**TEMA 123. CLASES DE PARTICIÓN. PARTICIÓN JUDICIAL. PARTICIÓN PRACTICADA POR EL MISMO TESTADOR. PARTICIÓN HECHA POR COMISARIO O CONTADOR PARTIDOR. EL CONTADOR-PARTIDOR DATIVO. PARTICIÓN EFECTUADA POR LOS HEREDEROS**

#### CLASES DE PARTICIÓN

Las Partidas definieron la partición como el *departamento que facen los omes entre si por las cosas que han comunalmente por herencia o por otro razón*.

LACRUZ la define como el negocio jurídico que pone fin a la comunidad hereditaria mediante la distribución entre los coherederos de las titularidades activas contenidas en la herencia.

La partición de herencia puede ser judicial o extrajudicial. La extrajudicial puede realizarse por:

TESTADOR o el CONTADOR-PARTIDOR por él designado (1057.1)

CONTADOR-PARTIDOR DATIVO (1057.2)

unanimidad de los COHEREDEROS (1058)

ARBITRAJE

TESTAMENTARIO (art 10 de la Ley de Arbitraje 23 diciembre 2003)

***instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia***

CONVENCIONAL

***402 Cc La división de la cosa común podrá hacerse por los interesados, o por árbitros o amigables componedores nombrados a voluntad de los partícipes.***

***En el caso de verificarse por árbitros o amigables componedores, deberán formar partes proporcionales al derecho de cada uno, evitando en cuanto sea posible los suplementos a metálico.***

JUEZ - aprobación judicial de las operaciones divisorias practicadas EN procedimiento para división de herencia, mediante contador-partidor designado

en junta convocada a tal fin -art. 783 y ss LEC- y

a falta de acuerdo, por sorteo

#### PARTICION JUDICIAL

1059 Cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará a salvo su dº para que lo ejerciten en la forma prevenida en la LEC.

A pesar del tenor literal de dicho artículo no es requisito que los herederos sean mayores de edad, pudiendo los menores solicitarla a través de sus representantes legales (la línea divisoria entre la partición judicial y la extrajudicial radica en que los herederos se entiendan o no sobre el modo de partir y no en su capacidad).

Los **arts. 782 a 805 de la LEC** 7 Enero 2000 regulan la partición judicial:

* SOLICITUD

782 Cualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia, siempre que esta no deba efectuarla un comisario o contador-partidor designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por el Secretario judicial o el Notario

A la solicitud deberá acompañarse el certificado de defunción del causante y el documento que acredite la condición de heredero o legatario de parte alícuota.

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.

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.

Sobre

la posible existencia de un BENEFICIO DE SEPARACIÓN de patrimonios (PEÑA, art. 461-23 CCC y RDGRN 1 septiembre de 1976),

la interpretación de la expresión “RECONOCIDOS COMO TALES” *(a estos acreedores no se les permite oponerse a que se verifique la partición pero sí “a que se lleve a efecto”; así, “cuando se haya formulado por algún acreedor de la herencia la petición a que se refiere el 782.4,* ***no se hará la entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquéllos completamente pagados o garantizados*** *a su satisfacción”, art. 788.3 LEC, intervención del caudal hereditario)*

o de la expresión “PAGUE O AFIANCE”,

REMISION tema 122

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.

En idéntico sentido, art. 1083 Cc, que a su vez concuerda con el art. 403 en sede de comunidad de bienes: ***Los acreedores o cesionarios de los partícipes podrán concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso***. Así, “*cuando estuvieren personados en el procedimiento*” serán convocados por el Secretario judicial a la Junta que procede para el nombramiento de contador (783.5 LEC).

*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*

* A continuación, y si así se hubiese pedido, se procederá a la INTERVENCION del caudal relicto y a la formación de INVENTARIO.
* Posteriormente se convocará a JUNTA a los herederos, legatarios de parte alícuota y al cónyuge sobreviviente (y en caso de que existan menores de edad o incapacitados, también al Mº Fiscal), PARA DESIGNAR CONTADOR-PARTIDOR. En caso de desacuerdo, se nombrará uno por sorteo, que debe ser abogado.
* El contador efectúa y presenta a los interesados las OPERACIONES DIVISORIAS (inventario, avalúo y liquidación). Frente a las operaciones divisorias efectuadas por el contador, los interesados pueden:

Prestar su conformidad: En cuyo caso, el Secretario judicial (hoy LAJ) dictará decreto aprobándolas, mandando PROTOCOLIZAR la partición efectuada.

Mostrar su disconformidad: En cuyo caso, el procedimiento continuará sustanciándose en lo sucesivo por los *trámites del Juicio Verbal*. La sentencia que recaiga no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles en el J*uicio Ordinario* que corresponda.

#### PARTICION PRACTICADA POR EL MISMO TESTADOR

1056.1 Cuando el testador hiciere, por acto ENTRE VIVOS o por ultima voluntad, la partición de SUS bienes, SE PASARÁ POR ELLA, en cuanto NO PERJUDIQUE a la legítima de los herederos forzosos.

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

REMISION Tema 111 (supuestos de pago en metálico de la legítima)

**Sujetos** Al ser la partición, a juicio de la mayoría de la doctrina, un acto mortis causa no se requiere capacidad para contratar sino simplemente la necesaria para testar (arts. 662 y ss)

**Objeto**

“*SUS BIENES*”. Como el art 1056.1 hable de “*sus”* bienes, la STS 18 Marzo 1991 y la DGRN declaran ineficaz la partición en que se incluyen bienes gananciales (salvo que ambos cónyuges, en sendos testamentos, establezcan una misma distribución).

Sin perjuicio de ello, PEÑA sostiene la aplicación matizada del art. 597.3 Cc al caso.

“*NO PERJUDIQUE LA LEGÍTIMA*”. Pero no tiene que ajustarse a lo dispuesto en el art 1061 sobre la composición igualitaria de los lotes.

**Forma** (“ENTRE VIVOS”) Se discute si en este supuesto estamos o no ante una auténtica sucesión contractual:

Para MARIN LAZARO estamos ante un verdadero contrato sucesorio (ex art. 1271.2) y en consecuencia:

. No es precisa la existencia de un TESTAMENTO previo

. La partición así efectuada es IRREVOCABLE.

La doctrina mayoritaria considera que se trata de un acto unilateral. Es también la postura del TS (6 marzo 1945):

+ Exige la existencia de TESTAMENTO, aunque sea posterior.

+ La partición efectuada es REVOCABLE.

**Efectos**

1068 La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados

En consecuencia, según la STS 15 Febrero 1988 esta partición es directamente inscribible en el RP sin necesidad del consentimiento de los herederos forzosos o legitimarios ni de autorización o aprobación posterior judicial.

**CUESTIONES QUE PLANTEA**:

**→** ¿Pueden los coherederos unánimemente prescindir de la partición efectuada por el testador y repartir entre ellos los bienes en la forma que mejor les pareciere?

La STS 4 febrero 1994 no admite tal posibilidad (se trataría de acuerdos o negocios traslativos –dispositivos- entre los herederos).

Por el contrario, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia más reciente (STS 14 de julio de 1995) lo admiten, siendo que todos los herederos son mayores y plenamente capaces.

**→** ¿Qué sucede en los casos en que falte algún heredero o no todos los bienes estén no incluidos en la partición? La opinión mayoritaria es que renacerá la comunidad hereditaria.

**→** ¿Qué sucede en caso de discrepancia entre el testamento y la partición efectuada por el testador?

VALLET y la jurisprudencia hacen prevalecer la partición, por ser norma especial y por obligar el art. 1056 a pasar por ella salvo legítimas.

ALBALADEJO se opone a este planteamiento. Entiende que la partición es lo accesorio y debe ajustarse al testamento, que es lo principal. Además, el art 1075 permite rescindir por causa de lesión la partición hecha por el testador cuando aparezca o racionalmente se presuma que fue otra su voluntad.

En Cataluña y Aragón se resuelve expresamente esta cuestión:

\* Art. 464-4 CCC Cataluña

Si la partición se hace **en el mismo acto en que el causante dispone de la herencia** y existe contradicción entre las cláusulas de partición y las de disposición, PREVALECEN LAS CLÁUSULAS PARTICIONALES.

**Si la partición se hace en acto separado**, PREVALECEN LAS CLÁUSULAS DISPOSITIVAS, salvo que sean revocables *(por ejemplo, los heredamientos son irrevocables, 431-18, salvo que sea preventivo, 431-21)* y puedan ser revocadas efectivamente por el acto que contiene las cláusulas particionales *(por ejemplo en codicilo, no se puede instituir o excluir ningún heredero, ni revocar la institución otorgada anteriormente; tampoco puede nombrarse albacea universal, ni ordenar sustituciones o condiciones, salvo que se impongan a los legatarios, 421-20)*.

\* En idéntico sentido, 368 de Aragón.

ROCA, VALLET aluden a la **POCA UTILIDAD DE ESTA PARTICIÓN** pues:

. Se presenta frecuentemente como partición parcial (aparición de bienes posteriores)

. Puede suponer resultados injustos, por las variaciones sobrevenidas del valor de los bienes o su enajenación, que perjudicaría a los adjudicatarios siempre que respetase las legítimas.

. Si el testador quiere favorecer a algún heredero con algún bien concreto, basta con ordenar a su favor un prelegado (en su caso, dividir toda la herencia en legados).

Reseñar a este respecto las ideas que resultan de la RDGRN 12 septiembre de 2012:

♣ En ocasiones no es fácil saber si determinada cláusula testamentaria contiene propiamente una partición del testador o simples instrucciones para partir luego los herederos.

♣ Aún presupuesto su carácter propiamente particional, a efectos registrales (para que la partición realizada por el testador tenga plena virtualidad como título inscribible) es preciso su complemento por todos los interesados

+ en relación a las operaciones particionales omitidas por el testador:

inventario de bienes sobrevenidos (1079)

avalúo de bienes, salvo que aparezca o racionalmente deba presumirse que fue voluntad del testador no permitir su impugnabilidad por lesión (1075).

+ para manifestar lo que proceda respecto a la existencia o no de deudas de la herencia (operación complementaria); y caso de existir, quiénes han aceptado la herencia y si lo han hecho pura y simplemente o a beneficio de inventario

*Pues mal se pueden entregar legados y repartir bienes sin antes pagar las deudas. Condición necesaria al menos para que los herederos que aceptaron a beneficio de inventario reciban los bienes que les corresponden*

#### PARTICION HECHA POR COMISARIO O CONTADOR-PARTIDOR

1057.1 El testador podrá encomendar, por acto inter vivos o mortis causa, la facultad de hacer la partición A CUALQUIER PERSONA QUE NO SEA UNO DE LOS COHEREDEROS.

**Distinción entre Albacea y Contador-Partidor**

* Para la mayoría son figuras claramente diferentes:

. El Albacea puede ser heredero, mientras que el CP nunca.

. El Albacea es un oficio de amigo, mientras que el CP es un cargo más técnico.

. El Albacea es un colaborador de los herederos, mientras que el CP es un cargo ejecutivo.

. El albacea se designa en testamento, mientras que el contador-partidor puede designarse también inter vivos o por decisión judicial

* Otros consideran que no son figuras distintas: El contador es un albacea con facultades especiales (un albacea particular, según ALBALADEJO).

El TS considera que son figuras distintas, pero en ocasiones aplica a los contadores-partidores las reglas del albaceazgo para cubrir lagunas legales, como duración del cargo, aceptación, etc.

Por otra parte y con fundamento legal en la antigua redacción del art 1.057.3, se intentó construir en nuestra doctrina la figura del COMISARIO, como una figura amplia que abarcaría tanto las facultades de albacea como las del contador partidor. Sin embargo, la LO 1/96, de Protección Jurídica del Menor, ha suprimido del art. 1057.3 Cc la expresión “Comisario”.

ELEMENTOS

SUJETOSEn cuanto *a quien puede ser Contador-Partidor*, hay que distinguir entre incapacidad y prohibición:

**Ψ** INCAPACIDAD. Por aplicación analógica del art 893 (relativo a la capacidad para ser albacea), para ser contador partidor será necesaria *capacidad para obligarse* y, por lo tanto, no podrán ser contador-partidor el menor emancipado, ni aún con la autorización de sus padres.

**Ψ** PROHIBICIÓN. El art 1057 prohíbe expresamente ser contador-partidor a los **COHEREDEROS**, prohibición que la doctrina y la Ley 341 Navarra extiende a:

**. CÓNYUGE VIUDO** (también una antigua RDGRN 12 noviembre 1895).

Sin embargo, el art. 831 del CC, tras la reforma de 18 de noviembre de 2003, permite al testador facultar a su cónyuge para realizar la partición. También en Galicia la Ley de Derecho Civil de Galicia de 14 de junio de 2006 autoriza en su art. 284 que sea contador-partidor el cónyuge sobreviviente al que solo se hubiese asignado el usufructo universal.

. La Ley 341 Navarra extiende tb la prohibición al miembro sobreviviente de pareja estable y al legatario de parte alícuota, debido a que es cotitular en el activo hereditario.

Doctrina y jurisprudencia, destacando la RDGRN 22 de marzo de 2007 consideran que el legatario de parte alícuota no puede ser contador partidor por la misma contraposición de intereses que hay respecto de los herederos. Pero excepcionalmente la RDGRN de 30 de junio de 1956 consideró inscribible una partición efectuada por el legatario de parte alícuota.

. En cuanto al Notario autorizante, el art. 139 RN admite expresamente que pueda ser contador partidor.

. Respecto a si puede ser nombrado contador una persona jurídica, por la posición afirmativa se inclina Torres Lana

FORMA

El NOMBRAMIENTO puede hacerse tanto por acto *inter vivos* como *mortis causa*.

La partición realizada por el contador-partidor no requiere la APROBACION de los herederos ni aprobación judicial. Si interviniesen TODOS los coherederos la RDGRN 6 febrero 1995 califica el supuesto de partición contractual (salvo que la actuación de los herederos se limite a aceptar la herencia).

Cuando entre los coherederos haya alguno sometido PATRIA POTESTAD, TUTELA o CURATELA por prodigalidad o por enfermedades físicas o psíquicas, el contador-partidor deberá**“*INVENTARIAR los bienes de la herencia, con CITACION de los representantes legales o curadores de dichas personas”*** (**1057 pfo 3º**). Es doctrina de la RDGRN 13 noviembre 1998:

- La omisión de la citación del representante legal del incapaz que exige el citado precepto es causa de mera anulabilidad, susceptible de convalidación con posterioridad.

- Que cuando entre los interesados hay algún menor de edad o sujeto a tutela, el contador debe indicar nominalmente quiénes han sido citados y, en su caso, en qué concepto, a fin de apreciar el cumplimiento del **artículo 1057.3 CC,** sin que sea suficiente la mera afirmación genérica de que se ha cumplido dicho trámite.

- Si el representante legal citado tiene conflicto de intereses (no meros intereses paralelos) con los menores o incapacitados, se exige citación al defensor judicial, con aprobación judicial, en su caso, ex **artículo 1060.2 CC**.

Por último, ¿pueden los herederos realizar la partición PRESCINDIENDO del contador-partidor?

* Un sector doctrinal importante se inclina por la postura afirmativa (LACRUZ, ALBALADEJO), igual que en las legislaciones catalana y navarra. En tal sentido, la STS 20 octubre de 1992

*Si, como ha reconocido la jurisprudencia, los herederos pueden prescindir de la partición hecha por el testador, podrán desconocer también la hecha por el contador-partidor.*

* Sin embargo, el TS y la DGRN en ocasiones han entendido lo contrario. CAMARA advierte que el testador puede haber nombrado el contador no solo para evitar desacuerdos, sino porque no quiere que la partición quede en manos de los coherederos.

*GONZÁLEZ PALOMINO considera que, salvo “****cláusula de no estorbar****” (disponiendo el testador bien que el albacea solo actue a instancia de alguno de los herederos, o cuando alguno de ellos fuera menor o incapaz, bien concediendo a los herederos un plazo para que realicen la partición como tengan por conveniente y si no se ponen de acuerdo, es entonces cuando entra en juego la figura del contador-partidor), los herederos están obligados a pasar por la partición hecha por el contador partidor.*

FACULTADES

En principio, tiene la "simple facultad de hacer la partición". Ahora bien, dentro de la facultad de partir deben incluirse:

* INTERPRETAR el testamento, creando un estado de derecho firme en tanto no se impugne con éxito en los Tribunales la interpretación hecha por el cp (TS).
* LIQUIDAR EL REM, aunque técnicamente sea un acto preparticional. El TS, la DGRN y la práctica notarial entienden que el contador, en unión del cónyuge sobreviviente, pueden sin intervención de los herederos del premuerto, liquidar el rem.
* PAGAR LAS DEUDAS DE LA HERENCIA. Pero cuando el pago de las deudas se quiera efectuar mediante adjudicaciones de bienes, hay que distinguir:

- la adjudicación en pago de deuda, NO puede hacerla en el contador por implicar enajenación.

- la adjudicación para pago de deudas, SI puede hacerla el contador siempre que la haga a favor de un coheredero (no a favor de un extraño), pues no transmite la propiedad de la cosa adjudicada al coheredero sino tan solo su obligación de enajenarla y con el importe obtenido pagar la deuda. Se trata de un negocio fiduciario.

- la adjudicación de bienes con asunción de deuda, NO puede hacerla el contador por si solo puesto que se produce la transmisión de la propiedad.

* En principio NO PUEDE ENTREGAR LEGADOS si no está expresamente facultado por el testador (art. 885 Cc). Pero el art. 81 RH parece sostener el criterio contrario.

Sea como fuere, la DGRN ha declarado que en ningún caso podrá el contador-partidor entregar legados si existen legitimarios sin proceder con anterioridad a la partición de la herencia, como única forma de saber si perjudica o no la legítima de los herederos forzosos, salvo que:

. Los legitimarios concurran a la entrega de los legados o

. Los legitimarios presten su consentimiento a que la entrega de legados se haga sin la previa partición.

* Puede y debe FIJAR EL IMPORTE DE LAS LEGÍTIMAS. Por ello también puede:

Determinar las donaciones colacionables y reducir las que sean inoficiosas (RDGRN 9 marzo 1927).

Determinar el carácter reservable de los bienes (RDGRN 14 abril 1969).

* CONMUTACION DEL USUFRUCTO VIUDAL. La generalidad de la doctrina y la STS (24 noviembre 1960) mantiene la tesis negativa, incluso con autorización del testador (art. 839 CC). En contra VALLET.
* Puede FIJAR HABERES, DIVIDIR el caudal y ADJUDICAR bienes.

- La mayoría (VALLET, ROCA, CAMARA) creen que está vinculado por la regla de la composición igualitaria de los lotes del art. 1061 Cc (si bien puede usar de la facultad concedida por el art. 1062 cuando hay indivisibilidad).

*Señala DE LA CÁMARA que la obligación de igualdad cualitativa en la formación de lotes del art. 1061 no vincula al testador pero sí al comisario (en contra el TS si el causante lo hubiere establecido).*

- También puede hacer segregaciones o divisiones materiales de bienes para la formación de los lotes.

- Conforme al art 841, y siempre que el testador lo haya autorizado expresamente, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno o algunos de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios.

*En cualquier caso, la DG ha señalado que la partición realizada por el contador-partidor sin que conste la aceptación expresa o tácita de los herederos y sin que éstos intervengan es inscribible sujeta a la condición suspensiva de la aceptación de la herencia (R 19 de septiembre de 2002).*

**LO QUE EL CONTADOR PARTIDOR NO PUEDE REALIZAR SIN CONSENTIMIENTO DE LOS HEREDEROS**

Adjudicar bienes en pago de las deudas o en pago de asunción de deudas. Tampoco para pago de deudas a favor de un extraño.

Conmutar la legítima del usufructo del viudo.

Ejercitar la opción de la cautela socini.

Complementar o rectificar una partición ya realizada, salvo autorización de los herederos.

Hacer una partición parcial sin consentimiento de los legitimarios (que no los herederos), salvo que el contador partidor declare bajo su responsabilidad que en la herencia hay dinero bastante para el pago de las legítimas.

Agrupar, dividir o segregar fincas *(en la medida en que se trata de actos de riguroso dominio)*. ROCA admite que los lleve a cabo en el caso del art. 1061.

Declaraciones de obra nueva *(porque es un acto de riguroso dominio que debe hacerse por todos los herederos)*.

División horizontal. Salvo autorización del testador o cuando sea necesario para dar cumplimiento al testamento (RDGRN de 20 de julio de 2007).

Otorgar estatutos de propiedad horizontal cuando suponga llevar a cabo actos de riguroso dominio.

Disolver un condominio ordinario, cuando el bien pertenece en parte al causante y en parte a una tercera persona, pues es facultad de los titulares dominicales. No obstante, algún autor lo admite por entender que se trata de un acto “determinativo” o “especificativo” que no implica verdadero acto de disposición. En este sentido, la Compilación navarra autoriza al contador partidor para la división de la cosa común (**Ley 340).**

Desheredar, dejar sin efecto o declarar ineficaz la desheredación hecha por el causante**.**

No puede elevar a público el contrato privado de compraventa celebrado por el testador, *ya que no ostenta la representación de la herencia siendo facultad de los herederos forzosos y voluntarios.*

#### EL CONTADOR-PARTIDOR DATIVO

Como novedad, **la Ley de 13 Mayo de 1981** introdujo **el pfo 2º del art. 1057,** con la “finalidad” de remediar, en lo posible, el principio de unanimidad en la partición practicada por los herederos y evitar que en caso de desacuerdo haya que acudir a la vía judicial para realizarla.

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

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

DIEZ PICAZO y GULLÓN sostienen que los legatarios que no sean de parte alícuota no se deben incluir en el cómputo pues difícilmente representan una cuota del haber hereditario.

El contador-partidor dativo es una figura próxima al designado por el testador. Sin embargo tienen diferente naturaleza (como vimos) y, asimismo, distintos son los requisitos para su nombramiento y para la eficacia de la partición por él realizada.

Requiere CONFIRMACIÓN EXPRESA de todos los interesados o, en su defecto, APROBACIÓN del Secretario Judicial o del Notario. Es decir, que por sí sola no es suficiente (a diferencia de la RDGRN 19 de septiembre de 2002 citada).

#### PARTICION EFECTUADA POR LOS HEREDEROS

Se regula fundamentalmente en los arts. 1058 y 1060.

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

Esta partición presenta las siguientes notas características:

* Rige el principio de UNANIMIDAD. La única excepción al principio de unanimidad parece recogerla el art. **1080 Cc**

La partición hecha con PRETERICION de alguno de los herederos no se RESCINDIRA, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda.

* Tiene NATURALEZA CONTRACTUAL. Y no rige la regla de composición igualitaria de los lotes del art 1061.

PERSONAS QUE DEBEN INTERVENIR EN LA PARTICIÓN

**HEREDEROS**. Del tenor literal del art 1057 resulta evidente que los herederos deben intervenir en la partición. Ahora bien:

Herederos instituidos bajo **condición suspensiva**

1054 Los herederos bajo condición no podrán pedir la partición hasta que aquélla se cumpla. Pero podrán pedirla los otros coherederos, asegurando competentemente el derecho de los primeros para el caso de cumplirse la condición; y, hasta saberse que ésta ha faltado o no puede ya verificarse, se entenderá provisional la partición.

Herederos instituidos bajo **condición resolutoria** Es unánime la doctrina en considerar que podrán pedir e intervenir en la partición.

**Herederos de un heredero** fallecido

1055 Si antes de hacerse la partición muere uno de los coherederos, dejando dos o más herederos, bastará que uno de éstos la pida; pero todos los que intervengan en este último concepto deberán comparecer bajo una sola representación.

**LEGITIMARIOS NO HEREDEROS** Pueden instar la  intervención judicial del caudal hereditario (art. 792 LEC). De otra parte, es claro su interés en que se practiquen las operaciones de valoración de los bienes, computación e imputación, para ver si lo a ellos dejado en legítima es suficiente. Se discute su legitimación en cuanto al resto de la partición.

Aparecen legitimados SOLO en el art **792** LEC *(dentro de la expresión “cualquiera de los parientes que se crea con derecho a la sucesión legítima”)* para solicitar la intervención judicial de la herencia. Junto a los coherederos y legatarios de parte alícuota (únicos legitimados en el art. 782 LEC para solicitad la división judicial de la herencia)

En cualquier caso el **cónyuge viudo usufructuario** aparece legitimado para intervenir en la partición (art. 783 LEC).

**783 LEC**: *“a la vista de la solicitud de división judicial de la herencia, el Secretario judicial convocará a Junta a los herederos, a los legatarios de parte alícuota y al cónyuge sobreviviente…”*.

. Cuestión distinta es si puede o no instar la partición (no resulta mencionado en el art. 782 LEC) REMISION tema 122

**.** VALLET sostiene que debe intervenir si lo es de cuota, pero no si es universal. Parece sin embargo que aun siendo universal tendría interés en el inventario.

**LEGATARIOS**

La legitimación de los legatarios **de parte alícuota** parece indiscutible dado que pueden promover el juicio de división de herencia (art. 782 LEC). REMISIÓN a temas 101 y 122

Los legatarios **que no sean de parte alícuota** NO pueden intervenir en la partición, sin perjuicio de que formulen las correspondientes reclamaciones contra los perjuicios que les causaren la partición (TS).

**CESIONARIOS** de un heredero(o legatario de parte alícuota). Frente a la mayoría de la doctrina ROCA SASTRE considera que la facultad de solicitar la partición es personalísima y corresponde al cedente (quien a su juicio sigue conservando la cualidad de heredero).

**ACREEDORES**

**De la herencia.** Solamente los acreedores reconocidos como tales en el Testamento o por los Coherederos, así como los acreedores que tengan su dº 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 (arts 782.4º LEC y 1082 Cc).

**Particulares de un heredero.** Podrán intervenir a su costa en la partición para evitar que esta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos (arts 782.5º LEC y 1083 Cc).

**CAPACIDAD PARA INTERVENIR EN LA PARTICIÓN**

El art. **1058** para “distribuir” exige la libre administración de sus bienes. Parece paradójico que para “pedir” la partición el art 1052 en cambio exija tanto la libre administración como la libre disposición de sus bienes:

DE LA CÁMARA considera ilógico exigir más capacidad para pedir que para hacer la partición, por lo que en ambos casos se exige capacidad de disponer.

En contra la DGRN y PEÑA consideran que la diferencia está justificada dado que la partición no tiene propiamente eficacia traslativa sino meramente especificativa o determinativa.

Pedir la partición es un acto de disposición (ya que se solicita la transformación de un derecho abstracto en bienes concretos)

Intervenir en ella es un simple acto administrativo, siempre que los herederos no excedan lo meramente particional (esto es, se limiten a partir según el testamento y conforme al art. 1061). REMISION TEMA 122

1060 Cuando los menores o personas con capacidad modificada judicialmente estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la partición efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor o persona con capacidad modificada judicialmente en una partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si el Secretario judicial no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

**MENORES DE EDAD** sujetos a patria potestad Intervendrán en la partición quienes ostenten la patria potestad. Y NO será necesaria aprobación judicial.

No obstante, la DGRN ha señalado que *si las operaciones efectuadas exceden de lo meramente particiona*l (actos dispositivos) requieren AUTORIZACIÓN JUDICIAL ex art 166.

Cuando entre los menores y ambos padres exista conflicto de intereses procede el nombramiento de DEFENSOR JUDICIAL (163) y la APROBACION JUDICIAL de la partición *(salvo que el Juez hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento)*:

**→** La RDGRN (3 Abril 1995) señala que existe conflicto de intereses cuando en el caudal relicto existan bienes presuntivamente gananciales, pues no puede dejarse solamente en manos del cónyuge viudo la posibilidad de confirmar o destruir la presunción de ganancialidad.

También en caso de cautela socini (820.3) o conmutación.

**→** Bien entendido que no siempre que hereden ambos (representante y representado) existirá conflicto de intereses.

No hay conflicto de intereses sino intereses paralelos cuando la partición recae sobre un único bien y las porciones adjudicadas coinciden con las cuotas hereditarias de cada partícipe (RDGRN 10 Enero 1994 y 6 Febrero 1995).

**MENORES EMANCIPADOS** La mayoría de la doctrina (en contra LACRUZ) y la jurisprudencia consideran al menor emancipado capaz por sí solo para partir, si las operaciones efectuadas NO exceden lo meramente particional.

**TUTELA** El art 272 parece estar en contradicción con el art. 1060 pfo 1º que no exige la aprobación judicial.

**272 No necesitarán autorización judicial la partición de herencia ni la división de cosa común realizadas por el tutor, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial.**

. PAU PEDRON resuelve la colisión dando preferencia al art 272 por ser ley especial.

. La Circular de la Fiscalía General del Estado de 25 Abril 1985 entiende que solo al tutor y al defensor judicial –del art. 299 ss Cc- que lo sustituye le es exigible aprobación judicial (por tanto, NO a los titulares de la patria potestad ni al defensor judicial –del art. 163 Cc- que los sustituye).

Para el caso de conflicto de intereses, destacar el nombramiento de defensor judicial (art. 299 Cc) y el art. 221 Cc (supuesto de nulidad de pleno derecho)

**221 Se prohibe a quien desempeñe algún cargo tutelar... 2. Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.**

**CURATELA** Si nada precisa la sentencia que establezca la curatela, ex art. 290 Cc se aplican las reglas de la tutela.

**AUSENCIA**

Si se prueba que vivían al tiempo de abrirse la sucesión, la partición se realiza por sus representantes legales (184), pero requiere aprobación judicial (ya que el art. 185.2 se remite a las reglas de la tutela)

En otro caso, se aplicarán los arts 191 y 192 del Cc, que establecen el acrecimiento de la parte del ausente a sus coherederos, pero con la obligación de reservar los bienes hasta la declaración de fallecimiento.

**CONCURSO**

La muerte o declaración de fallecimiento del concursado no es causa de conclusión del concurso del fallecido (ahora concurso de su herencia). Como ***la herencia se mantendrá indivisa durante la tramitación del concurso***, no podrá procederse entonces a la partición (art 182 LC).