de no dar ese encargo a uno de los coherederos»*. El resto de las Sentencias del Tribunal Supremo que invoca el Auto de la AP Burgos precitado tampoco suponen un apoyo de la tesis que asume y que se corresponde con la mantenida por la aquí apelante. En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1891 [JC T. 70, § 39] reproduce la tesis, que compartimos, de conformidad con la cual la designación de contadores partidores por el testador no implica la supresión del derecho de los herederos forzosos de promover el juicio de testamentaría y, en el caso concreto que resuelve, estima la viabilidad de éste, pero si se repara mínimamente en los hechos que contempla, resulta que los albaceas designados debiendo actuar de manera conjunta, lo hicieron separadamente. En consecuencia, esta Sala considera que el Auto recurrido es conforme a Derecho, en tanto que es acorde con las normas legales vigentes, con la voluntad del testador y no quiebra la doctrina jurisprudencial aplicable, de manera que procede acordar la desestimación del recurso de apelación frente a él deducido”.

partible del causante. En realidad no se trata de una partición efectuada por los herederos, sino por un contador partidor designado por sorteo ante Notario, por lo que la primera crítica que merece la Ley gallega es su ubicación sistemática dentro de la sección 4ª, bajo el epígrafe de la “Partición de los herederos”, ya que éstos se limitan exclusivamente a promoverla, como es natural al estar en juego sus derechos privados, pero de ninguna manera a realizarla. Incluso no son solo los que ostenten tal condición jurídica los legitimados para instarla, sino los partícipes en la herencia, como anteriormente ya hemos destacado.

a) La necesidad de prescindir del requisito de la unanimidad

Siempre ha sido una preocupación constatada y una denuncia reiterada la necesidad del establecimiento de procedimientos alternativos, que permitan la división y adjudicación del haber relicto del causante de forma extrajudicial, sin requerir la asfixiante unanimidad provocadora de una fuente inagotable de conflictos nacidos de la ambición o el capricho de alguno o algunos herederos, que molestos, en no pocas ocasiones, con la cuota que les fijó el causante, o por la falta de interés por parte de quienes se hallan en posesión de los bienes de la herencia, ejercitando su “ius prohibendi” torpedean la partición, provocando la permanencia en la situación de indivisión hereditaria, o forzando a los otros copartícipes a someterse a un acuerdo injusto, a los efectos de evitar el procedimiento judicial tildado de largo y costoso.

Esta búsqueda de sistemas alternativos, que obviasen el requisito de la unanimidad, exigencia derivada de la concepción romana del dominio como un derecho absoluto, no se preveían en el CC de 1889, a pesar de que no eran ajenos al Proyecto de 1851, que expresamente

preveía en sus arts. 902 y 903¹⁷⁷, para el caso de que no mediase acuerdo entre los herederos sobre el modo de hacer la partición, el sometimiento de las divergencias a la mayoría absoluta de aquéllos, sin perjuicio de que, los que se creyesen agraviados, tuviesen la facultad de acudir a los Tribunales, si bien mientras tanto se llevaría a efecto lo acordado por la mayoría hasta el pronunciamiento judicial. Comentado los mentados textos GARCÍA GOYENA¹⁷⁸ señalaba que: “parece duro que se niegue todo recurso al agraviado; pero es necesario ocurrir a que no se prorrogue la comunión y a que los curiales no se apoderen de la partición”.

Esta situación se veía aún más gravada en el caso de Galicia, en que como consecuencia del proceso migratorio, especialmente a países de ultramar, la partija por unanimidad de los coherederos, en muchas familias ausentes, impedía la posibilidad de esta forma de partir, de modo tal que la partición de la herencia se veía inexorablemente avocaba a la vía judicial. Radiografía de tal situación la encontramos en la Ponencia de la Sección IV (Castro Bolaño) del I Congreso de Derecho Civil de Galicia, celebrado en A Coruña en octubre de 1972, en el que se establecía que, cuando se afrontase la revisión decenal de la Compilación de Derecho Civil Especial de Galicia de 1963, conforme a su Disposición Adicional, era necesario regular la partición de la herencia, en los casos de haber herederos

177El art. 902 señalaba que: “Cuando el difunto no hizo la partición ni cometió esta facultad a otro, si todos los coherederos se encuentran en el caso del art. 893 y están presentes, podrán, de común acuerdo ó por mayoría absoluta, partir la herencia en el modo y forma que convengan judicial o extrajudicialmente”

El art. 903: “La mayoría se regulará por el orden prescrito en el artículo 1153; pero los que se creyeren agraviados podrán recurrir a los tribunales, sin perjuicio de llevarse a efecto lo acordado hasta que judicialmente se disponga otra cosa”

178GARCÍA GOYENA: “Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español” (1973), T I-II, pág. 264.

ausentes de hecho, situación denominada “abandamento”¹⁷⁹ (conclusión primera), proponiéndose su práctica por Letrado en ejercicio asistido por perito titulado de su nombramiento y con intervención de defensor judicial del heredero ausente (conclusión segunda); considerándose igualmente conveniente que los bienes adjudicados al ausente quedasen en mano del cónyuge supérstite en tanto en cuanto no contrajese segundas nupcias y, si fuesen de naturaleza agrícola, quedasen en poder del heredero que viviese en la casa paterna (conclusión tercera); en el caso de que fueran varios los ausentes, los lotes, que se les adjudicasen, se distribuían entre los presentes, bien por común acuerdo, bien por sorteo. Respecto de los frutos y rentas se señaló que el que posea el cupo del ausente satisfará las cargas e impuestos correspondientes, sin que éste, al hacerse cargo de los mismos, pueda reclamar frutos, ni el poseedor cantidad alguna por mejoras, cargas y gravámenes (conclusión cuarta) Se defendió también que el administrador de los bienes del ausente quedase legitimado para el ejercicio y defensa de los derechos sobre tales bienes (conclusión quinta).

179Define COLINA GAREA, el “abandamento”, en “La partición de la herencia en la Ley de Derecho Civil de Galicia. Especial referencia a los arts. 165 y 166”, en Anuario de la Facultad de Derecho de A Coruña, nº 4 (2000), pág. 116, como costumbre de realizar una especie de partición provisional y verbal entre los presentes, pero reservando el cupo correspondiente para el ausente o ausentes de hecho. El primero en acreditar por escrito la existencia de la misma fue GARCÍA RAMOS, en “Estudios consuetudinarios y prácticas económico-familiares y marítimas en Galicia” (1909), págs. 55 a 57. Posteriormente ADRIANO BARREIRO: “Alguns aspectos do Dereito Privado Galego”, en “Estudos do Dereito Civil de Galicia” (1973), págs. 175 a 177; ZULUETA DE HAZ: “De las partijas”, op. cit. supra, págs. 388 a 390. LORENZO MERINO: “El Derecho civil de Galicia y la propuesta de Compilación de 22 de marzo de 1991”, publicación da Asociación Galega de Estudos Jurídicos (1992), la define como una institución proveniente del derecho consuetudinario, consistente en una partición provisional entre herederos presentes con reserva del cupo para el ausente, señalando que: “la parte o partes que por abandamento se adjudica al heredero o herederos ausentes, las suele cultivar y aprovecharse el viudo o la viuda del causante, o el hermano mayor casado, que viva en el domicilio pretucial. Cuando el ausente se presenta, recibe los bienes de su cupo y se legaliza la partición”.

En el III Congreso de Derecho Civil de Galicia, celebrado en A Coruña, los días 27 a 29 de noviembre de 2002, en las conclusiones de la sección VI (Idelfonso Sánchez Mera), relativa a Sucesiones, se señalaba, con relación a la partición por mayoría, que “la regulación vigente plantea no pocos problemas prácticos que dificultan su operatividad. Con el fin de sortear los citados problemas, se propone instaurar un sistema notarial análogo al del contador-partidor dativo, que habrá de tener la condición de abogado ejerciente en el distrito notarial en el que la partición se tramite. Con este planteamiento como punto de partida habrán de regularse las cuestiones siguientes: incoación de la partición, el acto de designación del contador-partidor, la formalización de la partición, así como su notificación”¹⁸⁰.

La nueva Ley 2/2006 aborda tales cuestiones, buscando la solución a puntos conflictivos, que presentaba la precedente regulación en la Ley 4/1995, e intensifica la intervención notarial en el procedimiento. Así la derogada normativa de 1995 omitía toda referencia a la liquidación de la sociedad legal de gananciales del difunto, no precisaba la manera de llevar a efecto las citaciones que establecía, nada aclaraba sobre la forma de proceder a los efectos de garantizar el principio de la igualdad cualitativa en la formación de lotes y la posibilidad de prescindir del sorteo cuando no cupiese formar cupos homogéneos. La utilización del término heredero, como condición necesaria para practicar esta clase de partición, era realmente desafortunada, no se precisaba tampoco si la protocolización de las operaciones particionales debería llevarse a efecto a través de acta o escritura pública. Extremos todos ellos que sí se aclaran en la nueva normativa.

¹⁸⁰En Revista Jurídica, “Foro Galego”, monográfico sobre III Congreso de Derecho Gallego” (2002), pág. 457.

b) Naturaleza jurídica de la nueva partición

Tras la nueva Ley 2/2206, se produce una mutación con respecto al régimen jurídico previsto en la Ley de 1995, pues ya no son los herederos, sino un contador el que va a practicar la partición. La intervención del notario es para dotar de fehaciencia y garantía al procedimiento, velando dicho fedatario público por las mayorías precisas para promover esta específica forma de partir, garantizando las notificaciones a los interesados en la herencia, la aleatoriedad en la elección del contador sobre los propuestos por las partes, la pureza en definitiva del cumplimiento de las exigencias legales, así como la protocolización de las operaciones particionales.

Ahora bien, es necesario dejar claro, desde el primer momento, que no se trata de una partición realizada por el Notario, sino que ésta es practicada por un contador partidor a tal efecto designado. Tampoco, a diferencia de la precedente regulación normativa de la Ley de 1995, nos encontramos ante una partición realizada por los herederos, ya que éstos se limitan a instarla, provocando la intervención del fedatario público, que sorteja al contador encargado de dividir el caudal hereditario. La aprobación de los herederos sólo se exige en el supuesto contemplado en el art. 304, con mayoría cualificada de tres cuartas partes del haber hereditario, en el caso de que la naturaleza de los bienes del causante no posibilite la formación de lotes homogéneos.

La naturaleza jurídica de la nueva partición se asimila más a la de contador partidor dativo del art. 1057 II del CC¹⁸¹, pero sin intervención

181 La Ley 344 de la Compilación de Derecho Civil y Foral de Navarra prevé el nombramiento de contador partidor: Si el causante no hubiere establecido otra cosa, los herederos podrán proceder a la partición por acuerdo unánime prescindiendo del contador-partidor. Contador dativo. En defecto de partición hecha por el causante, si tampoco éste hubiera nombrado

judicial de clase alguna, con lo que las alternativas de los interesados en la herencia se amplían con la posibilidad de acudir a una u otra forma de partir, respondiendo ambas a la finalidad de obviar la unanimidad de los herederos en la partición, constituyendo “fórmula de escape”, en la afortunada expresión de ROCA-SASTRE¹⁸².

Las diferencias con la partición practicada por el contador partidor dativo, previsto en el art. 1057 II del CC, se traducen en los puntos siguientes:

En primer lugar, en cuanto a la posibilidad de instar la partición, en el régimen del CC basta con que lo haga una única persona, mientras que en la Ley 2/2006 se requiere como mínimo que sean dos los partícipes en la herencia que la promuevan.

En segundo lugar, la Ley gallega 2/2006 excluye en cualquier caso la intervención de los órganos jurisdiccionales. La partición no se promueve ante el Juez, sino ante el Notario. En momento alguno requiere aprobación judicial, que queda totalmente excluida.

En cuanto a la designación del contador, el CC se la atribuye al Juez, según las reglas de la LEC para la designación de los peritos (arts. 341 y ss.), lo que implica, que los partícipes en la herencia carezcan de toda posibilidad de elegir físicamente a la persona del contador, pues será nombrado a través de las listas que a tal efecto serán remitidas cada año por los colegios Profesionales, entidades análogas, Academias e Instituciones. Ello no significa que el contador sea un perito, aunque

contador-partidor o si el cargo hubiese quedado vacante, los herederos y legatarios que sumen al menos dos tercios del caudal hereditario líquido podrán acudir al Juez para que designe contador que practique la partición, la cual requerirá aprobación judicial, salvo que fuere ratificada por todos los herederos y legatarios”.

¹⁸²ROCA SASTRE MUNCUNILL: “Derechos de Sucesiones”, Tomo IV (2000), pág. 117.

sí que el Legislador ha pensado en una partición de carácter técnico a realizar por auténticos profesionales, tanto del Derecho Sucesorio, como en todas aquellas cuestiones de índole económica y fiscal, que se suscitan en torno a la ejecución de últimas voluntades¹⁸³. PUIG I FERRIOL aconseja a tal efecto atender a la composición mayoritaria del caudal hereditario y en atención a aquella cuestión que se prevea más dificultosa al nombramiento de un perito en relación con dichos bienes¹⁸⁴.

El contador de la Ley gallega se designa, por el contrario, por sorteo ante fedatario público, los partícipes sí tienen intervención en su elección, pues pueden proponer hasta un máximo de tres contadores, precisándose al menos cinco para el sorteo, con lo que es perfectamente viable que resulte elegido el preferido por uno de ellos. La nueva Ley, sin acoger las conclusiones que, al respecto, se habían adoptado en el I y III Congreso de Derecho gallego o en el Trabajo sobre la Compilación de Derecho Civil de Galicia”, elaborado por la Comisión parlamentaria no permanente de nuestro Derecho Civil, que consideraban que el contador debiera de ser letrado, nada regula al respecto, por lo que, en principio, puede ser contador cualquier persona que tenga la confianza del copartícipe que lo proponga para partir¹⁸⁵.

La partición realizada al amparo del CC no depende para su aprobación de la voluntad de los herederos, pues de no ser confirmada expresamente por los mismos, podrá ser objeto de aprobación judicial, mientras

183 GONZÁLEZ ACEBES: “El contador partidador dativo” (2005), pág. 217.

184 PUIG I FERRIOL: “El contador partidador dativo”, Anuario de Derecho Civil T XLI, fascículo III, julio septiembre de 1988, pág 678

185 En el procedimiento judicial se exige que sea letrado en ejercicio con despacho abierto en el lugar en que se sigue el juicio y con especial conocimientos en la materia. (art. 784.3 LEC),

que la realizada al amparo de la Ley gallega, en el caso de no ser posible formar lotes homogéneos, requerirá ineludiblemente la aprobación de los partícipes, que representen, por lo menos, las tres cuartas partes del haber hereditario (art. 304).

En definitiva, si tenemos en cuenta que el Código Civil en el art. 1057 II regula la partición por contador partidador judicialmente designado y que el proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria retirado de Las Cortes preveía en sus arts. 155 y 156, que el nombramiento del mismo se efectuase por Notario, cabría cuestionar la utilidad de esta nueva forma de partir y su utilización en la práctica.

c) Presupuestos

En la nueva LDC 2/2006 la posibilidad de instar esta forma de partición se halla condicionada a que concurran los presupuestos siguientes, señalados en los arts. 295 y 296, cuales son:

A) Que no haya contador-partidor designado por el causante, o que esté vacante el cargo (art. 295). Habrá que aplicar aquí las disposiciones sobre la extinción del cargo de contador a las que antes hicimos referencia, en el caso de que fueran designados contadores plurales mancomunadamente es preciso al menos que persistan en el cargo dos de ellos (art. 287.2). Conforme a lo dispuesto en el art. 288 de la LDC, los contadores partidadores sólo actuarán por requerimiento de cualquier partícipe en la comunidad hereditaria, excepto cuando el testador impusiese expresamente su intervención, pero incluso fuera de éste último supuesto la designación de contador por parte del causante excluye la posibilidad de acudir a este procedimiento ante notario, pues carece de sentido su promoción, a los efectos de que se proceda a la designación de un contador para practicar la partición de la herencia, cuando

el propio causante ha procedido a su designación, siendo su voluntad la ley suprema de la sucesión, y bastando un simple requerimiento para que puede comenzar a cumplir el cometido para el que ha sido designado.

B) Que la insten los partícipes, que representen una cuota de más de la mitad del haber partible; por consiguiente, al hablar la Ley de partícipe y no de heredero, ya no ofrece duda que la podrá promover el legatario de parte alícuota¹⁸⁶, los cesionarios, los sustitutos, sin embargo carecerá de legitimación el legatario de cosa cierta. No queda excluida esta forma de partición en el caso de que estén interesados en la herencia menores no emancipados o incapaces¹⁸⁷, sin perjuicio de que asistan sus legales representantes, lo que se prohibía en la derogada partición por mayoría del art. 165 de la LDC derogada. Cabría acudir a este procedimiento en el caso de heredero único, cuando el testador hubiera efectuado además legados de parte alícuota.

Dada la nueva regulación normativa de las legítimas y la condición del legitimario como simple acreedor, carente de acción real para reclamar su derecho (art. 249) habrá que negarle la legitimación para la promoción de esta forma de partir, el posible interés en saber si la atri-

186La STS de 14 de julio de 2008 (RJ 2008/3361) proclama que: el legatario del tercio de libre disposición y de mejora forma parte de la comunidad hereditaria, estando legitimado para instar su división judicial (art. 782.1, posición claramente diferente a la del legatario de cosa ajena según el art. 861 Cód. civ.

187La sentencia de la sección 5ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 14 de noviembre de 2002 (EDJ 2002/71055, confirmó la sentencia apelada, que ha estimado la demanda, y ha declarado la nulidad de la partición de la herencia, toda vez que no se puede seguir el procedimiento de mayorías establecido en la ley de derecho civil de Galicia, que exige, que los herederos sean mayores de edad, y sean plenamente capaces. Pues ha quedado acreditado, que una de las herederas demandadas, aunque no está declarada incapacitada por sentencia judicial, se encuentra absolutamente impedida para gobernarse por si misma.

bución que le ha realizado el causante es suficiente para satisfacer sus derechos y que, según CÁMARA, sólo puede conseguirse mediante la liquidación de la herencia, no es bastante a tales efectos, pues entraría en colisión con la literalidad del art. 295 y, en consecuencia, el legítimo, por este solo título, no es partícipe y no puede iniciar el procedimiento, sin perjuicio de como interesado, al que alude el art. 296, se le notifique la iniciación de la tramitación del procedimiento¹⁸⁸.

No queda excluida esta forma de partición en el caso de que estén interesados en la herencia menores no emancipados o incapaces, sin perjuicio de que actúen a través de sus legales representantes, lo que se prohibía en la derogada partición por mayoría del art. 165 de la LDC de 1995¹⁸⁹

Es necesario determinar lo que se entiende por haber partible, a los efectos de fijar la mayoría de cuotas, y por ende si deben computarse, a tales efectos, las donaciones colacionables y los legados de bienes específicos. Se ha sostenido que habrá de atenderse al caudal realmente divisible y no tener en cuenta, para calcular tal mayoría, ni las atribuciones de cosa cierta ni las donaciones colacionables. La nueva Ley se refiere expresamente a “haber partible” frente a “haber hereditario” de su antecedente normativo constituido por la Ley de 1995. De sostenerse la posición amplia, el sistema se complica, los legatarios de bienes es-

188 Véase en este sentido LOURO GARCÍA y VIDAL RODRÍGUEZ: “Derecho de Sucesiones y régimen económico familiar de Galicia”, Vol II, publicación del Colegio Notarial de Galicia, pág. 1213.

189 La SAP de A Coruña, sección 5ª, de 14 de noviembre de 2002 (EDJ 2002/71055) confirmó la sentencia apelada, que había estimado la demanda, y declarado la nulidad de la partición de la herencia, toda vez que no se puede seguir el procedimiento de mayorías establecido en la ley de derecho civil de Galicia, que exige, que los herederos sean mayores de edad, y sean plenamente capaces. Pues ha quedado acreditado, que una de las herederas demandadas, aunque no está declarada incapacitada por sentencia judicial, se encuentra absolutamente impedida para gobernarse por sí misma.

pecíficos carecen de legitimación para instar la partición de la herencia, al carecer de interés en ella, por lo que parece más lógico tomar como base los partícipes que sí pueden instarla y computar sus simples mayorías de cuotas según lo dispuesto por el testador o la sucesión legal¹⁹⁰.

La interpretación de este requisito plantea otros problemas, en los casos en los que se han determinado las cuotas indirectamente, es decir en relación con el valor de bienes que se adjudican, y no de forma aritmética expresa. Las posibilidades que se nos ofrecen serían considerar que, en este concreto caso, no es posible acudir a este procedimiento, además la división del haber relicto ya estaría realizada por el propio testador, computar las cuotas sobre el remanente no partido o considerar que el notario requerido puede solicitar que se le acredite el valor de los bienes que, mediante disposiciones particulares, se ha atribuido a los partícipes, lo que generaría a su vez el problema de la fijación del momento en el que ha de atenerse para dicha valoración¹⁹¹.

C) Que los promoventes sean al menos dos¹⁹², requisito de la pluralidad subjetiva, que cabe hoy en día cuestionar, y que no se exige para la

190 LOURO GARCÍA y VIDAL RODRÍGUEZ: op. cit supra, pág. 1215.

191 LOURO GARCÍA y VIDAL RODRÍGUEZ: op. cit supra, pág. 1215 y 1216.

192 Al tratarse de heredero único, aún en el caso de que representase el 50% de la cuota hereditaria se consideró inviable, como no podía ser de otra manera, esta forma partición, la STSJ de Galicia de 12 de mayo de 2000 (EDJ 2000/62908), que se expresó en los términos siguientes: "Finalmente el recurrente cita en apoyo de su tesis los artículos 165 y 166.2 de la Ley 4/1995, pero su contenido no viene al caso en el presente supuesto si se tiene en cuenta, además de que no se contemplaron al tiempo de realizarse la partición, que aquella previsión de realizar la partición por sí solos los herederos que representen más del cincuenta por ciento del haber hereditario, parte del supuesto de la concurrencia de al menos dos herederos, facultad que en este caso parece querer atribuirse por sí solo el mejorado por la circunstancia de tener una cuota superior al 50% prescindiendo de los otros herederos. Aplicar así aquella disposición transformaría la partición en un acto unilateral o el reconocimiento a un heredero, por mucho que sea el mejorado, de la cualidad de contador partidor proscrita por el artículo 1.057 del Código Civil".

designación de contador partidario dativo. Tampoco precisa la Ley el momento en que ha de apreciarse dicha pluralidad, si a la data de la muerte del causante o al instarse el procedimiento notarial, siendo ésta última solución, la que resulta más concorde con lo dispuesto en la Ley para el supuesto de alteración subjetiva del número de partícipes de la herencia tras la muerte del causante: sustitución, cesión de derechos hereditarios, derecho de representación en la sucesión abintestato. En el caso de que se adquiriera por cesión las cuotas de varios herederos, el adquirente único no podrá utilizar el argumento de que se subroga en los derechos de los cedentes a los efectos de cumplir dicho requisito, y, en el caso de cesión parcial de cuota, salvo que responda a una finalidad fraudulenta para obviar el cumplimiento de tal requisito se podría dar el mismo como cumplido, si la promueven cedente y cesionario parciales.

D) Que no se hallase en trámite una partición judicial promovida por heredero o legatario de parte alícuota ante los órganos jurisdiccionales (art. 300 LDC), requisito sobre el que volveremos más tarde.

E) Que los promoventes acrediten ante el Notario, que son titulares de dicha cuota hereditaria y además que designen contadores para llevar a efecto las operaciones particionales, pues sin estos requisitos el Notario no podrá admitir su requerimiento.

El acreditamiento de la legitimación para instar esta forma de partición requerirá que los promoventes aporten el testamento del causante con el correlativo certificado de actos de última voluntad o la declaración de herederos abintestato, bien mediante acta notarial (ascendientes, descendientes y cónyuge) o por resolución judicial del Juzgado de Primera Instancia en otro caso o la escritura de cesión de los derechos hereditarios.

F) Que se observen las formalidades establecidas en los arts. 296 y ss.

d) Procedimiento

El procedimiento se inicia con el requerimiento a la intervención notarial, aceptada ésta, conforme a lo normado en el art. 296: “*Os que promovan a partición deberanlles notificar o seu propósito notarialmente aos demais interesados, de coñeceren o seu domicilio*”.

A tal efecto y con arreglo al art. 297: “*Se o domicilio dalgún interesado non fose coñecido polos requirentes, o notario notificarao mediante a publicación de edictos no boletín oficial da provincia, no taboleiro de anuncios do concello e nun dos periódicos de maior circulación, todo isto respecto do lugar onde o causante tivo o derradeiro domicilio en España*”.

La ley distingue entre partícipes e interesados, por lo que entendemos que el cónyuge supérstite deberá de ser notificado, máxime cuando sea necesaria, para la partición, la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales constituida con el difunto (art. 302), así como los legitimarios a los efectos del cálculo de su legítima¹⁹³.

193COLINA GAREA: “Comentarios . . .”, op. cit. supra., pág 1295, señala que: “deberá comunicarse el propósito de partir a los legitimarios instituidos “ex re certa” a los efectos de comprobar si el valor del bien atribuido es suficiente o no para cubrir la legítima que le corresponda. El legatario de cosa determinada tiene también interés de que la cosa legada le sea entregada, porque, aunque le pertenezca en propiedad desde la muerte del causante, no puede ocuparla por su propia autoridad (art. 885). Además el art. 305 LDCG señala que en la partición a que alude el art. 295 de esa misma Ley habrá de incluirse, entre otras cuestiones la entrega de legados y el pago de legítimas. Igualmente habrá de notificarse el propósito de partir al cónyuge viudo, aún cuando concorra en la partición únicamente como legitimario y sin más derecho que la cuota legal usufructuaria que le conceden los arts. 253 y 254 LDCG. Incluso en esta hipótesis, el cónyuge supérstite es sujeto interesado en la partición, porque, por una parte, cuando proceda la liquidación de la sociedad legal de gananciales es una operación que, por mandato del art. 305 LDCG, ha de ser incluida en aquélla y que el contador partidor designado no puede realizar por sí solo (art. 302 LDCG)”.

La notificación habrá de ser notarial mediante acta (arts. 144 y 198 del Reglamento Notarial). En el caso de que el interesado se hallara en el extranjero, la solución para tales supuestos podría encontrarse en la utilización de acta de remisión de documentos (art. 201 de dicho Reglamento)

Los promoventes, que habrán necesariamente de designar contador, podrán hacerlo hasta un máximo de tres, a fin de su elección por sorteo. Durante los 30 días siguientes a la práctica de la notificación o de la publicación del propósito de partir por vía notarial, los otros partícipes no promoventes podrán proponer también hasta un máximo de tres contadores-partidores (art. 299), entendemos que, aunque la ley no lo diga expresamente, en la notificación a la que se refieren los arts. 296 y 297 se les deberá advertir de la facultad que les ofrece este precepto.

Nada se precisa sobre la capacidad que han de ostentar los contadores, remitiéndonos en tal sentido a lo que hemos comentado con antelación al referirnos a los requisitos subjetivos para desempeñar tal cargo, al analizar la partición por contador partidor prevista en la sección 3ª de este capítulo VII del Título X de la Ley.

Conforme al art. 300, esta partición *“non poderá efectuarse cando con anterioridade á finalización do prazo previsto no artigo anterior se lles notifique fidedignamente aos partícipes que se promoveu xudicialmente a partición. Ao non se ter efectuado esta notificación, a partilla que se realice consonte o disposto nos artigos seguintes producirá plenos efectos”*.

En efecto, la ley prevé en este caso que, en el plazo de los treinta días, desde la notificación personal o publicación de los edictos, comunicando la promoción del procedimiento notarial, plazo que habrá de

contarse de forma individual a partir de la notificación practicada a cada de uno de los partícipes no promoventes, éstos comunicasen fehacientemente, es decir a través de algún forma que permita dejar constancia fidedigna de tal notificación, que han instado la partición judicial, la promovida ante Notario deberá archivarse, quedando la misma sin efecto, al dar en este caso el Legislador preferencia a la división judicial de la herencia sobre la notarial; ahora bien, en el caso en el que no se realice tal notificación, o se practique fuera de tal plazo, la partición notarial producirá plenos efectos.

Sin embargo, este precepto no evita la colisión de normas con la regulación procesal de la partición judicial, pues promovido un procedimiento de esta última clase, la ausencia de notificación de su existencia a los partícipes en la partición bajo la forma notarial determina, como hemos destacado que, conforme al art. 300 de la Ley gallega, la partición notarial produzca plenos efectos; no obstante la única forma prevista de terminación anticipada del procedimiento judicial de división de la herencia, una vez promovido, que provoca el sobreseimiento del juicio y la puesta a disposición de los bienes a los herederos, conforme el art. 789 de la LEC, es el común acuerdo de los mismos, y no la falta de comunicación que se prevé en la ley autonómica, con lo que la posibilidad de sendas particiones: judicial y notarial es perfectamente factible, generando problemas de prevalencia de la una sobre la otra e invasión de competencias, al ser la procesal exclusiva del Estado..

Una vez que se ha notificado personalmente o por edictos la existencia del procedimiento a todos los interesados, transcurrido el plazo de los 30 días desde que ésta se practicó (arts. 298, 299 y 301), se designará un contador-partidor por insaculación entre los propuestos, debiendo ser al menos cinco los sorteados.

No se precisa, como hemos señalado la cualificación del contador, ni tampoco regula la Ley, la forma de cuestionar su imparcialidad por su vinculación con el objeto o sujetos de la partición¹⁹⁴. En el caso del contador partidor dativo del art. 1057 II CC, la remisión que se hace a la prueba pericial de la LEC determina que la doctrina considere aplicable el régimen de recusación previsto en la misma¹⁹⁵, lo que no ofrece duda es que el contador no puede ser partícipe en la herencia. Tampoco es obligatorio que sea un letrado en ejercicio, a diferencia del procedimiento judicial en el que, si se designa por sorteo, deber ostentar tal condición (art. 784.3 LEC). Cabrá que sea designado como tal un notario (art. 139 del RN), pero no el que autorice el presente procedimiento, por evidente colisión con sus facultades de control.

No se señala tampoco lo que sucede si el contador no acepta el cargo, aunque lo lógico es que se realice un nuevo sorteo, requiriendo a los interesados para que designen un contador más, si no se alcanza el número mínimo de cinco. No se contempla que, en el sorteo, se designen contadores suplentes, lo que sería muy útil por razones de celeridad en la tramitación del expediente. Para lo cual podría indagarse la posibilidad de seguir sorteando a los contadores insaculados, fijándose un orden de actuación entre ellos para el caso de que el preferentemente designado dejase el cargo vacante por motivo legítimo.

194En la LEC es aplicable al contador designado por sorteo lo dispuesto para la recusación de los peritos, con lo que existe una remisión a lo normado en los arts. 124 y ss de la LEC y 219 de la LOPJ, en cuanto sean aplicables.

195PUIG Y FERRIOL: "El contador . . .", op. cit. supra., pág. 680; ALVÁREZ-SALA WALTHER: art. 1057 II en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", dirigidos por Albaladejo, TXIV, Vol 2º (1989), pág. 313, ROCA-SASTRE MUNCUNILL: Derecho de Sucesiones IV, (2000), pág. 164, FERNÁNDEZ HIERRO: "Contador partidor: ¿contar o partir?", Estudios Deusto, nº 1, 1996, pág. 182.

Realizado y aceptado el nombramiento, el contador llevará a efecto las operaciones particionales. Practicará con el cónyuge superviviente en su caso la liquidación de los bienes de la sociedad conyugal, de no alcanzar acuerdo con el mismo deberá comparecer ante el Notario, manifestando su imposibilidad de partir, al no poder individualizar los bienes del haber relicto del causante, debiendo acudir los interesados al procedimiento judicial a tales efectos. Igualmente formará el inventario con base en los documentos que le faciliten los interesados, debiendo resolver como considere oportuno las discrepancias entre los partícipes, que pudieran existir, con respecto a la inclusión o exclusión de bienes, y procederá, por si o con asesoramiento pericial, a su valoración (art. 302). La ley no impone, como hemos señalado, el nombramiento de peritos para realizar el avalúo de los bienes hereditarios, si bien el uso de tal facultad por el contador no habrá de ser arbitraria, sino que la posibilidad de la exclusión de un dictamen de tal naturaleza habrá de estar amparada en una causa justificada, por ejemplo por contarse ya con una valoración cualificada de los mismos, u ostentar el contador los conocimientos precisos para fijar el importe del caudal relicto del causante. Tampoco se determina la cualificación técnica de los peritos, aunque sería razonable exigir que fueran titulados. A los efectos del momento de la valoración será el de la partición, sin perjuicio de respetarse las disposiciones específicas existentes con respecto a la tasación de los bienes transmitidos a título gratuito, que será a la data de ésta (art. 244.2^a) o para la fijación de la legítima que se tendrá en cuenta la fecha de la muerte del causante (art. 244.1), todo ello sin perjuicio de las actualizaciones monetarias (art. 244.1^a y 2^a).

No se señala plazo para que el contador realice las operaciones particionales a diferencia de lo que sucede en la LEC para el caso de la

partición judicial, que será de dos meses “desde que fueron iniciadas” (art. 786.1)¹⁹⁶. No hubiera sido ocioso que la ley gallega fijase un plazo de tal naturaleza. Con respecto al contador partidador dativo se postula la posibilidad de que sea fijado por el Juez al tiempo de designar el contador¹⁹⁷. La ausencia de una concreta norma al respecto permitiría al menos fijar como máximo el plazo de un año que se prevé en el art. 904 del CC para el albaceazgo. No vemos inconveniente tampoco en que se fije en acta notarial.

El contador formará los cupos correspondientes, los cuales serán sorteados ante el Notario¹⁹⁸, distinguiendo la Ley al respecto, si las cuotas fueran iguales y permitiesen la formación de cupos homogéneos, en cuyo caso el art. 303 norma que: “*Se as cotas dos partícipes na herdanza fosen iguais ou se, aínda sendo desiguais, permitisen a formación de tantos anexos homoxéneos como fosen precisos para a adjudicación dos bens, o contador-partidador formará os que correspondan, que serán sorteados perante notario*”.

Ahora bien, cuando ello no fuera posible, el contador propondrá a los interesados un proyecto de partición, que deberá ser aprobado por

196 Sobre la problemática que suscita dicho plazo en la partición judicial puede consultarse SEOANE SPIEGELBERG: El procedimiento para la división judicial de la herencia”, en Cuadernos de Derecho Judicial, nº I (2004), monografía sobre “La división judicial de patrimonios: aspectos sustantivos y procesales”.

197 ALVAREZ SALA WALTHER: Op cit supra, pág. 322, en el mismo sentido MEZQUITA DEL CACHO PARA EL Derecho catalán: “Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre” (1994), pág. 167 y ss.

198 Según el art. 298: “No requirimento inicial tamén se fixará a data e a hora nas que o sorteo se realizará perante o notario requirido para a notificación. Non se poderá en ningún caso realizar o sorteo ata que transcorresen trinta días hábiles desde a data en que se practicou a última das publicacións ou das notificacións e sesenta días hábiles desde o requirimento inicial ao notario”.

una mayoría cualificada de $\frac{3}{4}$ partes del haber hereditario, señalando a tal efecto el art. 305, que:

“De seren as cotas desiguais de tal natureza que non permiten a formación de lotes homoxéneos cos bens hereditarios, o contador-partidor proporalle aos interesados un proxecto de partición, que para a súa validez deberá ser aprobado por partícipes que representen, polo menos, as tres cuartas partes do haber hereditario”.

La expresión normativa tres cuartas partes del haber hereditario habrá que identificarla con activo hereditario líquido, es decir el que reste después de descontadas las deudas y los legados no parciarios, así como las otras cargas de la herencia, por consiguiente no deberán computarse a tales efectos bienes que no van ir a parar a manos de herederos o legatarios.

En ambos casos, conforme al art. 305, la partición deberá incluir: *“a entrega de legados, o pagamento das lexítimas e as demais operacións complementarias que procedan, incluída a liquidación da sociedade conyugal”.*

Por ultimo, la Ley exige la protocolización notarial de la partición, su notificación a los interesados que no hubieran comparecido a la misma. Y una vez practicada dicha notificación producirá todos sus efectos y pondrá fin a la indivisión, todo ello en los términos de los arts. 306 y 307, que literalmente transcritos disponen:

Art. 306: *“A partición formalizarase mediante escritura pública de protocolización do caderno particional outorgada polo contador-partidor designado, e, no caso ao que se refire o artigo 303¹⁹⁹, polos*

¹⁹⁹Se trata de un error manifiesto, pues la remisión es obviamente al art. 304.

partícipes que representan a maioría cualificada nel prevista, perante o mesmo notario que interviñese nos trámites anteriores”.

Art. 307: *“O notario notificaralles a formalización da partición aos interesados que non comparecesen á protocolización. A notificación realizarase consonte o disposto nos artigos 296 e 297. Unha vez practicada a notificación, a partición producirá todos os seus efectos e porá fin á indivisión”.*

Bajo el imperio de la Legislación derogada, la falta de previsión normativa de la Ley 4/1995 al respecto, planteaba el problema del momento a partir del cual se producía la perfección de la partición, que se fijaba en la protocolización notarial de la misma²⁰⁰, polémica hoy en día resuelta por el art. 307, que determina que los efectos de la partición se desencadenarán una vez practicada la notificación de la formalización notarial de aquélla a quienes no hubieran intervenido en la protocolización.

e) Administración del cupo del ausente

Por último, se regula la administración del cupo que corresponde al partícipe, que no tuviese domicilio conocido, en el artículo 308, que dispone:

“O quiñón adxudicado ao partícipe que por ausencia de feito non tivese domicilio coñecido será administrado polo viúvo do causante que, interesado na partición, fose ascendente do adxudicatario. No seu defecto ou por renuncia, o quiñón será administrado consonte o disposto no artigo 49 desta lei”, es decir “ao cónxuxe non separado legalmente ou de feito, aos descendentes maiores de idade e aos ascendentes, por esta orde”.

²⁰⁰GUTIÉRREZ ALLER: Op. cit. supra, págs. 141 y 142 ; MÉNDEZ APENELA : Op. cit. supra ; pág. 295; LETE ACHIRICA: Op. cit. supra, pág. 1362.; ZILUETA DE HAZ. Op. cit. supra, pág. 394; COLINA GAREA: Op. cit. supra; pág. 133.

f) Ineficacia

Esta puede producirse por motivos formales o de fondo, referentes éstos últimos a la concreta manera en la que se llevó a efecto la partición por el contador aplicando las normas de derecho sustantivo o material. Por consiguiente, se podrá declarar la nulidad de la misma por incumplimiento de los mentados requisitos formales²⁰¹ o por causas tales como inclusión en la partición de bienes que no son del testador, ausencia de liquidación de la sociedad conyugal del difunto, vicios del consentimiento de los copartícipes cuando éste sea necesario (art. 304), por prescindirse de la voluntad del testador entre otros.

²⁰¹La Sala de lo Civil del TSJ de Galicia, de 30 de junio de 2004 (EDJ 2004/267994), señalaba con respecto a la Ley 4/1995, que “A lo que obliga es a respetar las disposiciones del causante o las de la sucesión intestada, como no podía ser menos; a citar fehacientemente a todos los interesados con domicilio conocido para la formación de inventario y evaluación por perito, como así consta y reconoce haberse hecho; a que el sorteo se verifique bajo la fe de un Notario, como también se reconoce haber hecho; la protocolización y notificación”.



BIBLIOGRAFÍA

- ADRIO BARREIRO: “Algúns aspectos do Dereito Privado Galego”, en “Estudos do Dereito Civil de Galicia” (1973).
- ALBA PUENTE: “Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995”, Colegio Notarial de La Coruña (1996), comentarios a los arts.155 a 158.
- ALBADALEJO Y DÍAZ ALABART, en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T XIV, vol 2º (1989).
- ALBALADEJO GARCÍA: “Derecho Civil, T I, Introducción y Parte General, Vol II. La relación, las cosas y los hechos jurídicos” (1996).
- ALBALADEJO: “Dos aspectos de la partición hecha por el mismo testador”, en Anuario de Derecho Civil, 1948.
- ALBALADEJO: “Sobre si el contador-partidor puede rectificar ajustándolas a la Ley las disposiciones testamentarias que la violen”, en Anuario de Derecho Civil, Tomo XLVI, Fascículo IV, octubre-diciembre de 1993.
- ALBALADEJO: “Solo el testador puede partir su herencia”, en “Estudios de Derecho Civil”, pág. 333.
- ALONSO VISO: “Comentarios al Código Civil y Compliaciones Forales”, obra dirigida por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Tomo XXXII, Vol 2º (1997).
- ÁLVAREZ LATA: Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio”, Aranzadi (2008).

- ALVÁREZ-SALA WALTHER: Art. 1057 II en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, dirigidos por Albaladejo, TXIV, Vol 2º (1989).
- ARMERO DELGADO: Testamentos y particiones”, T I. Títulos sucesorios” (1951).
- BATISTA MONTERO-RÍOS: “Estudios sobre la ejecución testamentaria” en Revista de Derecho Privado (1970).
- BELLO JANEIRO: “Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia” (2001).
- BOLÁS ALFONSO: “La partición hecha por contador-partidor. Cuestiones Prácticas”. Cuadernos de Derecho Judicial (1997), T XIX,
- BUSTO LAGO: “Aspectos sustantivos de las operaciones particionales de la herencia”, en el monográfico de Cuadernos de Derecho Judicial”, sobre “División Judicial de patrimonios: aspectos sustantivos y procesales” (2004).
- BUSTO LAGO: “Sucesión testada y pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de julio”, pág 84, en la Jornada organizada por el Ilustre Colegio de Abogados de A Coruña, sobre “Sucesiones y contrato de vitalicio en la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia”, celebrada en dicha ciudad el 20 de julio de 2006.
- CAMY SÁNCHEZ CAÑETE: “Comentarios a la legislación hipotecaria”, vol 3 (1975).
- CARBALLO FIDALGO: “Las facultades del contador- partidor testamenario” (1999).
- CARRASCO PERERA: “Comentario a la STS de 21 de marzo de 1985. Rescisión de partición”, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, (1985).
- CARRETERO GARCÍA: “Comentario a la resolución de la DGRN de 12 de julio de 1974”, en Revista Crítica de Derecho Hipotecario” 1974.
- CASTÁN TOBEÑAS: “Derecho civil español, común y foral”, T VI, Derechos de sucesiones, Vol I. La sucesión en general, (1978).

- CASTRO GARCÍA: “Artículo 895”, en Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia, T III, coordinado por ALBACAR (1991).
- CICU: Derecho de Sucesiones, parte general, Real Colegio de España en Bolonia (1964).
- CLEMENTE MEORO: “Derecho de Sucesiones”, obra colectiva coordinada por CAPILLA, LÓPEZ, ROCA, VALPUESTA Y VALLÉS (1992).
- COLINA GAREA: “Algunas reflexiones en torno a la comunidad hereditaria”, en Anuario da Facultad de Dereito da Universidades da Coruña, nº 6 (2002).
- COLINA GAREA: “La partija entre coherederos que representen la mayoría económica en la herencia” (2000).
- COLINA GAREA: “La partición de la herencia en la Ley de Derecho Civil de Galicia. Especial referencia a los arts. 165 y 166 LDCG”. en Anuario da Facultad de Dereito da Universidades da Coruña, nº 4 (2000).
- COLINA GAREA: Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio”, Aranzadi (2008).
- CORBAL FERNÁNDEZ, “Comentarios al Código Civil”, Barcelona (2000), obra colectiva coordinada por Sierra Gil, Barcelona (2000).
- COSTA: “Storia del Diritto romano privato”, (1925).
- DE DIEGO: “Instituciones de Derecho Civil español” (1959), T III.
- DE LA CAMARA ALVAREZ, Manuel: “Compendio de Derecho Sucesorio” (1990).
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ: “Comentario del Código Civil”. Ministerio de Justicia, Tomo I (1991).
- DE LOS MOZOS”: “La partición de herencia por el propio testador”, en la Revista de Derecho Notarial” (1960).
- DÍAZ FUENTES: “Dereito Civil de Galicia”, en Cuadernos da Área de Ciencias Jurídicas, publicación do Seminario de Estudos Galegos (1997).

- DÍAZ MARTÍNEZ, Comentario a la STS de 1 de marzo de 2001, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 58, enero-marzo de 2002.
- DÍAZ MARTÍNEZ: Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio”, Aranzadi (2008)
- DÍEZ PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS: “Sistema de Derecho Civil”, Vol V, Derecho de sucesiones (2001).
- DOMÍNGUEZ LUELMO: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1998, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 49, (1999).
- ESCORIAZA: “La figura del comisario contador partidor en la legislación española”, en Boletín Informativo del Ministerio de Justicia (1994).
- FERNÁNDEZ HIERRO: “Contador partidor: ¿contar o partir?”, Estudios Deusto, nº 1, (1996).
- GARCÍA RAMOS, en “Estudios consuetudinarios y prácticas económico-familiares y marítimas en Galicia” (1909).
- GARCÍA GOYENA: “Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español” (1973), T I-II.
- GARCÍA VALDECASAS: “La comunidad hereditaria”, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo XXIII, abril de 1952.
- GÓMEZ MORÁN: “Testamento partición” en Revista Crítica de Derecho inmobiliario, (1949).
- GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ: “La partición judicial: problemas” (2008).
- GONZÁLEZ ACEBES: “El contador partidor dativo” (2005).
- GONZÁLEZ ENRÍQUEZ: “Naturaleza y eficacia de la partición hecha por el testador por actos inter vivos”, Revista de Derecho Privado (1954).
- GONZÁLEZ GARCÍA: “Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia y sucesiones”, obra colectiva coordinada por FRANCISCO SÁNCHEZ CALERO (2004).

- GUTIÉRREZ ALLER: “Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Ley 4/1995 do 24 de maio), monográfico del Parlamento de Galicia y Asociación Revista jurídica Galega.
- KIPP: “Tratado de Derecho Civil”, Ennecerus, Kipp y Wolf, Tomo V, Vol I, (1976).
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: “Elementos de derecho civil, T. V, Derecho de sucesiones” (2001).
- LEGERÉN MOLINA: “La partición conjunta en derecho gallego”, A Coruña (2007).
- LETE ACHIRICA: “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, obra dirigida por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Tomo XXXII, Vol 2º (1997).
- LLEDÓ YAGÜE: Derecho de Sucesiones” Vol IV: “La comunidad hereditaria y la partición de la herencia” (1993).
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA: “La liquidación de la sociedad de gananciales (Doctrina y Jurisprudencia)”, (1999).
- LORENZO MERINO: “El Derecho civil de Galicia y la propuesta de Compilación de 22 de marzo de 1991”, publicación da Asociación Galega de Estudos Jurídicos (1992)-
- LOURO GARCÍA y VIDAL RODRÍGUEZ: “Derecho de Sucesiones y régimen económico familiar de Galicia”, Vol II, publicación del Colegio Notarial de Galicia (2007).
- MANRESA (“Comentarios al Código Civil”, T VII, (1955).
- MARÍN LÁZARO: “La partición de herencia por actos inter vivos”, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia (1944).
- MARTÍNEZ ESPÍN: “Comentarios al Código Civil”, obra coordinada por RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2001).
- MARTÍNEZ GARCÍA: “Derecho de Sucesiones y régimen económico familiar de Galicia”, Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adi-

- cional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, y Ley 10/2007, de 28 de junio”, Colegio Notarial de Galicia (2007), Vol I.
- MÉNDEZ APENELA: “Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995”, Colegio Notarial de La Coruña (1996), comentarios a los arts. 164 a 170.
- MILLÁN SALAS: “Instituciones sucesorias en el Código Civil que conservan íntegra una explotación agrícola” (1999).
- NÚÑEZ BOLUDA: “Las facultades de los contadores partidores del art. 1057 del CC y su reforma por Ley de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996”, en Actualidad Civil, nº 43, 18-24 de noviembre de 1996.
- NÚÑEZ MUÑÍZ. “El legado de parte alícuota. Su régimen jurídico”, Madrid 2001.
- OCALLAHAM MUÑOZ: “Código Civil Comentado”, La Ley (2004).
- OCALLAHAM MUÑOZ y otros: “La partición de la herencia” (2006).
- OLMEDO CASTAÑEDA: “Derecho de Sucesiones y Régimen Económico Familiar de Galicia. Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, y a la Ley 10/2007, de 28 de junio”, Vol II (2007).
- PUIG BRUTAU: “Fundamentos de Derecho Civil”, Tomo V, Vol 3º (1991).
- PUIG I FERRIOL: “El contador partidador dativo”, Anuario de Derecho Civil Tomo XLI, fascículo III, julio-septiembre de 1988.
- RAMS ALBESA: “Elementos de Derecho Civil, Derecho de sucesiones”, T V (1993).
- REBOLLEDO VARELA: “Las controversias sobre adjudicaciones y pago de deudas en la liquidación de la sociedad legal de gananciales: aspectos sustantivos del art. 810 LEC”, en el monográfico de Cuadernos de Derecho Judicial”, sobre “División Judicial de patrimonios: aspectos sustantivos y procesales”, dirigido por SEOANE SPIEGELBERG (2004), T I.

- REVISTA JURÍDICA, “FORO GALEGO”, monográfico sobre III Congreso de Derecho Gallego” (2002).
- REY PORTOLES: “Comentario a la resolución de la DGRN de 27 de febrero de 1982, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario”, (1983).
- RIVAS MARTÍNEZ: “Derecho de Sucesiones Común y Foral”, T II, Vol 2º (2004).
- ROCA SASTRE Y ROCA SASTRE MUNCUNILL: “Derecho hipotecario”, Tomo V, (1997).
- ROCA SASTRE: “ Derecho de sucesiones de T. Kipp”, Vol I (1976).
- ROCA SASTRE: “Derecho Hipotecario”, T III (1979).
- ROCA SASTRE: “Estudios de Derecho Privado”, T II.
- ROCA- SASTRE MUNCUNILL: Derecho de Sucesiones IV, (2000).
- RODRÍGUEZ MONTERO: “Realidad socio-económica, intereses familiares y Derecho Sucesorio en Galicia”, en el Boletim da Facultade de Direito de Coimbra, STVDIA IVRIDICA 88, colloquia 16.
- SANMARTÍN LOSADA: “Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995”, Colegio Notarial de La Coruña (1996), comentarios a los arts. 159 a 163.
- SÁNCHEZ ROMAN: “Estudios de Derecho Civil” VI-3 (1910).
- SÁNZ FERNÁNDEZ: “Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria”.
- SÁNZ FERNÁNDEZ: “Derecho Hipotecario”, Tomo III (1979).
- SANMARTÍN LOSADA, Rafael: “Derecho de Sucesiones y régimen económico familiar de Galicia”, Comentarios a los título IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, y a la Ley 10/2007, de 28 de junio, Colegio Notarial de Galicia, (2007), pág. 1170.
- SEOANE SPIEGELBERG: “La nulidad del testamento”, en monográfico sobre “Derecho de Sucesiones y Donación” publicada en Cuadernos de Derecho Judicial, tomo III (1995).

- SEOANE SPIEGELBERG: El procedimiento para la división judicial de la herencia”, en Cuadernos de Derecho Judicial, nº I (2004), monografía sobre “La división judicial de patrimonios: aspectos sustantivos y procesales”.
- TAPIA CARREÑO: “La partición. Concepto y clases”, en Cuadernos de Derecho Judicial. Monográfico sobre Derecho de Sucesiones. Donación (1995).
- TORRES LANA: “La partición por comisario”, Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca (1983).
- VALLET DE GOYTISOLO: “Apuntes de Derecho Sucesorio” (1955).
- VALLET DE GOYTISOLO: “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, dirigida por ALBALADEJO, T XIV, Vol 2º.
- VALLET de GOYTISOLO: “Panorama de Derecho de Sucesiones”, T II (1982).
- VALVERDE: “Tratado de Derecho Civil español”, T V, 4ª edición (1939),
- VOCI: “Diritto ereditario”, pág. 123.
- ZILUETA DE HAZ: “De las Partijas” en Derecho Civil Gallego”, publicación del CGPJ y la Xunta de Galicia (1996).

II
CONTESTACIÓN
del
ILTMO. SR.
DON DOMINGO BELLO JANEIRO

Constituye un motivo de especial satisfacción, y orgullo, tener, en mi primera intervención en esta Academia, la oportunidad de contestar este discurso, tanto por el tema sobre el que versa, relativo al derecho propio de Galicia, cuanto por su autor, el presidente de la Audiencia Provincial de Coruña.

El magistrado José Luis Seoane Spiegelberg es bien conocido de todos nosotros y, desde luego, su curriculum profesional le ha hecho merecedor, más que con creces, de su ingreso en esta academia, que nos acoge.

Después de licenciarse brillantemente en Derecho por la Universidad de Santiago, ingresa nuestro nuevo académico por oposición en la Carrera Judicial, a los 23 años de edad, sirviendo en diversos juzgados hasta que fue nombrado magistrado de la sección primera de la Audiencia Provincial de A Coruña, cuya presidencia ostenta después de haber sido casi diez años Presidente de la Sección 4ª.

Está en posesión de la cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort y desde 1990 es profesor asociado de Derecho Procesal de nuestra Universidad, participando como consultor internacional en diversos Proyectos de Naciones Unidas para el Desarrollo en centroamérica y son innumerables las comunicaciones y ponencias en cursos de formación del Consejo General del Poder Judicial y del Ministerio de Justicia, a

nivel nacional o autonómico, tanto como conferenciante cuanto como director de actividades formativas de las que luego da como resultado la correspondiente publicación, entre las que destaco la segunda edición de su libro *“La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil”*, así como el medio centenar de capítulos en libros colectivos y artículos en revistas especializadas.

En relación a la materia con que nos ilustró, la misma versa, según hemos oído, sobre la regulación en la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia de la partición de la herencia, siendo en materia sucesoria donde se contiene la mayor aportación del derecho civil de Galicia con el más completo contenido, sobre la base de nuestra tradición jurídica y con introducción de verdaderas novedades realmente vividas en la práctica notarial actual, frente al Derecho contenido en el Código Civil que devino incompatible con buena parte de la realidad gallega.

Así, en la ley gallega se encuentran regulados con mucha amplitud, lo que tanto celebro ver reflejado en este discurso, los pactos sucesorios como instrumento adecuado para dotar de irrevocabilidad al usufructo voluntario vidual, universal o en parte, el pacto de mejora, según la tradición de labrar y poseer u otra, así como la figura del apartamiento o apartación, que consiste en la entrega anticipada por el causante al heredero forzoso, en vida, de su cuota hereditaria, quedando totalmente excluido o apartado de tal condición de legitimario con carácter definitivo, cualquiera que sea el valor de la herencia en el momento de deferirse.

Ello, como veremos, se tiene en cuenta para comprender mejor la regulación de la partición en la Ley gallega, que, como novedad, ha incluido la regulación de los aspectos generales que son de común aplicación a los específicos procedimientos particionales que luego se dis-

ciplinan con detalle, mientras que en la Ley derogada sólo existían dos artículos que por error repetían lo dispuesto respecto de la apartación.

Ahora ya los dos primeros preceptos que se dedican a estas cuestiones particionales generales se refieren a aspectos de naturaleza subjetiva, distinguiendo en el primero las diversas clases de partición entre las que podemos optar dependiendo de quiénes sean los sujetos que la llevan a cabo, y que con tanta brillantez hemos visto en el discurso del nuevo académico: la partición por el testador (es adecuada esta denominación y no partición testamentaria, pues la división la puede hacer el causante no sólo en testamento, sino también en otro documento de naturaleza distinta, siempre que se apoye en una disposición testamentaria anterior o posterior); la partición por contador-partidor; la partición por los herederos y por resolución judicial, sin que se incluya la denominada partición por árbitro que sí aparece recogida en la Ley de Arbitraje de 2003.

Después contempla las reglas generales en materia de capacidad, destacándose que, a diferencia del Código, no se requiere que sea aprobada judicialmente la partición a la que concurran menores o incapacitados legalmente representados.

Respecto a la partición por testador, se analizan las consecuencias jurídicas que nacen de las alteraciones subjetiva y objetiva de las bases del acto particional, con el estudio de los herederos no contemplados, los bienes objeto de adquisición o la disposición ulterior por el testador.

Como otro aspecto novedoso, se hace referencia ahora a la posibilidad de efectuar adjudicaciones de bienes y derechos determinados, respetando siempre las legítimas puesto que, como bien dice nuestro

nuevo académico, el todo poderoso testador, a la hora de realizar la partición de sus bienes, se encuentra con el límite cuantitativo de las legítimas que deberá respetar, con el recurso a la acción de complemento, abundándose ahora en la posibilidad de pago en metálico.

En cuanto a las legítimas, sufren una importante disminución. La nueva redacción en Galicia viene a primar más la libertad del causante de la herencia, que ya no se verá forzado a dejar la mayor parte de sus bienes o derechos a sus descendientes sólo por la razón de tener tal condición.

Sobre la partición por el contador partidor, se estudian las características del cargo como personalísimo, temporal, gratuito y voluntario, sus elementos formales, los requisitos subjetivos para desempeñarlo, la forma de designación del contador y su régimen jurídico, según haya sido mancomunada, sucesiva o solidaria y sus funciones, entre otras, las facultades para subsanar y corregir los defectos legales en los que haya podido incurrir el testador.

La Ley introduce una partición de naturaleza notarial de suerte que la realizada por los herederos puede revestir forma contractual, practicada por todos ellos, con libertad de forma, o bien se puede llevar a efecto por vía notarial promoviendo la designación de un contador que la practique, todo ello con la finalidad de intentar evitar la judicialización de la partición, a través de un procedimiento más ágil y sencillo.

La ley, lo mismo que la anterior, establece una nueva clase de partición promovida por los partícipes en la herencia que representen una cuota de más de la mitad del haber partible del causante, puesto que, como bien dice Seoane, era necesario prescindir de la unanimidad en Galicia, en que, la emigración, sobre todo americana, dificulta la par-

tija por unanimidad de los coherederos, en muchas familias ausentes, inexorablemente avocada a la vía judicial, intensificándose la intervención notarial en el procedimiento y ya no son los herederos, sino un contador el que va a practicar la partición.

Analiza también la protocolización notarial de la partición, su notificación a los interesados que no hubieran comparecido a la misma, que producirá sus efectos poniendo fin a la indivisión, con solución a la falta de previsión normativa al respecto.

Finalmente, estudia la regulación de la administración del cupo que corresponde al partícipe, que no tuviese domicilio conocido, tras lo que concluye con la mención a la ineficacia por motivos formales o de fondo, referentes éstos últimos a la concreta manera en la que se llevó a efecto la partición por el contador, aplicando las normas de derecho sustantivo o material.

En resumen, en la Ley se ha tomado en cuenta la longevidad, con la reducción de la amplia legítima conferida legalmente a los hijos, con la finalidad de que los ancianos esposos puedan decidir con mayor libertad el destino de los bienes para la hipótesis de la muerte de uno de ellos a favor del otro o de quien quieran.

Cada vez resultaba más necesario conferir esa capacidad dispositiva al testador, mediante el impulso de los pactos sucesorios, que hay que potenciar con oportunos beneficios fiscales, como mecanismo jurídico adecuado para impedir la división del patrimonio familiar, sobre todo empresarial, y, desde luego, con la superación de las restricciones que impone la legítima del Código Civil, que carecía de sentido en la actualidad.

Ahora bien, aprovecho esta reflexión, al hilo del excelente discurso sobre la partición, para insistir en que ello será un simple avance teórico sin mayores consecuencias –o con resultados no deseados– si no se completa con la reducción al mínimo del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, que, al dolor del fallecimiento, añade una carga económica injustificable sobre las clases medias.

La cantidad a pagar por este impuesto deriva de un concepto indeterminado, “el valor real de los bienes y derechos”, que queda a la libre apreciación de la Administración tributaria, con mecanismos arbitrarios de valoración, como los incrementos injustificados de valores catastrales, sin que ello sea compatible con la más elemental seguridad jurídica.

Al margen de que en otras Comunidades, no existe tal impuesto, con la consiguiente pérdida de competitividad fiscal y hasta “huida” de rentas y patrimonios, resulta injusto, dado que no se produce ningún incremento de riqueza disponible en el supuesto habitual del cónyuge con hijos menores que, tras la muerte de su consorte, recibe una pequeña herencia y pierde a cambio su trabajo y con ello el origen de la mayor parte de los ingresos de los que vivía la familia.

Si se piensa, además, que en el tipo impositivo tiene un importante papel el grado de parentesco, entonces es imposible ejercer la amplia libertad testamentaria que, pretendidamente, se concede ahora fuera del círculo familiar, puesto que cualquier herencia se convierte en un regalo envenenado, gravado con un impuesto inasumible.

En Galicia cada vez es más patente la pérdida de competitividad fiscal en relación con las herencias y así la buena impresión que produce la reducción de la legítima del Código Civil o de la partición, como aca-

bamos de ver, que se asumió en nuestra Ley, se torna en estupefacción al matizar que, a diferencia de lo que sucede en muchas otras Autonomías, no se ha acompañado de la reducción del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, por lo que tal facultad dispositiva es una mera ilusión, poco recomendable, al llevar aparejada una carga tributaria inasumible, y, en la práctica, estimula indeseables –pero lógicas– tentaciones de “deslocalización”

Doy con ello por concluida mi intervención, y agradezco muchísimo la invitación a ocupar esta tribuna, así como vuestra presencia y atención tanto a mi contestación como, sobre todo, al presente discurso de José Luis Seoane que, con el rigor científico que le ha venido caracterizando, profundiza, lo que me ha sugerido las reflexiones antecedentes, con gran acierto, sobre alguna de las cuestiones mas peliagudas de La partición de la Herencia en Galicia, lo que estoy seguro que será de gran ayuda en la tarea de mejorar nuestro derecho civil gallego.

Por todo ello, mi más cordial enhorabuena, y bienvenido sea a nuestra Academia.

Muchísimas gracias