

1.4. Sucesiones

LA DIVISIÓN JUDICIAL DE LA HERENCIA*

por

SONIA CALAZA LÓPEZ

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. NATURALEZA.—II. LEGITIMACIÓN.—III. COMPETENCIA.—IV. PROCEDIMIENTO: 1. SOLICITUD DE DIVISIÓN JUDICIAL DE LA HERENCIA. 2. CONVOCATORIA DE JUNTA PARA LA DESIGNACIÓN DE CONTADOR Y PERITOS. 3. PRÁCTICA DE LAS OPERACIONES DIVISORIAS. 4. ENTREGA DE LOS BIENES ADJUDICADOS A CADA HEREDERO.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

INTRODUCCIÓN

La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, regula en el Título II del Libro IV, la «división judicial de patrimonios» (arts. 782 a 811) con dos tipos de procesos: la división judicial de la herencia (capítulo I: arts. 782 a 805) y la liquidación del régimen económico-matrimonial¹ (capítulo II: arts. 806 a 811).

El proceso de división judicial de la herencia se enmarca, pues, en el núcleo de un binomio de procesos destinados al inventario, avalúo o tasación, liquidación y adjudicación de un patrimonio común cuando no hubiere acuerdo entre los interesados.

La primera nota esencial del proceso de división judicial de la herencia es, pues, su *carácter contencioso o conflictivo*, toda vez que el acuerdo, pacto o transacción entre las partes evita el proceso o le pone término si éste hubiere comenzado ante una desavenencia o desacuerdo inicial que, al tiempo de su celebración, se tornare en consenso o acuerdo.

De esta imprescindible confrontación, oposición o discrepancia al tiempo de la celebración del proceso, característica de la división judicial de la herencia, cabe inferir, asimismo, su *subsidiaridad o supletoriedad*, toda vez que tan sólo resulta viable acudir a este proceso cuando dicha división no ha podido canalizarse por otra suerte de cauces voluntarios o consensuados, de partición de la herencia, como lo serían: la efectuada por el *testador* (art. 1056 CC); la realizada por los *coherederos* (art. 1058 CC); la acometida por un *contador-partidor*, designado por el propio testador, o por los coherederos de común acuerdo o, en su caso, por resolución judicial (art. 1057 CC).

* A Carmen-Alicia CALAZA LÓPEZ, Notaria de A Estrada (Pontevedra).

¹ Para un estudio específico, se remite al lector a CALAZA LÓPEZ, S., *Los procesos matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009.

La división efectuada por el testador tiene prioridad absoluta frente al resto por tratarse de un acto unilateral de última voluntad². Dentro de esta misma categoría, y en su defecto por orden de prevalencia, cabe integrar la efectuada por los coherederos de común acuerdo³, que también constituye un acto de voluntad, si bien, en este último caso, plurilateral o de conjunción de voluntades. Los coherederos disconformes con la partición realizada por el testador o, en su defecto, por los coherederos de común acuerdo, no podrán, como es lógico, reclamar, en vía judicial, un nuevo reparto de la comunidad hereditaria, por razones obvias de obligado cumplimiento de la voluntad ya manifestada, en el primer caso, o concierto de voluntades, en el segundo. A salvo quedan, claro está, los supuestos en los que la partición realizada por el testador perjudique las legítimas, así como aquellos otros, más ocasionales, en los que logre demostrarse que la voluntad del testador fue otra, en cuyo caso, obviamente cabe acudir al proceso judicial⁴.

La designación, por el testador, de un contador-partidor, también constituye un acto unilateral de voluntad, que impedirá, como es lógico, a los coherederos disconformes con el reparto efectuado, acudir al proceso judicial.

El artículo 1057 del Código Civil señala, en este sentido, 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».

La figura del «contador-partidor» o «comisario» se configura, por la doctrina⁵, como una persona con plena capacidad de obrar que no tenga un interés concreto en la herencia de cuya división se trate. De ahí que no puedan ostentar esta cualidad ni los propios coherederos ni quienes tengan un interés que reste,

² «La partición hecha por el testador corresponde a la mentalidad del legislador que, para proveer necesidades familiares, ventajas prácticas y anhelos muy legítimos, admite la posibilidad de que se realice por sí mismo la distribución y partición de sus bienes entre sus coherederos, lo cual proviene del Derecho romano, se reconoce en el Derecho histórico de Castilla y se mantiene en el Derecho moderno»; así lo expresaba la STS de 6 de marzo de 1945, que destaca que implica siempre «un acto de última voluntad que debe ser respetada como voluntad soberana del testador», produciendo el efecto, como dicen las SSTs de 21 de julio de 1986, de 21 de diciembre de 1998 y de 4 de noviembre de 2008, de «conferir a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados, cuya partición hecha por el testador no extingue la comunidad hereditaria sino que la evita, ya que no llega a formarse».

³ La partición convencional contemplada en el artículo 1058 del Código Civil, como recuerda la STS de 18 de marzo de 2008, «es la realizada por los propios interesados, coherederos que forman la comunidad hereditaria que, como negocio jurídico plurilateral, tienen la facultad de distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente, y permite a estos coherederos realizar actos particionales más allá de los propios divisorios».

⁴ Vid., en este sentido, entre otras, las SSTs de 21 de julio de 1986 y de 21 de diciembre de 1998, donde se advierte que «la partición hecha por el testador se entiende sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo 1075 —en relación con el 1056 del CC— concede a los legitimarios en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o aparezca que fue otra la voluntad del testador».

⁵ Vid., en este sentido, LASARTE, C., quien, asimismo, añade que «no puede ser contador-partidor el legatario de parte alícuota ni el cónyuge supérstite del causante, pues aunque ninguno de ambos, propiamente hablando, puede ser considerado heredero, no cabe duda de que son personas con particulares intereses en la partición de la herencia de que se trate», en *Derecho de Sucesiones*, en *Principios de Derecho Civil*, VII, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, cit., pág. 349.

minore o anule la debida imparcialidad, neutralidad y objetividad que ha de guiar la ardua tarea del reparto de la herencia.

El nombramiento o designación, por parte del testador, de un contador-partidor conlleva, como es obvio, la imposibilidad de instar el proceso judicial, si bien, tal y como ha tenido ocasión de admitir la doctrina⁶, el agotamiento, del plazo sin efectuar la partición, imputable a aquel contador-partidor, permite, en buena lógica, acudir al juicio de división.

La elección de un contador-partidor, a cargo de los coherederos, de común acuerdo, o, en su caso, la decisión de solicitar, por un régimen de mayorías, el nombramiento judicial de dicho profesional, parece, antes bien, tal y como ha tenido ocasión de indicar la doctrina moderna⁷, un acto sustancialmente contractual, frente al de autoridad, que representa, al fin y al cabo, la división judicial.

La designación del contador-partidor dativo por resolución judicial realizada, a instancia de los herederos o legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del caudal hereditario (*ex art. 1057 CC*) constituye, pues, el último recurso antes de acudir a la división judicial e impide, por razones obvias de triunfo, prevalencia o preferencia de la mayoría de voluntades, frente a la minoría, a quienes se hubieren mostrado o manifestado disconformes con dicho nombramiento, acudir posteriormente al proceso judicial de división de la herencia.

La elección de cualesquiera de estas formas de partición o división de la herencia, sea por el propio testador, por sus coherederos, o por un contador-partidor, elegido de común acuerdo, o por nombramiento judicial, a instancia de una mayoría de voluntades, evita, sin lugar a dudas, enfrentamientos, disputas, desacuerdos, conflictos o desavenencias en sede judicial lo que resulta, por razones obvias, muy positivo.

La primacía del principio dispositivo se manifiesta, por lo demás, no sólo en un estadio anterior al comienzo del proceso, impidiendo la división judicial de la herencia, cuando hubiere habido un reparto consensuado previo, sino también en el desarrollo del procedimiento, al que los interesados podrán poner término, en cualquier momento, mediante la sobrevenida adopción de acuerdos.

Este principio dispositivo, que impregna todo el Derecho Sucesorio, se proyecta, asimismo, fuera del ámbito judicial, puesto que tanto el propio testador, como los coherederos pueden, voluntariamente, comprometerse a someter los conflictos futuros, en materia de división hereditaria, a arbitraje.

Una vez destacadas las notas de *contenciosidad* o *conflictividad*, de un lado, así como de *supletoriedad* o *subsidiaridad*, de otro, hemos de convenir que la tercera característica común a este tipo de procesos es su *universalidad*, toda vez que la individualización, tasación, liquidación, partición y adjudicación se proyectan sobre la totalidad de un patrimonio y no sobre bienes concretos.

La cuarta nota configuradora de estos procesos viene determinada por la *extinción de la comunidad*, en nuestro caso, de la comunidad hereditaria, respecto de la que, los coherederos pasan de tener un derecho abstracto sobre el conjunto de la herencia a tener un derecho concreto sobre los bienes que les

⁶ Vid., al respecto, Díez-Picazo, L., quien, tras preguntarse: «¿puede prohibir el testador toda intervención judicial en su testamentaría?», afirma: «lo puede hacer siempre que designe contador-partidor. Si éste agota el plazo sin efectuar la partición, cabe acudir al juicio de división», en *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Ed. Tecnos, Madrid, 2006, pág. 542.

⁷ Vid., en este sentido, LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones*, cit., pág. 340.

son adjudicados⁸. La partición hereditaria ha sido definida, en este sentido⁹, como el acto jurídico complejo que pone fin a la comunidad hereditaria mediante la distribución entre los coherederos de las titularidades activas de la herencia, a través de una serie de operaciones jurídico-matemáticas que transforman las cuotas abstractas e indivisas de los coherederos sobre el caudal relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados, bien en propiedad exclusiva, bien en proindivisión.

El concepto de partición de la herencia, ampliamente analizado, estudiado y matizado por la jurisprudencia¹⁰, como sinónimo a división de la misma es, en efecto, el acto —negocial o judicial, en nuestro caso— que pone fin a la comunidad hereditaria mediante la adjudicación a los herederos de las titularidades activas que forman parte del contenido de la herencia. Con la partición cesa la comunidad hereditaria y el derecho en abstracto que tienen los coherederos sobre la herencia se transforma en derecho concreto sobre los bienes que se le adjudican a cada uno¹¹. Antes de la partición, la comunidad hereditaria está formada por el patrimonio hereditario cuya titularidad corresponde a todos los coherederos conjuntamente; es decir, estos tienen un derecho hereditario que no está concretado sobre bienes determinados, sino que recae sobre el total que integra el contenido de la herencia¹²; es una sola comunidad sobre la referida universalidad de los bienes y derechos hereditarios¹³. Los titulares, coherederos, lo son del todo considerado unitariamente, sin corresponderles una participación concreta en cada uno de los bienes y derechos.

La quinta nota característica del proceso de división judicial de la herencia es, tal y como se han ocupado de señalar algunos miembros de la Judicatura¹⁴,

⁸ Para un estudio pormenorizado sobre las distintas tesis que han respondido históricamente a este fenómeno, se remite al lector a LASARTE, C., «Derecho de Sucesiones», en *Principios de Derecho Civil*, VII, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 340.

⁹ Vid., esta definición, en ÁLVAREZ GARCÍA, M. D., «La partición judicial», en *Reflexiones sobre materias de Derecho Sucesorio*, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, Madrid, 2009, pág. 863.

¹⁰ Vid., al respecto, la ilustrativa STS de 28 de mayo de 2004.

¹¹ La jurisprudencia del TS suscribe, en efecto, la teoría sustitutiva o especificativa de la partición conforme a la cual, «la partición sustituye la cuota que cada coheredero tiene en la comunidad hereditaria, por la titularidad exclusiva en los bienes o derechos que se le adjudican; la partición especifica o determina qué bienes concretos corresponden a cada coheredero». Vid., a este respecto, entre otras, las SSTs de 21 de julio de 1986, de 21 de mayo de 1990, de 5 de marzo de 1991, de 13 de octubre de 1998, y de 28 de junio de 2001.

¹² Por medio de la aceptación de la herencia, el heredero viene a adquirir la titularidad de un derecho hereditario abstracto, en el sentido de que la cuota que le pertenece recae sobre el global del caudal hereditario. Un derecho que la STS de 17 de mayo de 1966 calificaba como «un derecho impreciso e inalienable sobre las cosas de que se componga el caudal». Sólo la partición atribuirá el dominio de bienes concretos pertenecientes a la herencia, siempre que el dominio esté verdaderamente contenido en el caudal relicto (SSTs de 3 de febrero y de 27 de mayo de 1982, de 3 de junio de 1989, de 5 de marzo de 1991, etc.).

¹³ La STS de 25 de mayo de 1992 dice explícitamente que «en tanto no se practique la partición de la herencia no puede hablarse de que tal finca sea objeto de una copropiedad por iguales partes entre los coherederos, sino que la misma forma parte de la comunidad hereditaria», y la STS de 6 de octubre de 1997, en el mismo sentido, dice: «todos los herederos tienen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras que no haya partición».

¹⁴ Vid., en este sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, M. D., *La partición judicial*, con base en la SAP de Córdoba, de 22 de diciembre de 2006, quien cita, asimismo, entre otras, la SAP de La

con base en la jurisprudencia, es su *preceptividad*, siendo este proceso especial el cauce obligatorio para dividir patrimonios hereditarios, de manera que todas las cuestiones que puedan suscitarse en relación con la división del caudal hereditario han de dirimirse y resolverse en el seno del procedimiento especial, sin que los interesados puedan optar entre éste y el juicio declarativo ordinario.

I. NATURALEZA

La naturaleza contenciosa de este proceso parece clara, habida cuenta de la conflictividad, enfrentamiento, desavenencia u oposición característica de la relación existente entre los coherederos interesados en la división de la herencia por vía judicial.

Esta conflictividad latente entre los solicitantes de la división judicial de la herencia, unida a la ubicación de la regulación legal de este proceso en sede contenciosa, ha impulsado, a un amplio sector de la procesalística¹⁵, a estimar que no cabe enmarcar dicho proceso dentro de los cauces de la jurisdicción voluntaria. Sin embargo, la partición judicial, tal y como señala un sector de la doctrina civilista¹⁶, con todo acierto, será llevada a cabo, en realidad, por un contador que, a la postre, ha de contar con el consentimiento o conformidad de los interesados en la herencia, de suerte que la actividad jurisdiccional, primero a través del juicio verbal y, en un estadio ulterior, por el cauce del ordinario correspondiente, tan sólo resolverá las operaciones divisorias cuando no hubiere dicho asentimiento o acuerdo. De esta reflexión cabe inferir que la «división judicial» de la herencia ha de referirse, en puridad, al proceso verbal dimanante de una desavenencia constante tras un intento de «reparto» fallido por el contador-partidor, pero no, como es lógico, de esta tramitación procedimental previa, liderada por el secretario judicial, que perfectamente puede culminar, con éxito, sin apenas intervención judicial.

En sintonía con lo anterior, se ha advertido, desde la propia judicatura¹⁷, que este nuevo juicio sucesorio básicamente pretende alcanzar la conformidad de los interesados sobre las operaciones particionales.

La fase inicial de este proceso, destinada, en exclusiva, a la formación de pactos, transacciones o acuerdos, pese a ser el desenlace de una evidente falta de entendimiento o consenso entre los distintos coherederos, no debiera configurarse, en verdad, como contencioso, si se repara en la ausencia de actividad

Coruña, de 1 de marzo de 2007, donde se afirma que «en el juicio declarativo se pueden discutir cuestiones como la validez del testamento o la condición de heredero, pero la partición exige acudir al proceso especial»; y la SAP de Las Palmas, de 27 de octubre de 2007, donde se mantiene que «la división judicial de la herencia tiene señalada una tramitación especial, por lo que el proceso ordinario resulta inadecuado».

¹⁵ Vid., entre otros, VEGAS TORRES, J., quien señala que «es obligado considerar el procedimiento de división de la herencia con independencia de la declaración de herederos y, así considerado, se percibe bien el carácter de juicio (y, por tanto, de jurisdicción contenciosa) que ya la LECA atribuía a las actuaciones estrictamente referidas a la partición del caudal hereditario», en *Derecho Procesal Civil, Ejecución forzosa. Procesos especiales*, Ed. CEURA, Madrid, 2000, pág. 494.

¹⁶ Vid., al respecto, LASARTE, C., «Derecho de Sucesiones», en *Principios de Derecho Civil*, VII, cit., págs. 354 y 355.

¹⁷ Vid., al respecto, ÁLVAREZ GARCÍA, M. D., *La partición judicial*, cit., pág. 868.

jurisdiccional y hasta de intervención judicial, de esta fase procedimental, que perfectamente puede concluir sin necesidad de transformación en el verdadero juicio particional, que lo sería, como se verá, el especial y sumario de tramitación por los cauces del verbal.

El legislador ha preferido, pese a ello, ubicar este procedimiento de división de la herencia, a cargo del contador-partidor, bajo la supervisión del secretario judicial, en el seno de la jurisdicción contenciosa, si bien no parece existir óbice alguno, antes al contrario, para que dicho conflicto, al menos en su fase inicial, se hubiere canalizado por el cauce de la jurisdicción voluntaria, donde operadores jurídicos especializados en la materia, realizasen la individualización, valoración, liquidación y reparto del caudal hereditario, con la consiguiente posibilidad de ulterior revisión judicial, si los destinatarios de este reparto hubieren quedado jurídicamente y/o psicológicamente insatisfechos.

La imprescindible «conformidad» de los interesados con el reparto efectuado por el contador, de cara a la culminación, con éxito, de este procedimiento, de un lado; la ausencia de actividad jurisdiccional en esta fase inicial de prevalencia, prioridad o preeminencia de «conjunción de voluntades», de otro; y al fin, la abierta posibilidad de acudir, ulteriormente, al ordinario correspondiente, o ausencia de cosa juzgada, constituyen tres notas reveladoras de que, perfectamente, podríamos encontrarnos, de haberlo estimado oportuno el legislador, ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria, con todas las ventajas que ello hubiere conllevado.

La actividad del juez —reservada para los procesos de división judicial que no culminan con una «conciliación», «conformidad» o «acuerdo de voluntades»—, no constituye, por lo demás —a salvo, quizás, los supuestos de imprescindible interpretación del testamento que supongan una verdadera reconstrucción de la voluntad del testador¹⁸— una actividad jurisdiccional o de enjuiciamiento en sentido puro, sino una actividad de individualización, tasación, liquidación y reparto de bienes, actividad que, de no mediar conflicto, habría realizado, con similar diligencia, eficacia e imparcialidad, un eficiente «contador-partidor».

El desacuerdo, desavenencia o conflicto característico de los coherederos implicados en este tipo de procesos —que no han logrado un entendimiento previo— no contradice, por lo demás, su configuración como jurisdicción voluntaria, si se repara, con la doctrina especializada en la materia¹⁹, que la equiparación

¹⁸ Pero incluso en tales supuestos, la jurisprudencia impone que «el intérprete se limite al sentido literal cuando aparezca clara e indudable la voluntad del testador». Vid., en este sentido, entre otras, las SSTs de 7 de julio de 1992, de 6 de octubre de 1994, de 31 de diciembre de 1996, de 26 de abril de 1997, de 19 de diciembre de 1996 y de 4 de noviembre de 2008.

¹⁹ Para un estudio pormenorizado de la jurisdicción voluntaria, se remite al lector al máximo especialista en la materia, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., vid., entre otros, *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Ed. Reus, 1986, 3.ª ed., 1999; *Jurisdicción Voluntaria*, Ed. Civitas, Madrid, 2001; «Jurisdicción voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa», en *Actualidad Civil*, núm. 36, 2001; «La jurisdicción voluntaria. El anteproyecto de junio de 2006», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 8, Revista del Colegio Notarial de Madrid, 2006; «Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria de octubre de 2006 (I)», en *RJE La Ley*, núm. 6599, 27 de noviembre de 2006; «Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria de octubre de 2006 (II)», en *RJE La Ley*, núm. 6600, 28 de noviembre de 2006; «Jurisdicción voluntaria», en *Tribuna del Diario ABC*, 5 de enero de 2007; *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria, I*, Ed. IUSTEL, Madrid, 2007; *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria, II*, Ed.

de jurisdicción voluntaria a «ausencia de conflictividad», constituye una idea arcaica que ha sido, ampliamente, superada por la nueva concepción de dicha institución en la inminente Ley de Jurisdicción Voluntaria, donde se regulan no pocos expedientes con oposición o conflicto latente entre las partes.

Muy a pesar de la ubicación del proceso de división judicial de la herencia en la LEC 1/2000, en lugar de derivarla a la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria —lo que pone de manifiesto, con toda notoriedad, que la voluntad del legislador, de atribuirle naturaleza contenciosa, es evidente—, la jurisprudencia, al igual que la doctrina, no es pacífica en este punto.

Las discrepancias jurisprudenciales en torno a la naturaleza de este proceso son incesantes, y puede afirmarse que existen, al respecto, tres tesis, dos puras y una mixta.

Así, conforme a la primera tesis jurisprudencial²⁰, la naturaleza de la división de la herencia, en tanto que realización de las operaciones particionales, carece de naturaleza contenciosa y se aproxima a la jurisdicción voluntaria²¹. La segunda tesis jurisprudencial²² sostiene, con toda contundencia, que la naturaleza de la división judicial de la herencia es contenciosa²³, con base, fundamentalmente, en tres tipos de consideraciones: se afirma, en primer lugar, que para resolver la división de la herencia ha de acudirse al proceso especial, y no a uno declarativo; se mantiene, en segundo lugar, que el hecho de que una vez abierto el procedimiento se intente alcanzar un acuerdo entre las partes no desdice la naturaleza contenciosa del mismo, pues también en el juicio ordinario se busca el acuerdo al inicio y al final de la audiencia previa al juicio; y se advierte, al fin, que la ausencia de cosa juzgada de la sentencia que decide sobre la oposición a las operaciones divisorias solo demuestra la naturaleza sumaria del trámite de oposición.

La primera consideración asienta su argumentación en la decisión del legislador, de ubicar este proceso en el marco de la jurisdicción contenciosa, que es precisamente el objeto de nuestro debate. La necesidad de acudir al verbal no es,

IUSTEL, Madrid, 2008; «La jurisdicción voluntaria: En busca del tiempo perdido», en *Revista Jurídica Registradores*, Madrid, enero de 2008; «Jurisdicción voluntaria: rectificar es de sabios», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 31, mayo-junio de 2010; «Reflexiones y propuestas a propósito de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 79, julio-septiembre de 2011; «La ley de jurisdicción voluntaria en el horizonte: confluencia de planos, perspectivas, actores y operadores», en *Diario La Ley*, 25 de mayo de 2012; «Operadores jurídicos competentes en jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica», en *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Manuel Barquero*, Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, RJUAM, 2013.

²⁰ Vid. SAP de Las Palmas, de 24 de mayo de 2007.

²¹ Vid., entre otras, la SAP de Madrid, de 10 de noviembre de 2010, cuando sostiene que «esta proyección legal del proceso responde, sin duda, a la idea de que sin el acuerdo entre los interesados, propio de un acto de jurisdicción voluntaria, su efectividad es más bien escasa, ya que, en cualquier caso, la sentencia que resuelve la aprobación de las operaciones divisorias, carece de la eficacia de cosa juzgada, como establece el artículo 787. 5 de la LEC».

²² Vid., entre otras, las SSAP de Burgos, de 22 de mayo de 2003; de Córdoba, de 22 de diciembre de 2006; de Madrid, de 19 de abril de 2007.

²³ El procedimiento del artículo 782 y sigs. LEC, según la SAP de Madrid, de 28 de junio de 2004, ha de situarse en el ámbito de la jurisdicción contenciosa, existiendo partes bien definidas, y previéndose la posibilidad de controversia, la cual habrá de seguirse por los trámites del juicio verbal, tal como se establece tanto en el artículo 787-5, como en el artículo 794-4 de la LEC, sin que la ausencia o la limitación, de la cosa juzgada material ponga en cuestión su naturaleza contenciosa.

de todas formas, imperativa, toda vez que la conformidad con el reparto realizado por el contador-partidor designado en el marco de este proceso judicial, evita la transformación de esta fase procedimental —a todas luces amistosa, voluntaria o consensuada, pese al desacuerdo en el reparto— en el verbal especial y sumario, que tampoco impide, habida cuenta de los límites de la «cosa juzgada» predicable de sus sentencias, acudir al ordinario correspondiente.

La naturaleza dispositiva de la práctica totalidad de procesos civiles donde no se diluciden intereses de menores, incapaces o ausentes es indiscutible, si bien no parece que pueda calificarse como idéntica la labor del juez, en el marco de un proceso ordinario, tendente a la genérica «formación de acuerdos», que en este proceso judicial de la herencia, donde la individualización, tasación, liquidación y reparto corre a cargo de un «contador-partidor», que, de lograr el acuerdo o asentimiento entre los inicialmente disconformes, evita el juicio y prácticamente evita la intervención judicial.

La ausencia, o, mejor aún, la limitación de la cosa juzgada, constituye, en efecto, una característica típica, propia y esencial de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, y este procedimiento, en efecto, carece de la proyección, en toda su amplitud, de la cosa juzgada material, lo que permite derivar el conflicto, en primer lugar, al verbal de división judicial e incluso, una vez concluido éste, al ordinario correspondiente. Esta triple tramitación parece, por lo demás, excesiva. Las posibilidades se multiplican tanto, que pueden llegar a restar economía, agilidad, celeridad, unidad y eficacia a la división, que comienza con una tramitación voluntaria, fruto de una desavenencia particular; puede proseguir con un verbal, incluso continuar con un ordinario y, por supuesto, derivar en todos los recursos legalmente previstos, con lo que, la intención inicial del legislador, de dotar de sencillez, celeridad, economía y eficacia a las divisiones de la herencia, se ve, obviamente frustrada.

Así, pues, la dualidad de procedimientos, primero el especial y después el sumario, tras el intento de transacción inicial —que, de configurarlo como un procedimiento voluntario independiente, convierte en tres los procesos de división judicial, existentes en nuestra legislación— constituye, a todas luces, bajo nuestro punto de vista, un exceso procesal.

La tesis mixta²⁴ sostiene, con mayor rigor, que el proceso de división judicial de la herencia está conformado, en su globalidad, por dos fases, una voluntaria y la otra, contenciosa: así, la primera fase discurre como un procedimiento de jurisdicción voluntaria, que puede concluir por decreto, cuando se dirimiesen las operaciones de partición a plena satisfacción de todos los interesados; y una segunda fase, que tan sólo se da cuando surge o persiste la oposición, ya de naturaleza contenciosa, que concluye por sentencia, con pronunciamiento sobre las costas.

La ubicación sistemática de este proceso, entre los especiales, de la LEC, parece indicar, por lo demás, que se trate de un «proceso especial», si bien un sector de la doctrina procesal moderna²⁵ ha indicado que, si se repara en que las sentencias recaídas en este tipo de procesos no producen los efectos materiales de la cosa juzgada, en verdad estamos ante un «proceso sumario»²⁶. Y es que

²⁴ Vid., entre otras, las SSAP de Las Palmas, de 9 de diciembre de 2003; de Baleares, de 21 de junio de 2005; de Sevilla, de 9 de marzo de 2007.

²⁵ Vid., en este sentido, GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil*, II. *Los procesos especiales*, Ed. Colex, Madrid, 2012, pág. 333.

²⁶ Vid., asimismo, VEGAS TORRES, J., quien advierte que «la ausencia de cosa juzgada demuestra la naturaleza sumaria del trámite de oposición a las operaciones divisorias,

la voluntad del legislador; de imprimir celeridad, agilidad y eficacia, al reparto judicial de la herencia ha sido clara. Los particulares tienen, pues, la oportunidad de instar un proceso acelerado, dónde se procede, con rapidez, aunque de manera interina, a la individualización, tasación, liquidación, reparto y entrega, sin perjuicio, caso de persistir el conflicto, de la abierta posibilidad de acudir, en un momento ulterior, al ordinario correspondiente.

Las notas de sencillez, celeridad, transparencia, economía y eficacia, predicables de este tipo de procesos han de resultar, por lo demás, conciliables con su imprescindible «humanidad»²⁷, toda vez que la partición judicial —cuya conclusión, con éxito, sin intervención judicial, se da en un buen número de casos— suele realizarse entre familiares o personas con relaciones personales muy estrechas. De ahí que todos los operadores jurídicos implicados en este tipo de procesos hayan de ser especialmente respetuosos en la diligente, rápida y eficaz reparación de la desavenencia inicialmente planteada, procurando evitar, en la medida de lo posible, el enconamiento ni la sucesiva aparición de nuevas fricciones.

II. LEGITIMACIÓN

Cualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente, según establece expresamente el artículo 782.1 de la LEC, la división de la herencia, siempre que ésta no deba efectuarla un comisario o contador-partidor designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por resolución judicial.

Están, pues, legitimados procesalmente para solicitar el reparto judicial de la herencia, los coherederos, los legatarios de parte alícuota y, como es lógico, el cónyuge sobreviviente. La LEC 1/2000, a diferencia de la LEC de 1881, omite toda referencia a la legitimación del cónyuge sobreviviente, pero ningún sector de la doctrina²⁸ ni de la jurisprudencia ha manifestado el menor reparo a la hora de conferir legitimación a aquel afectado directo por la división hereditaria, pese a este extraño silenciamiento legal.

No cabe duda pues, de que cualquier heredero, testamentario o abintestato, está perfectamente legitimado para solicitar la división, contrariamente a lo que ocurría en el antiguo juicio de testamentaria que limitaba la legitimación activa a los herederos testamentarios. Ahora bien, no es suficiente ser llamado a la herencia como heredero, para gozar de legitimación activa para promover la división judicial de la herencia del causante, puesto que la propia norma exige aportar el documento que acredite la condición de heredero, condición que en nuestro derecho sólo se adquiere por la aceptación de la herencia. En este sentido

ya que el legislador parece haber querido, ante todo, que los bienes de la herencia se repartan con la mayor rapidez posible, permitiendo, eso sí, que una vez hecha la partición, los coherederos disconformes puedan defender en juicio plenario los derechos que crean correspondérles sobre los bienes adjudicados», en *Derecho Procesal Civil, Ejecución forzosa. Procesos especiales*, cit., pág. 495.

²⁷ Vid., ÁLVAREZ GARCÍA, M. D., quien destaca, con notable acierto, que «la LEC de 2000 (...) pretende impregnar a los juicios sucesorios de sencillez, claridad y agilidad, humanizando los desmesurados e ingobernables procesos hereditarios y reduciendo a 24 los 170 artículos de la vieja ley», en *La partición judicial*, cit., pág. 868.

²⁸ Vid., ampliamente, ÁLVAREZ GARCÍA, M. D., *La partición judicial*, cit., págs. 882 y sigs.

la jurisprudencia del TS²⁹ subordina la cualidad de heredero a la aceptación. La posición jurisprudencial mantenida a este respecto³⁰ es unánime, en la exigencia, de cara al reconocimiento de la legitimación, de la realización de actos, expresos o tácitos³¹, pero claros, evidentes y precisos que revelen la voluntad inequívoca de aceptar la herencia.

La presentación de la solicitud de división judicial de la herencia presupone tácitamente la aceptación de la herencia, en cuanto exterioriza la voluntad de disolución de la comunidad hereditaria y la vocación a la adjudicación de los bienes del haber partible³², de suerte que el solicitante de la división judicial de la herencia gozará, por este solo acto, de legitimación activa para instar la partición judicial.

La viabilidad del proceso, *a limine litis*, se hace depender, ello no obstante, de la correcta determinación, identificación e individualización de estos coherederos o legatarios de parte alícuota, merced al testamento o a la declaración de herederos, en caso de sucesión intestada. El heredero y el «legatario de parte alícuota» comparten el mismo tratamiento jurídico, en materia de legitimación procesal o capacidad de conducción procesal, debido a la común atribución inde-

²⁹ Vid., entre otras, las SSTs de 20 de mayo de 1982, de 27 de junio de 2000 y de 27 de noviembre de 2002, donde se advierte que «en materia de adquisición de herencia, y con relación al régimen sucesorio del Código Civil, resulta incuestionable que rige el denominado sistema romano, caracterizado porque no basta la delación hereditaria (apertura, vocación y delación) para ser titular del derecho hereditario, sino que además es preciso que el heredero acepte la herencia, lo que puede efectuarse de forma expresa o bien tácita. Producida la delación, el heredero —el llamado a heredar en concreto—, como titular del *ius delationis*, puede aceptar o repudiar la herencia, pero en tanto no acepte, como se ha dicho, no responde de las deudas de la herencia, porque todavía no se produjo la sucesión —no es sucesor, sino solo llamado a suceder—. Si acepta responderá incluso con sus propios bienes, salvo que la aceptación expresa tenga lugar con arreglo a lo prevenido para disfrutar del beneficio de inventario».

³⁰ Ha de tratarse de hechos que no tengan otra explicación, pues lo que importa es la significación del acto, en cuanto indica la intención de hacer propia la herencia y no de cuidar el interés de otro o eventualmente el propio para después aceptar. Son especialmente diáfanas en tal sentido las SSTs de 15 de junio de 1982, de 24 de noviembre de 1992 y de 12 de julio de 1996: «el artículo 661 del Código Civil permite considerar herederos a los sucesores legítimos del causante, a los que asisten básicamente tres opciones: a) repudiar la herencia (art. 988); aceptarla a beneficio de inventario (art. 1010); y c) aceptación pura y simple, en cuyo caso el sucesor pasa a condición de efectivos heredero, con retroacción hereditaria al momento de la muerte de la persona a la que sucede, en concordancia de los artículos 657, 661 y 440 del Código Civil».

³¹ La SAP de Islas Baleares, de 30 de mayo de 2011, señala que «el artículo 999, párrafo tercero del Código Civil dice que la aceptación tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero. Este precepto procede sustancialmente del Derecho Romano (Instituta, libro 2.º, tít. XIX, párrafo 7, de *heredum qualitate et differentia*, con arreglo al que «obrar como heredero es obrar como dueño, porque los antiguos decían herederos significando dueños»), y de las Partidas (la ley 11, título VI, Partida Sexta, sobre «en qué manera debe el heredero tomar la heredad», se refiere a que «se puede fazer por fecho: maguer non lo diga paladinamente», y se hace hincapié en la necesidad de la intención de ser heredero), y ha sido objeto de una profusa jurisprudencia del TS y doctrina de la Dirección de los Registros, que se cita en esta sentencia.

³² Vid., al respecto, las SSTs de 23 de mayo de 1955, de 31 de diciembre de 1956 y de 14 de mayo de 1978.

terminada de bienes³³, característica de ambos tipos de herederos —aunque sea por diferente título—, atribución que precisa una individualización, concreción o materialización mediante la partición del contenido económico del caudal hereditario al objeto de fijar, con exactitud, la parte que le corresponde a uno y otro.

El Código Civil exige, en su precepto 1052, la plena capacidad patrimonial —libre administración y disposición de los bienes— para pedir la división judicial de la herencia, de suerte que por los incapacitados, por los menores y por los ausentes, deberán pedirla sus legítimos representantes.

La representación del incapaz o pródigo vendrá fijada, como es lógico, por el curador o tutor designado al efecto en la sentencia judicial³⁴. Para la representación de los menores y ausentes habrá de estarse a lo dispuesto al efecto en la legislación civil, si bien la necesidad de ofrecer un complemento a la capacidad del menor emancipado, de cara al reconocimiento de su legitimación para instar la división judicial de la herencia, ofrece serias dudas a la doctrina civilista³⁵, que se decanta, pese a ello, en la actualidad, por conferirle dicha legitimación para instar la partición por sí mismo³⁶.

A la solicitud deberá acompañarse el certificado de defunción de la persona de cuya sucesión se trate y el documento que acredite la condición de heredero o legatario del solicitante (*ex art. 782.2*), esto es, el testamento o la declaración de herederos.

La cualidad de heredero o legatario constituye, pues, el presupuesto procesal de «capacidad de conducción procesal» imprescindible para instar este procedimiento. Nos encontramos ante un supuesto de «capacidad de conducción procesal»³⁷, que no de legitimación material, puesto que, tal y como ha tenido

³³ El régimen del *legado de parte alícuota* es distinto, según la STS de 12 de junio de 2006, del legado de cosa específica —cualquiera que sea la posición doctrinal que se adopte acerca de su naturaleza— por la *afinidad entre aquel legado y la herencia*, derivada en ambos de la común atribución indeterminada de bienes —aunque sea por diferente título— que obliga a que se concrete o materialice mediante la partición el contenido económico para fijar la parte que le corresponde a uno y otro. Al respecto, la sentencia de esta Sala, de 22 de enero de 1963, ya señaló que «dada la naturaleza, alcance y efecto de esta especie de legado y la ausencia de su reglamentación en nuestro Código Civil, deben serle aplicables determinados preceptos legales relativos al heredero, y muy especialmente aquellos cuyo fin inmediato es el conocimiento por el sucesor del patrimonio en que haya de participar, su cuantía y composición, punto en el que la semejanza entre el heredero y el legatario de parte alícuota aparece más destacada». Así el artículo 1038-3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 consideraba a los legatarios de parte alícuota como legitimados para promover el juicio de testamentaría, como igualmente establece la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 en su artículo 782.1, que están facultados para pedir la división judicial de la herencia. En consecuencia, la preterición en la partición del legatario de tal clase ha de producir los efectos previstos en el artículo 1080 del Código Civil (LEG 1889, 27) para el caso de preterición de un heredero, de forma que si se produce de mala fe o dolosamente —conociendo su existencia— ha de desembocar en la rescisión de la partición así realizada.

³⁴ Para un estudio pormenorizado sobre esta cuestión, se remite al lector a CALAZA LÓPEZ, S., *Los procesos sobre la capacidad de las personas*, Ed. IUSTEL, Madrid, 2007.

³⁵ Vid., en este sentido, LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones*, cit., pág. 347.

³⁶ Vid., asimismo, DÍEZ-PICAZO, L., cuando afirma que «no siendo la participación un auténtico acto traslativo, no vemos inconveniente en que (el menor emancipado) la pueda pedir por sí mismo», en *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Ed. Tecnos, Madrid, 2006, pág. 520.

³⁷ Para un estudio detallado sobre la «capacidad de conducción procesal», se remite al lector a GIMENO SENDRA, V., y CALAZA LÓPEZ, S., *¿Puede un juez inadmitir de oficio una de-*

ocasión de señalar la doctrina procesal³⁸, la norma exige una cualidad jurídica determinada (la condición de heredero o legatario de parte alícuota), que ha de concurrir en quién presenta la solicitud, a fin de que pueda válidamente asumir el status de parte formal.

Esta cualidad de heredero real y actual, acreditada al tiempo del comienzo del proceso, no ha de ser rígida, firme o inflexible, resultando perfectamente lícito y factible que los herederos sometidos o afectados por condiciones resolutorias puedan instar el juicio divisorio, si bien con la particularidad, ya apuntada por los autores³⁹, de que la adjudicación de los bienes no será definitiva, pues si aquella condición, impuesta por el finado, resultare incumplida, estos bienes ya adjudicados pasarán, ello no obstante, a formar parte del conjunto patrimonial de los herederos no condicionales.

En caso de sucesión intestada, los interesados habrán de solicitar la declaración de herederos *ab intestato*, por el cauce de la Jurisdicción Voluntaria, establecido en la LEC, que mantiene vigente, en esta materia, la regulación de 1881, a la espera de la inminente reforma.

La solicitud, por parte de los descendientes, ascendientes o cónyuge del finado, de esta declaración de herederos *ab intestato* se efectúa ante notario, quien resuelve a través de un «acta de notoriedad» (art. 979 de la LEC de 1881). La solicitud, a cargo de los colaterales hasta el cuarto grado y, en su defecto, por el Estado, de esta declaración de herederos *ab intestato* se efectúa por vía judicial conforme al procedimiento regulado en el precepto 981 y siguientes de la LEC.

Los acreedores no podrán instar la división, sin perjuicio de las acciones que les correspondan contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, que se ejercitarán en el juicio declarativo que corresponda, sin suspender ni entorpecer las actuaciones de división de la herencia (*ex art. 782.3.º*).

No obstante, los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo 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. Esta petición podrá deducirse en cualquier momento, antes de que se produzca la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero (*ex art. 782.4.º*). Los acreedores de uno o más de los coherederos podrán intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos (*ex art. 782.5.º*).

Estos acreedores gozan del privilegio lógico y razonable, y como tal, legalmente tutelado de solicitar, en cualquier momento del proceso divisorio previo a la entrega, el pago o afianzamiento de su capital antes de que se produzca el reparto.

Ahora bien, la Ley distingue, con toda claridad, entre los «acreedores de la herencia» y los «acreedores de uno o más coherederos», otorgando amplias facultades de intervención en el proceso a los segundos, por relación a la escasa participación de los primeros en dicho proceso, a quienes, sin embargo, se les privilegia con el aseguramiento del cobro de sus créditos antes de la práctica de la partición.

manda por falta de legitimación de las partes?, 11 de noviembre de 2004, págs. 1377 a 1385.

³⁸ Vid., al respecto, GIMENO SENDRA, V., quien, asimismo, señala que «la necesidad de acompañar el documento que acredita la cualidad de heredero del solicitante constituye una manifestación de la carga de justificar documentalmente la capacidad de conducción procesal, la cual puede condicionar la admisibilidad de la solicitud», en *Derecho procesal civil. II. Los procesos especiales*, cit., pág. 336.

³⁹ Vid., al respecto, ÁLVAREZ GARCÍA, M. D., *La partición judicial*, cit., pág. 878.

La razón de esta escasa, prácticamente nula intervención en el proceso divisorio, de los «acreedores de la herencia» —a quienes no se confiere legitimación para intervenir en las operaciones particionales, en el nombramiento del contador y de los peritos, en la aprobación de la propuesta de partición, ni mucho menos, en la eventual suspensión o paralización del proceso— estriba, según los autores⁴⁰, en que su interés se ciñe al cobro de sus créditos con cargo al caudal relicto, y antes de que se perfeccione la partición, resultando irrelevante a estos efectos cómo se realice la partición y los lotes concretos que se atribuyen a cada partícipe.

Aun cuando la motivación última de los acreedores, y común a todos ellos, lo es el cobro de sus créditos, la distinta posición que ocupan en este proceso, los acreedores de la herencia, frente a los acreedores de uno o más coherederos parece justificarse en el distinto interés de cada uno de ellos en la partición que se haga del caudal hereditario. En este sentido, los acreedores de la herencia habrán de conformarse y hasta congratularse, a modo de privilegio, con el cobro del crédito que demuestren tener a su favor y ello se hará con cargo a la globalidad de la herencia, resultándoles, por tanto, indiferente a quién o quiénes hubiere correspondido, de habersele adjudicado, el capital que pasará a formar parte de su patrimonio antes incluso de la propia partición. Sin embargo, el acreedor de uno o más coherederos tiene un interés directo en la partición, toda vez que su cobro se hará depender, como resulta obvio, de la adjudicación que, finalmente, se haga al coheredero o, en su caso, a los coherederos deudores. De ahí su oportuna, razonable y justificada intervención en el proceso, para evitar, en el mejor de los casos, la inactividad de los coherederos irresponsables en el pago de sus deudas, por vía hereditaria, así como, en el peor, de engaño o de fraude.

III. COMPETENCIA

En los juicios sobre cuestiones hereditarias, establece el artículo 52.1.4.º de la LEC, será competente el tribunal del lugar en que el finado tuvo su último domicilio y si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España, o donde estuvieren la mayor parte de sus bienes, a elección del demandante.

Este fuero legal imperativo, regulado entre los «casos especiales de competencia territorial» impide, como es obvio, cualquier tipo de sumisión expresa o tácita entre las partes. Sin perjuicio de la posibilidad que tienen las partes, de denunciar, mediante la declinatoria, la falta de competencia, el juez ha de vigilar de oficio, como es lógico, el debido cumplimiento de este presupuesto procesal.

El fuero especial imperativo del «lugar del último domicilio del finado» ha de venir fijado, como es lógico, en la certificación de defunción, que goza de una presunción de certeza, veracidad y exactitud, si bien dicha certificación, tal y como ha tenido ocasión de matizar el TS⁴¹, admite prueba en contrario, de

⁴⁰ Vid., en este sentido, BRIONES JURADO, C., y SANCHO GARGALLO, I., quienes, al propio tiempo, afirman que dicha falta de legitimación para intervenir en la práctica totalidad de actuaciones procesales que integran el proceso «resulta lógica por cuanto su interés radica en el cobro de sus créditos con los bienes de la herencia, siendo irrelevante para ellos el sentido de la partición», en *El juicio sucesorio*, Ed. Atelier; Barcelona, 2002, pág. 53 y sigs.

⁴¹ El ATS, de 10 de abril de 2012, señala, en este sentido, que «si bien es cierto que los asientos del Registro Civil gozan de la presunción de exactitud, y en la certificación de defunción se hace constar que es (...), también lo es que admiten prueba en contrario, como

suerte que ante la evidencia, por cualesquiera mecanismos probatorios, legalmente admitidos, de un domicilio distinto al designado registralmente, habrá de estarse al domicilio real del finado.

A pesar de la claridad expositiva del precepto que regula la competencia en materia sucesoria donde parece evidente que el único fuero legal imperativo, lo será el del «último domicilio del finado», si dicho domicilio se ubicare en España, doctrina y jurisprudencia⁴² pretenden hacer extensible a este caso, la dualidad alternativa ofrecida por el legislador a los litigantes cuando el último domicilio del finado se ubicare en el extranjero, que lo serían indistintamente «el de su último domicilio en España» o «el del lugar donde estuvieren la mayor parte de sus bienes». Así, pues, constituye ya una doctrina jurisprudencialmente aceptada⁴³ la que admite el fuero electivo, a cargo de los litigantes —bien el del último domicilio del finado, bien el del lugar dónde estuvieren la mayor parte de sus bienes—, ha de aplicarse a la totalidad de procesos sucesorios, con independencia del lugar, en España o en el extranjero, del último domicilio del finado.

Además del juez, cuya labor, por razón de su profesión, ha de circunscribirse a la resolución interina del conflicto subyacente, ante la ausencia de concierto, tras el reparto efectuado por el contador-partidor, hemos de destacar el relevante papel, en este tipo de procesos, del secretario judicial, quien, al tiempo de realizar las funciones que le son propias en todo tipo de procesos, ha de desempeñar, asimismo, el cargo y las funciones que legalmente correspondan a la presidencia de la junta que ha de celebrarse para la designación del contador-partidor, así como la formación del inventario.

IV. PROCEDIMIENTO

Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes podrá pedir, según dispone el artículo 1052 del Código Civil, en cualquier tiempo, la partición. Ningún coheredero podrá ser obligado, conforme subraya el artículo 1051 del mismo Código, a permanecer en la indivisión de la herencia⁴⁴.

ocurre en el presente supuesto en el que se cuenta: con lo informado por el director de la residencia médico-geriátrica (...) donde residía y con la postura procesal de notoriedad de los litigantes en el precedente procedimiento». Vid., en el mismo sentido, el ATS de 19 de mayo de 2009.

⁴² Para un análisis detallado sobre esta cuestión con cita de la más relevante jurisprudencia —entre otros, los AATS de 28 de febrero de 2005 y de 7 de junio de 2007—, vid., ALVAREZ GARCÍA, M. D., *La partición judicial*, cit., págs. 875 y sigs.

⁴³ Vid., entre otros, el ATS de 28 de febrero de 2005, donde se argumenta que «el legislador de 2000 ha introducido una redacción de efectos antifibológicos que, consiguientemente, autorizan las dos soluciones: a) No ha separado en párrafos diferentes los dos supuestos; b) al introducir una “coma” antes de la conjunción disyuntiva “o”, indica gramaticalmente que la alternativa donde estuviere la mayor parte de sus bienes es aplicable tanto a los supuestos de que el finado hubiere tenido su última residencia en España como en país extranjero». Vid., asimismo, el ATS de 19 de mayo de 2009, donde se afirma que «por todo ello, puede entenderse que por parte de la demandante se ha ejercitado la opción del artículo 52.1.4.º entre el domicilio del finado y donde se encuentra la mayor parte de sus bienes, además de la consideración que el lugar de fallecimiento determina en este caso, puestos en relación todos los datos, el lugar de su último domicilio».

⁴⁴ Para un estudio específico sobre el procedimiento, se remite al lector a LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., «La división judicial de la herencia», en *Economist&Jurist*, junio de 2006.

La acción de división judicial de la herencia ni prescribe ni caduca, de suerte que puede ejercitarse siempre que permanezca indiviso el caudal relicto (art. 1965 CC). La claridad expositiva de la norma es tal que la doctrina civilista⁴⁵ ha llegado a manifestar, en este punto, que la división hereditaria es esencial y radicalmente imprescriptible, sin que su eventual ejercicio pueda verse contradicho por un largo período temporal de comunidad hereditaria.

Aun cuando la división hereditaria puede ser solicitada, *pro futuro*, en cualquier tiempo, el momento inicial a partir del cual puede instarse dicha partición lo es el inmediatamente posterior al fallecimiento del testador; toda vez que la sucesión de una persona se abre en el momento de su muerte⁴⁶, instante a partir del cual su patrimonio se transmuta, en su caso, en *herencia yacente* mientras los bienes relictos se mantengan en situación de indivisión entre los herederos⁴⁷, de manera que la transmisión sucesoria de los derechos y obligaciones del causante tiene lugar desde su fallecimiento⁴⁸, comprendiendo la herencia el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte y que integren su patrimonio al tiempo de fallecer; ya que nadie puede transmitir o disponer de aquello que no es suyo⁴⁹. De ahí que la partición deba hacerse por el valor y estado que los bienes tuvieran en el momento de la muerte del causante, y referirse a bienes que formen parte entonces de su patrimonio⁵⁰. Este momento de la apertura de la sucesión, referido al del fallecimiento del causante, es el que determina también la relación de los bienes de la herencia que han de ser objeto de inventario y posterior división, conforme al artículo 794 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que serán precisamente los existentes en su patrimonio al tiempo de fallecer.

1. SOLICITUD DE DIVISIÓN JUDICIAL DE LA HERENCIA

La solicitud de división judicial de la herencia requiere la preceptiva intervención de abogado y procurador. Esta solicitud no ha de revestir, ello no obstante, la forma de demanda, si bien parece aconsejable que se realice con idéntica claridad expositiva y precisión lingüística a la exigible a las demandas. Esta exigencia de precisión, claridad y pulcritud en la selección de la pretensión a ejercitar; así como en la expresión utilizada en su solicitud o, en otro caso, en su demanda inicial, han sido reclamadas, por lo demás, desde siempre⁵¹, no sólo, con carácter general, para la totalidad de procesos judiciales, sino, en particular, para aquellas, que, como las hereditarias, son particularmente susceptibles de confusión, debido al número de personas y a la fusión —y, en efecto, ocasional confusión— de patrimonios que las integran, así como a su complejidad.

⁴⁵ Vid., al respecto, LASARTE, C., *Derecho de sucesiones*, cit., pág. 345.

⁴⁶ Vid., en este sentido, la SAP de La Coruña, de 1 de diciembre de 2012.

⁴⁷ Vid., al respecto, STS de 12 de marzo de 1987.

⁴⁸ Vid., las SSTs de 19 de noviembre de 1956 y de 21 de junio de 1986.

⁴⁹ Vid., las SSTs de 7 de diciembre de 1988, de 18 de marzo de 1991 y de 22 de febrero de 1997.

⁵⁰ SSTs de 31 de enero de 1972, de 5 de junio de 1985 y de 7 de diciembre de 1988.

⁵¹ Véase la clarificadora STS de 6 de marzo de 1945, donde se advierte que «la facultad que tienen los interesados en la partición para impugnarla y pedir su modificación, su nulidad o su rescisión, tiene que ajustarse, como norma procesal, a la de la necesidad de determinar en la demanda la clase de acción que se ejercite, no con fórmulas literales o nominalistas, pero sí con la claridad suficiente para que se la pueda identificar».

A esta solicitud habrán de acompañarse, como es lógico, los documentos acreditativos no sólo de la defunción —certificado registral de defunción—, sino también de la identificación de los coherederos o legatarios de parte alícuota, así como de su efectiva inclusión en el testamento, declaración de herederos abintestato o acta notarial de notoriedad. Sin la acreditación documental de tales extremos el proceso, obviamente, no goza de viabilidad, si bien su ausencia resulta perfectamente subsanable, debiendo el juez, ante la percepción de esta deficiencia procesal, ofrecer un plazo a los interesados para su subsanación.

En esta solicitud inicial del proceso divisorio, los solicitantes habrán de comunicar al juez, en su caso, la presencia de menores, incapaces y/o ausentes, al objeto de la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal. Asimismo, resulta altamente conveniente, tal y como se ha apuntado desde la propia judicatura⁵², pese al silencio legal al respecto, que los solicitantes pongan en conocimiento del juez, en este momento inicial del proceso, la existencia de otros coherederos, de personas con interés en la división y, en su caso, de los acreedores de los coherederos con derecho a intervenir. Y ello por evidentes razones de eficacia, celeridad y economía procesal.

El secretario judicial supervisará el efectivo cumplimiento de los presupuestos procesales, para tener por admitida esta solicitud, y dará cuenta al Tribunal, cuando perciba la ausencia de alguno, para que resuelva sobre su admisión.

Una vez solicitada la división judicial de la herencia, se acordará, cuando así se hubiere pedido y resultare procedente, la intervención del caudal hereditario y la formación de inventario (*ex art. 783.1.º*).

2. CONVOCATORIA DE JUNTA PARA LA DESIGNACIÓN DE CONTADOR Y PERITOS

El secretario judicial, a la vista de la solicitud judicial de la herencia, convocará a junta a los herederos, a los legatarios de parte alícuota y al cónyuge sobreviviente (*ex art. 783.1.º LEC*). La citación de los interesados que estuvieren ya personados en las actuaciones se hará por medio de procurador. A los que no estuvieren personados, se les citará personalmente, si su residencia fuere conocida. Si no lo fuere, se les llamará por edictos.

El secretario judicial convocará también al Ministerio Fiscal para que represente a los interesados en la herencia que sean menores o incapacitados y no tengan representación legítima y a los ausentes cuyo paradero se ignore. La representación del Ministerio Fiscal cesará una vez que los menores o incapacitados estén habilitados de representante legal o defensor judicial y, respecto de los ausentes, cuando se presenten en el juicio o puedan ser citados personalmente, aunque vuelvan a ausentarse (*ex art. 783.4.º*).

La legitimación del Ministerio Fiscal en este tipo de procesos no es, pues, originaria, sino derivada o por representación, de suerte que, una vez haya cesado esta representación, por encontrarse las personas afectadas, debidamente representadas o presentes, en el caso de los ausentes, culmina su misión, a dife-

⁵² Vid., en este sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, M. D., quien señala, asimismo, que «es preciso que en la solicitud de división o en la personación de los diversos herederos se haga referencia a los acreedores de los mismos, para que puedan tener conocimiento del proceso particional. La regulación legal es deficiente, pues si los acreedores particulares de los coherederos no conocen la incoación del proceso difícilmente podrán personarse, y en consecuencia, no podrán ser convocados», en *La partición judicial*, cit., pág. 891 y págs. 895 y sigs.

rencia de lo que acontece en otro tipo de procesos, como los procesos sobre la capacidad de las personas, dónde se ve compelido a velar por la legalidad de las actuaciones durante todo el procedimiento. Resulta sorprendente el tratamiento otorgado a la legitimación del Ministerio público en este tipo de procesos, de evidente naturaleza de orden público, cuando en ellos subyacen intereses particulares de personas especialmente sensibles o vulnerables, como los menores o incapaces, de manera conjunta al interés general de poner fin a la indivisión.

Los acreedores serán convocados por el secretario judicial cuando estuvieren personados en el procedimiento. Los que no estuvieren personados no serán citados, pero podrán participar en ella si concurren en el día señalado aportando los títulos justificativos de sus créditos (*ex art. 783.5.º*).

La presencia de los acreedores de los coherederos en la Junta queda justificada con base en el conocimiento que estos han de tener, de la celebración del procedimiento judicial de reparto, al objeto de oponerse, en debido tiempo y forma, a la adjudicación. De ahí la importancia, a la que ya nos hemos referido anteriormente, de su correcta identificación, por parte de los solicitantes de la división judicial, en el escrito inicial de este proceso.

La junta se celebrará, con los que concurren, en el día y hora señalado, y será presidida por el secretario judicial, con la finalidad de alcanzar un acuerdo sobre el nombramiento de un contador que practique las operaciones divisorias del caudal, así como sobre el nombramiento del perito o peritos que hayan de intervenir en el avalúo de los bienes.

El acuerdo que alcancen los asistentes, tal y como ya se ha tenido ocasión de advertir⁵³, es totalmente válido y vincula a los convocados no asistentes. Ahora bien, la designación del contador se hará por acuerdo unánime —y no por mayorías⁵⁴— de los asistentes a la junta. El nombramiento, por aclamación de la totalidad de asistentes a la junta, de un contador, impedirá que puedan, ni los asistentes, ni los ausentes, ulteriormente, cuestionarse dicho nombramiento, por un elemental principio de proscripción de atentar contra los propios actos, en el primer caso, así como de desaprovechamiento de las oportunidades procesales, en el segundo.

Si de la junta resultase falta de acuerdo para el nombramiento de contador, se designará uno por sorteo, conforme a lo dispuesto en el artículo 341, de entre los abogados ejercientes con especiales conocimientos en la materia y con despacho profesional en el lugar del juicio. Si no hubiera acuerdo sobre los peritos, se designarán por igual procedimiento los que el contador o contadores estimen necesarios para practicar los avalúos, pero nunca más de uno por cada clase de bienes que deban ser tasados. El contador y los peritos podrán ser recusados, como es lógico, por las partes, si se encuentran incursos en alguna de las causas legalmente estipuladas.

Del tenor literal de este precepto, en el que se posibilita la recusación del contador y del perito o, en su caso, de los peritos designados por sorteo, se desprende la imposibilidad de recusar, ante el silencio legal, a aquellos mismos

⁵³ Vid., al respecto, VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil, Ejecución forzosa. Procesos especiales*, cit., pág. 500.

⁵⁴ Vid., DE LA PLAZA Y NAVARRO, M., cuando afirma que «en materia sucesoria, la toma de acuerdos se rige por el sistema de unanimidad y no el de mayorías», en *Los problemas de la sucesión desde el punto de vista del Derecho procesal. Naturaleza y características de los juicios divisorios*, en *Estudios de Derecho Sucesorio*, Barcelona, 1946, pág. 219, citado por BRIONES JURADO, C. y SANCHO GARGALLO, I., *El juicio sucesorio*, cit., pág. 59.

profesionales cuando hubieren sido designados por aclamación entre la totalidad de asistentes a la junta. Ya hemos tenido ocasión de razonar la legítima motivación del legislador a este respecto.

Conforme a reiterada jurisprudencia⁵⁵, una vez designados, los contadores obran con autonomía e independencia del criterio particular de las partes que contribuyeron a su designación, ejerciendo una función pública, no sujeta a otra norma que las que tengan su origen en la Ley. Se reputan así facultados para interpretar el testamento. No están, por lo tanto, vinculados por los designios de los herederos, pero sí pueden tener en cuenta, como parece razonable, sus propuestas y opiniones.

El contador, tal y como se ha tenido ocasión de exponer desde la Judicatura⁵⁶, con toda clarividencia, no es un mandatario o gestor de las partes⁵⁷, sino un colaborador del Juzgado que ostenta un cargo que es *voluntario* (precisa de aceptación para su desempeño, y, una vez aceptado, faculta a los interesados para obligarle a cumplir el encargo), *remunerado* (aunque la ley no lo diga, dada la profesionalización y las exigencias de cualificación técnica del mismo, siendo los honorarios que se devenguen un gasto realizado en beneficio de la comunidad hereditaria, a descontar del activo y soportado por los herederos), *personalísimo* (aunque puede encomendarse a un tercero la realización de operaciones que exijan especiales conocimientos técnicos) y *temporal* (pues las operaciones divisorias han de presentarse en el plazo máximo desde la aceptación del cargo y recepción de la documentación, sin perjuicio de que el Tribunal, a instancia de parte, pueda fijar al contador otro plazo superior en atención a la complejidad de las actuaciones a realizar y al volumen de la herencia).

La aceptación del contador dará derecho a cada uno de los interesados para obligarle a que cumpla su encargo (*ex art. 785.2.º*). A instancia de parte, podrá el secretario judicial, mediante diligencia, fijar al contador un plazo para que presente las operaciones divisorias, y si no lo verificare, será responsable de los daños y perjuicios.

Una vez elegidos el contador y los peritos, en su caso, previa aceptación, el secretario judicial entregará los autos al primero y pondrá a disposición de éste y de los peritos cuántos objetos, documentos y papeles necesiten para practicar el inventario, cuando éste no hubiere sido hecho, y el avalúo, la liquidación y la división del caudal hereditario (*ex art. 785.1.º*).

La jurisprudencia no es pacífica en torno a si el nombramiento de los peritos constituye un acto preceptivo, que ha de darse en todo proceso sucesorio, o por el contrario, un acto voluntario, bajo el prudente arbitrio del contador; en función de la conveniencia o inconveniencia de su labor, de cara a afrontar la

⁵⁵ Vid., entre otras, la SAP de Alicante, de 12 de noviembre de 2010.

⁵⁶ Vid., esta exhaustiva definición en el estudio de ÁLVAREZ GARCÍA, M. D., *La partición judicial*, cit., pág. 896.

⁵⁷ Vid., en este sentido, la clarificadora STS de 18 de diciembre de 1968, donde se afirma que «aunque tiene un cierto aspecto de mandato, no puede confundirse en absoluto con aquella figura contractual desvirtuada en el campo del Derecho Privado, pues la naturaleza de orden público que caracteriza al proceso donde se lleva a cabo la designación de contador, imprime carácter a la misma con la finalidad de interés general de poner fin a la indivisión del caudal hereditario a que el proceso conduce y dichos contadores, una vez designados, obran con autonomía e independencia del criterio particular de las partes que contribuyeron a su designación, ejerciendo una función pública no sujeta a otra norma que las que tengan su origen en la Ley».

tarea del avalúo. La ambigüedad de la Ley no nos permite decantarnos por una u otra opción, pero parece razonable, con base en un elemental principio de economía procesal y de medios, que la intervención de estos profesionales quede supeditada a las particiones en las que, a juicio del contador, resulte conveniente o necesaria su labor de tasación o avalúo, para afrontar con éxito la ardua labor de la partición.

3. PRÁCTICA DE LAS OPERACIONES DIVISORIAS

El contador realizará las operaciones divisorias con arreglo a lo dispuesto en la ley aplicable a la sucesión del causante; pero si el testador hubiere establecido reglas distintas para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, se atenderá a lo que resulte de ellas, siempre que no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos (*ex art. 786.1.º*).

Las operaciones divisorias deberán presentarse en el plazo máximo de dos meses desde que fueron iniciadas, y se contendrán en un escrito firmado por el contador, en el que se expresará:

- 1.º La relación de bienes que formen el caudal partible.
- 2.º El avalúo de los comprendidos en esa relación.
- 3.º La liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes.

Estas operaciones divisorias vienen, pues, integradas por cuatro periodos o fases interconectadas, aunque claramente diferenciadas, cuales son el inventario, el avalúo, la liquidación y la partición o división. La evidente interconexión lógica y cronológica de unas fases con otras —como resulta obvio, tan sólo serán susceptibles de tasación los bienes que se hubieren inventariado previamente, al tiempo que tan sólo podrán liquidarse aquellos que hubieren sido valorados o cuantificados económicamente en un momento anterior; y la división y subsiguiente adjudicación dependerá, al fin, de la tasación y liquidación ya realizadas en esta ininterrumpida cadena de actuaciones matemático-jurídicas— no ha de suponer, ello no obstante, fusión, ni mucho menos confusión, de todas ellas⁵⁸. El contador habrá de preservar y potenciar, pues, en la medida de lo posible, la individualidad y autonomía de cada una de estas fases (inventario, tasación, liquidación y adjudicación), toda vez que el objeto litigioso del proceso divisorio que, eventualmente, llegue a celebrarse podrá venir integrado sólo por alguna o algunas de estas actuaciones y no necesariamente por todas ellas, lo que restará, en su día, conflictividad y, por tanto, complejidad, a ese concreto proceso judicial.

⁵⁸ Como dice la SAP de Sevilla, de 9 de marzo de 2007, «las distintas fases del proceso de liquidación del caudal relicto están interconectadas y son consecuencias unas de otras, pero ello no permite la confusión entre las mismas: por eso se regulan separadamente cada una de estas fases, porque son actos distintos y no necesariamente tiene por qué presentarse en todas ellas la divergencia o discusión entre los herederos y la necesidad de intervención judicial. De ahí que se distinga entre el inventario, el avalúo de los bienes comprendidos, su división y adjudicación. Hoy estamos en la primera fase, la de determinación del inventario, donde se pondrán las bases para calcular la legítima y para conocer finalmente si las donaciones son inoficiosas o no y en su caso posteriormente reducirlas si perjudican la legítima estricta; y también de la colación, para lo cual es inexcusable incluir en el activo los bienes relictos y el valor de los bienes donados».

El inventario, en tanto que «base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales»⁵⁹, habrá de estar conformado por la totalidad de bienes y derechos —debidamente enumerados, concretados e individualizados— que integran la comunidad hereditaria. El inventario debe abarcar, tal y como se ha advertido⁶⁰, no solo los bienes, sino también los derechos y obligaciones que aminoran el valor del caudal relicto, y por tanto, lo que debe ser repartido.

En el inventario han de computarse, asimismo, conforme al artículo 1063 del Código Civil, las rentas y los frutos que cada uno de los coherederos hayan percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos y los daños ocasionados por malicia o negligencia. Ahora bien, los frutos a los que se refiere el anterior precepto, tal y como, de manera reiterada, ha señalado la jurisprudencia⁶¹, han de ser los efectivamente percibidos, es decir, los producidos y devengados desde el día en que se abrió la sucesión, pero no aquellos otros que pudieran percibirse, esto es, aquellos virtuales, posibles, potenciales o hipotéticos. En consecuencia, no puede exigirse que se aporte al caudal relicto el importe de las rentas o frutos que se podrían haber percibido pero que no se han percibido, puesto que dichos «futuribles», «posibles» o «hipotéticos» frutos quedan al margen de lo dispuesto en aquel precepto del Código Civil⁶².

Doctrina y jurisprudencia se manifiestan, sin embargo, convulsas, en torno a si la elaboración del inventario debe efectuarla en todo caso el secretario, o, por el contrario, aquel profesional tan sólo deba realizarlo cuando se hubiere producido, al propio tiempo, la intervención del caudal hereditario, quedando reservada la formación del inventario, a cargo del contador, para el caso de falta de intervención.

La formación de inventario es, en cualquier caso, un acto procesal no jurisdiccional, en el que no interviene el juez, y por ello carece, tal y como ha señalado la jurisprudencia⁶³, de estructura contenciosa. Los interesados habrán de presentar, en este momento, la relación de bienes y cargas que entienden deben integrar el activo y pasivo del inventario, de tal forma que solo si la partes no se pusieren de acuerdo sobre los bienes o partidas del inventario se les citará a una vista por los trámites del juicio verbal en la que se les oír y se fijaran los hechos controvertidos sobre los que se propondrán y practicarán las pruebas propuestas que el juez considere pertinentes, finalizando el procedimiento por sentencia.

Cuando el objeto litigioso del juicio verbal hereditario se encuentra integrado por las controversias suscitadas al tiempo de formar el inventario, la labor del juez ha de limitarse, lógicamente, a resolverlas, de suerte que, en línea de prin-

⁵⁹ Vid., al respecto, la STS de 26 de noviembre de 1955.

⁶⁰ Vid., en este sentido, BRIONES JURADO, C., y SANCHO GARGALLO, I., quienes, asimismo, señalan que «el inventario tradicionalmente se ha entendido como la relación completa del patrimonio del causante, tanto del activo (bienes, derechos, créditos, valores y acciones), como de las obligaciones pendientes que han de ser satisfechas con el activo de la herencia», en *El juicio sucesorio*, cit., pág. 66.

⁶¹ Vid., en este sentido, las SSTs de 7 de julio de 1995, de 25 de julio de 2002, de 17 de diciembre de 2002 y de 6 de noviembre de 2003.

⁶² Vid., asimismo, la STS de 4 de junio de 2007.

⁶³ Vid., en este sentido, la SAP de Alicante, de 13 de octubre de 2011.

cipio, las partidas del inventario sobre las que hubiera existido acuerdo quedan excluidas de este objeto⁶⁴.

El juez habrá de limitarse, pues, por un elemental principio de congruencia, a dirimir, en el proceso divisorio, las controversias suscitadas en torno a las propuestas de formación de inventario, inclusión o exclusión de bienes, formuladas en el momento de su elaboración⁶⁵, pero no, como es lógico, aquellas otras que los coherederos, volviendo contra sus propios actos, pretendan integrar en un momento ulterior, cual sería en el propio juicio verbal, ni mucho menos en apelación, momentos en los que ya no resulta factible alterar el objeto del proceso, ni modificar los términos del debate.

El avalúo constituye la labor de valoración, tasación o cuantificación económica de los bienes que integran el caudal hereditario, resultando evidente que el momento en que deben ser valorados estos bienes que integran el activo del inventario⁶⁶, y sus relativos ajustes será el del momento en que hayan de estar dispuestos para su entrega o adjudicación⁶⁷.

La liquidación es una operación jurídico-matemática, merced a la cual las deudas hereditarias han de descontarse del haber del caudal hereditario para fijar, con la debida claridad y precisión, qué bienes y derechos conforman montante activo de la comunidad o concierto definitivo de bienes, objeto de inminente partición previa a su adjudicación.

La jurisprudencia del TS⁶⁸ ha sido explícita al señalar que la liquidación no supone sólo distribuir y adjudicar bienes, sino que debe dejar resuelto el destino de las obligaciones pendientes de ejecución y, sobre todo, ha de determinar la ganancia partible, habida cuenta de que solo a través de ella cabe establecer el haber líquido sometido a partición, lo cual supone la formación de los inventarios,

⁶⁴ Vid., la SAP de Cádiz, de 12 de abril de 2010, cuando señala que «la parte promotora de la partición, apelada en esta instancia, alteró el objeto natural del incidente de inclusión o exclusión de bienes o lo que es lo mismo de la vista del Juicio Verbal. (...) Pues bien, al margen de ir claramente contra sus propios actos, tal posición era procesalmente inadmisibile. El objeto natural del juicio verbal derivado de las controversias suscitados al tiempo de formar el inventario, es lógicamente resolverlas. Quiere ello decir que en línea de principios, las partidas del inventario sobre las que hubiera existido acuerdo quedan excluidas de su objeto».

⁶⁵ Vid., entre otras, las SAP de Alicante, de 26 de febrero de 2010; SAP de Madrid, de 16 de julio de 2010, y SAP de Alicante, de 13 de octubre de 2011.

⁶⁶ No es ocioso recordar a estos efectos, tal y como afirma la SAP de Cádiz, de 12 de abril de 2010, que el primer párrafo del artículo 1045 sigue manteniendo el sistema de imputación contable de la colación, pero modifica el momento temporal de avalúo. Así: «No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se avalúen los bienes hereditarios», lo que significa que la evaluación se deberá llevar a cabo en el momento de practicar la partición (SSTS de 2 de junio de 2005 y de 22 de febrero de 2006), incluyendo el valor de las cosas donadas en el líquido común y tomando de menos el favorecido lo que de más hubiere percibido en vida del causante, lo que refuerza aún más el criterio de que las cosas donadas lo son a cuenta de la hijuela definitiva y como anticipo de su futura cuota hereditaria (STS de 18 de octubre de 2007), con la especialidad de que «si los bienes donados fueren inmuebles, los coherederos tendrán derecho a ser igualados en metálico o valores mobiliarios al tipo de cotización; y, no habiendo dinero ni valores cotizables en la herencia, se venderán otros bienes en pública subasta en la cantidad necesaria», a tenor del artículo 1048 del citado texto legal».

⁶⁷ Vid., en este sentido, el ATS de 6 de marzo de 2012, con cita de las SSTS de 21 de octubre de 2005 y de 14 de diciembre de 2005.

⁶⁸ Vid., al respecto, la STS de 8 de junio de 1999.

el avalúo y la tasación de los bienes, la determinación del pasivo de la sociedad y el establecimiento de las operaciones precisas para su pago, la fijación del remanente líquido y su distribución, así como la adjudicación de bienes para su pago.

La división constituye probablemente la labor más compleja de todo el proceso sucesorio, toda vez que el contador habrá de proceder a la formación de lotes particionales individuales, con la debida imparcialidad, y atendiendo, en la medida de lo posible, no sólo a razones cuantitativas, equitativas o de aplicación matemática estricta, sino también cualitativas o de satisfacción de voluntades específicas con arreglo a otra suerte de criterios, en ocasiones, más emocionales o sentimentales que jurídicos.

El contador habrá de procurar, al propio tiempo, en la compleja tarea de la partición, adjudicar a los coherederos, siempre que ello sea posible, bienes de la misma naturaleza, especie y calidad (art. 1061 CC). Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero (art. 1062.1 CC)⁶⁹. El contador procurará, ello no obstante, evitar la indivisión, así como la excesiva división de las fincas (*ex art. 786.1.º*), puesto que la finalidad de la partición es precisamente salir de la indivisión⁷⁰, sin generar, al tiempo, tal y como razonable, coherente y gráficamente ha señalado la jurisprudencia⁷¹, un «semillero de pleitos».

⁶⁹ El principio de igualdad cualitativa, tal y como destaca la SAP de León, de 12 de noviembre de 2010, tiene su fundamento según la doctrina (DE LA CÁMARA ÁLVAREZ) en el hecho de que cuando la herencia se halla en indivisión el derecho de cada heredero se proyecta sobre la herencia en su conjunto y también sobre cada una de las cosas que la integran. Dicho principio no siempre puede cumplirse a rajatabla. Siguiendo al referido autor, las dificultades provienen o pueden provenir, no sólo de la índole y condición de los bienes sino también del hecho de ser desiguales las cuotas de los herederos pues el precepto abarca los dos supuestos. Por eso el artículo 1061 tiene un valor relativo y habla de la «posible igualdad». El Código Civil indica que los lotes se formen con criterios de razonable homogeneidad, pero no exige que los bienes se dividan materialmente cuando esa división resulte imposible o esencialmente antieconómica, ni tampoco exige, aunque ello sea posible, convertir la comunidad hereditaria en una serie de comunidades ordinarias, por el procedimiento de adjudicar a cada partícipe una cuota indivisa en cada uno de los bienes que forman parte de la herencia.

⁷⁰ Constituye, a este respecto, una reiterada doctrina del TS la que destaca que «las apreciaciones sobre la divisibilidad o indivisibilidad de la cosa común son conceptos valorativos deducibles de hechos, dependiendo tales consideraciones, no sólo de la indivisibilidad real o física, sino también de la jurídica, configurada ésta por resultar la cosa inservible para el uso a que se destina, por su anormal desmerecimiento si se produce la división o por la originación de un gasto considerable en los partícipes» (vid., entre otras, las SSTs de 14 junio 1985 y de 13 de julio de 1996. La divisibilidad de un inmueble depende, en todo caso, de condiciones objetivas de carácter arquitectónico, funcional o económico (STS de 4 de marzo de 1994).

⁷¹ Como dice la SAP de La Coruña, de 12 de febrero de 2010, «la partición no excluye, ni la sentencia apelada desconoce, que pueda llevarse a efecto mediante la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio tal por cuotas proindivisas de la exclusiva titularidad de cada adjudicatario» (vid., SSTs de 20 de febrero de 1984 y de 20 de octubre de 1992), pero no ha de ser esa la regla general, ni cumplirá la partición su finalidad de salir de la indivisión, motivando un semillero de pleitos, si injustificadamente las operaciones se limitasen a un reparto de proindivisos cuando la ley busca evitar, en la medida de lo posible, tanto el fraccionamiento en cuotas proindivisas como la excesiva división material». Vid., en el mismo sentido, las SSAP de La Coruña, de 3 de septiembre de 1977, de 31 de marzo de 2003 y de 29 de noviembre de 2007.

La partición o división constituye, al fin, la actuación en virtud de la cual los herederos adquieren la propiedad exclusiva de los bienes hereditarios⁷². La partición hereditaria tiene, pues, carácter de operación complementaria de la transmisión y es siempre indispensable para obtener el reconocimiento de la propiedad sobre bienes concretos y determinados⁷³, puesto que en el periodo de indivisión que precede a esta partición, los herederos poseen el patrimonio del causante colectivamente, permaneciendo indeterminados sus derechos hasta que la partición se realiza, y en este estado de indivisión, ningún heredero puede reclamar nada para sí, sino para la comunidad hereditaria⁷⁴.

No resulta preciso, por lo demás, que la partición comprenda absolutamente todos los bienes del causante. Cabe, tal y como ha advertido la jurisprudencia⁷⁵, una partición adicional de los no comprendidos en ella, ya que al tiempo de hacer testamento, el testador no siempre puede conocer cuáles serán exactamente sus bienes en el momento futuro, el de la apertura de la sucesión. Ahora bien, la posibilidad de realizar esta partición adicional, ampliamente admitida por la jurisprudencia⁷⁶, en plausible aplicación del principio del *favor partitionis*, ha de limitarse a los supuestos en los que los bienes omitidos no sean de importancia capital, ya que, de serlo, habrá de procederse a la nulidad de la partición realizada y a la práctica de una nueva.

El secretario judicial dará traslado a las partes de las operaciones divisorias, emplazándolas por diez días para que formulen oposición. Durante este plazo, podrán las partes examinar en la oficina judicial los autos y las operaciones divisorias y obtener, a su costa, las copias que soliciten (*ex art. 787.1.º*). Pasado dicho término sin hacerse oposición o luego que los interesados hayan manifestado su conformidad, el secretario judicial dictará decreto aprobando las operaciones divisorias, mandando protocolizarlas.

⁷² Vid., las SSTs de 3 de junio de 2004, r. 4416 y de 17 de diciembre de 2007, r. 8935, donde se advierte que «esta sala tiene declarado que hasta que no se efectúe la partición por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, no adquieren los herederos la propiedad exclusiva de cualquier bien hereditario».

⁷³ Vid., la STS de 4 de mayo de 2005, r. 3970.

⁷⁴ Vid., la STS de 28 de febrero de 2012, r. 2161.

⁷⁵ «Se ha de destacar que es igualmente partición tanto la que comprende todo el patrimonio del causante, como si no lo comprende totalmente». Así lo expresó ya la sentencia de 6 de marzo de 1945, al decir que «ni el precepto de referencia ni la doctrina científica que lo desenvuelve y explica imponen que se haya de reputar nula la partición hecha por el testador por la sola razón de que no hayan sido incluidos en ella todos los bienes, siendo así que la omisión de objetos o valores ni siquiera es, normalmente, según el artículo 1079, causa de rescisión de las particiones». Lo que efectivamente concuerda con el principio del *favor partitionis* que se desprende de esta última norma y que ha destacado la jurisprudencia, entre otras, en las SSTs de 13 de marzo de 2003 y de 4 de noviembre de 2008.

⁷⁶ Tal y como señala la STS de 20 de enero de 2012, «en caso de que en la partición, cualquier clase de ella, se hubieran omitido bienes hereditarios, se procede a una partición adicional, que se contempla en el artículo 1079 del Código Civil y ha sido objeto de numerosa jurisprudencia (así, SSTs de 22 de octubre de 2002, de 11 de diciembre de 2002, de 13 de marzo de 2003, de 18 de julio de 2005, de 12 de junio de 2008) y que presupone que los bienes omitidos no sean de importancia, ya que, de serlo, se produciría la nulidad de la partición y práctica de una nueva (lo que destacan las SSTs de 11 de diciembre de 2002 y de 19 de octubre de 2009). Es una aplicación del principio del *favor partitionis* (así, SSTs de 13 de marzo de 2003 y de 12 de diciembre de 2005).

La culminación, con éxito, de este proceso —al que hemos de calificar necesariamente como «voluntario», habida cuenta de los inmensos paralelismos que presenta con la mayor parte de los expedientes de jurisdicción voluntaria— con un decreto del secretario, tras la elaboración de la partición, por parte de un contador independiente, y sin ulteriores confrontaciones, en instancia alguna, supone, sin lugar a dudas, un triunfo de nuestro sistema procesal, toda vez que una tarea tan difícil como la división hereditaria ha sido resuelta, con mínima intervención judicial, así como con las debidas garantías procesales, sin grandes costes económicos ni psicológicos para las partes, y con la agilidad, celeridad y rapidez exigibles en este tipo de cuestiones, dónde el paso del tiempo tan sólo sirve, en buena medida, para oscurecer, entorpecer o enturbiar las relaciones particionales.

Cuando en tiempo hábil se hubiere formalizado la oposición a las operaciones divisorias, el secretario judicial convocará al contador y a las partes a una comparecencia ante el Tribunal, que se celebrará dentro de los diez días siguientes (*ex art. 787.3.º*).

El coheredero, o, en su caso, los coherederos disconformes con las operaciones divisorias, habrán de especificar, en esta oposición, con la debida claridad, precisión y rigor, cuáles son las causas, materiales o procesales, de esta oposición, al inventario, al avalúo, a la liquidación, a la adjudicación, o tan sólo a alguna o algunas de estas fases procesales, con la presentación de la oportuna documentación complementaria. De no expresar, en esta oposición, alguna de las causas de oposición, perderá la oportunidad de alegarlas posteriormente, toda vez que éste es el momento procesal en el que, según se ha admitido⁷⁷, queda conformado el «objeto procesal» del inminente juicio verbal.

Las causas procesales de oposición lo serán, como es lógico, la alegación de defectos o irregularidades en la convocatoria o constitución de la junta celebrada para la designación del contador y los peritos, así como el incumplimiento o inobservancia de algún o algunos presupuestos procesales. Las causas materiales pueden ser tan variadas cuántos sean las eventuales oposiciones sustantivas de los coherederos disconformes con la *elaboración del inventario* —así, a modo de ejemplo, la omisión de ciertos bienes o la indebida inclusión de ciertos otros—, con la *tasación de los bienes que lo integran* —entre otras, la injustificada, arbitraria o irrazonable valoración, por exceso o por defecto, de ciertos bienes o la inobservancia del avalúo pericial—, con la *liquidación del caudal hereditario* —la incorrecta cuantificación de las deudas, el erróneo desglose del activo y del pasivo, así como el consecuente desacierto en el cálculo definitivo del haber hereditario— *y/o, al fin, la partición* —con una adjudicación irrespetuosa con la voluntad del testador, con las normas de reparto y/o con la razonable igualdad del contenido de los lotes— *de esta comunidad patrimonial*.

⁷⁷ BRIONES JURADO, C., y SANCHO GARGALLO, I., han señalado, en este sentido, que «no es suficiente con decir que se opone a las operaciones particionales, es necesario que especifique cuál de las operaciones concretas es la que impugna y que se aduzcan las razones de esta impugnación. Esta mención determinará el objeto del juicio, pues más tarde, en la comparecencia o junta de interesados no podrá discutirse de las operaciones particionales nada que no haya sido formalmente impugnado en el plazo previsto de diez días. Por lo que lo no impugnado se tendrá por consentido tácitamente por el resto de los partícipes», en *El juicio sucesorio*, cit., pág. 73.

En la comparecencia se discutirán, ya con la debida intermediación ante el juez competente, los puntos conflictivos, que previamente hubieren sido especificados en el escrito de oposición, sin que resulte posible, tal y como ya hemos advertido⁷⁸, por razones de seguridad jurídica, de congruencia y con base en elementales principios de proscripción de atentar contra los propios actos o de mutación extemporánea del objeto procesal, traer a colación nuevas causas de impugnación o motivos de oposición que quedaron tácitamente aprobados.

Si en la comparecencia se alcanzara la conformidad de todos los interesados respecto de las cuestiones promovidas, se ejecutará lo acordado y el contador hará en las operaciones divisorias las reformas convenidas. Si no hubiere conformidad, el Tribunal oír a las partes y admitirá las pruebas que propongan y que no sean impertinentes o inútiles, continuando la sustanciación del procedimiento con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal.

El legislador potencia, una vez más, la conciliación o transacción, de suerte que esta comparecencia parece estar destinada, fundamentalmente, a la formación de nuevos acuerdos sobre las operaciones particionales conflictivas, habiendo quedado aprobadas las tácitamente admitidas. La disconformidad, desacuerdo u oposición mantenida en esta comparecencia conlleva, de manera automática, inmediata y en unidad de acto, la transformación en un juicio verbal, de suerte que las partes habrán de ir preparadas, preventivamente, para la celebración de este juicio, con las pruebas oportunas.

La sentencia que recaiga no tendrá eficacia de cosa juzgada, por indicación expresa del artículo 787.5.º II, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda.

La ausencia de cosa juzgada se refiere a la posibilidad de acudir, una vez concluido este proceso especial y sumario, al ordinario correspondiente, pero no, como es lógico, a la de reiterar, reproducir o reintentar un nuevo reparto por el cauce, ya agotado, del proceso de división judicial de la herencia⁷⁹, respecto del que sí ha de predicarse el *no bis in idem*.

La posibilidad de iniciar un juicio ordinario tras la aprobación de la partición judicial se justifica, según la doctrina⁸⁰, en la complejidad de las cuestiones que pueden plantearse, que no se corresponde bien con la simplicidad del juicio verbal y, por tanto, aconseja privar a la sentencia que pueda dictarse en dicho juicio de los efectos de la cosa juzgada.

Sin perjuicio de la abierta posibilidad de entablar un juicio ordinario, una vez culminado sin plena satisfacción psicológica para, al menos una de las partes,

⁷⁸ Vid., de nuevo, BRIONES JURADO, C., y SANCHO GARGALLO, I., quienes inciden en que «objeto de esta comparecencia lo serán únicamente los puntos impugnados de las operaciones particionales, sin que puedan discutirse o formalizarse entonces otras impugnaciones a puntos distintos de aquellos sobre los que versó inicialmente la oposición formal», con base en la jurisprudencia del TS (vid., entre otras, las SSTs de 3 de febrero de 1930, de 20 de febrero de 1961 y de 6 de febrero de 1974), para la que «no es lícito al que no las impugnó solicitar impugnaciones nuevas, que en tiempo oportuno no hizo, como pudo verificarlo, pues no cabe impugnar aquello que aceptó, yendo contra sus propios actos», en *El juicio sucesorio*, cit. 77.

⁷⁹ Para un estudio pormenorizado sobre esta cuestión, se remite al lector a CALAZA LÓPEZ, S., *La cosa juzgada*, Ed. La Ley, Madrid, 2009.

⁸⁰ Vid., en este sentido, GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. II. Los procesos especiales*, pág. 340.

este proceso verbal de división de la herencia, estas mismas partes legitimadas pueden, como es lógico, frente a la sentencia dimanante de este proceso especial, interponer recurso de apelación e, incluso, tal y como actualmente tiene admitido el TS⁸¹ —pese a sus iniciales reticencias⁸²—, de casación⁸³.

Cuando, conforme a lo establecido en el artículo 40 de la LEC, se hubieran suspendido las actuaciones por estar pendiente causa penal en que se investigue un delito de cohecho cometido en el avalúo de los bienes de la herencia, la suspensión se alzaría por el secretario judicial, sin esperar a que la causa finalice por resolución firme, en cuánto los interesados, prescindiendo del avalúo impugnado, presentaren otro hecho de común acuerdo, en cuyo caso se dictará sentencia con arreglo a lo que resulte de ésta.

El legislador parte de la base, en la redacción de este precepto —que constituye una clara excepción a la generalidad de casos donde la prejudicialidad penal suspende el proceso civil hasta la resolución, por sentencia, de la causa penal, que ha de constituir el antecedente lógico, cronológico y necesario de la ulterior sentencia civil— de la evidencia de que una suspensión del proceso divisorio —cuyos atributos esenciales, entre otros, han de ser la celeridad, rapidez, agilidad y urgencia— facilita la generalización de actuaciones procesales, caracterizadas por la dilación y el fraude.

El pernicioso entorpecimiento supuesto por la eventual suspensión del proceso divisorio, ante la aparición de un elemento penal en la fase de avalúo o tasación, ha impulsado al legislador a adoptar una plausible solución alternativa,

⁸¹ Vid., en este sentido, la STS de 10 de diciembre de 2009, cuando, con cita de los AATS de 19 de septiembre de 2006, r. 234736; de 31 de julio de 2007, r. 234736, señala que «debe distinguirse entre las sentencias de segunda instancia y las sentencias de apelación, de modo que solo las sentencias que verdaderamente finalizan una instancia son susceptibles de recurso de casación. Quedan excluidas, en consecuencia, aquellas que resuelven procedimientos incidentales. No es este el caso que nos ocupa porque el presente procedimiento, que se ha tramitado de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 782 y sigs. LEC, no constituye un incidente de otra reclamación, sino que es un procedimiento especial, susceptible de recurso de casación. No ha existido un trámite incidental (...), sino que al no haber acuerdo entre los herederos sobre valoración de los bienes colacionables, se produjo la oposición de algunos de los herederos, cuestión que es la que llega ahora a casación».

⁸² Así, los AATS, de 8 y 31 de julio de 2003; de 30 de septiembre de 2003; de 3, 10 y 24 de febrero de 2004; y de 27 de julio de 2004, entre otros, señalan que «en el régimen de la nueva LECiv/2000 la naturaleza incidental del juicio verbal al que se remite el artículo 794.4 es evidente, al igual que sucede en el caso previsto en el artículo 809.2, lo que determina la irrecurribilidad en casación de las sentencias dictadas en grado de apelación en estos procedimientos».

⁸³ La STS de 10 de diciembre de 2009 señala, a este respecto, que «esta Sala ha venido declarando —en relación a la interpretación de las disposiciones testamentarias y a la violación del art. 675 CC—, que la interpretación de los testamentos es tarea atribuida al juzgador de instancia y que solo en los casos en que exista un manifiesto error puede ser revisada en casación». Como ejemplo, la STS de 30 de enero de 1997, dice que «es abrumadora la jurisprudencia acerca de que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al Tribunal de instancia» (asimismo, entre muchas otras, las SSTs de 21 de enero de 2003, de 20 de diciembre de 2005, de 29 de septiembre de 2006, de 20 de noviembre 2007 y de 29 de enero de 2008). Pero además, también es constante el acogimiento por esta Sala de la regla de acuerdo con la que «[...] si bien en principio las disposiciones testamentarias deberán entenderse en el sentido literal de las palabras, está permitida la búsqueda de otros medios probatorios de la voluntad del testador cuando se exprese de modo oscuro» (SSTs de 26 de abril de 1997 y de 18 de julio 2005, entre muchas otras).

consistente en la valoración, liquidación y división del caudal hereditario con arreglo a una nueva tasación, distinta a la que ha sido objeto de enjuiciamiento penal, con base en el interés superior, presumible de los coherederos, y, desde luego, del Estado, en la eficaz, ágil y pronta división de las comunidades hereditarias. Esta solución inhibe, por lo demás, a quienes confundiesen los «indicios razonables de criminalidad» del avalúo con «sus intereses particulares espurios», de instar el proceso penal, y por tanto resulta eficaz, no sólo para evitar las dilaciones indebidas, sino incluso los procesos igualmente injustificados o indebidos.

4. ENTREGA DE LOS BIENES ADJUDICADOS A CADA HEREDERO

Una vez aprobadas definitivamente las particiones, el secretario judicial procederá a entregar a cada uno de los interesados lo que en ellas se haya adjudicado y los títulos de propiedad, poniéndose previamente en estos por el actuario notas expresivas de la adjudicación (*ex art. 788.1.º*). Luego que sean protocolizadas, el secretario judicial dará a los partícipes que lo pidieren, testimonio de su haber y adjudicación respectivos.

Cuando se hubiere formulado por algún acreedor de la herencia —reconocido como tal en el testamento o por los coherederos o el que tenga su derecho documentado en un título ejecutivo— la petición de pago o afianzamiento del importe de sus créditos, no se hará la entrega de sus bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquellos completamente pagados o garantizados a su satisfacción (*ex art. 788.3.º*).

En cualquier estadio del juicio, podrán los interesados separarse de su seguimiento y adoptar los acuerdos que estimen convenientes. Cuando lo solicitaren de común acuerdo, deberá el secretario judicial sobreseer el juicio y poner los bienes a disposición de los herederos (*ex art. 789*).

Ahora bien, la posibilidad de adoptar un acuerdo queda supeditada, como es lógico, a la concurrencia, de un lado, de la capacidad de todos los coherederos y de otro, a su presencia física, o, en su defecto, a la de su debido representante legal, puesto que, tal y como ha tenido ocasión de señalar la doctrina⁸⁴, si alguno de los herederos fuera menor de edad o incapacitado, o si se encontrara en ignorado paradero, no parece viable este modo de finalización del proceso en tanto en cuánto el menor o incapacitado no disponga de representante legal que pueda prestar el consentimiento o comparezca el ausente y preste su conformidad al acuerdo alcanzado por los demás coherederos.

V. CONCLUSIONES

La vigente división judicial de la herencia nos parece, tal y como apuntábamos al inicio de este ensayo, agónica, toda vez que se encuentra constituida o conformada por, al menos, dos intentos de conciliación y tres procesos, con sus consiguientes recursos. Así, en defecto y frente a la preeminencia, preferencia o prioridad de un sinnúmero de posibilidades particionales, descartadas por los cohe-

⁸⁴ Vid., al respecto, VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil, Ejecución forzosa. Procesos especiales*, cit., pág. 502.

rederos en contienda (siempre más de uno, puesto que el conflicto judicial, que no el personal, requiere la «dualidad de partes») a las que ya hemos aludido (partición realizada por el propio testador; por los coherederos, por el contador designado por el testador; por los coherederos o por el juez), podrán, estos coherederos, agotar, nada menos, que las siguientes tramitaciones procesales: En primer lugar, solicitar, merced a una suerte de proceso consensuado, caracterizado por las notas que configuran la mayor parte de los expedientes de jurisdicción voluntaria, el nombramiento de un contador, que, con la debida imparcialidad y la conveniente colaboración pericial, dirima el reparto, mediante la elaboración del inventario, la tasación, la liquidación y la adjudicación de la comunidad hereditaria. De culminar con éxito este procedimiento, entonces naturalmente podemos afirmar que este «juicio civil rapidísimo» ha de calificarse como sencillo, transparente, acelerado y eficaz, a la par que contribuye a descongestionar nuestra abarrotada justicia civil. Es por ello por lo que, en nuestra propuesta de reforma, y ante la eventualidad de que un buen número de ciudadanos hagan un buen uso de esta eficaz herramienta procedimental, no prescindiremos de esta fase inicial del proceso divisorio, pese a la conveniencia de integrarlo, dada su escasa conflictividad, prácticamente nula intervención judicial y ausencia de cosa juzgada, en la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria.

De no concluir con éxito esta fase inicial, entonces el juez exhortará a las partes, a una nueva comparecencia —recuérdese que ya han asistido a otra, la junta presidida por el secretario judicial, para la designación del contador y los peritos—, que tiene por finalidad, de nuevo —recuérdese, asimismo, que las operaciones particionales realizadas por aquel contador han sido objeto de reticencia, discordancia y manifiesta oposición, pese al intento de conciliación—, averirlos a transaccionar, pactar o adoptar acuerdos particionales que eviten la prosecución del proceso judicial.

En este momento comienza, bajo nuestro punto de vista, el verdadero conflicto, motivador, si se equiparan las nociones de conflicto, oposición o desavenencia a la jurisdicción contenciosa, de la efectiva transformación de esta tramitación consensuada o voluntaria —en la que, sencillamente, se solicitaba el nombramiento de un contador, que procediese, con la debida objetividad, al reparto, sin la menor intervención del juez, ni, por supuesto, de actividad jurisdiccional alguna— en contenciosa. La legislación vigente contempla una «transformación» al verbal, en el que, con cognición limitada, se conoce de este reparto judicial, ya con la referida actividad jurisdiccional del juez —que ha de «reconstruir» la voluntad del testador en los repartos oscuros, difíciles o arbitrarios, en tanto que irrespetuosos con la normativa sucesoria— mediante sentencia sin fuerza, sin eficacia o, si se prefiere, sin «santidad» de cosa juzgada material, y, por supuesto, con la totalidad de recursos —apelación, casación y amparo— contemplados en nuestra legislación procesal civil a plena disposición de los interesados. De no concluirse con éxito este proceso especial, todavía pueden los coherederos, en nuestra vigente legislación, acudir al ordinario correspondiente, también con toda la proyección de recursos inherente al derecho a la tutela judicial efectiva. De afrontarse sin éxito, esto es, sin conformidad de los coherederos, todos los procesos recién indicados, podemos, sin temor a equivocarnos, presuponer que el reparto judicial, al que ahora aspiramos como coherederos, podrá coincidir, en algún momento del tiempo, lamentablemente sin posibilidad de acumulación debido a la falta de coincidencia de las partes legitimadas en cada uno de ellos, con el que soliciten nuestros coherederos. Y ello en una materia tan espinosa como la del reparto de la herencia, que

constituye, en no pocos casos, una fuente de conflicto, de distanciamiento y hasta de rechazo de familiares muy próximos durante larguísimos periodos de tiempo, en ocasiones, durante toda la vida. El legislador ha de velar, especialmente, por la urgente reparación de este tipo de conflictos, y ello no sólo por razones socio-económicas o de tutela judicial efectiva, sino también de paz social, que comienza en el plano, ámbito o esfera más íntima de las personas, cual es la familiar.

Así, pues, nuestra propuesta de reforma pasa por el mantenimiento de una fase procesal o procedimiento inicial, de tramitación consensuada, incardinable en la jurisdicción voluntaria, en la que se solicite, sin mayor confrontación, el reparto, a cargo de un contador imparcial, asistido pericialmente, del reparto de la herencia, que puede culminar con éxito o transformarse, caso de surgir el conflicto, en un proceso ordinario, con ciertas especialidades —entre las que, por cierto, hemos de incluir la necesaria presencia del Ministerio Fiscal, para velar por la legalidad de las actuaciones, y no solo por «sustitución» o «representación», cuando se encuentren, entre los interesados, menores, incapaces o ausentes—, que ha de culminar, tras una tramitación, caracterizada por la plena cognición y dotada de las debidas garantías, con una sentencia con fuerza de cosa juzgada, susceptible, como no podía ser de otro modo, de ser recurrida con arreglo al sistema general de recursos contemplado en nuestra legislación procesal civil.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, M. D.: «La partición judicial», en *Reflexiones sobre materias de Derecho Sucesorio*, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, Madrid, 2009.
- BRIONES JURADO, C., y SANCHO GARGALLO, I.: *El juicio sucesorio*, Ed. Atelier, Barcelona, 2002.
- CALAZA LÓPEZ, S.: *Los procesos sobre la capacidad de las personas*, Ed. IUSTEL, Madrid, 2007.
- *Los procesos matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009.
- *La cosa juzgada*, Ed. La Ley, Madrid, 2009.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.; Díez-PICAZO, I., y VEAS TORRES, J.: *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, Ed. CEURA, Madrid, 2000.
- DE LA PLAZA Y NAVARRO, M.: «Los problemas de la sucesión desde el punto de vista del Derecho procesal. Naturaleza y características de los juicios divisorios», en *Estudios de Derecho Sucesorio*, Barcelona, 1946.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., «Sistema de Derecho Civil», vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Ed. Tecnos, Madrid, 2006.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Ed. Reus, 1986, 3.^a ed., 1999.
- *Jurisdicción voluntaria*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.
- «Jurisdicción voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa», en *Actualidad Civil*, núm. 36, 2001.
- «La jurisdicción voluntaria. El anteproyecto de junio de 2006», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 8, Revista del Colegio Notarial de Madrid, 2006.
- «Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria de octubre de 2006 (I)», en *RJE La Ley*, núm. 6599, 27 de noviembre de 2006.

- «Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria de octubre de 2006 (II)», en *RJE La Ley*, núm. 6600, 28 de noviembre de 2006.
- «Jurisdicción voluntaria», en *Tribuna del Diario ABC*, 5 de enero de 2007.
- *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria*, I, Ed. IUSTEL, Madrid, 2007.
- *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria*, II, Ed. IUSTEL, Madrid, 2008.
- «La jurisdicción voluntaria: En busca del tiempo perdido», en *Revista Jurídica Registradores*, Madrid, enero de 2008.
- «Jurisdicción voluntaria: rectificar es de sabios», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 31, mayo-junio de 2010.
- «Reflexiones y propuestas a propósito de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 79, julio-septiembre de 2011.
- «La ley de jurisdicción voluntaria en el horizonte: confluencia de planos, perspectivas, actores y operadores», en *Diario La Ley*, 25 de mayo de 2012.
- «Operadores jurídicos competentes en jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica», en *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Manuel Barquero*, Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de La Universidad Autónoma de Madrid, RJUAM, 2013.
- GIMENO SENDRA, V.: *Derecho Procesal Civil. II. Los procesos especiales*, Ed. Colex, Madrid, 2012.
- GIMENO SENDRA, V., y CALAZA LÓPEZ, S.: *¿Puede un juez inadmitir de oficio una demanda por falta de legitimación de las partes?*, 11 de noviembre de 2004, págs. 1377 a 1385.
- LASARTE, C.: «Derecho de Sucesiones», en *Principios de Derecho Civil*, VII, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I.: «La división judicial de la herencia», en *Economist&Jurist*, junio de 2006.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- ATS de 8 de julio de 2003.
- ATS de 31 de julio de 2003.
- ATS de 30 de septiembre de 2003.
- ATS de 3 de febrero de 2004.
- ATS de 10 de febrero de 2004.
- ATS de 24 de febrero de 2004.
- ATS de 27 de julio de 2004.
- ATS de 28 de febrero de 2005.
- ATS de 19 de septiembre de 2006.
- ATS de 7 de junio de 2007.
- ATS de 31 de julio de 2007.
- ATS de 19 de mayo de 2009.
- ATS de 10 de abril de 2012.
- STS de 3 de febrero de 1930.
- STS de 6 de marzo de 1945.
- STS de 26 de noviembre de 1955.
- STS de 19 de noviembre de 1956.

- STS de 20 de febrero de 1961.
- STS de 22 de enero de 1963.
- STS 17 de mayo de 1966.
- STS de 31 de enero de 1972.
- STS de 6 de febrero de 1974.
- STS de 18 de diciembre de 1968.
- STS 3 de febrero de 1982.
- STS de 27 de mayo de 1982
- STS de 20 de mayo de 1982.
- STS de 15 de junio de 1982.
- STS de 20 de febrero de 1984.
- STS de 5 de junio de 1985.
- STS de 14 junio 1985.
- STS de 21 de julio de 1986.
- STS de 12 de marzo de 1987.
- STS de 7 de diciembre de 1988.
- STS de 3 de junio de 1989.
- STS de 21 de mayo de 1990.
- STS de 5 de marzo de 1991.
- STS de 18 de marzo de 1991.
- STS de 25 de mayo de 1992.
- STS de 7 de julio de 1992.
- STS de 20 de octubre de 1992.
- STS de 24 de noviembre de 1992.
- STS de 4 de marzo de 1994.
- STS de 6 de octubre de 1994.
- STS de 7 de julio de 1995.
- STS de 12 de julio de 1996.
- STS de 13 de julio de 1996.
- STS de 19 de diciembre de 1996.
- STS de 31 de diciembre de 1996.
- STS de 30 de enero de 1997.
- STS de 22 de febrero de 1997.
- STS de 26 de abril de 1997.
- STS de 6 de octubre de 1997
- STS de 13 de octubre de 1998.
- STS de 21 de diciembre de 1998.
- STS de 8 de junio de 1999.
- STS de 27 de junio de 2000
- STS de 28 de junio de 2001.
- STS de 25 de julio de 2002.
- STS de 22 de octubre de 2002.
- STS de 27 de noviembre de 2002.
- STS de 11 de diciembre de 2002.
- STS de 17 de diciembre de 2002.
- STS de 21 de enero de 2003.
- STS de 13 de marzo de 2003.
- STS de 6 de noviembre de 2003.
- STS de 3 de junio de 2004.
- STS de 4 de mayo de 2005.
- STS de 2 de junio de 2005

- STS de 18 de julio 2005.
- STS de 12 de diciembre de 2005.
- STS de 20 de diciembre de 2005.
- STS de 22 de febrero de 2006.
- STS de 12 de junio de 2006.
- STS de 29 de septiembre de 2006
- STS de 4 de junio de 2007.
- STS de 18 de octubre de 2007.
- STS de 20 de noviembre 2007.
- STS de 17 de diciembre de 2007.
- STS de 29 de enero de 2008.
- STS de 18 de marzo de 2008.
- STS de 28 de mayo de 2004.
- STS de 12 de junio de 2008.
- STS de 4 de noviembre de 2008
- STS de 19 de octubre de 2009.
- STS de 10 de diciembre de 2009.
- STS de 20 de enero de 2012.
- STS de 28 de febrero de 2012.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de La Coruña, de 3 de septiembre de 1977.
- SAP de La Coruña, de 31 de marzo de 2003
- SAP de Burgos, de 22 de mayo de 2003.
- SAP de Las Palmas, de 9 de diciembre de 2003
- SAP de Madrid, de 28 de junio de 2004.
- SAP de Baleares, de 21 de junio de 2005.
- SAP de Córdoba, de 22 de diciembre de 2006.
- SAP de La Coruña, de 1 de marzo de 2007.
- SAP de Sevilla, de 9 de marzo de 2007.
- SAP de Madrid, de 19 de abril de 2007.
- SAP de La Coruña, de 29 de noviembre de 2007.
- SAP de Las Palmas, de 24 de mayo de 2007.
- SAP de Las Palmas, de 27 de octubre de 2007.
- SAP de La Coruña, de 12 de febrero de 2010.
- SAP de Alicante, de 26 de febrero de 2010.
- SAP de Cádiz, de 12 de abril de 2010.
- SAP de Madrid, de 16 de julio de 2010.
- SAP de Madrid, de 10 de noviembre de 2010.
- SAP de León, de 12 de noviembre de 2010.
- SAP de Alicante, de 12 de noviembre de 2010.
- SAP de Islas Baleares, de 30 de mayo de 2011.
- SAP de Alicante, de 13 de octubre de 2011.
- SAP de La Coruña, de 1 de diciembre de 2012.

RESUMEN

PROCESO, DIVISIÓN JUDICIAL,
HERENCIA

Este trabajo analiza, con una propuesta alternativa, la agónica «división judicial de la herencia», conformada, en la actualidad, por un trípode de procesos, voluntario el primero, destinado, en puridad, a alcanzar un acuerdo, concierto o anuencia de voluntades; especial y sumario, el segundo, una vez «transformado» al verbal, ante la discrepancia, conflicto o desacuerdo latente, tras aquel intento fallido de consenso, con sus respectivos recursos de apelación, casación e, incluso, amparo; y ordinario, al fin, el tercero, una vez agotadas sin éxito las instancias anteriores, con idéntica proyección de los recursos correspondientes.

ABSTRACT

PROCESS, JUDICIAL DIVISION,
INHERITANCE

This work analyzes, with one alternative offer, agonizing «judicial division of the inheritance», shaped, at present, for a voluntary process tripod, the first, destined, in reality, to reaching an agreement, concert or compliance of wills; special and summary, the second one, once «transformed» to the verbal one, before the discrepancy, conflict or lack of agreement latent, after that unsuccessful attempt of consensus, with his respective resources of appeal, cassation and, even, I protect; and ordinary, to the end, the third party, once exhausted without success the previous instances, with identical projection of the corresponding resources.