**DERECHO CIVIL**

**TEMA 83**

**LA PARTICIÓN: SU NATURALEZA JURÍDICA.** **PERSONAS QUE PUEDEN PEDIR LA PARTICIÓN. PERSONAS QUE PUEDEN PRACTICAR LA PARTICIÓN; EXAMEN DE LA PARTICIÓN HECHA POR EL TESTADOR, POR CONTADOR-PARTIDOR Y POR LOS HEREDEROS.**

**LA PARTICIÓN: SU NATURALEZA JURÍDICA.**

Cuando una herencia de compone de más de un bien, son dos o más los llamados a ella que la aceptan y el causante no ha atribuido los bienes a herederos concretos en su testamento, se conforma la llamada comunidad hereditaria, respecto de cuya naturaleza el Tribunal Supremo considera que es una comunidad romana similar a la regulada por los artículos 392 y siguientes del Código Civil de 24 de julio de 1889, pero con la peculiaridad de que la cuota de cada coheredero comunero no recae sobre los bienes hereditarios individualizados, sino que su participación indivisa está referida al derecho global sobre la herencia.

La comunidad hereditaria es naturalmente una comunidad transitoria o temporal, ya que el artículo 1051 del Código Civil, de forma similar a lo previsto en el artículo 400 para la comunidad de bienes, establece que “ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división. Pero, aun cuando la prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad” que regulan los artículos 1700 a 1708 del Código Civil, estudiadas en el tema 63 de esta parte del programa, por lo que baste decir aquí que aunque el testador prohíba la partición, cualquier coheredero podrá exigirla en los siguientes casos:

1. Por expiración del plazo de indivisión que, en su caso, haya establecido el testador o incluso antes, si hay justo motivo, como el de incumplir uno de los coherederos sus obligaciones, como la de contribuir a los gastos de conservación de los bienes hereditarios.
2. Por muerte de algún coheredero, salvo que el testador haya previsto expresamente que continúe la indivisión, o por concurso de algún coheredero, o cuando respecto de alguno de ellos se hubieren dispuesto medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial.

Además, la doctrina considera válido el pacto de los coherederos de mantener la indivisión de la herencia, pero siempre que no supere el plazo de 10 años previsto por el artículo 400 del Código Civil.

Distinta de la indivisión es la suspensión de la partición de la herencia prevista por el artículo 966 del Código Civil para el caso de que la viuda pudiera estar encinta, si bien las previsiones de este precepto (que se verifique el parto o la pérdida del feto o que resulte por el transcurso del tiempo que la viuda no está embarazada) están totalmente superadas por el estado de la ciencia, de forma que la doctrina más moderna entiende que sólo habrá lugar a la suspensión si se acredita, a través del diagnóstico médico correspondiente, que efectivamente la viuda está encinta y que, por el estado de maduración fetal, la concepción tuvo lugar antes del fallecimiento del causante.

En coherencia con el artículo 1051 del Código Civil, el artículo 1965 prevé que no prescribe entre coherederos la acción para pedir la división de la herencia.

Por último, es perfectamente admisible la partición parcial de la herencia, solo referida a parte de los bienes hereditarios, en cuyo caso continuará la comunidad hereditaria respecto de los bienes no partidos.

Por otro lado, cada coheredero puede vender su cuota en la comunidad hereditaria, si bien si el comprador no es coheredero el artículo 1067 del Código Civil concede a los demás coherederos un derecho de retracto a ejercer en el plazo de un mes desde que conozca la venta.

En cambio, la enajenación de bienes hereditarios concretos precisa el consentimiento unánime de todos los coherederos, si bien la venta solo es nula cuando el comprador es inducido a creer por el coheredero vendedor que la cosa era suya. En cambio, si el comprador conoce que la transmisión sólo es de la cuota del bien hereditario enajenado que idealmente corresponde al vendedor, la jurisprudencia aplica la doctrina de la venta de cosa ajena.

La comunidad hereditaria se extingue, total o parcialmente, por la partición de la herencia, que es el negocio jurídico por el que se liquida una herencia y se pone fin a la comunidad hereditaria, mediante la distribución entre los coherederos de los bienes hereditarios.

Sobre la naturaleza jurídica de la partición se han propuesto dos teorías, a saber:

1. La tesis traslativa, de origen romano, considera que cada coheredero tiene una participación proindivisa en todos y cada uno de los bienes singulares que forman la herencia. Por ello, por la partición se producen permutas recíprocas de partes alícuotas para lograr la titularidad exclusiva y plena por cada coheredero de bienes concretos y determinados.
2. La tesis distributiva, con origen en el *Code* francés, que considera que los coherederos son propietarios desde el principio de los bienes que posteriormente le son adjudicados, por lo que la partición tiene un mero carácter declarativo, lo que guarda una cierta coherencia con el artículo 450 del Código Civil, que dispone que “cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión”.

**PERSONAS QUE PUEDEN PEDIR LA PARTICIÓN.**

Establece el artículo 1052 del Código Civil que “todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia”.

Por ende, para pedir la partición debe haberse aceptado la herencia, sin perjuicio de que el hecho de solicitarla implique aceptación tácita, ya que es un acto “que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero” a los que se refiere el artículo 999 del Código Civil.

El artículo 1054 del Código Civil regula la aceptación del heredero bajo condición, disponiendo que “los herederos bajo condición no podrán pedir la partición hasta que aquélla se cumpla. Pero podrán pedirla los otros coherederos, asegurando competentemente el derecho de los primeros para el caso de cumplirse la condición; y, hasta saberse que ésta ha faltado o no puede ya verificarse, se entenderá provisional la partición”.

El artículo 1055 del Código Civil prevé uno de los coherederos muera antes de hacer la partición, en cuyo caso “dejando dos o más herederos, bastará que uno de éstos la pida; pero todos los que intervengan en este último concepto deberán comparecer bajo una sola representación”.

Además, el artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 asimila al legatario de parte alícuota al coheredero a los efectos de pedir la partición judicial de la herencia, incluyendo la jurisprudencia en esta legitimación al hijo del testador que no hubiera sido instituido heredero testamentario y al que el testador hubiese legado su legítima.

Respecto de los acreedores de la herencia, el artículo 1082 del Código Civil dispone que “los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos”. El artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento Civil aclara que esta facultad corresponde a los acreedores reconocidos en testamento o por los coherederos, así como a los que tengan documentado su derecho por título ejecutivo, y que la oposición a la partición podrá deducirse en cualquier momento anterior a la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero.

Tratándose de acreedores de los coherederos, el artículo 1083 del Código Civil les faculta para “intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos”.

El segundo de los requisitos exigidos por el artículo 1052 del Código Civil para instar la partición es que el coheredero que lo haga tenga la libre administración y disposición de sus bienes. Por ello, este precepto continúa diciendo que “lo harán sus representantes legales si el coheredero está en situación de ausencia. Si el coheredero contase con medidas de apoyo por razón de discapacidad, se estará a lo que se disponga en éstas”.

Este precepto se completa con las previsiones del artículo 1060 del Código Civil, que dispone que “cuando los menores estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la ya efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor en una partición, deberá obtener la aprobación de la autoridad judicial, si el Letrado de la Administración de Justicia no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

Tampoco será necesaria autorización ni intervención judicial en la partición realizada por el curador con facultades de representación. La partición una vez practicada requerirá aprobación judicial.

La partición realizada por el defensor judicial designado para actuar en la partición en nombre de un menor o de una persona a cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo, necesitará la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento”.

Por último, el artículo 1053 del Código Civil dispone que “cualquiera de los cónyuges podrá pedir la partición de la herencia sin intervención del otro”.

**PERSONAS QUE PUEDEN PRACTICAR LA PARTICIÓN; EXAMEN DE LA PARTICIÓN HECHA POR EL TESTADOR, POR CONTADOR-PARTIDOR Y POR LOS HEREDEROS.**

La partición puede ser realizada por las siguientes personas:

1. Por el propio testador.
2. Por contador-partidor nombrado por el testador.
3. Por contador-partidor dativo.
4. Por los propios herederos.
5. Por contador-partidor designado por los herederos.

Además, en último extremo siempre cabe la partición judicial, ya que el artículo 1059 del Código Civil dispone que “cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará a salvo su derecho para que le ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, cuyos artículos 782 y siguientes regulan el procedimiento de división de herencia.

Como esta última se estudia en el tema 37 de Derecho Procesal del programa, en el presente analizaremos las otras modalidades de partición.

**Partición hecha por el testador.**

Dispone el artículo 1056 del Código Civil que “cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.

El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844”, relativos al pago en metálico de la legítima, que se estudian en el tema 91 de esta parte del programa.

El examen de la jurisprudencia relativa a la partición hecha por el propio testador permite destacar las siguientes notas:

1. La partición hecha por el testador no extingue comunidad hereditaria alguna, sino que la evita. Por tanto, en realidad, más que ante una partición en sentido estricto, nos hallamos ante un acto de adjudicación, distribución o atribución de bienes.
2. No es preciso que la partición comprenda absolutamente todos los bienes del causante, sino que cabe una partición adicional de los no comprendidos en ella ya que, al tiempo de hacer testamento, el testador no puede conocer cuáles serán exactamente sus bienes en el momento de la apertura de la sucesión.
3. Sólo existe verdadera partición cuando el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones que comprende, las cuales se estudian en el tema siguiente del programa. Si no lo hace, surgen las denominadas doctrinal y jurisprudencialmente 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 que se adjudiquen en pago de su haber a determinados herederos.
4. Debe apoyarse en un testamento, anterior, simultáneo o posterior a la partición, si bien la partición pueda estar contenida en el propio testamento o en otro documento. No cabe, por ende, en la sucesión intestada.
5. Es nula cuando se refiere a bienes que no son del testador en el momento de la apertura de la sucesión, incluyendo los bienes gananciales. No obstante, el Tribunal Supremo ha admitido la partición de bienes gananciales hecha coordinadamente por los dos cónyuges, con tal que responda a sendos testamentos.
6. Si se hace fuera de testamento, debe necesariamente contenerse en un documento, no siendo admisible la partición verbal.
7. La expresión acto entre vivos que utiliza el artículo 1056 del Código Civil es equívoca, ya que no estamos en presencia de un contrato o acto bilateral, sino de un acto unilateral que sólo producirá efectos a la muerte del testador y al que el legislador ha querido dispensar de la rigidez de las formalidades testamentarias, por lo que en cuanto tal acto unilateral puede ser modificado libremente por el testador.
8. Si testamento y partición hecha por el testador discrepan o son contradictorios, prevalece la partición, que será inatacable por diferencias de valor siempre que no perjudiquen la legítima y las reservas, criterio que se fundamenta tanto en el artículo 1056 del Código Civil, que señala que “se pasará por (la partición) en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos”, como en el artículo 1075 del Código Civil, a cuyo tenor “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”.
9. Conforme al artículo 1070 del Código Civil, cesa la obligación recíproca de los herederos al saneamiento por evicción “cuando el mismo testador hubiese hecho la partición, a no ser que aparezca, o racionalmente se presuma, haber querido lo contrario, y salva siempre la legítima”.
10. Es característica de la partición realizada por el causante la libertad distributiva de que el mismo goza, estando dispensado de las reglas de igualdad y proporcionalidad de los artículos 1061 y 1062 del Código Civil.
11. Antes del fallecimiento del causante no tiene virtualidad traslativa alguna de los bienes hereditarios.
12. Después del fallecimiento del causante tiene fuerza de Ley siempre que se hayan respetado los derechos de los legitimarios y reservatarios. No obstante, los coherederos pueden los coherederos pueden, de común acuerdo, prescindir de las disposiciones particionales del testador y distribuirse los bienes hereditarios de la forma que tengan por conveniente.

**Partición hecha por contador-partidor.**

Establece el artículo 1057 del Código Civil que “el testador podrá encomendar por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.

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

Lo dispuesto en este artículo (…) se observará aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad o tutela; pero el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales de dichas personas.

Si el coheredero tuviera dispuestas medidas de apoyo, se estará a lo establecido en ellas”.

La jurisprudencia considera al contador-partidor como una figura muy similar al albacea, por lo que las disposiciones sobre el albaceazgo se aplican por analogía a los contadores-partidores en los casos de falta de reglas propias de éstos, y ello tanto si el contador-partidor es persona distinta del albacea como si están refundidos en la misma, ya que ambas funciones son acumulables. Por ello, las características del cargo de contador-partidor son las siguientes:

1. Es personalísimo e indelegable, sin perjuicio de que el contador-partidor pueda encomendar a expertos o técnicos los trabajos necesarios para llevar a efecto la partición, como el avalúo de los bienes hereditarios. Además, el contador-partidor puede permitir intervenir a los herederos en las operaciones particionales o solicitar su opinión sobre el cuaderno particional, para suavizar criterios contradictorios y armonizar pretensiones diferentes
2. Es voluntario, por lo que puede rechazarse.
3. Es temporal, ya que aunque el Código Civil no fija plazo para la práctica de la partición son aplicables analógicamente los artículos 904 a 906, por lo que el plazo será el fijado por el causante y, en su defecto el de un año, siempre prorrogable por los coherederos o por el juez.
4. Es esencialmente gratuito, sin perjuicio del reembolso de gastos y, en cualquier caso, de las disposiciones del testador sobre su remuneración.
5. Tratándose de contador-partidor testamentario, el cargo puede ser desempeñado por una o varias personas, mancomunada o solidariamente. En cambio, el cargo de contador-partidor dativo es unipersonal.

Respecto de las condiciones personales, el Código Civil sólo inhabilita para ser contador-partidor a los coherederos, pero esta expresión ha de interpretarse en sentido amplio: todos los que figuren llamados en el testamento por título de herencia, sustitución o fideicomiso universal, sean forzosos o voluntarios, en pleno dominio, nuda propiedad o usufructo.

Por esta razón, no puede ser contador-partidor ni el cónyuge viudo ni el legatario de parte alícuota salvo que renuncien a sus derechos, ya que si el llamado renuncia la incompatibilidad de intereses desaparece, pues al dejar de tener interés personal en la distribución del caudal habrá desaparecido la causa de inhabilidad y podrá desempeñar el cargo de contador-partidor.

Por otro lado, el examen de la jurisprudencia relativa a las facultades del contador-partidor permite destacar las siguientes notas:

1. Tales facultades se limitan literalmente a “la simple facultad de hacer la partición”, y conforme a la jurisprudencia decisiones como la asignación de todos los bienes de la herencia a uno de los coherederos imponiéndole la obligación de pagar los derechos correspondientes a los otros en metálico, o la asignación de bienes en usufructo a un coheredero y en nuda propiedad a otro, son actos dispositivos que exceden de la mera partición.
2. El contador-partidor tiene la facultad de interpretar las disposiciones testamentarias, pero no las de considerarlas ineficaces.
3. Puede liquidar la sociedad de gananciales con el concurso y consentimiento del cónyuge viudo y sin el de los coherederos, presupuesto necesario para partir la herencia en la que existen bienes comunes.

En el caso de que haya que partir la herencia de dos cónyuges casados en régimen de gananciales, la liquidación de la sociedad de gananciales compete a los contadores-partidores de sus respectivas herencias, e incluso la jurisprudencia se admite la liquidación de la sociedad por un contador-partidor común designados en los testamentos de ambos cónyuges.

1. Corresponde al contador-partidor la determinación del *quantum* de las legítimas, al objeto de conocer la posible inoficiosidad de legados y donaciones, cuya reducción le compete.
2. El contador-partidor puede establecer el detalle y cuantía de las deudas, cargas y gastos hereditarios, así como practicar la colación de donaciones y fijar las legítimas.

En cualquier caso, conforme al artículo 1061 del Código Civil, “en la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie”, si bien el artículo 1062 prevé que “cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga”.

**Partición hecha por los herederos.**

Establece el artículo 1058 del Código Civil que “cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente”.

El examen de la jurisprudencia relativa a esta partición convencional permite destacar las siguientes notas:

1. Tiene naturaleza contractual.
2. Requiere la presencia y anuencia de todos los coherederos, principio de unanimidad es exigido con tal rigorismo que la falta de consentimiento de algún heredero hace inexistente la partición, sin que su falta pueda suplirse con aprobación judicial.

La mayoría de la doctrina ha criticado esta exigencia de unanimidad, so capa de la cual un heredero rebelde o caprichoso puede obligar a sus coherederos a los elevados gastos y las dilaciones de un proceso de división de herencia, si bien esta crítica se ve atenuada por la posibilidad de que los coherederos que representen la mayoría de intereses en la sucesión pueden obtener el nombramiento de contador-partidor dativo.

1. Deben intervenir como partes todos los herederos, legales o testamentarios, incluyendo los coherederos del heredero difunto, si bien estos último actuando bajo una sola representación.

Están equiparados a los herederos los legatarios de parte alícuota, los legitimarios que no reciban su legítima en metálico o en cosa específica y determinada y el cónyuge viudo por su cuota legal usufructuaria.

1. Por los menores de edad interviene sus padres o tutor; en caso de existir un contraposición de intereses, lo que es muy frecuente en la práctica, en lugar del progenitor viudo interviene un defensor judicial.

También interviene el curador con facultades representativas por la persona con discapacidad a quien apoya.

Conforme al artículo 1060 del Código Civil, en los casos de que intervenga un tutor, curador o defensor judicial, la partición requiere aprobación judicial.

1. Los intervinientes en la partición convencional tienen una libertad absoluta, no estando sujetos a límite alguno; y así:
2. Desde una perspectiva cualitativa, los coherederos no están sujetos al principio de igualdad u homogeneidad de lotes, de modo que pueden adjudicarse legítimamente bienes de distinta naturaleza, calidad o especie, aun cuando la composición de la herencia permita un reparto igualitario. Más aún, su libertad comprende la legítima adjudicación de bienes hereditarios divisibles a uno de los coherederos, a calidad de abonar a los otros dinero extrahereditario.
3. Desde una perspectiva cuantitativa, los coherederos no se encuentran vinculados por las cuotas que en la indivisión les corresponden por voluntad del causante o la ley, de ahí que puedan válidamente pactar la atribución de bienes de valor diverso a tales cuotas.
4. Desde una perspectiva formal, la partición convencional será válida cualquiera que sea la forma que adopte, incluso la verbal, que es frecuente en la práctica para el reparto de bienes muebles, sin perjuicio de que cuando hay inmuebles es práctica habitual que la partición conste en escritura pública a fin de posibilitar su inscripción en el Registro de la Propiedad.
5. Esta modalidad de partición prevalece sobre cualquier otra, de forma que los coherederos, actuando unánimemente, pueden apartarse de la partición hecha por el testador o poner fin a la actuación de un contador-partidor testamentario o dativo sin que éste llegue a culminar su función o incluso solicitar el sobreseimiento del procedimiento de división de herencia en cualquier estado del mismo.

José Marí Olano

9 de septiembre de 2021