

**LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA.
ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES
PROBLEMAS PRÁCTICOS**

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

JAVIER LOPÉZ GARCÍA DE LA SERRANA

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

LUIS PRIETO SANCHÍS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

RICARDO ROBLES PLANAS

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ

Director de publicaciones

LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS PRÁCTICOS

Belén Casado Casado

Profesora Titular Derecho Civil

Universidad de Málaga

Colección: Cuadernos de Derecho de sucesiones

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Este libro ha sido sometido a un riguroso proceso de revisión por pares.

© 2025 Belén Casado Casado

© 2025 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibrosjuridicos.com

Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: XXXXXXXXXXXXXXXX

Depósito legal: XXXXXXXXXXXXX

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Impresión: XXXXXXXXX

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	11
1. BREVE APUNTE TEÓRICO SOBRE LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA: CONCEPTO, CLASES Y EFECTOS	15
1.1. La partición de la herencia: concepto y clases	15
1.1 a) La partición de la herencia. Concepto. Naturaleza jurídica	15
1.1 b) Clases de partición.....	22
A) La partición por el testador	22
B) La partición hecha por los coherederos	27
C) La partición por contador partidor	29
D) La partición por contador partidor dativo.....	31
E) La partición arbitral y la partición judicial	32
1.1 c) Operaciones particionales	35
1.2. Comunidad hereditaria y efectos de la partición. Ineficacia de la partición	41
1.2 a) Efectos de la partición de herencia	41
1.2 b) Ineficacia e invalidez de la partición	43
2. PRINCIPALES PROBLEMÁTICAS PRÁCTICAS RELACIONADAS CON LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA.....	51
2.1. La partición judicial y la acción de división de la cosa común	51
2.1 a) Acción de división de la cosa común sin haber realizado la partición de la herencia	54

2.1 b)	Partición judicial de herencia. Determinación o inclusión de bienes dentro del haber partible	57
A)	Inclusión en el haber partible de las donaciones recibidas por la esposa	57
B)	Inclusión en el inventario judicial de un bien donado por el testador y gastos varios con cargo al pasivo hereditario	60
C)	Oposición al cuaderno particional por exclusión de deudas del pasivo de créditos por derramas, arreglo, seguro y gastos de comunidad. Compensación por el uso exclusivo y excluyente de la vivienda por uno de los coherederos	62
D)	División judicial de la herencia. Errores en la valoración de diferentes partidas. Desequilibrios poco significativos o injustificados	64
E)	División judicial de herencia y posible partición convencional anterior tácita	67
2.2.	La rescisión por lesión, por omisión, errores o defectos en la valoración de bienes, igualdad de lotes, por preferencia en la adjudicación de bienes	69
2.2 a)	Cuantificación: Rescisión por lesión en más de una cuarta parte, art. 1074 CC.	71
2.2 b)	Conjunción y relación entre los arts. 1074 y 1079 CC, rescisión y/o adición o complemento.	73
2.2 c)	Nulidad por falta de igualdad en la formación de lotes: rescisión o adición o complemento de la partición	77
2.2 d)	Rescisión de una partición judicial de herencia tras el juicio de testamentaria	79
2.2 e)	Acción de adición o complemento de bienes aparecidos tras la partición ya realizada	82
2.3.	La acción de desahucio por precario del coheredero o legatario antes de la partición de la herencia	83
2.3 a)	Acción de desahucio ejercitada contra el propietario o coheredero con mayor cuota de participación	86
2.3 b)	Desahucio por extralimitación del derecho de posesión del coheredero	90
2.3 c)	Acción de desahucio por precario tras la sucesión, pero entre copropietarios y no entre coherederos	97
2.3 d)	Legado de cosa ganancial y acción de desahucio	100
2.4.	La partición de la herencia realizada en virtud del acuerdo de los coherederos	102

2.4 a)	Concepto de partición convencional. Contenido. Naturaleza jurídica. Requisitos: consentimiento unánime	102
2.4 b)	La forma en la partición. La partición tácita o por hechos concluyentes.	107
2.4 c)	Partición bilateral art. 1271.2 CC y art. 1056 CC ..	112
2.4 d)	Algunos supuestos prácticos de interés	119
2.5.	Valoración de bienes en la partición. El avalúo. Dificultades en la valoración de ciertos bienes. Problemáticas.	126
2.5 a)	Operaciones particionales. Formación de inventario, avalúo y liquidación.	126
2.5 b)	Concepto de avalúo	131
2.5 c)	Problemas en la valoración de ciertos bienes y por la aparición posterior de nuevos bienes. Acción de rescisión y acción de adición o complemento	137
2.5 d)	Dificultades para la valoración de ciertos bienes. Valoraciones difíciles	144
2.6.	La partición de la herencia y los legados. Problemas con los derechos de los legatarios	156
2.6 a)	Clases de legados. La toma de posesión del bien legado	156
2.6 b)	Legado de parte alícuota. Asimilación al heredero. Distinciones con otros legados, legatario de legítima estricta	161
2.6 c)	Posibles reducciones o impugnaciones del legado y momento en el que deben valorarse los bienes legados. Problemáticas. Reducción de legados inoficiosos.	165
2.7.	La partición de la herencia y el contador partidor: el cargo, facultades, problemas con el reparto. Impugnación de la partición.	173
2.7 a)	El cargo de contador partidor y la importancia del mismo en la partición	173
2.7 b)	Problemas que presenta en la práctica el nombramiento de un contador partidor	177
2.7 c)	Facultades del contador partidor	180
2.7 d)	Análisis de algunos supuestos prácticos.	183
	A) El carácter del cargo y los honorarios.	183
	B) Las funciones del contador partidor y su condición de parte en el proceso sucesorio	187
	C) Cese de sus funciones con la realización de las operaciones particionales	188

D) Legado de cantidad y facultades del contador partidor	189
E) Responsabilidad civil y penal del contador partidor	192
F) Nulidad de la partición por no respetar la voluntad testamentaria.	193
G) Nulidad de la partición realizada por contador partidor	195
H) Remoción de albacea, funciones, liquidación de gananciales y partición conjunta	196
2.8. La partición de la herencia y los bienes gananciales	199
2.8 a) Dos comunidades; derechos y cuotas en abstracto. Posible nulidad o ineficacia de la partición realizada sin previa liquidación de la sociedad de gananciales	199
2.8 b) Acumulación de acciones, legitimación procesal	208
2.9. Nulidad y anulabilidad de la partición hereditaria.	215
2.9 a) Nulidad por falta de consentimiento, por preterición de heredero forzoso y por fraude, mala fe y ocultación	222
2.9 b) Nulidad por falta de representación de menores. Un supuesto de anulabilidad	226
2.9 c) Nulidad por falta de liquidación previa de la sociedad de gananciales	232
2.9 d) Nulidad por omisión de bienes o deficiente valoración de bienes	235
2.9 e) Nulidad en casos de partición consensual	237
2.9 f) Nulidad en partición por contador partidor	240
BIBLIOGRAFÍA	245
JURISPRUDENCIA.	251

INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la partición hereditaria presenta múltiples problemas en la práctica judicial. Resulta bien conocido cómo en materia de herencias el reparto y la asignación de bienes hereditarios se convierte en una cuestión compleja que, en ocasiones, lleva al conflicto a las familias. Podríamos decir que estas problemáticas aparecen cuando la herencia cuenta con un patrimonio importante, se trata de herencias golosas y familias que conservan escasos vínculos afectivos, pero lo cierto es que no es así, pues la contienda judicial no discrimina entre pequeñas y grandes herencias, entre herederos vinculados afectivamente o familias que conservan escasos lazos emocionales. No discrimina tampoco en los motivos, dando lugar a acciones judiciales muy variadas y diferentes.

Presentamos aquí una recopilación práctica de los principales problemas relacionados con la partición de herencia que llegan a nuestros juzgados. Hemos querido estudiarlos y aglutinarlos por materias, recogiendo una jurisprudencia fresca y actualizada, de fácil lectura y comprensión. Pretendemos recoger los pronunciamientos judiciales que resuelven todos estos problemas basados, sobre todo, en las respuestas de nuestro Tribunal Supremo a las diferentes acciones judiciales.

El criterio utilizado para seleccionar los temas de estudio es precisamente esta su mayor incidencia en la práctica judicial. Queremos dejar plasmadas las herramientas interpretativas de respuestas y las soluciones jurídicas.

Presentamos un primer capítulo teórico introductorio, como un breve apunte sobre la figura jurídica de la partición hereditaria, clases, efectos y regímenes de ineficacia, necesario a nuestro modo de ver para introducir al lector en una de las figuras jurídicas más complejas de nuestro Derecho civil, si bien con función de ubicarlo, actualizar conocimientos o a modo de resumen. Pero nuestra idea no ha sido la de analizar nuevamente esta figura, quizás interesante si intentamos realizar un estudio novedoso, de mejora, y con propuestas legislativas. Queremos resolver problemas, resolver los problemas que ahora mismo se dan, seguramente porque tenemos la creencia de que presentar reformas legales de futuro pueda tener poca acogida en estos tiempos que corren, donde las ideas de mejora de nuestro Código civil han quedado relegadas a un plano totalmente secundario y no son ahora mismo una opción de política legislativa, al menos no en estos momentos.

A continuación, presentamos los bloques temáticos seleccionados. Estos bloques han sido expuestos desde esta óptica práctica que explicamos, pues se repiten estas acciones judiciales relacionadas con la partición hereditaria. Cuestiones como la acción de división judicial de la herencia, también cuando confluye con la acción de división de la cosa común, pretensiones judiciales para rescindir o anular la partición por diferentes motivos, problemas con la entrega de legados y la partición, cuestiones relativas al alcance de las competencias del contador partidor y su incidencia en la partición, la partición y la liquidación de la sociedad de gananciales, cuando esta liquidación de gananciales no se ha realizado y se produce el fallecimiento de uno de los cónyuges, la partición entre coherederos y sus posibles acuerdos o pactos de renuncia o transacción, las posibles cuestiones relacionadas con la valoración de bienes, formación de inventario y avalúo, por omisión de bienes, por diferencias en la inclusión o valoración de es-

tos bienes, sin dejar de lado materias que vinculan la figura de la partición con la acción de desahucio entre coherederos, puesto que sin partición todos los coherederos tienen un derecho a coposeer el inmueble heredado pero no único y exclusivo.

Resulta difícil hacer una valoración de conjunto con propuestas interpretativas unificadoras, por las muy diversas y varias casuísticas que reflejamos en nuestro estudio jurisprudencial, pero sí podemos llegar a conformar argumentos unitarios antes situaciones idénticas, recogiendo nuestra doctrina jurisprudencial.

I. BREVE APUNTE TEÓRICO SOBRE LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA: CONCEPTO, CLASES Y EFECTOS

1.1. LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA: CONCEPTO Y CLASES

1.1 a) La partición de la herencia. Concepto. Naturaleza jurídica

La partición es el acto o negocio jurídico en virtud del cual se procede a extinguir la situación de comunidad hereditaria, mediante la asignación de bienes hereditarios concretos a cada uno de los coherederos (art. 1068 CC). Será acto jurídico cuando la partición la realiza el propio causante, o ha sido acordada judicialmente o mediante árbitros, y será un negocio jurídico cuando estemos hablando de una partición convencional realizada en virtud del acuerdo entre todos los coherederos.

Una idea importante a tener en cuenta es que la partición supone que termine el *iter* adquisitivo de la herencia, *iter* que co-

menzó con la muerte del causante, y siguió con la vocación, delación hereditaria y aceptación de herencia por los coherederos. Hace que se culmine por tanto con todas las fases anteriores y esto tiene relevancia jurídica. No se trata de un acto aislado sino de continuación y culminación de los anteriores.

Es importante esta asignación concreta de bienes tras la partición porque antes de que la partición se realice lo que existe es una comunidad hereditaria, y con ella, una situación de indivisión de los bienes. Cada heredero tendrá una cuota de la herencia y podría disponer de esta cuota, pero no de bienes concretos sino de cuotas, teniendo un régimen asimilado al de copropiedad o comunidad de bienes.

Pero sí permite la ley que cada heredero pueda pedir la división del caudal común (art. 1051 CC). El legislador facilita de manera especial la consumación del negocio particional, al considerar antieconómica y generadora de conflictos, cualquier situación de cotitularidad. De ahí que el art. 1051 CC permita el ejercicio de la acción de partición a cualquier coheredero, sea cual sea su cuota, y sea cual sea el momento en que pretende hacerlo. Con la partición, se obtienen títulos inscribibles y se otorga a los herederos pleno poder de disposición de lo recibido. La no liquidación/partición, perpetúa propiedades indivisas, y a veces esto puede ser poco útil por la segregación continua de cuotas hereditarias producida por posteriores sucesiones, y las dificultades inherentes a la gestión y administración de ese patrimonio en comunidad.

Hemos de destacar, no obstante, que en algunos casos en la práctica se acciona pidiendo la división de la cosa común cuando la cosa pertenece a la comunidad hereditaria y ésta no se ha extinguido aún tras la partición, los bienes por tanto no han sido adjudicados. El TS entiende que no procede dividir la cosa común cuando esta cosa forma parte de la comunidad hereditaria «cuyo contenido no consta, sin haberse practicado, tras la aceptación de la herencia por los herederos, la partición de aquél y subsiguiente adjudicación de dicho bien». Hay sólo un derecho abstracto de los actores sobre la totalidad del patrimonio hereditario, en comuni-

dad con los demás coherederos, que no se especificará sobre la finca concreta hasta que se les haya adjudicado. No procede por tanto la división de la cosa común que pertenece aún a la comunidad hereditaria (STS 461/2004, de 28 de mayo¹).

La ley concede al testador la posibilidad de prohibir la división de la herencia, prohibición que no tiene que limitarse al plazo de 10 años del art. 400 CC. Los herederos podrían entonces sólo enajenar o disponer de las cuotas o pedir la extinción de la herencia si concurren las causas de extinción del contrato de sociedad del art. 1051.2 CC. Esta remisión a los arts. 1700 ss. del CC, sobre extinción de la sociedad resulta muy defectuosa a juicio de la doctrina, y no son aplicables fácilmente dichas causas a la comunidad hereditaria².

Una vez extinguida la comunidad de bienes mediante la partición y asignación concreta, pudiera haber bienes en comunidad (sin asignación a título individual) respecto de patrimonio del que fuese imposible conseguir la división, por ejemplo, porque se trate de una cosa que no pueda dividirse materialmente/físicamente o sea imposible dividirla jurídicamente, por ejemplo, derechos de propiedad intelectual, fincas de las que no se pueda hacer una segregación a nivel jurídico etc. Entonces regirá respecto de estos bienes concretos el régimen de comunidad de bienes del art. 392 y ss. CC.

Son tres las teorías sobre la naturaleza jurídica de la partición, interesantes por los argumentos que exponen y su posible repercusión en la práctica en situaciones de contienda judicial:

- a) Teoría declarativa. Propia del Derecho francés. Supone que la partición «declara» a cada heredero dueño de cada bien

1. STS 461/2004, de 28 de mayo (RJ 2004/3978)

2. LETE ACHIRICA, J., «Comunidad hereditaria y partición», *Tratado de Derecho de Sucesiones*, coord. Gete-Alonso y Calera, Solé Resina, Navarra, 2011, págs. 2547-2602. LLEDÓ YAGÜE, F., *La comunidad hereditaria y la partición de herencia*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1993.

hereditario concreto con efecto retroactivo a la muerte del causante. Esta teoría resulta inaceptable, por cuanto supone negar la existencia de la comunidad hereditaria y las posibilidades dispositivas de bienes de la herencia en esa fase.

- b) Teoría traslativa: Propia del Derecho romano clásico. La partición transfiere a cada heredero la cuota ideal que sobre cada bien hereditario correspondía a los demás coherederos durante la indivisión. Esta teoría no puede ser acogida en el Derecho español, pues, de ser cierta, se podrían inscribir en el Registro de la propiedad por cada coheredero las cuotas sobre bienes hereditarios concretos, pero esto no resulta posible; a lo sumo, la LH admite únicamente practicar asientos de anotación preventiva, no de inscripción, sobre esos bienes inmuebles hereditarios, antes de la partición (arts. 42.6º y 46 LH).
- c) Teoría determinativa o especificativa: La partición es la culminación del «*iter*» transmisivo de la herencia iniciado con la muerte del causante y seguido de la aceptación y de la situación de comunidad hereditaria. La partición permite concretar o determinar el derecho, hasta entonces abstracto o ideal, de cada heredero, sobre el patrimonio hereditario. Esta tesis es la más aceptada doctrinalmente hoy día, en cuanto supone admitir que la partición constituye la fase final del proceso de adquisición de los derechos hereditarios, pasando de la cuota ideal de cada coheredero durante la fase de indivisión, a la propiedad exclusiva (o copropiedad ordinaria) tras la partición³.

Asunto conectado de forma más o menos directa con la cuestión de la naturaleza jurídica, es la discusión que se ha generado a

3. ORDUÑA MORENO, F.J., *La responsabilidad por evicción y la partición de la herencia (con el tratamiento de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, Marcial Pons, Barcelona, 1990, págs. 175 y págs. 210 y ss.

nivel doctrinal y jurisprudencial acerca de si la partición puede servir como justo título a efectos de usucapión (art. 1952 CC).

Dispone ese último precepto legal (art. 1952 CC) lo siguiente: «*Entiéndase por justo título el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate*». Tal como está redactado literalmente, parece que podría tener cabida en él la partición, en cuanto con él se producirá la adquisición de los derechos hereditarios concretos por parte de cada coheredero.

Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina mayoritariamente se inclinan por negar su condición de justo título⁴.

La razón se halla en que la partición, aun siendo un negocio jurídico cuando es otorgado por los coherederos de mutuo acuerdo, no puede ser aislado de las restantes fases del proceso adquisitivo hereditario, siendo sólo la culminación del mismo. Dicho de otro modo: una partición en la que se asigne a uno de los coherederos un bien determinado como hereditario, sin existir un previo título documental del causante, o sin que se incluya el mismo en el testamento como bien de titularidad del causante, no puede servir ni como título para la adquisición inmediata, ni siquiera como justo título para una usucapión abreviada. En la sucesión hereditaria, el justo título a este fin de la usucapión lo da el título del causante, y no propiamente el *iter* adquisitivo hereditario, y mucho menos el documento particional tomado aisladamente. Baste pensar, por último, en lo fácil que sería fabricar *ad hoc* un título adquisitivo para una usucapión abreviada, mediante la utilización de un negocio particional donde se describan bienes concretos que se adjudican, sin guardar ninguna conexión con un previo testamento (donde seguramente no se individuali-

4. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., coord. por, *Manual de Derecho Civil, Sucesiones*, Bercal S.A., Madrid, 2015. BLASCO GASCÓ, F. de P., *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, coord. por, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Partición y Registro de la Propiedad: doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado*, Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019.

zarán los bienes hereditarios) ni con un título dominical previo del mismo causante⁵.

Por tanto, la partición de herencia es un momento clave del proceso sucesorio, en cuanto que determina que los bienes hereditarios sean adquiridos por los coherederos y en cuanto que produce la extinción de la comunidad hereditaria. Permanecer en la situación de indivisión y de comunidad hereditaria no es muy útil y práctico, pues los coherederos no son titulares de los bienes heredados y no pueden disponer libremente de ellos, aunque sí podrían disponer de su cuota. La partición de la herencia evita problemas y contiendas de futuro entre coherederos. Por ello diríamos que es muy aconsejable y necesaria para evitar la fragmentación de bienes y la conflictividad judicial.

Sin embargo, pudieran ocurrir varias cosas:

- Que la partición permita la continuidad, pero en situación de comunidad de bienes. Los coherederos, el testamento, la voluntad del testador, etc., quieren que, tras la partición, los bienes heredados sean de todos los herederos y no se extingue la situación de comunidad. Los bienes serían adquiridos por cuotas de copropiedad, en régimen de comunidad de bienes, y la comunidad hereditaria se habría extinguido con la partición.
- Que se haya prohibido expresamente la división por el testador; para su extinción, ante la prohibición de división de la herencia, se aplicarán las causas de extinción del contrato de sociedad (art. 1051 CC).
- Que un coheredero transmita y disponga de su cuota en copropiedad hereditaria u ordinaria de forma libre, o que disponga de algunos de los bienes de la herencia ante la

5. Para ampliar el estudio de este tema vid. DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO. M.S., *La partición hereditaria como justo título de la usucapión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

confianza de recibir este bien tras la partición. En este caso, la validez de la compraventa no se ha condicionado a la adquisición de tal forma que si luego no puede cumplir incurriría en incumplimiento, o que haya condicionado dicha transmisión a la posterior adquisición tras la partición. Debemos distinguir en este caso el negocio de compraventa en su plano obligacional de la transmisión del derecho de propiedad. El contrato de compraventa está bien realizado y obliga y si el coheredero vendedor recibe finalmente el bien podrá transmitirlo. Ello no supone que haya impuesta una condición suspensiva ni resolutoria salvo pacto expreso, pero si nada se hubiese pactado, el plano obligacional resulta vinculante y podríamos hablar de incumplimiento, el contrato produce plenos efectos inter partes y resulta incorrecto hablar de ineficacia. Podría realizarse antes de la partición la enajenación conjunta de todos los coherederos de un bien particular de la herencia, entonces nacerán efectos obligacionales y la transmisión no dependerá de que el bien recaiga en uno u otro coheredero, podrían realizar conjuntamente cualquier tipo de negocio⁶.

Respecto al uso de los bienes, todos los coherederos tendrían un derecho de uso no excluyente de los demás. Por ello no podrían quedarse con el uso o la posesión del inmueble antes de la partición con carácter excluyente, salvo que este inmueble le sea atribuido en titularidad tras la partición. Sentencias recientes muestran la viabilidad de la acción de desahucio por precario para el heredero que quiere quedarse con el inmueble heredado con carácter excluyente antes de la partición, sobre todo porque sabe que el inmueble debe ser repartido entre los coherederos y que

6. Vid. ROBLES LATORRE, P., Comentario al art. 1068 CC, en *Jurisprudencia Civil Comentada*, segunda edición, Tomo II, dir. Pasquau Liaño, Comares, Granada, 2009, págs. 1783 y ss. citando las SST19 noviembre de 1956, 20 enero 1958, 27 mayo 1982, 14 de abril de 1986.

difícilmente podría tener una posesión exclusiva, salvo pacto con los demás coherederos o cotitulares⁷.

1.1 b) Clases de partición

A) La partición por el testador

El testador puede partir su herencia con efectos a su fallecimiento, e incluso anteriores al mismo. El art. 1056 CC establece literalmente: «*Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos*». Puede hacer la partición de sus bienes «por actos inter vivos o por última voluntad».

Tanto el art. 1056 como el art. 1271.II CC permiten que pueda existir un tipo de partición realizada por el testador antes de su muerte, para que tenga efectos antes de su muerte.

La mayor parte de la doctrina entiende que esta partición no es tal, que no se puede partir, repartir los bienes hereditarios para que tenga efectos antes de la muerte. No se entiende la especificación legal a esta «partición *inter vivos*». Por tanto, toda partición tiene efectos al fallecimiento según la doctrina⁸.

7. Vid. STS 691/2020, de 21 de diciembre Sentencia CIVIL N° 691/2020, TS, Sala de lo Civil, Sec. 1, Rec 962/2020, 21-12-2020 - Iberley STS 1576/2024 de 20 de noviembre (Roj: STS 5885/2024 - ECLI:ES:TS:2024:5885)5133.pdf

8. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., coord. por., *La partición de la herencia*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2009. Capítulo I, «La partición de la herencia», pág. 143. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Comentario al art. 1056 CC», en *Comentario del Código civil*, dirigido por C.PAZ-ARES, L. Díez-PICAZO, R. BERCOVITZ Y P. SALVADOR, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 426 y 427. ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentario a los arts. 620, 621, 634, 635, 637, 639, 640, 641 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo García y Díaz Alabart, Tomo VIII, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1986. -«Sólo el testador puede

Sin embargo, sería bastante útil reconocer que el testador pudiera repartir su patrimonio en vida con el visto bueno, refrendo o aceptación de sus herederos. Aunque la aceptación de los herederos no fuera necesaria, esto evitaría muchos conflictos. La prohibición de la sucesión anticipada y de los pactos sucesorios en vida del art. 1271.2 CC es la que impide otras formas de suceder distintas del testamento, pero el precepto admite expresamente esta excepción de la partición entre vivos del caudal hereditario.

Se señala por la doctrina como diferencia entre la partición *inter vivos* y *mortis causa*, el que se realice o no bajo las formalidades del testamento. Por ello hay autores que entienden que en cualquier caso las dos son formas de partición *mortis causa* (inter vivos y *mortis causa* es lo mismo, significan lo mismo, sólo cambia la forma de hacerla, si es o no en testamento), porque los efectos de esta partición siempre se producen al fallecimiento de la persona. Se le dota al disponente de mayor libertad de actuación salvaguardando siempre los derechos de los legitimarios⁹.

Sin embargo, no se entiende esta diferencia de conceptos si lo único que cambia es la forma testamentaria o no de la partición. Podría haber dejado dispuesto expresamente el legislador que la partición tendrá efectos siempre *mortis causa* y que podrá hacerse a través de testamento o fuera de él. ¿Esto es lo que dice en realidad el art. 1056 CC?

Pese a ello también cuestionan algunos autores la validez de la partición que no resulta refrendada por el testamento posterior, o

partir su herencia», ubicado en file:///C:/Users/usuario/Desktop/particion%20intervivos/articulo%20particion%202.pdf 26 de marzo 2020.

9. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Algunos aspectos de la eficacia y régimen jurídico de la partición hecha por el testador. Comentario a la STS de 23 de febrero de 1999, Sentencias comentadas, Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ubicado en file:///C:/Users/usuario/Desktop/particion%20intervivos/articulo%20particion.pdf fecha 26 marzo 2020. CASADO CASADO, B., *La transmisión en vida de bienes inmuebles de padres a hijos como sucesión anticipada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, págs. 22 y ss.

la partición que puede regir en una sucesión *ab intestato*¹⁰. No se entienden tales criterios restrictivos en la interpretación de este precepto cuando el mismo intenta salvaguardar, y así se inspira el texto legislativo en su relación con otros muchos preceptos, la voluntad del causante a la hora de realizar la partición. No existe otro límite legal que los derechos de los legitimarios y el cumplimiento de la legalidad imperante. Una partición de esta forma interpretada parece que debiera nacer siempre y solamente de una voluntad testamentaria y no *ab intestato*.

Pero si el causante quiere decidir libremente cómo repartir su patrimonio hereditario, ¿por qué el medio para realizar esta disposición debe ser siempre y solamente el medio testamentario? ¿No estaríamos también atendiendo a la libertad del causante cuando este quiere que sus sucesores sean los establecidos por las normas *ab intestato* pero pretende repartir su patrimonio?, por ejemplo, quiere repartir su herencia entre sus herederos legitimarios a partes iguales y divide en vida la comunidad con el propósito de asignar bienes, cuotas o cotitularidades concretas de su patrimonio, con efectos en vida o a su muerte, pero evitando de esta forma la formación de patrimonios indivisos de futuro. Si se admite vía donación en vida o donación-partición, ¿por qué la partición no podría ser entendida como un acto unilateral o bilateral consensuado de reparto de bienes entre sus futuros sucesores con el propósito de que los mismos adquieran este patrimonio en el momento que así lo estime el disponente o lo acuerden todos ellos? Y si así lo admitimos ¿por qué esto no se puede llamar partición, al menos parcial, por ser incierta la fecha del fallecimiento y los posibles bienes futuros que pueda tener o adquirir antes de su muerte? El art. 1079 CC que entiende que la omisión de bienes no da lugar a la ineficacia de la partición sino a su complemento o adición.

10. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Comentario al art. 1056 CC», ob. cit., pág. 422 citando a ROYO MARTÍNEZ y pág. 447.

La regla general que se deduce del art. 1056 CC es que la partición hecha por el causante es prevalente sobre cualquier otra clase de partición. Es incluso prevalece sobre el propio testamento de fecha anterior a la partición, si éste resulta alterado en su contenido por la partición, tal como se deduce de dicha norma. Para ello, es preciso que se cumplan las formalidades testamentarias, pues no cabe partición hecha por el causante, mediante acto *mortis causa*, que no sea a través de alguna de las formas testamentarias.

Como casos excepcionales en que el testamento prevalece sobre la partición, en caso de discrepancia, se pueden señalar los siguientes:

- a) Caso de testamento posterior a la partición (se presume que contiene la última voluntad del causante). No obstante, se conservará aquella parte del negocio particional que sea compatible (principio de conservación de la partición).
- b) Cuando la partición se realizó «*inter vivos*» (art. 1056.1 CC), pues de otro modo se estarían desvirtuando las formalidades testamentarias.
- c) Cuando el testador adquiere otros bienes tras la partición, dado que entonces existiría incompatibilidad entre el reparto realizado y los bienes realmente existentes, por lo que lo lógico sería remitirse al testamento en el que se basó esa partición.
- d) Cuando no hay coincidencia subjetiva entre testamento y partición (en la partición hay sujetos distintos de los designados como herederos en el testamento).

El testador sólo puede partir o repartir bienes que sean de su titularidad, es un acto unilateral y personalísimo esta partición por testador. Por ello no podría partir bienes que no fueran suyos al momento de realizar la partición, por ejemplo, no podría repartir bienes pertenecientes a su sociedad de gananciales, si esta no se hubiese aún liquidado. Esta atribución por el testador de un bien ganancial sólo sería válida si finalmente se atribuye el bien al liquidar

los gananciales. Y no parece haber problemas en que los dos cónyuges realicen particiones conjuntas de bienes comunes, siempre que esta partición se refleje en testamentos diferentes. Por ello a nivel procesal se permite la acumulación de acciones: división judicial de la herencia y liquidación del régimen de gananciales «Para evitar una dispersión procedimental y la dilación de los procesos con fundamento en la economía y celeridad procesal, resulta conveniente el tratamiento procesal unitario de la liquidación del régimen económico matrimonial y la partición y adjudicación de la herencia» (STS 279/2023, de 21 de febrero)¹¹. «En virtud pues de todas estas argumentaciones debe entenderse que el procedimiento debe continuar para la liquidación de ambos patrimonios ganancial y hereditario, en unidad de actuaciones sin dar lugar a la nulidad pretendida».

La partición realizada por el testador evita la comunidad hereditaria porque a su fallecimiento los bienes atribuidos pasan directamente a sus destinatarios. Si ha repartido todos sus bienes la comunidad hereditaria no llega a nacer. Los sucesores deben pasar por esta partición respetando la voluntad del testador, pero podrían acordar otra forma de repartir distinta sin que esto fuese una partición, sino más bien un acto de disposición, novatorio o de contenido transaccional.

En cuanto al específico régimen jurídico de la partición hecha por el causante:

- No hay deber del testador de respetar el valor económico teórico correspondiente a las cuotas, ni el principio de igualdad en la formación de lotes («...se pasará por ella, en cuanto no perjudique la legitima de los herederos forzosos», dice el art. 1056 CC).
- No hay deber de saneamiento por evicción ni por vicios ocultos (art. 1070.1º CC).

11. STS 279/2023 de 21 de febrero, Núm. Cendoj: 28079110012023100465 Núm. Ecli: ES:TS:2023:1434 Núm. Roj: STS 1434:2023

- No hay tampoco que respetar el principio de que las legítimas se han de pagar con bienes hereditarios.

El art. 1056 párrafo segundo CC recoge una excepción consistente en la atribución por el testador de una sociedad o empresa a uno de los herederos con el fin de preservar indivisa una explotación económica, pagando la legítima en metálico al resto de coherederos con dinero o patrimonio extra hereditario y a plazos. Está pensando este precepto en la utilidad y la necesidad de dejar esta explotación a uno o varios de los herederos que pasarán a comercializarla, dotando de provecho y legalidad la partición así realizada por el testador.

B) La partición hecha por los coherederos

La partición hecha por los coherederos suele ser denominada como partición consensual.

Los herederos pueden prestar su consentimiento o ratificación a la partición realizada por el testador, pero también pueden en cualquier momento realizar una partición o modificar la partición realizada ya (art. 1058 CC).

Su voluntad soberana viene atribuida por el principio de autonomía de la voluntad de las partes del art. 1255 CC, pudiendo establecer renunciaciones, abdicaciones y repartos de la forma que consideren. Rige el principio de obligatoriedad propio de los contratos, así como la libertad de forma a la hora de realizarla. Sin embargo, ante la existencia de un documento privativo y un documento público posterior, prima este último, aunque no recoja con exactitud lo dispuesto en el primero, por entenderse este último como acuerdo novatorio (STS 348/2004, de 5 de mayo).

Pero no debemos perder de vista que estos pactos y acuerdos exigen el consentimiento de todos los partícipes. Si esta unanimidad no se consigue deberán acudir a otro tipo de partición, como la derivada de la partición en procedimiento de jurisdicción voluntaria realizada por contador partidor dativo o el juicio de testamentaria.

ria (partición judicial). Por tanto, si están todos de acuerdo menos uno, aunque este heredero tenga una cuota muy pequeña y sea muy minoritario no podríamos hablar de partición consensual, aunque no se trate más que de una conducta de presión desmedida, no puede imponerse. Podríamos admitir la partición consensual de la parte en la que hay acuerdo y la partición por contador partidador de la parte donde uno de los coherederos no consiente, para suplir la voluntad del disconforme (STS 921/2008, de 14 de octubre).

Muy discutida puede resultar a nivel práctico la partición consensual realizada de forma tácita por hechos concluyentes. Si hay libertad de forma y más siendo entre parientes, es posible que esta partición no esté recogida en ningún documento. Por ello es un pleito muy frecuente el que entra a dilucidar si la partición consensual ha sido o no realizada. Muy diversa es esta casuística que habría que estudiar desde cada caso particular.

También suele causar bastantes pleitos las renunciaciones a derechos hereditarios en particiones consensuales. La jurisprudencia da una interpretación restrictiva a estas renunciaciones, pues la renunciación no se presume y ha de ser personal clara, terminante e inequívoca, como expresión indiscutible de voluntad vinculante sin poder deducirla de expresiones equívocas o dudosas.

Puede ser parcial esta partición consensual, con omisión de bienes si así todos lo desean, pudiendo realizar los herederos una partición complementaria o adición posterior.

Es conveniente a nivel práctico que los herederos consientan la partición, bien porque realicen esta partición consensual o refrenden la partición realizada por el testador, contador partidador nombrada por el testador, por contador partidador dativo, en partición judicial, pues se vinculan entre ellos por la partición realizada por otros y se evita la contienda judicial de futuro, en cuanto que lo así acordado vinculará a los obligados, partes del acuerdo, y puede ser exigido su cumplimiento¹².

12. Vid. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La partición convencional*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019.

C) La partición por contador partidor

El testador puede encomendar la tarea de repartir su herencia a una persona concreta, por ello podemos hablar del cargo de contador partidor o comisario. Esta persona se encargará de realizar la partición en nombre del testador. Así lo dispone expresamente el art. 1057 CC, pudiendo nombrar este contador partidor en testamento o fuera de él.

A este contador partidor se le aplicarán las reglas del albaceazgo de los arts. 892 y ss. CC, por carecer de normativa específica más allá de este precepto art. 1057 CC y por tener unas funciones muy parecidas en algunos casos al albacea. Puede haber también un albacea al que se le asigne el cargo de contador-partidor, como también pudiera el testador asignarle funciones o facultades de administración de la herencia. Eso sí, el art. 1057 CC deja fuera de este nombramiento a los herederos, que no podrán desempeñar el cargo de contador partidor por el posible interés directo de los mismos en el resultado de la partición. Sin embargo, no se descarta el posible nombramiento de contador partidor al cónyuge viudo, con amplias facultades decisorias en virtud del art. 831 CC, que así se las confiere.

Se trata de un cargo personalísimo, que puede ser renunciado o aceptado, y que puede ser retribuido si se encomienda a una persona por la prestación de sus servicios profesionales, por ejemplo, si se encomienda a un abogado o a un notario.

La principal idea a señalar es que las facultades del contador partidor son amplias, ya que dividirá la comunidad hereditaria entre sus partícipes con sujeción a lo dispuesto por el testador y a la legalidad, respetando el principio de igualdad de lotes del art. 1061 CC, pudiendo interpretar el contenido del testamento, subsanar defectos leves u omisiones leves del mismo, liquidar la sociedad de gananciales con el cónyuge viudo sin necesidad de que intervengan los herederos, completar la partición hecha por el testador en virtud del art. 1079 CC, realizar la colación de bienes si fuera necesaria, y todo ello en el plazo señalado por el testador

o a falta de señalamiento en el plazo de un año (art. 904 CC). Pero no sería válida la partición realizada por contador partidor si no respeta la las instrucciones del causante manifestadas en testamento y aunque haya diferencias de valor originarias o sobrevenidas (STS 115/2010 de 18 de marzo).

El sentido del cargo de contador partidor se da desde la necesidad de repartir o partir la herencia. No tendría sentido si no hubiese nada que repartir porque, por ejemplo, sólo hubiera un heredero y no existiera una comunidad hereditaria. En esto se diferencia del cargo de albacea que sí puede existir sin comunidad hereditaria. Debe cumplir estas funciones de realizar la partición y liquidar la comunidad hereditaria. Si la partición ya la ha realizado el testador, quizás no quiso nombrar un contador partidor sino crear una especie de albaceazgo o disponer a través de reglas particionales no exhaustivas, dejando a salvo la partición posterior por el contador partidor.

Cuando realiza estas funciones o transcurre el tiempo estipulado para el desempeño del cargo éste cesa, salvo si se hubiese estipulado una posible prórroga.

Estamos ante una partición realizada extrajudicialmente que ha de recaer sobre la totalidad de los bienes relictos, cosa que no ocurre en la partición consensual o partición realizada por el testador. No podemos hablar para este caso, por tanto, de partición parcial.

El nombramiento de contador partidor puede hacerse en testamento o fuera de él, dejando a salvo la libertad de forma si se hace extra testamentariamente, siendo por supuesto revocable al igual que es revocable el propio testamento.

El causante puede indicar al contador partidor cómo hacer la partición dejando unas directrices o guía para ello. Dentro de las facultades encomendadas al contador partidor estará la de realizar las operaciones particionales como antes hemos mencionado, siendo recomendable que estas operaciones sean aceptadas por los herederos. Esta aceptación no es necesaria, pero de esta manera evitaríamos que si los herederos no están de acuerdo realicen con posterioridad contratos transmisivos, pueda haber impugnaciones

y se pierda en parte la utilidad de llevar a cabo la partición. Pero la partición hecha por el contador-partidor es un acto unilateral, aunque presten su acuerdo los herederos ratificando la partición por él realizada.

D) La partición por contador partidor dativo

Un aspecto frecuente en los tribunales es la falta de acuerdo sobre quién debe administrar la herencia cuando no hay nombrado un albacea y cómo deben gestionarse los bienes hasta que se realice la partición. Los herederos pueden no estar de acuerdo con la gestión de los bienes o pueden considerar que el albacea o contador partidor no está cumpliendo su papel correctamente. Esto puede generar también retrasos en la partición y conflictividad judicial¹³.

Cuando la partición no ha sido realizada por el testador, ni el testador ha nombrado un contador partidor, los herederos y legatarios de parte alícuota tienen la posibilidad de acudir a un procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria para que el Juez nombre un contador partidor dativo que realice la partición.

La partición así realizada se rige por el procedimiento de designación de peritos de los arts. 341 y ss. de la LEC. Y es que esta potestad de encomendar la partición a una persona neutral nombrada por el Juez viene reconocida expresamente por el art. 1057 CC, siempre que los herederos o legatarios la soliciten y éstos representen al menos el cincuenta por ciento del haber hereditario, citando a los demás interesados como demás herederos, cónyuge viudo o acreedores de la herencia.

Esta forma de partición requerirá finalmente la aprobación judicial, salvo confirmación expresa de los herederos y legatarios que integran la comunidad hereditaria. Los interesados podrán

13. Vid. CARBALLO FIDALGO, L. *Las facultades del contador partidor testamentario*, Madrid, 1999. RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia*. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

decidir si quieren acudir a esta vía o a un juicio de testamentaria (partición judicial).

Advertimos que esta posibilidad, partición por contador partidador dativo, ha sido poco usada en la práctica, pues deja la potestad de decidir a un Notario o Letrado de la Administración de Justicia y permite que los herederos si no están de acuerdo puedan impugnarla. Pudiera pensarse que a través de este cauce de jurisdicción voluntaria se podría evitar el juicio de testamentaria y no es así, puesto que no podemos atribuir potestad judicial al Notario o Secretario Judicial. Por ello, en caso de estar fundamentada la oposición de alguna de las partes, el Notario o secretario judicial podrían denegarla y remitir a los herederos al juicio de testamentaria o partición judicial. Ello conlleva dilación del procedimiento y costes. Por este motivo lo que lo que pudiera ser práctico se pueda convertir en una vía que no evita que se acuda finalmente al juicio de división de herencia.

E) La partición arbitral y la partición judicial

Los herederos pueden someterse a una partición arbitral o una partición judicial, buscando la forma de repartir el patrimonio hereditario mediante la intervención de terceros, árbitro o jueces.

En la arbitral, nos hallamos ante una partición realizada por un tercero, árbitro neutral. Las partes implicadas, herederos o legatarios de parte alícuota, nombran a un tercero, amigable componedor o arbitrador, perito, para que realice la partición. Lo que diga el tercero vinculará a las partes contractualmente, siempre que el acuerdo de acudir a este árbitro haya sido realizado por unanimidad, pudiendo superar incluso el nombramiento del contador partidador nombrado por el testador, pues ellos mismos han pactado de forma unánime que la partición se realice de otra manera, incluso aunque no haya justa causa para ello. Esto les vinculará a todos y lo por él adoptado será exigible judicialmente.

También han podido encomendar a una tercera persona funciones de asesoramiento y entrega de un proyecto de partición sin

que este proyecto les vincule. Dependerá de qué sea lo que se ha acordado. Entendemos que este tercero tendrá encomendadas las funciones derivadas del acuerdo, del mandato desempeñado, pudiendo ser revocado este encargo también por unanimidad. Por lo demás, el tercero debe respetar un justo y equilibrado reparto de lotes si así se hubiese establecido, las disposiciones testamentarias y evitar en lo posible suplementos en metálico.

El propio testador también pudo prever el arbitraje como vía para resolver las controversias de la comunidad hereditaria. De esta manera, podríamos defender este nombramiento pese a que uno de los herederos o varios pretendan iniciar un juicio de testamentaria.

A nivel técnico específico la partición arbitral puede estar contenida en un testamento si reúne los requisitos de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje de Derecho privado, aunque esto no es habitual en la práctica.

La partición judicial determina un procedimiento para la división judicial de patrimonios regulado en la LEC, Título II, Libro IV (arts. 782 a 787). En este caso estamos ante una acción judicial subsidiaria, para cuando la partición no ha podido resolverse sin contienda judicial. Los coherederos no han podido atribuirse bienes concretos porque no ha sido posible la partición extrajudicial de la herencia, porque el testador no ha dispuesto la misma ni nombrado a persona facultada para realizarla, no existe acuerdo por los coherederos para realizar la partición ni siquiera para nombrar un contador partidor dativo, por tanto, no existe otra posibilidad que acudir a la vía judicial. De ahí que el art. 1059 CC disponga que *«Cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará a salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil»*.

Podríamos decir que el procedimiento de división judicial de herencia se da cuando: no haya acuerdo entre los coherederos respecto al reparto de bienes, por ello utilizan la vía judicial para repartir la herencia (art. 1051CC). También debemos acudir a la partición judicial cuando la partición realizada por el testador per-

judica las legítimas o el plazo concedido al contador partidor ha finalizado sin que se haya realizado la partición¹⁴. Acudimos también a la partición judicial de herencia cuando no se haya dispuesto por el testador o pactado por los coherederos acudir a la partición arbitral y siempre que el caudal hereditario esté formado por más de un bien porque de lo contrario hay que acudir al procedimiento de división de la cosa común.

Este procedimiento de división de herencia tiene sus peculiaridades a nivel procedimental, pudiendo ser catalogado, al menos en una primera fase, como una especie de procedimiento de jurisdicción voluntaria, que terminará en un procedimiento verbal contencioso cuando en esta fase previa tampoco se consiga el acuerdo. Pese a estar abierto desde la acción (solicitud de división judicial de herencia) por cualquiera de las partes legitimadas conforme a la ley (coherederos o legatarios de parte alícuota art. 782 LEC), resulta muy aconsejable que se consiga un acuerdo para que coherederos y legatarios de parte alícuota presten la conformidad con el cuaderno particional realizado por el contador partidor judicial nombrado previamente por la Junta de herederos. De lo contrario, los procedimientos se pueden eternizar y pueden ocasionar o seguir ocasionando contiendas futuras, por la falta de valoración adecuada de bienes del haber hereditario, inclusión o exclusión de partidas, o impugnación de partidas del inventario judicial, impugnación de cuotas o lotes asignados a cada coheredero. Con ello queremos decir que si normalmente esta partición judicial de la herencia es subsidiaria porque el conflicto entre coherederos ha impedido cualquier tipo de acuerdo (partición convencional), continuar con la situación de conflicto durante el procedimiento de partición judicial lastra bastante las posibilidades de obtener resultados satisfactorios, condenando a las partes a la

14. La nueva Ley 1/2025 de Medidas de Eficiencia del Servicio Público de Justicia, introduce la obligación de la mediación antes de iniciar el proceso judicial.

espera de soluciones y aumentando los costes económicos, por el mayor gasto de minutar honorarios de profesionales varios intervinientes (contador partidor judicial, peritos judiciales, administrador judicial de herencia, abogados y procurados en los casos en que esta asistencia es preceptiva)¹⁵.

1.1 c) Operaciones particionales

Las operaciones particionales son todas las actividades llevadas a cabo para realizar la partición hereditaria.

El CC no precisa cómo deben realizarse las operaciones particionales con lo que podemos decir que hay cierto margen para que tanto testador como herederos las realicen de una u otra manera.

Sin embargo, existe una tendencia histórica a tener en cuenta cómo contadores partidores hacían antiguamente estas operaciones particionales. De ahí que se exija para ello las siguientes actuaciones básicas (operaciones particionales/cuaderno particional):

- Formación de inventario, avalúo y liquidación para determinar el haber partible.
- Formación de lotes o hijuelas
- Adjudicación
- Colación a los legitimarios de liberalidades en vida no exentas de colacionar

La **formación de inventario** determina la herencia en su caudal relicto o masa partible, sirviendo de base fundamental para la confección de la posterior partición en sus distintas fases. No necesita ninguna forma determinada, pero es muy habitual que se haga

15. Vid. CASADO CASADO, B., Tema 10, «Las fases del fenómeno sucesorio (VII). La partición hereditaria», en *Manual de Derecho de Sucesiones*, Con materiales adicionales on line, dirigidos por RUIZ-RICO RUIZ, ALBIEZ DOHRMANN Y QUESADA SÁNCHEZ, Atelier, Barcelona, 2025, págs. 207 y ss.

en instrumento público a efectos de constancia y prueba. Es obligado para separar los elementos del activo y del pasivo hereditario.

No obstante, se defiende que el patrimonio hereditario sólo está formado por el activo relicto sin que recaiga sobre el pasivo hereditario; la liquidación del haber partible no sería puramente una operación necesaria para llevar a cabo la partición. Cada heredero recibirá el pasivo en función de lo asignado y tendrá responsabilidad por las deudas relictas pendientes de pago en función de si acepta pura y simplemente o a beneficio de inventario, por lo que la relación se hace respecto al activo bruto y el inventario no debiera contener relación del pasivo.

Sin embargo, en la práctica es habitual relacionar el pasivo y realizar la liquidación posterior. Las operaciones de liquidación contendrán la modalidad de pagar ya todas las deudas relictas, bien conformando una lote o hijuela o bienes destinados al pago de las mismas.

Igualmente es necesario el cálculo del pasivo para fijar la cuantía de las legítimas y para poder determinar la oficiosidad o inoficiosidad de legados o donaciones, así como para determinar la cuota del legatario de parte alícuota. El art. 1064 CC ordena además el cómputo de todos los gastos generados durante la indivisión en beneficio de todos, al igual que cuando se defiende el cálculo y determinación del pasivo en la liquidación del régimen de ganancialidad como en la extinción de cualquier sociedad que ha quedado disuelta.

El art. 659 CC dice que la herencia estará compuesta por todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extingan a la muerte, pero no nos dice cuáles se extinguen. Se entiende que quedan extinguidos los derechos personalísimos y vitalicios, pero todas las demás posiciones activas, se llamen derechos subjetivos, potestades, facultades, derechos potestativos, poderes o expectativas jurídicas, integrarán el caudal relicto. Aún así se plantea mucha discusión en algunos supuestos sobre qué ocurre con ciertos derechos o posiciones jurídicas, condiciones de socio, pensiones de alimentos, cuentas, saldos bancarios en general, acciones y partici-

paciones en sociedades de capital, ayudas comunitarias, subvenciones, derecho al resarcimiento por muerte ilícita etc.

La formación de un inventario con inclusión de bienes ajenos al causante estaría viciada de nulidad, pero se admiten matizaciones como ocurre en la partición consensual del art. 1058 CC, sin perjuicio de posibles excesos de adjudicación, o la referencia al art. 1379 CC que permite el legado de cosa ganancial sin que se haya liquidado la sociedad de gananciales.

La omisión de bienes inventariables daría lugar a una partición complementaria adicionada o en su caso, a una rescisión por lesión, sin embargo, la jurisprudencia habla de nulidad de la partición con omisión de bienes cuando se aprecia mala fe, ocultación intencionada o la omisión tiene una importancia tal que no puede ser «subsana» con una partición complementaria.

El **avalúo** es la operación particional consistente en evaluar o valorar cada uno de los elementos del caudal relicto. Se trata de una operación de enorme trascendencia práctica y la que provoca muchos problemas por disputas entre los herederos referidas al valor asignado a cada uno de los bienes. Esto a veces bloquea la partición y abre la contienda entre herederos.

Uno de los problemas más habituales en la práctica tiene que ver con desacuerdos o discrepancias en la valoración de los bienes.

Algunos herederos pueden no estar de acuerdo con la distribución realizada porque entiendan que no se han valorado bien las atribuciones de cada uno, por la injusticia percibida en la distribución, entendiendo que la partición no ha sido realizada de manera equitativa, por la distribución que le ha correspondido o por la interpretación que se ha hecho del testamento. También muchas veces pueden iniciar procedimientos judiciales porque quieran quedarse con ciertos bienes o propiedades, objetos específicos que tienen valor sentimental o económico. También puede haber problemas para identificar o valorar ciertos bienes, porque se trate de bienes inmuebles mal registrados que no pueden identificar fácilmente o no pueden darle un valor exacto, o por la existencia de bienes intangibles de difícil valoración como ocurre con acciones,

inversiones o derechos sobre propiedades difícil de valorar o dividir. Algunos bienes o derechos pueden estar muy determinados y líquidos, por ejemplo, acciones, participaciones sociales, y otros muy indeterminados, como derechos de propiedad intelectual, obras de arte, bienes mobiliarios...

Esta valoración de los bienes y derechos debe hacerse en referencia al tiempo en que se realiza la partición y ha de buscar el valor de mercado de los bienes o propiedades.

Con la **liquidación** se procede a abonar todas las deudas y cargas de la herencia, entendiéndose esta liquidación como operación particional. Esta operación se ha de hacer antes de la formación de lotes, y, sobre todo, antes de la entrega y adjudicación de bienes concretos a los sucesores. Pueden dejarse partidas o hijuelas asignadas para el pago de deudas pendientes y también puede ocurrir en la práctica que con posterioridad aparezcan deudas de forma sobrevenida. La responsabilidad de los herederos en estos casos dependerá de si han aceptado la herencia de forma pura y simple o a beneficio de inventario y de la separación de patrimonios a efectos de responsabilidad (se configura como patrimonio separado el patrimonio hereditario a efectos de responsabilidad en la preferencia crediticia).

El art. 1061 CC recoge el principio normativo de igualdad de lotes, pero el testador tiene libertad para la **formación de lotes o hijuelas**, salvando las legítimas, cuando es él quien hace la partición, o la hace el contador partidador siguiendo las instrucciones del testador. En la partición consensual los herederos también tienen plena facultad dispositiva en virtud del art. 1255 CC y del principio de autonomía de la voluntad de las partes. Esta operación supone la concreción de bienes y derechos relictos determinados para cada partícipe en la comunidad hereditaria. La jurisprudencia establece que no hace falta una igualdad matemática y absoluta por lo que el principio de igualdad de lotes no puede sostener nulidades de cualquier clase, pudiendo estar justificada cierta desigualdad en la composición de lotes por motivos razonables o circunstancias concurrentes.

Dentro de las operaciones particionales, la figura de la **colación** se representa y define como una de estas operaciones particionales posibles, si se dan las condiciones legales para ello. La colación supone que, cuando haya varios herederos forzosos, se deba traer al cómputo de la partición, el valor de los bienes que algunos de ellos recibieron en vida del causante a título gratuito para que le sea descontado y calcular con ello su cuota antes de realizar la partición.

La colación aparece cuando existe una comunidad hereditaria. La colación sólo tiene lugar entre los legitimarios no afectando a quienes no lo son. Así aparece regulada en el art. 1035 CC, recogiendo expresamente la excepción a esta regla el artículo siguiente (art. 1036 CC) cuando afirma que el donante ha podido dispensar al donatario de la obligación de colacionar. Por ello, y por esta libertad de asignación del disponente, es por lo que se entiende que el testador puede disponer de la colación, entendiendo el TS que sobre la misma las normas que la rigen deben ser consideradas normas dispositivas.

Al tener esta figura una serie de particularidades propias y gran complejidad, no entraremos en este momento en un análisis detallado de la figura de la colación por exceder del ámbito objeto de este estudio.

EL documento «**cuaderno particional**» puede tener un contenido más amplio como: modificación de linderos, liquidaciones del impuesto de sucesiones, regularizar situaciones mantenidas durante años de forma irregular, entrega de bienes, dinero en compensación de excesos de adjudicación, etc.

En relación a este cuaderno particional, rigen las normas relativas a la forma en los contratos del art. 1278 CC, pudiendo compelerse los herederos a elevarlo a público tratándose, por ejemplo, de una partición consensual (arts. 1279 y 1280 CC). Sin embargo, debemos tener presente que este documento particional puede ser realizado de manera incluso verbal y puede ser parcial, o podría ser modificado con particiones más amplias con posterioridad con los problemas que ello ocasiona, por la divergencia respecto

de nuevas atribuciones posteriores. Si la partición la realiza el testador requiere forma testamentaria, según opinión de la mayoría de la doctrina.

Evidentemente esta flexibilidad en cuanto a la forma en que deben realizarse las operaciones particionales puede verse excepcionada por particiones judiciales, donde el documento particional se recoge en forma de documento público, o particiones consensuales que requieren el correspondiente asiento en el Registro de la Propiedad, que por tanto también requerirán la forma de documento público.

El testamento puede recoger meras normas o indicaciones, orientaciones particionales sin considerar que el mismo contenga una auténtica partición.

En ocasiones, los testamentos pueden ser ambiguos o estar redactados de manera que generen diferentes interpretaciones. Esto puede llevar a conflictos entre los herederos, ya que cada uno puede interpretar de manera distinta las intenciones del testador, lo que crea un escenario propenso a disputas legales.

La partición debe tener su correspondencia con el testamento y con las disposiciones por él dispuestas.

El cuaderno particional puede recoger también la liquidación de la comunidad post ganancial.

Cuando una persona muere estando casado en régimen de gananciales, debe proceder, con carácter previo a la partición, a liquidar la sociedad de gananciales. En estos casos al viudo o viuda le corresponde la cuota en abstracto de la comunidad post ganancial que se extingue con la muerte y que hay que liquidar también junto con el patrimonio hereditario. Por ello el propio cuaderno particional puede recoger indicaciones de liquidación de la sociedad de gananciales a la que pertenecía el fallecido.

El cuaderno particional puede resultar viciado de nulidad si no delimita bien el patrimonio propio y el ganancial y confunde los dos patrimonios. Por ello, aunque no sea imperativo, es conveniente liquidar la sociedad de gananciales una vez producida la muerte, máxime si hay bastante patrimonio y pudiera existir pro-

blemas respecto a la delimitación entre bienes privativos y gananciales. Es por tanto conveniente saber que esta irregularidad, con disposición, por ejemplo, de bienes gananciales y no de bienes propios puede viciar de nulidad la partición. Es este un problema que ocasiona mucha conflictividad judicial, por las posibles disputas entre los herederos y el cónyuge sobreviviente y por la imposibilidad de ejecutar la partición. Cosa distinta ocurre cuando los dos cónyuges han fallecido y disponen de particiones coordinadas de bienes a su fallecimiento. También pudiéramos estar ante supuestos de renunciaciones abdicativas del cónyuge viudo en vida, pues se aparta del haber hereditario como única forma a veces de conseguir la partición consensual de los herederos.

La partición puede consistir en la constitución de pro indivisos o puede ser total o parcial sin que esto haga que esté viciada de nulidad, salvo problemas futuros con otras particiones realizadas o con hechos concluyentes que denoten particiones con exceso de cabida de bienes o discordantes respecto a particiones anteriores.

1.2. COMUNIDAD HEREDITARIA Y EFECTOS DE LA PARTICIÓN. INEFICACIA DE LA PARTICIÓN

1.2 a) Efectos de la partición de herencia

La partición extingue la comunidad hereditaria. Se declaran atribuidos derechos y bienes del patrimonio hereditario entre los diferentes herederos. Tras la partición se adquiere, por tanto, la titularidad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados (art. 1068 CC): «La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados».

Al tratar los efectos de la partición debemos traer de nuevo aquí a colación las diferentes teorías sobre la naturaleza jurídica de la partición ya referenciadas, pues deberíamos analizar si esta

partición tiene naturaleza traslativa o simplemente declarativa, esto es, es la propia partición la que otorga la propiedad a los herederos o la partición simplemente declara algo que es ya suyo, una propiedad que previamente se había adquirido. De la literalidad del art. 1068 CC podemos interpretar que la palabra «confiere» simboliza que el legislador defiende una teoría traslativa, pero la palabra «propiedad exclusiva» podría dar a entender que los efectos ya se habían producido, que la transmisión ya se había producido y la partición lo que hace es hacerlo de modo exclusivo. La teoría especificativa, que es la mayoritariamente acogida por la doctrina, defiende que la partición serviría para especificar qué bienes han sido adquiridos de un modo exclusivo.

La regla general es que la partición produce la transmisión de la propiedad con efectos retroactivos desde el momento de apertura de la sucesión, sin perjuicio de no ser necesaria cuando estamos ante supuestos de heredero único. Estos efectos retroactivos determinan que un coheredero podría realizar un contrato de compraventa de un bien inmueble heredado antes de realizar la partición, condicionada esta venta a la partición y al otorgamiento de la propiedad en exclusiva con posterioridad, o sin estar condicionada esta compraventa, esto es, dependiente de la partición posterior, de tal manera que si no se le atribuye el bien incurriría en incumplimiento. Igualmente pueden los coherederos vender de forma conjunta un bien de la herencia antes de la partición.

Pero la transmisión de la propiedad del art. 1068 CC no implica necesariamente que los bienes deban ser divididos en lotes y atribuidos a cada uno de los herederos. Puede haber una cesión de bienes en comunidad porque algunos de estos bienes hayan sido atribuidos a varios de ellos; integrarían por tanto una comunidad romana de bienes, pero quedaría extinguida la comunidad hereditaria. Por ello no debemos dividir la acción de partición de la herencia con la acción de división de la cosa común. La acción de división de la herencia compete no sólo a los herederos, también al cónyuge supérstite y legatarios de parte alícuota, mientras

que la acción de división de la cosa común sólo compete a los comuneros (art. 400 CC).

Los arts. 1069 y ss. CC se encargan de tratar la obligación de saneamiento tras la partición hereditaria, saneamiento que sirve para preservar el equilibrio entre los lotes. Esta acción de saneamiento hace que los coherederos deban responder de la evicción y vicios, obligaciones y deudas de los bienes adjudicados tras la partición. Pero esta obligación de saneamiento no procede si el testador ha sido quien ha realizado la partición salvo que podamos presumir que fue otra su voluntad, estamos ante una partición convencional donde se ha pactado que no existe esta responsabilidad, o cuando la evicción proceda de una causa posterior a la partición o fuese ocasionada por el perjudicado. La obligación de saneamiento será proporcionada al respectivo haber hereditario. Además, los herederos sólo responderán de la insolvencia de un deudor si éste era insolvente al tiempo de hacer la partición, y no si deviene insolvente con posterioridad a la partición por alguna causa.

1.2 b) Ineficacia e invalidez de la partición

La acción de ineficacia e invalidez de la misma en particular es fuente de numerosos conflictos entre coherederos en la práctica judicial.

La regulación sobre esta materia en el Código civil es poco clara y muy confusa y carece de sistemática (arts. 1073-1081 CC), ya que no distingue bien entre los diferentes regímenes de ineficacia de la partición y porque esta ineficacia presenta ciertas peculiaridades propias del acto de partición y su finalidad; por ello podemos decir que esta ineficacia no es del todo semejante a los regímenes de ineficacia contractual, pese a que la norma intenta conectarlos. Explicaremos ahora esta cuestión con más detalle.

El Código civil recoge que la partición puede ser impugnada si presenta algunas de las causas de ineficacia aplicable a las obliga-

ciones y contratos en general. El art. 1073 CC establece literalmente que «podrá ser rescindida por las mismas causas que las obligaciones». Los preceptos siguientes están destinados a realizar una regulación expresa en este sentido. Sin embargo, no estamos ante un auténtico supuesto de «rescisión» relacionado directamente y exclusivamente con el art. 1291 y ss. CC, sino que este precepto refiere con carácter general con este término «rescisión» a cualquier supuesto de ineficacia contractual. En este sentido se ha pronunciado la Jurisprudencia determinando que el CC carece de una regulación específica sobre la ineficacia o invalidez de las particiones y que habrá que aplicar a la misma las normas de la nulidad de los negocios jurídicos, por lo que permite la impugnación de las particiones no sólo por rescisión sino por otros motivos (SSTS 7 enero 1975, 31 mayo 1980, 31 octubre 1996). También manifiesta la Jurisprudencia que las causas de ineficacia de la partición que recogen los arts. 1073-1081 CC no tienen un carácter limitativo ni exhaustivo (STS 29 de marzo de 1958), pues tiene un papel muy importante la figura de rescisión en sentido estricto, pero existen otros supuestos específicos de ineficacia (art. 1079 a 1081 CC) que no encajan en la teoría general de los contratos.

No obstante, podríamos establecer tres causas de ineficacia de la partición: nulidad, anulabilidad, rescisión.

Al ser la partición un acto negocio jurídico unilateral (acto divisorio patrimonial) no podemos entender aplicable a la misma sin más y por analogía la ineficacia que rige en materia contractual donde los negocios tienen carácter consensual y económico, salvo que estemos hablando de la partición consensual entre herederos del art. 1058 CC. No resulta totalmente extrapolable el art. 1291 CC ya mencionado por este mismo motivo.

Debemos partir del principio de conservación del negocio jurídico como canon hermenéutico que informa nuestro ordenamiento jurídico y advertir que el principio *favor partitionis*, nos hace determinar que tendremos que conservar la validez de la partición siempre que esto sea posible. Esta idea se afianza y respeta porque indudablemente es más beneficioso que la partición pueda permi-

tir la consolidación de la propiedad en títulos, evitando el excesivo fraccionamiento en cuotas o porciones ideales con los efectos antieconómicos que ello produce, y los conflictos y problemas en la práctica que este hecho puede ocasionar. Muy presente debemos tener también desde el punto de vista práctico, el principio general que vea el ir contra los propios actos, por ser frecuente comportamientos mutables de los coherederos, incluso contradictorios, fuente habitual de conflictos.

Advertimos, por tanto, que la Jurisprudencia hace una interpretación restrictiva de la invalidez de la partición, sin perjuicio de posibles rectificaciones o adiciones¹⁶. Sólo será posible la invalidez de la partición si no existe otra solución. Expresión de esta idea es la recogida en el art. 1079 CC que determina la adición de los bienes omitidos en la partición, no pudiendo dar lugar a la rescisión de la partición, sino a la adición o complemento de lo omitido. Igualmente lo establece el art. 1080 CC cuando recoge que la preterición de alguno de los herederos en la partición no supone su rescisión, sino que hace nacer el derecho a que el preterido exija la parte que le corresponda a los demás.

Las causas de nulidad y anulabilidad de la partición no están detalladas en su regulación. La mayor parte de sus artículos refieren la causa de la rescisión por lesión o «rescisión» cuando no se trata técnicamente de una rescisión. Sólo el art. 1081 CC recoge la nulidad de la partición hecha por quien creyó ser heredero sin serlo.

Podemos hablar de nulidad de la partición cuando existe un vicio sustancial o faltan elementos esenciales de la misma, por ejemplo, falta el consentimiento, los bienes no son pertenecientes al causante, la causa es ilícita por la ocultación deliberada de los componentes del caudal hereditario, es inválido el testamento que

16. Vid. posterior apartado 2.2 «La rescisión por lesión, por omisión, errores o defectos en la valoración de bienes, igualdad de lotes, por preferencia en la adjudicación de bienes» y 2.9 «Nulidad y anulabilidad de la partición».

la contiene, cuando la partición realizada infrinja normas imperativas, cuando exista un error sustancial en la valoración de los bienes adjudicados, por falta de liquidación previa de la sociedad de gananciales, por inclusión de bienes que no sean del partidor, por infracción de la naturaleza personalísima del cargo de contador partidor, por preterición de mala fe de un heredero (art. 1080 CC) etc.

Podemos hablar de la anulabilidad de la partición cuando se dan algunos de los supuestos de falta de capacidad y de vicios del consentimiento, cosa que puede ocurrir también en la partición hecha por los coherederos (art. 1058 CC). Por ello, los motivos que son causas de anulabilidad de la partición son los mismos que deben darse en cualquier otro contrato. El error puede ser más habitual, pues el juzgador percibe que hay disconformidad entre la mente y la realidad, exigiendo su carácter sustancial y la excusabilidad de haberlo sufrido. Pudiera ser que fuese difícil defender el carácter esencial del error y su excusabilidad, sobre todo, cuando el heredero ha contado con asistencia letrada en la partición, y que este posible error fuera más bien reconducible a las causas de rescisión que trataremos más adelante. Esta figura de la anulabilidad por vicios del consentimiento está admitida por la Jurisprudencia en supuestos de: partición hecha por el testador donde acredita que sufrió error sustancial y grave en la valoración de los bienes, error importante del contador partidor a la hora de hacer el avalúo, valoraciones gravemente inexactas, por ejemplo, valoración en la cualidad de la cosa (pensaba que era terreno de secano y era de regadío), error en la cantidad de los bienes de la herencia con omisión importante de bienes, error de derecho en renunciaciones de bienes en particiones consensuales, falta de representación legal de menores o discapacitados sometidos a curatela representativa, entre otros. En algunos casos la Jurisprudencia habla de anulabilidad en supuestos de omisión de bienes, porque dicha omisión se había provocado dolosamente o porque se ha prestado un consentimiento viciado por error. También la omisión de bienes es causa de nulidad absoluta cuando alcanza una porción importante de los que debieran haber formado el caudal partible, y lo hace

para declarar nula la partición realizada y llevar a cabo una nueva sin esta omisión.

La rescisión por lesión de la partición es la figura más utilizada para declarar la ineficacia de la partición. Es la figura a la que más se dedica el Código civil en la regulación de la invalidez de la partición (arts. 1073 y ss.), la más habitual en los supuestos de conflicto judicial.

Sin embargo, advertimos que esta rescisión no es la misma con exactitud que la recogida en el art. 1291 CC. La figura de la rescisión de la partición tiene más que ver con la rescisión por lesión específicamente. Y se trata de una rescisión por lesión más asociada al valor real de las cosas, al principio de igualdad o proporcionalidad en la distribución de lotes del art. 1061 CC, exigiendo que deba darse una equivalencia entre el valor de los lotes asignados a cada heredero, en función de su cuota en la partición, procedente por tanto cuando se da una desigualdad entre lo que el heredero recibe con la partición y lo que el heredero debe obtener según su cuota hereditaria, apelando a criterios de justicia distributiva y no conmutativa como ocurre con la rescisión contractual. Por ello, la rescisión en la partición cumple una función garantista del cumplimiento del reparto igualitario, pero pretendiendo la indemnización por el menor valor y no pretendiendo destruir la partición bien hecha en lo restante.

La causa fundamental de la rescisión, por tanto, es la lesión (art. 1074 CC), pero diremos que esta rescisión de la partición por lesión tiene cierta especialidad. Podemos hablar de tres tipos de rescisión: de la rescisión por lesión, de la rescisión por omisión de bienes (art. 1079 CC) y de la rescisión por la preterición de algún heredero (art. 1080 CC).

La partición realizada por el testador causante no puede ser impugnada por causa de lesión conforme al art. 1075 y art. 1056 CC; sólo será posible la impugnación si perjudica la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca o se presuma que fue otra la voluntad del testador, porque esta partición por testador no está regida por el principio de igualdad de lotes del art. 1061 CC.

El art. 1074 CC permite como excepción a la regla contenida en el art. 1293 CC, la facultad que tiene el coheredero lesionado de rescindir el negocio que le ha causado un perjuicio económico en más de una cuarta parte (rescisión por lesión), normalmente por haberse realizado una valoración defectuosa de los bienes adjudicados, (si el daño es menor se le da prioridad al mantenimiento de la partición así realizada por la dificultad que en algunas ocasiones supone la realización de la misma) tomando como valor de referencia aquel que tuvieran los lotes al momento de realizar la adjudicación.

La omisión de bienes o valores puede suponer lesión, pero el art. 1079 CC señala que esta omisión no dará lugar a la rescisión sino a una partición complementaria. Pero si la rescisión supone la rectificación parcial para evitar la lesión, no habría mucha diferencia en la práctica entre esto (rescisión por lesión) y una adición o complemento por la vía del art. 1079 CC (rescisión por omisión de bienes). La preterición de un heredero en la partición no producirá su rescisión, salvo que se pruebe mala fe o dolo por parte de los otros interesados, pero éstos tendrán obligación de pagar al preterido la parte correspondiente (rescisión por preterición de herederos).

Para la rescisión por lesión, el art. 1077 CC establece que el heredero demandado puede optar entre indemnizar el daño o que se realice una nueva partición, pero la nueva partición no afectará a quienes no hayan sido perjudicados o hayan recibido lo que debían recibir. Por este motivo podemos decir que la rescisión en la partición tiene una proyección general y no residual como en la rescisión contractual, aunque evitando siempre la destrucción de la partición ya realizada en lo que pudiera mantenerse. Este precepto (art. 1077CC) es el que más refleja el principio *favor partitionis*. Los Tribunales prefieren la rescisión de la partición antes que la nulidad, para poder utilizar este art. 1077 CC, prefieren el complemento a la partición antes que la rescisión, es decir, prefieren ir parcheando la rescisión antes que declarar su ineficacia. Solamente después de ejercitar la rescisión y con una declaración judicial de lesión, podría el heredero hacer uso de este derecho de opción del art. 1077 CC, aunque en la misma contestación a la demanda po-

dría reflejar el demandado su deseo de indemnizar en lugar de rehacer la partición o en trámite de ejecución. Reiteramos que el derecho de opción sólo procede por causa de rescisión y no cuando la partición atiende a cualquier otra irregularidad jurídica.

El art. 1078 CC recoge una especie de renuncia tácita a la acción de impugnación de la partición cuando entiende que no cabe la rescisión por lesión en supuestos de enajenación de bienes inmuebles adjudicados. El art. 1076 CC señala el plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de rescisión.

Debemos tener en cuenta que una partición consensual hecha por coherederos puede contener pactos de renuncia o transacciones. Por tanto, la posible desigualdad en la asignación concreta de bienes o valores puede obedecer a esta causa, siendo perfectamente válida la partición con estos pactos así dispuestos, sin que pueda ser entendida como lesión a efectos de poder pedir la rescisión. Al igual que la aceptación de la partición realizada por contador partidor y la posible impugnación posterior puede verse como una actuación contra los propios actos. Incurrir en estos pactos y pedir luego la rescisión podría tratarse de una conducta desleal y contraria a la moral, de abuso de un derecho.

Al hilo de estas posibles impugnaciones de la partición y su relación con la cautela sociniana, sí podemos admitir vía jurisprudencial la impugnación de la partición por lesión de la legítima de los herederos forzosos sin que esta impugnación pueda dar lugar a la aplicación de las sanciones dispuestas como cautela, puesto que la cautela sociniana sólo pretende evitar la impugnación que pretenda combatir la voluntad del ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador (STS 10 de junio de 2013). Igualmente debemos admitir los pactos de renuncia a acciones de impugnación como pactos válidos salvo que estos actos de renuncia perjudiquen a un tercero (art. 6.2 CC)¹⁷.

17. Vid. CASADO CASADO, B., Tema 10, «Las fases del fenómeno sucesorio (VII). La partición hereditaria», ob. cit., págs. 207 y ss.

2. PRINCIPALES PROBLEMÁTICAS PRÁCTICAS RELACIONADAS CON LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA

2.1. LA PARTICIÓN JUDICIAL Y LA ACCIÓN DE DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN

El principal problema relacionado con la partición de herencia se produce entre los coherederos a la hora de determinar el haber partible, su valor y la asignación de bienes a cada uno. Cuando el testador no ha hecho la partición, ni nombrado a un contador partidor, ni los herederos se ponen de acuerdo en cómo repartir, la ley permite que se pueda acudir a la vía judicial, interesándose todos, algunos o un coheredero o legatario de parte alícuota, en no permanecer de manera indefinida en la indivisión y, con ello, en no permanecer en la situación de comunidad hereditaria.

La acción de división judicial de la herencia es una acción habitual en nuestros tribunales. El derecho debe solucionar el interés legítimo de la parte o partes afectadas para poder salir de esa situación de indeterminación y de latencia, por la no atribución

de bienes concretos sino de cuotas en comunidad, con las consecuencias que ello puede conllevar. No olvidemos que los bienes hereditarios generan gastos y mientras no sean divididos todos los coherederos responden del pago, incluso cuando algún coheredero no se quiera hacer cargo, pues si los demás no asumen la responsabilidad del pago los gastos pueden ir a mayores o pueden causar perjuicios materiales o económicos de entidad. Pensemos, por ejemplo, cuando el haber hereditario está formado por varias fincas, que deben pagar impuestos, que hay que conservarlas en buen estado para que produzcan frutos, que pueden estar en estado ruinoso y causar daños a vecinos colindantes..., los coherederos son responsables de estos gastos y deben atender diferentes actuaciones preventivas, de contención, de mejora, de producción, de administración, etc., ¿qué pasa cuando uno de ellos no se hace cargo?, los demás deben suplir esta responsabilidad, sin perjuicio de poder exigir estos pagos en el momento de la partición conforme al art. 1063 y 1064 CC. La partición de la herencia permitiría dejar de «sufrir» estas situaciones.

La división del haber hereditario individualiza la responsabilidad atribuida a cada uno y permite la mejor gestión. La partición atribuye bienes concretos y permite poder disponer de ellos, pues la cesión de cuotas hereditarias tiene mucho menos interés respecto a terceros. De hecho, podemos pensar que no resulta nada atractiva por la conflictividad que suele haber detrás de estas situaciones. Algo más de interés puede tener desde el punto de vista de otros coherederos a los que sí le puede interesar adquirir estas cuotas hereditarias. La indivisión lastra de futuro también posibles actos de disposición o enajenación, de hecho, podemos observar que en la práctica se dan casos de bienes hereditarios abandonados por la imposibilidad de llegar a acuerdos o soluciones entre los coherederos.

Cuando las partes acuden a la acción de división judicial de herencia normalmente es porque no han podido realizar la partición de ninguna manera y necesitan y quieren repartir el patrimonio hereditario. Es una práctica habitual antes de iniciar un

procedimiento judicial de cualquier tipo intentar llegar a un acuerdo. Resulta un comportamiento un tanto desleal presentar la solicitud sin ni siquiera haber intentado realizar la partición por otros medios¹⁸.

Podemos decir que cuando se llega a la acción de división judicial de herencia suele ser bastante frecuente que las partes vengan de años de conflictividad. Esta situación impide también igualmente que pueda sustanciarse el procedimiento de forma rápida, siendo habitual que no se consiga acuerdo en la primera fase del procedimiento y haya que acudir al trámite del juicio verbal (arts. 782-789 LEC); así como suele ser habitual que con posterioridad aparezcan recursos e impugnaciones a la partición judicial realizada.

El conflicto ya está servido, traía causa de años atrás y continúa de futuro, mientras que ahora deberán enfrentarse también a minutas muy elevadas y gastos procesales de entidad relacionados, entre otros, con los servicios del contador partidor judicial y peritos.

Hemos de separar bien la acción de división judicial de herencia de la acción de división de la cosa común, esta última con una regulación independiente en el art. 400 CC. No existe la atribución de bienes pro indiviso a varios herederos porque no se ha realizado la partición, si bien esta situación de comunidad de bienes romana puede tener incidencia en la acción de división judicial de la herencia, paralizando la misma cuando la división sea necesaria con carácter previo o determinando consecuencias respecto a la partición futura. También pueden darse situaciones a la inversa, donde la partición sea necesaria antes de poder luego entablar una acción de división de la cosa común.

18. Vid. Art. 5 Ley 1/2025 de 2 de enero de Medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, podría ser obligatoria la mediación en algunos casos. Si se trata de herederos adultos que discuten la división sin que haya derechos indisponibles implicados, podría aplicarse el requisito de mediación previa como parte de los MASC.

2.1 a) Acción de división de la cosa común sin haber realizado la partición de la herencia

De esta manera, por ejemplo, el caso reflejado en la sentencia del **Tribunal Supremo 701/2008, de 21 de julio**¹⁹. En esta ocasión se ejercita la **acción de división de la cosa común procedente de la romana *actio communi dividundo***, que partía del principio de que nadie puede ser forzado a permanecer en la comunidad (art. 400 CC). El demandante ejercita esta acción frente a sus tres hermanas, todas como herederas de la hermana fallecida sin que se haya llevado a cabo la partición de herencia. El suplico de la demanda es doble en cuanto que refiere a unas fincas copropiedad del demandante y de la fallecida y pide:

- que se dividan las fincas entre demandante y demandadas, como herederos todos ellos de la fallecida.
- que se divida entre el demandante, un 50 por ciento y las demandadas el otro 50 por ciento como herederos entre los que también se halla el propio demandante. La petición dice literalmente: «se dividan las fincas: un 50% para Don Diego, y el otro 50% para los cuatro herederos de Doña Elvira, en los que está incluido el demandante.»

La sentencia del Juzgado de 1^a Instancia de Arenas de San Pedro, de 9 de junio de 2000 rechaza el primero de los pedimentos, por **no haber la acción mientras no se lleve a efecto la partición y mediante ésta, las cuotas ideales que corresponden a los coherederos se transforman en bienes concretos y la comunidad hereditaria, germánica, deviene comunidad ordinaria, romana, sobre la que puede ejercerse la acción de división**. Del segundo de los pedimentos nada dice. La sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, de 23 de enero de 2001 con-

19. STS 701/2008, de 21 de julio (RJ 2008/7057).

firma la anterior y entra en el pedimento segundo, que lo estima en el sentido de acordar la división de las fincas «en la proporción en cada una de ellas de un 50% para el actor y el otro 50% para la comunidad hereditaria de Doña Elvira» Y la acción de división se ha dirigido contra los herederos, no contra los copropietarios (no se ha practicado la partición de la herencia) y la sentencia de la Audiencia Provincial, objeto de este recurso, advierte el problema y ve la defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal, por lo que cambia aquella relación: no condena a las demandadas a la práctica de la división de la cosa común, sino que condena a la comunidad hereditaria que no había sido demandada. Cae, pues, en incongruencia *extra petita*.

Por tanto, antes de la partición no cabe ejercitar la acción de división de la cosa común al existir una comunidad germánica sobre el conjunto de los bienes de la herencia y ser la partición y la adjudicación la que atribuye la propiedad de bienes concretos.

En su Fundamento de Derecho Tercero, esta sentencia determina que **rechaza la *actio communi dividundo* por haberse formulado de forma incorrecta la demanda al dirigirla contra los que no son copropietarios, porque es la partición la que atribuye la propiedad** (en este caso copropiedad) de los bienes y antes de ello se da una comunidad germánica sobre el conjunto de bienes y no de bienes concretos y dispone:

«Las fincas cuya división se pretende forman parte de tal comunidad, no son su único objeto y no cabe una división fuera de la partición, división cuya acción se ha dirigido contra personas —hermanas del demandante— declaradas herederas, pero que todavía no son copropietarias de las fincas, ni podemos saber si lo serán por la adjudicación de bienes, tras la de partición de la herencia».

El Tribunal señaló que **la división judicial de la cosa común sólo procede cuando existe indivisibilidad o imposibilidad de acuerdo entre los coherederos** para su partición.

Si no se acreditan estas circunstancias, o si la cosa común es divisible sin menoscabo de su valor, el tribunal puede rechazar la acción de división.

La Sentencia 701/2008 clarifica los requisitos, la naturaleza y el alcance del procedimiento especial de división judicial de herencia, reafirmando su carácter sumario y vinculante para resolver conflictos entre coherederos que no consiguen un acuerdo para la partición.

Por lo tanto, la acción no es automática ni puede ejercerse indiscriminadamente; requiere que se justifique la necesidad real de la división judicial.

La STS 461/2004 de 28 de mayo²⁰. Esta sentencia igualmente rechaza la acción de división de la cosa común al no haberse practicado antes la aceptación, partición y subsiguiente adjudicación del bien. Existe un derecho abstracto de los actores sobre la totalidad del patrimonio hereditario, en comunidad con los demás coherederos que no se especifica sobre la finca hasta que se les haya adjudicado. La Audiencia Provincial desestima el recurso y afirma:

«Estamos en presencia de un bien singular perteneciente a un patrimonio hereditario indiviso sobre el cual no consta que los actores tengan una cuota concreta de propiedad indivisa que les haya sido adjudicada en la partición de la herencia, cuya partición no han acreditado que se haya llevado a cabo y que, como hemos dicho, es presupuesto material imprescindible para la viabilidad de la acción de división que han ejercitado, porque pudiera darse el caso que realizada la partición no se les adjudicara el bien inmueble cuya división se pretende (...). El concepto de partición de la herencia, sinónimo a división de la misma, es el acto —negocial o judicial— que pone fin a la comunidad hereditaria mediante la adjudicación a los herederos de las titularidades activas que forman parte del contenido de la herencia. Con la partición cesa la comunidad hereditaria y el derecho en abstracto que tienen los coherederos sobre la herencia se transforma en derecho concreto sobre los bienes que se le adjudican a cada uno (artículo 1068 del Código Civil).

20. STS 461/2004 de 28 de mayo (RJ 2004/3978)

Antes de la partición, la comunidad hereditaria está formada por el patrimonio hereditario cuya titularidad corresponde a los coherederos conjuntamente; es decir, éstos tienen un derecho hereditario que no está concretado sobre bienes determinados, sino recae sobre el total que integra el contenido de la herencia; es una sola comunidad sobre la universalidad de los bienes y derechos hereditarios. Los titulares, coherederos, lo son del todo considerado unitariamente, sin corresponderles una participación concreta en cada uno de los bienes y derechos».

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

La partición, pues, sustituye la cuota que cada coheredero tiene en la comunidad hereditaria, por la titularidad exclusiva en los bienes o derechos que se la adjudican; **la partición específica o determina qué bienes concretos corresponden a cada coheredero**: es la teoría sustitutiva o especificativa de la partición, mantenida por la doctrina moderna y la jurisprudencia, en sentencias de 21 de julio de 1986, 13 de octubre de 1998, 21 de mayo de 1990, 5 de marzo de 1991, 28 de junio de 2001. El TS declara por tanto no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

2.1 b) Partición judicial de herencia. Determinación o inclusión de bienes dentro del haber partible

A) Inclusión en el haber partible de las donaciones recibidas por la esposa

En la partición judicial de herencia los coherederos pueden no ponerse de acuerdo con la formación del inventario judicial, presentando **problemas incluso la determinación o inclusión de bie-**

nes dentro del haber partible. De este modo, la **STS 807/2023, de 24 de mayo**²¹, resuelve un supuesto donde los coherederos discutían la **inclusión en el haber partible de las donaciones recibidas por la esposa.**

El esposo había fallecido bajo testamento, donde reconoce herederos a sus tres hijos, Regina, Sabino y Silvia, lega a su esposa, Herminia, el tercio de libre disposición más su cuota viudal usufructuaria y mejora a su hija Silvia en el otro tercio (tercio de mejora). Los dos hermanos demandaron a la hija y a la esposa del fallecido, citando a las partes para la formación de inventario, conforme a los arts. 783 y 794 LEC. Convocada la Junta comparecieron todas las partes (art. 783.2 LEC) y ante las controversias sobre la formación del inventario y la inclusión de bienes, se continuó la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal (art. 794.4 LEC). Por auto se designó administradora a la viuda, con obligación de prestar fianza y rendición de cuentas trimestral de su gestión (arts. 792.2 y 3 y 799 LEC). Los hermanos solicitaron la inclusión en el activo, del importe de un préstamo que el causante había hecho a la viuda, y ésta se opuso alegando la condonación de deuda. Silvia mostró su conformidad con la no inclusión del crédito condonado mientras que Regina y Sabino señalaron que no se habían justificado las cantidades devueltas por la esposa y en cuanto a lo condonado podía estar sujeto a colación hereditaria.

La esposa alega que las donaciones que le hizo el causante solo son «colacionables» en el sentido amplio recogido en el art. 818 CC, pero no en el sentido estricto del art. 1035 CC. Argumentó que debían computarse a efectos de calcular la legítima para valorar si con la donación se perjudicaba a los legitimarios, lo que estos no habían alegado, pero no colacionar porque la colación se refiere a herederos forzosos que concurren como herederos de la misma clase, es decir, entre coherederos del mismo grupo, por lo

21. STS 807/2023, de 24 de mayo (RJ 2023/3724)

que la cantidad de 45.000 euros que le donó el causante no debe ser deducida de la masa hereditaria que haya de percibir la viuda. La Audiencia Provincial determinó que:

«Teniendo en cuenta cuanto antecede, es claro que el cónyuge es heredero forzoso conforme al art. 807.3 del Código Civil, al igual que los hijos y descendientes del causante, siendo todos los herederos forzosos legitimarios, incluido el cónyuge viudo en cuanto a cuota legal usufructuaria, por lo tanto debe colacionar lo recibido por donación, a fin de compensar a los demás herederos forzosos de lo recibido a título gratuito, ya que de no ser así se haría de peor condición a los legitimarios hijos del causante, en relación al legitimario cónyuge viudo, por ello no puede aplicarse a aquellos una obligación que no fuera aplicable a este».

«Por lo tanto la donación hecha a la Sra. Herminia, cónyuge del finado, debe colacionarse por las razones antes expuestas, lo que hace que el alegado contrario a la colación que contiene el recurso no pueda tener favorable acogida».

El Tribunal Supremo afirma que **la colación es una operación particional, art. 1035 CC, para que el donatario reciba de menos todo lo recibido antes mediante donación, salvo que el causante haya dicho lo contrario, art. 1036 CC.** Querría por tanto el causante, que lo donado a un legitimario sea un adelanto de lo que le pueda corresponder en su herencia cuando muera.

La colación no afecta al no legitimario, aunque sea instituido heredero. Otra cosa es que las donaciones que haya podido recibir el no legitimario sí se tengan en cuenta a efectos de la computación para el cálculo de la legítima (art. 818 CC), y si las donaciones son inoficiosas y no respetan la legítima podrán reducirse a instancias de los legitimarios perjudicados. Pero la colación afecta a legitimarios de la misma clase, pero no entre legitimarios de un grupo distinto, por ejemplo, colacionan los descendientes entre sí, ascendientes entre sí. De hecho, el cónyuge es un sujeto que nunca colacionará, porque por su esencia no puede concurrir a la vez como legitimario con otro cónyuge (no hay bigamia en España).

Otra cosa es que esa donación o condonación lesione por su elevada cuantía las legítimas de los hijos.

La opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria niega, no obstante, que el viudo se vea afectado por la colación, porque en cuanto legitimario es usufructuario y tiene esta condición, aun cuando hubiera sido instituido como heredero o legatario de partes alícuota. No debiera colacionar al igual que no colacionan terceros extraños instituidos como herederos.

Esta fue la tesis seguida en la Sentencia 955/2000, de 25 de octubre, que declaró:

«Cuestión diferente es que las donaciones a la viuda, que no deben colacionarse en el sentido de los arts. 1035 y ss. CC, sí que deberán computarse a efectos del cálculo de la legítima (art. 818 CC) para apreciar si son o no inoficiosas, lo que no ha sido objeto de este procedimiento, al igual que tampoco lo ha sido la procedencia de su imputación a la parte libre, dada la voluntad del causante de que la viuda reciba la legítima usufructuaria y el tercio libre».

B) Inclusión en el inventario judicial de un bien donado por el testador y gastos varios con cargo al pasivo hereditario

En la STS 53/2024 de 19 de febrero²², los coherederos no están de acuerdo con el inventario judicial. Entienden los coherederos que debe incluirse el bien donado por el testador, para tener en cuenta su valor al efectuar las operaciones divisorias en la fase de inventario.

Se trata de un bien donado en fecha anterior al fallecimiento del causante, queriendo que el valor de la finca forme parte del activo al objeto de avalúo posterior procedente para realizar luego el cálculo de la legítima estricta. Son sus dos nietos los que recu-

22. STS 53/2024, de 19 de febrero (RJ 2024/ 126475)

rrén como legitimarios en su cuota de legítima estricta tras el fallecimiento de su padre, hijo del causante. La heredera universal de todo lo demás era su hija supérstite. Este inmueble había sido donado por el causante a su hija.

Entiende el Tribunal que esta Sala en Sentencia de 27 diciembre de 2016, señala que: *«El inventario del caudal relicto debe estar integrado por tres partidas. A saber: El “relictum” (bienes que quedan a la muerte del testador), el pasivo (las deudas y cargas de la herencia) y el “donatum” (lo dispuesto por el testador en vida gratuitamente)».*

Debiendo destacarse que establece el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 21 de abril de 1997 que **cuando el artículo 1036 del Código Civil establece que la colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos cuando el donante así lo dispone expresamente, salvo en el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa, ello no implica que se prescindiera de la donación en el inventario de bienes para imputarla donde procediere**, tal y como recoge esta Audiencia Provincial, entre otras, en Sentencia de 21 de mayo de 2020, Sección 25, al señalar que estamos en una fase inicial de la división de herencia, como es la formación de inventario y deben computarse no solamente el caudal relicto sino también el *donatum*, es decir, traer a la cuenta de partición todas las donaciones para comprobar si se respetan las legítimas. Señalando la Sentencia dictada el 16 de septiembre de 2016, Sección 8, que **en los casos de donaciones con dispensa no se imputan las mismas a la legítima, pero no se prescinde de ellas en el inventario general de los bienes del causante para la determinación de la masa hereditaria y cálculo de la legítima de los herederos forzosos.**

Por otro lado, los nietos consideran que no debe de incluirse en el pasivo la cuota del impuesto de plusvalía mortis causa del Ayuntamiento de Madrid, en relación al inmueble, suma abonada por la hija del causante, ni el 50% de impuesto sobre bienes inmuebles correspondiente a los ejercicios 2015 a 2020 pagado por una de las demandadas, en relación a dicho inmueble, ni el 50% de las derramas extraordinarias de la Comunidad de Propietarios,

basándose en que el impuesto sobre el incremento de plusvalía mortis causa no es un impuesto del causante y que tampoco son deudas o cargas del causante el Impuesto sobre Bienes Inmuebles devengado con posterioridad a su fallecimiento ni los gastos de derrama, posteriores a dicho fallecimiento.

Los gastos referidos se han generado tras el fallecimiento del causante y en fase de indivisión de la herencia, en relación de uno de los inmuebles incluidos en el activo del inventario, señalando el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de octubre de 2020, que *«la liquidación de los gastos efectuados en los bienes hereditarios después de la apertura de la sucesión, es posible en sede de operaciones particionales, tal y como recuerdan las Sentencias de esta Sala 499/2910, de 19 de julio, y la Sentencias de 25 de julio 2002(Rc 479/1997) y de 25 de mayo de 1992(Rc 398/1990)»*. Disponiendo el artículo 1063 del Código Civil que: «Los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos, y los daños ocasionados por malicia o negligencia.» Por lo que **los gastos que corresponden a la comunidad hereditaria y se refieren a los bienes incluidos en el haber hereditario, deben ser abonados con cargo al pasivo y si son abonados por uno de los herederos, se deben incluir en el pasivo como crédito a favor del mismo.**

C) Oposición al cuaderno particional por exclusión de deudas del pasivo de créditos por derramas, arreglo, seguro y gastos de comunidad. Compensación por el uso exclusivo y excluyente de la vivienda por uno de los coherederos

En otras ocasiones las disputas se hacen visibles con la **oposición al cuaderno particional**. Por ejemplo, en el caso que planteamos se produce la **oposición de los hijos al cuaderno particional** porque excluía del pasivo de las herencias paterna y materna un crédito por derramas, arreglo, seguro y gastos de

comunidad devengados desde 2013 invocado por Doña Marina. **Los hijos entendían que esos desembolsos debían ser compensados con el uso y disfrute exclusivo de la vivienda en cuestión durante ese mismo periodo.** Ellos entienden que se excluía del pasivo de la comunidad hereditaria el crédito en compensación por el uso compartido de la vivienda, un crédito que asigna el valor de 54000 euros por haber disfrutado a título gratuito del inmueble durante estos años. Este asunto fue resuelto, por la **SAP de Asturias 517/2023 de 6 de octubre**²³.

Se pone en cuestión, por tanto, que el art. 1063 CC haga que tenga cobertura los ingresos potenciales, sino sólo las rentas o beneficios obtenidos. El heredero que pose es poseedor legítimo y de buena fe, y esto deja de ser así cuando continua la tenencia de forma exclusiva y excluyente contra la voluntad expresa del resto.

Dice al respecto la doctrina que, si uno de los partícipes en la comunidad **«viene usando más que los demás, aunque tal uso fuera incompatible con el de los otros, eso por sí solo no lo convierte en un uso sin causa, sin justificación e ilícito, de modo que pueda dar lugar a una acción de enriquecimiento o de resarcimiento del daño. Para ello parece necesario infringir una reglamentación específica del uso, o un requerimiento —caso de no existir aquella— del comunero lesionado por uso incompatible con su derecho».** Afirmación, la transcrita, que claramente se desprende tanto de la repetida Sentencia de esta Sala de 4 de marzo de 1996, como de las posteriores 416/1996, de 20 de mayo (Rec. 3398/1992), 975/2004, de 20 octubre (Rec. 2712/1998) y 1234/2007, de 28 de noviembre (Rec. 3613/2000).

El piso en cuestión había sido domicilio de los causantes de los litigantes y a su muerte, continuaron usándolo la heredera incapacitada y su hermana y tutora sin que nadie haya protestado o discutido este uso. Por otro lado, manifiesta la sentencia en cues-

23. SAP Asturias 517/2023 de 6 de octubre (JUR 2024/10302).

ción que los gastos de la comunidad en régimen de propiedad horizontal son carga de la comunidad hereditaria con independencia de quien ocupe el piso. Los gastos realizados en una reforma o rehabilitación, le han sido útil a la vivienda y han incrementado su valor, y no consta que sean de lujo o mero recreo para hacerlos recaer sólo en quien los abonó.

En cualquier caso, son muchos y muy variados los motivos que llevan a los coherederos a oponerse al cuaderno particional en la partición judicial, al no estar de acuerdo con la inclusión de partidas o la valoración de los bienes llevados a cabo por el contador partidador judicial. Por ello, recurren la división judicial de herencia, llevando las discrepancias a alguna partida o a veces incluso a todas, aunque sea un tercero, contador partidador judicial, quien realice la partición.

La división judicial de la herencia se hace necesaria por la situación de conflicto, al no ponerse de acuerdo para la partición convencional, pero también es el conflicto el que lleva a los coherederos a oponerse a la partición judicial realiza por el contador partidador nombrado por el testador, a la partición realizada por el testador o a la partición realizada por el contador partidador judicial una vez iniciado el procedimiento judicial de división de herencia. El supuesto que presentamos a continuación es muestra de ello.

D) División judicial de la herencia. Errores en la valoración de diferentes partidas. Desequilibrios poco significativos o injustificados

SAP Barcelona 647/2024 de 9 de septiembre²⁴. Los hechos ocurridos fueron los siguientes: la hija solicita la división judicial de la herencia de su padre por la vía del art. 782 LEC. Fue convocada la junta de herederos interesando la designación de contador partidador para la división y valoración patrimonial hereditaria. Los

24. SAP Barcelona 647/2024 de 9 de septiembre (JUR\2024\441698)

coherederos son los dos hijos. El contador partidor judicial elabora el cuaderno particional y ambos herederos formulan oposición. En un caso, un heredero entiende que existen errores en la valoración de diferentes partidas, en concreto: inmueble 1, vivienda que constituía el domicilio conyugal (apartado I.1); «carnet de socio del CFB» (apartado IV.7); «devoluciones de pagos ingresados indebidamente» (apartado IV.8); hipoteca del inmueble 1 (apartado VII.1) a fecha 14 de julio de 2020; y «honorarios de procurador y abogado de Florinda» (apartado VIII). También se opone este heredero al reparto de los bienes, denunciando un desequilibrio irrazonable e injusto de los lotes atribuidos a cada heredero que perjudica claramente sus intereses.

La heredera funda su oposición en las siguientes omisiones y discrepancias del contenido del cuaderno particional: no se fija el rendimiento económico que obtiene el heredero Federico de los inmuebles 1 (vivienda) 3 (plaza de aparcamiento) y 4 (plaza de aparcamiento); discrepancia con el importe del ajuar doméstico adjudicado a la heredera Florinda y discrepancia con el importe de las cuotas atrasadas de comunidad del inmueble 2 (apartamento en Vandellós) a fecha 21 de julio de 2020.

En primera instancia se aprueba el cuaderno particional del contador partidor judicial y se modifica eliminado del pasivo la partida correspondiente a los honorarios de abogado y procurador y se corrige el importe de las cuotas atrasadas de comunidad del apartamento en Vandellós (inmueble 2).

En apelación el heredero alega falta de congruencia por no pronunciarse la sentencia sobre alguno de los motivos de oposición y de falta de motivación de la sentencia. También aduce error en la valoración de la prueba, insistiendo en la existencia de error en la valoración de determinadas partidas y en un reparto de los bienes desequilibrado en perjuicio del apelante e interesando la inversión de los lotes o su revisión.

La Audiencia Provincial rechaza estos argumentos. Entiende que la sentencia de primera instancia razona y justifica cumplidamente, con base en la normativa aplicable y la doctrina jurisprudencial.

dencial, las alegaciones opuestas en relación con la valoración de las partidas como con la atribución de los lotes efectuada por el cuaderno particional elaborado por el contador partidador nombrado judicialmente. También manifiesta que tampoco cabe acoger las alegaciones del recurso relativas a que la sentencia adolece de incongruencia omisiva.

Se alega una errónea valoración de la prueba en relación con la valoración de las siguientes partidas: valor del inmueble 1, del «carnet de socio del FCB», de la partida de «devoluciones de pagos ingresados indebidamente» (apartado IV.8) y de la hipoteca del inmueble 1 (apartado VII.1), interesando una revisión del reparto efectuado.

La Audiencia provincial acepta que deba modificarse el cuaderno particional aprobado por la sentencia de primera instancia en el sentido de corregir las siguientes partidas y estimar en ese extremo el recurso de apelación:

- Eliminar del activo la partida correspondiente a «Carnet Socio FC. Barcelona».
- Corregir la partida del pasivo relativa a «recibos impagados de la finca NUM005» que queda como sigue: «Recibos impagados: Finca NUM005, a fecha 14 de julio de 2020, la totalidad del importe le corresponde un valor de 31.052,93 €».

Pero finalmente entiende que **estas modificaciones no pueden conllevar una revisión o modificación del reparto de bienes porque no representan un desequilibrio significativo e injustificado, conforme al art. 464.81 CC Cataluña y 1061 CC.** Como los inmuebles 1 y plazas de parking 3 y 4 habían sido ocupados por el coheredero desde la fecha de fallecimiento del causante sin abonar importe alguno, esto ha sido tenido en cuenta para la formación de lotes y afirma que:

«La falta de igualdad matemática que pueda derivar del valor de los lotes adjudicados a cada uno de los herederos también quedaría compensada

por el disfrute percibido individualmente por el apelante de los referidos bienes relictos, cuyos rendimientos no han sido contados e integrados en cuaderno particional a los efectos de lo dispuesto en el art. 464-9 CCCa-taluña [1. Los coherederos deben reintegrarse recíprocamente, en proporción a su haber, los frutos y rendimientos percibidos de los bienes que componen la herencia]».

E) División judicial de herencia y posible partición convencional anterior tácita

Motivo de conflicto también puede ser que en el momento de la división judicial de la herencia **se discuta la existencia de una partición convencional anterior tácita**. Esto fue lo que ocurrió en la **SAP Huelva 345/2024 de 15 de mayo**²⁵. Los hechos parten de la existencia de **unas normas particionales que sirvieron de base para una partición convencional del art. 1058 CC**. Pero se **solicitó la división judicial de la herencia** de Doña Eugenia por su esposo e hijos. Se pidió la división judicial de la herencia para el nombramiento de contador partidor y perito, para la adjudicación de los bienes dejados en testamento por Doña Eugenia, donde había dejado la legítima estricta a los demandados, en cumplimiento del párrafo segundo de la cláusula primera del testamento.

Tras personarse la parte demandada, se convocó a las partes a la junta de herederos a celebrar el día 15 de noviembre de 2018 y, posteriormente, a otra que tuvo lugar el día 3 de abril de 2019, en las que la parte demandada se opuso a lo interesado por la parte demandante alegando, sustancialmente, la existencia de una partición convencional efectuada por los herederos.

No existiendo acuerdo entre éstos, se decidió nombrar Contador Partidor y Perito.

Como quiera que no se alcanzaba acuerdo entre las partes se convocó a éstas a una vista en la que la parte actora se afirmó y

25. SAP Huelva 345/2024 de 15 de mayo (JUR\2024\260577)

ratificó en su pretensión, oponiéndose la demandada por los motivos expuestos.

La parte demandada, desde un principio, puso de manifiesto la existencia de una partición convencional efectuada de forma unánime entre todos los herederos, lo que, a su juicio, impedía se llevarse a efecto una partición en forma distinta a la acordada. **Del art. 782 LEC puede deducirse que la partición convencional hace innecesaria la partición judicial. La partición convencional tiene carácter de preferente conforme al art. 1059 CC. No sería factible la partición judicial si existiera ésta.** Dada la naturaleza contractual de la partición convencional se exige necesariamente el consentimiento de todos los coherederos, y si no existiera este consentimiento unánime la partición no tendría valor jurídico.

No estaremos ante una partición por testador cuando no ha realizado la distribución de sus bienes practicando todas las operaciones, esto es, inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes. Estaríamos más bien ante normas particionales, a través de las cuales, el testador se limita a expresar su voluntad para que, en el momento de la partición, determinados bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que mencione (STS 7 septiembre de 1998). Sería interesante poder determinar qué valor jurídico tienen estas normas particionales, pues se trata de un acto mortis causa que no sigue las formalidades del testamento, que a nuestro modo de ver podría dar lugar a una revisión o rescisión de la partición realizada cuando no se respete esta voluntad, excluyendo los casos de partición convencional. En parecido sentido se muestra la Resolución de la Dirección general de Seguridad Jurídica y Fe pública (antes DGRN) en su Resolución de 5 de abril de 2019.

El testamento de la esposa no recogía por tanto una auténtica partición por más que adjudicara bienes determinados y legados, porque no se hace inventario, avalúo y liquidación y porque incluye bienes que son de la sociedad de gananciales, siendo nula la partición así realizada (STS 15 junio 2006).

Los coherederos ponen de manifiesto en su acuerdo que existen errores y deficiencias por omisiones en las disposiciones testamentarias, por lo que no le fue «posible a los herederos practicar la partición de la herencia siguiendo las directrices que la testadora había establecido en su testamento para las adjudicaciones a los herederos de bienes concretos». Acuerdan también la liquidación de los gananciales atribuyéndose el 50 por ciento de pleno dominio, conservando el otro cónyuge su 50 por ciento en propiedad y en pleno dominio.

Por todo ello, **debe prevalecer el acuerdo particional de los coherederos realizado de forma unánime y hecho en documento privado sin que sea oportuna la partición judicial de la herencia.**

2.2. LA RESCISIÓN POR LESIÓN, POR OMISIÓN, ERRORES O DEFECTOS EN LA VALORACIÓN DE BIENES, IGUALDAD DE LOTES, POR PREFERENCIA EN LA ADJUDICACIÓN DE BIENES

La **acción judicial de rescisión por lesión de la partición** resulta bastante utilizada en la práctica. No olvidemos que esta acción rescisoria es una acción de rescisión especial, con sus peculiaridades propias, no asimilable a la figura de la rescisión del art. 1291 y ss. CC, porque está normada para unos supuestos específicos y tiene sus propias peculiaridades. Es por ello que hemos establecido tres causas de rescisión de la partición: la rescisión por lesión, la rescisión por omisión de bienes y la rescisión por preterición del algún heredero, y hemos querido diferenciar esta figura de otros problemas de ineficacia de la partición que tienen que ver con su nulidad o anulabilidad y su diferente régimen jurídico.

En este apartado queremos reflejar los matices prácticos que podemos ver tiene esta figura, en su aplicación a la casuística con-

creta. En concreto, se utiliza por errores en la valoración de bienes o en su omisión, defectos o errores de valoración, o en la formación de la igualdad de lotes entre coherederos o por preferencia en la asignación de bienes. Digamos que la figura de la rescisión de la partición pretende cuestionar el valor de una partición ya realizada en todo o en parte. Se trata de una vía de impugnación judicial a la partición realizada por el testador, por los coherederos, por el contador partidor..., donde los coherederos entienden que algo se hizo mal o les perjudica. Es importante delimitar la posible causa de rescisión de la existencia de particiones nulas, sabiendo que rige el principio *favor partitionis*, procurando mantener la eficacia de la partición ya realizada, aunque presente adiciones, complementos o rectificaciones, antes que atacar por completo su validez.

Los casos estudiados plantean la rescisión desde diferentes causas. Son sólo algunos ejemplos los que presentamos ahora, entre ellos:

- Determinar con carácter específico si se ha dado la cuantificación: lesión en más de una cuarta parte y con ello la forma de aplicar el art. 1074 CC.
- Determinar la conjunción y relación entre los arts. 1074 y 1079 CC, delimitando la figura de la rescisión propiamente dicha de la de adición o complemento para amparar y proteger la legítima.
- Nulidad por falta de igualdad en la formación de lotes, con rescisión o adición o complemento de la partición, dilucidando cuándo procede cada una de ellas.
- Posible rescisión de una partición judicial de herencia tras el juicio de testamentaria,
- Acción de adición o complemento de bienes aparecidos tras la partición ya realizada, para determinar la vía procesal adecuada para hacerla valer estos nuevos valores.

2.2 a) Cuantificación: Rescisión por lesión en más de una cuarta parte, art. 1074 CC

La STS 203/2001 de 8 de marzo trata sobre **la determinación con carácter específico de la lesión en más de una cuarta parte de una partición y con ello la forma de aplicar el art. 1074 CC**²⁶.

Los hechos que dieron lugar a la demanda de rescisión por lesión de la partición fueron los siguientes: se trata de una herencia recibida por 4 hermanos proveniente de su padre y luego de su madre, fallecida ésta con posterioridad. El padre había dejado testamento y había nombrado contador partidor, así como había concedido facultad a uno de los hijos, Rafael, para elegir uno de los cuatro lotes que le correspondieran de la herencia. La suma heredada ascendía a la cantidad de 892.219.626 pesetas. Las cuotas adjudicadas a cada uno de los cuatro herederos universales ascienden a las siguientes cifras:

- Lote 1.º correspondiente a D.^a Rosario L. M.
222.105.652 ptas.
- Lote 2.º correspondiente a D.^a Dolores L. M.
192.530.687 ptas.
- Lote 3.º correspondiente a don Rafael L. M.
299.690.832 ptas.
- Lote 4.º correspondiente a D.^a M.^a Carmen L. M.
177.892.455 ptas.

El problema se plantea cuando Rafael elige el lote valorado en 299.690.832, mientras que hay un lote por importe de 177.892.455 pesetas. El desequilibrio está en este dato: si la cuantía de la herencia asciende a 892.219.626 ptas. y la cuota que correspondería a cada uno de los herederos es, por tanto, de

26. STS 203/2001 de 8 de marzo (RJ\2001\2597).

223.054.906 ptas., se da el desequilibrio en más de la cuarta parte cuando a una de las coherederas se le adjudica un lote valorado en 177.892.455 ptas., mientras que el demandado don Rafael L. M., recibe bienes por valor de 299.690.832 ptas., ya que se ve beneficiado en más de una cuarta parte en relación con la cuota hereditaria que le correspondería, y ello podría constituir una desproporción evidente en perjuicio de las herederas que justificaría la rescisión de la partición. La doctrina jurisprudencial señala que, si el perjuicio, que ha sido probado, excede de lo tolerable, la partición es rescindible.

El precepto que se considera infringido es el art. 1074 CC que trata la rescisión por lesión, como causa específica de rescisión de la partición hereditaria, tomando como referencia el valor que tuvieran las cosas al hacer la partición y no al del fallecimiento del causante. Si no supera la lesión de una cuarta parte no podría aplicarse, esto es, si la cuota asignada al coheredero en su lote cubre el *quantum* de las tres cuartas partes de lo que le corresponde percibir con arreglo al efectivo valor de los bienes de la herencia. Si no supera esto la Jurisprudencia habla de «lesión máxima tolerable» que no es causa de rescisión. **También se entiende que hay lesión cuando se produce rebase en la cuarta parte del haber del heredero atendido al valor de los bienes al tiempo de ser adjudicados. Por tanto, la rescisión puede otorgarse cuando uno de los herederos «se ve beneficiado en más de una cuarta parte en relación con la cuota hereditaria que le correspondería», con lo cual, se invierten los términos del artículo 1074 CC, al contemplar como causa de rescisión el beneficio de un heredero y no el perjuicio de otro.**

Dice la sentencia que la cuarta parte ha de calcularse sobre el haber hereditario, de tal manera que si a cada heredero en razón a ese «as» de 892.219.626 ptas., le debe corresponder la cuarta parte en teoría o cuota ideal, es decir, 223.054.906 ptas., será sobre esta cifra de igualdad teórica vía testamentaria, sobre la que se calibrará si la cuota real asignada lesiona o perjudica en más de la cuarta parte.

«Y aquí el cálculo puede hacerse por dos vías: O bien como señala acertadamente, entre otras, el motivo y la sentencia de esta Sala de 24 Nov. 1960, comprobando “si lo realmente adjudicado a ese heredero alcanza a cubrir el ‘quantum’ de las tres cuartas partes de lo que le correspondería percibir”, y, se agrega, porque de este modo si ha percibido por encima de esos tres cuartos, es claro que la diferencia hasta los cuatro cuartos —cuota ideal— no rebasa el tope de la cuarta parte del perjuicio relevante. O bien, la otra vía de que si la cuarta parte de cada cuota ideal —que es la misma— de 223.054.906 ptas., asciende a 55.736.726 ptas., todo lo que se asigne en la cuota real que no exceda de esta suma sería relevante para la rescisión por lesión. Y es claro que por una vía u otra la actora, según lo realmente percibido, no han sufrido una lesión superior a la reseñada». En efecto, a D.^a Carmen le corresponde, cuota ideal, 223.054.906 y se le entregan 177.892.455. Diferencia en menos 45.162.451, inferior, pues, a 55.763.726 (1/4 perjuicio legal).

La sentencia desecha la inversión de la determinación de la lesión desde la valoración del monto de la cuota real más beneficiada por venir determinada por el testamento descrito y entiende que la partición debe permitir desajustes o desigualdades, por ello se hizo mención a la lesión en «más de una cuarta parte», porque así lo dispone la norma, sin perjuicio de los posibles efectos paliativos o correctores de lo acontecido conforme a los arts. 1061 y 1078 CC.

2.2 b) Conjunción y relación entre los arts. 1074 y 1079 CC, rescisión y/o adición o complemento

Pretendemos ahora tratar la relación y conjunción entre los arts. 1074 y 1079 CC, delimitando la figura de la rescisión y la de adición o complemento para amparar y proteger la legítima.

En la STS 280/2022, de 4 de abril²⁷, se ejercita una acción de complemento de la partición de la herencia de la madre realizada por los contadores partidores por entender que se habían omitido bienes y por una valoración incorrecta de los incluidos. La madre había dejado testamento instituyendo herederas universales a sus dos hijas, legaba a su cónyuge el usufructo vitalicio de los tercios de mejora y libre disposición y a su hijo Nazario, lo que por legítima estricta pudiera corresponderle. Con cargo a dicha cuota legitimaria, serán: 1º) Imputadas las donaciones efectuadas en vida de la persona testadora en favor de su citado hijo. 2º) Satisfecho el cinco por ciento (5%) de los saldos bancarios, de los fondos de inversión y del dinero metálico titularidad de la persona testadora que subsistan al fallecimiento de esta. Todo ello, siempre con el límite mínimo de su cuota legitimaria estricta y máximo del importe que representen las donaciones efectuadas en vida e imputables a su satisfacción más el cinco por ciento (5%) de los saldos, fondos y dinero citados; de modo que, en caso que dicha suma sea superior a la cuota de legítima estricta, el exceso se imputará al tercio de libre disposición».

El hijo Nazario interpone demanda contra sus hermanas solicitando la adición o complemento de la partición de la herencia al ocasionar la omisión una lesión en su asignación, así como valoración incorrecta y rectificación. En su demanda, Nazario también solicitó que, como consecuencia de lo anterior, se condenara a las hermanas a indemnizarle en la cantidad de 1.664.513,30 euros «por el daño sufrido por el mismo, como consecuencia de dichas omisión y valoración mal realizadas, más los intereses legales de dicha cantidad desde el 25.02.2011, fecha de la partición de la herencia». Argumentó que la acción prevista en el art. 1079 CC permite tanto adicionar bienes omitidos como revisar la valoración de aquellos bienes que, pese a haber sido incluidos en la partición, no resultaba correcta.

27. STS 280/2022, de 4 de abril (RJ2022/3467).

En sus contestaciones a la demanda, las hermanas demandadas negaron la procedencia de la omisión explicando que el dinero supuestamente omitido procedía de unos fondos extranjeros que fueron regularizados y en cuyo reparto participó el actor. Por lo que se refiere a los errores denunciados, además de negar su existencia, señalaron la ineptitud del art. 1079 CC, dado que, según la jurisprudencia, por referirse a supuestos errores de valoración de los bienes, deberían haber sido objeto de una acción de rescisión de la partición del art. 1074 CC, sometida al plazo de caducidad de cuatro años desde la partición (art. 1076 CC), plazo sobradamente transcurrido en el momento de interponer la demanda.

El Tribunal Supremo entiende que el legitimario que recibe menos de lo que le corresponde por legítima puede pedir su complemento con independencia de la cuantía de la lesión. Es interés del legitimario conocer la valoración de los bienes hereditarios, computación e imputación para poder ver si se ha cubierto su legítima. Y puede utilizar la vía del art. 1074 CC para pedir la rescisión por lesión para completar su legítima por errónea valoración de los bienes de los contadores partidores, acción sometida al plazo del art. 1076 CC de cuatro años de caducidad, pudiendo elegir los coherederos demandados entre realizar una nueva partición o indemnizar el daño (art. 1077CC).

La acción por la vía del art. 1079 CC es para cuando han quedado fuera de la herencia objetos o bienes, y esta acción no tiene plazo de caducidad de 4 años, sino el de prescripción de las acciones personales del art. 1965 CC.

El art. 1079 CC y con él la acción de adición o complemento es una excepción a la regla de la rescisión por lesión y desde una interpretación literalista, se refiere exclusivamente a la omisión de bienes.

De esta manera, el Tribunal Supremo, cita con posterioridad, la sentencia 350/2015, de 16 de junio, que afirma:

«Un bien de escasa importancia puede ser adicionado a la liquidación, pero una discusión sobre una valoración debe ser

llevado a la lesión *ultra dimidium* del artículo 1074 si supera los límites de ésta. Así lo expresa la sentencia de 12 diciembre 2005 que no permite aplicar la cuestión del valor económico a la adición del artículo 1079, que se inspira en el principio de *favor partitionis*».

«En las dos instancias se ha entendido que el actor ejerce la acción del *art. 1079 CC*. La sentencia del juzgado, a la vista de que la única acción ejercitada es la del *art. 1079 CC* y que ninguna de las pretensiones del actor tiene cabida en ese precepto, desestima la demanda. En el recurso de apelación, el actor reduce el objeto del litigio a la valoración de la donación que le hizo su madre de la nuda propiedad de 900 acciones de la sociedad Vera Meseguer, S.A. y la sentencia recurrida concluye que el *art. 1079 CC* fundamenta la acción del actor y ampara su pretensión de que se le indemnice por haber recibido menos de lo que le correspondía como legítima. La Audiencia se refiere al *art. 1079 CC*, pero al mismo tiempo, a la vista de lo argumentado por el apelante en sus escritos habla de rescisión (*art. 1074 CC*), de protección de la legítima y de “omisión de bienes” (*art. 1079 CC*), equiparando a la omisión la “irregular inclusión de bienes” que según entiende se habría dado en este caso al incluir como donada la propiedad cuando solo se donó la nuda propiedad, y termina declarando la procedencia de la “adición al cuaderno particional de fecha 25/2/11 de la nuda propiedad de parte de las acciones donadas al actor por su madre, con su traslado a la colación a realizar por tal legatario, condenando a las demandadas a pasar por la reducción del importe a colacionar por dicho actor en la suma de 116.236,05 euros, más los intereses legales desde aquella fecha”».

El Tribunal Supremo entiende que la sentencia recurrida contradice la doctrina de la Sala, ya que la Audiencia manifiesta que la acción de adición o complemento ejercitada al amparo de lo dispuesto en el *art. 1079 CC* permite no sólo la adición de bienes o valores, sino también la revisión de valoraciones.

El hecho de ver perjudicada la legítima del demandante no ampara su tesis. El demandante no ejercitó la acción de com-

plemento de la legítima y mencionó que la reservaba para otro procedimiento, y si hubiera que ver esta lesión a la legítima habría que referirla a toda la partición realizada y no atender sólo a un aspecto de la partición.

2.2 c) Nulidad por falta de igualdad en la formación de lotes: rescisión o adición o complemento de la partición

Nos referimos ahora a otro tema, este es, el de la **nulidad de la partición por falta de igualdad en la formación de lotes, rescisión a adición o complemento de la partición, dilucidando cuándo procede cada una de ellas.**

La STS 1093/2006, de 7 de noviembre²⁸ se pronuncia sobre el siguiente conflicto:

Las coherederas piden la nulidad de la partición realizada por contador partidor en un procedimiento de juicio de abintestato y subsidiariamente rescisión por lesión en más de una cuarta parte. Alegaban la utilización abusiva de los poderes otorgados a los coherederos antes de abrirse la sucesión, la falta de rendición de cuentas por éstos y la ocultación o exclusión sustancial de bienes de la partición y la omisión de operaciones en ésta. Tanto en Primera instancia como en la Audiencia fueron desestimadas sus pretensiones. No existen motivos suficientes para entender nula partición por ocultación fraudulenta e intencionada de bienes o mala fe, pues, aunque no se habían incluido algunos créditos, debe tenerse en cuenta que se había incluido el resto el entramado y complejo de bienes y la poca colaboración de las partes demandantes y demandados con el contador partidor.

Se denuncia la no aplicación del art. 1061 CC en relación a la igualdad de lotes en la partición. Si no se respeta

28. STS 1093/2006, de 7 de noviembre (RJ2006\9165).

este principio de igualdad de lotes concurre una causa de nulidad, puesto que se vulnera lo preceptuado en la ley. Pero la Jurisprudencia ha declarado que el respeto a este principio de igualdad no es igualdad matemática o absoluta sino de igualdad cualitativa, que la norma es orientativa y tiene un grado de imperatividad sólo relativo y no puede apreciarse cuando la infravaloración se aplica a todos en proporción semejante y que salvo que sea maliciosa, sustancial y de mala fe, no puede aplicarse la nulidad sino la figura de la rescisión por lesión o por omisión de bienes o adición o complemento de la partición.

Se omitieron determinados valores del cuaderno particional, pero ello no muestra una distribución de lotes vulnerando de manera sustancial el principio de equidad.

«El Código civil carece de una regulación específica sobre nulidad de las particiones, fuera del singular precepto del art. 1081, y la jurisprudencia ha entendido aplicables a la materia las normas sobre nulidad de los negocios jurídicos y, principalmente, de los negocios contractuales (entre las más recientes, STS de 12 de diciembre de 2005).

La jurisprudencia establece, como casos de nulidad, además del específico del artículo 1081 CC, la falta de consentimiento de la persona designada para realizar la partición, la inclusión de bienes no pertenecientes al causante (STS de 15 de diciembre de 2005 y supuestos en que no se ha liquidado previamente la sociedad de gananciales, SSTS de 2 de noviembre de 2005, 14 de diciembre de 2005, 15 de junio de 2006), la ilicitud de la causa por deliberada ocultación de componentes del caudal, la invalidez del testamento, la infracción de prescripciones legales imperativas (STS de 28 de noviembre de 2005), el error sustancial cometido por el testador al proceder a la valoración de bienes (STS de 26 de noviembre de 1974) o haber omitido cosas importantes y no computar determinados inmuebles (STS de 7 de enero de 1975), además del supuesto ya examinado en el motivo anterior de infracción del principio de igualdad entre los herederos (STS de 2 de noviembre de 2005, ya citada).

Este tratamiento restrictivo de la invalidez, afirmado por gran número de sentencias, como la STS de 31 de octubre de 1996, que se refie-

re a las de 15 de junio de 1982 y 25 de febrero de 1969 (a las que pueden añadirse las SSTS de 25 de febrero de 1989 y 11 de abril de 1959, entre otras), comporta que la nulidad de la partición tiene carácter subsidiario y sólo cabe cuando no existe otro recurso legal (SSTS de 27 de febrero de 1995 y 17 de enero de 1956), siempre que no quepa resolver las atribuciones mal valoradas por vía de rescisión, y las omisiones de bienes o valores por el camino de la adición o complemento de la partición (STS de 11 de abril de 1959). En los supuestos de omisión en el activo partible de alguno de los objetos de la herencia y en el de preterición de algún heredero en la partición, el CC tiende a conservar la validez y eficacia de la partición, sin perjuicio de subsanar el defecto de que adolece y el perjuicio irrogado a alguno de los herederos (beneficio de la partición o favor partitionis)».

Pero la parte recurrente basa su argumentación en atribuciones mal valoradas, ni solicita adición o complemento por omisión de bienes (art. 1079 CC), sino que funda su pretensión en la nulidad por la existencia de mala fe en las operaciones particionales.

2.2 d) Rescisión de una partición judicial de herencia tras el juicio de testamentaria

Planteamos ahora la **posible rescisión de una partición judicial de herencia tras el juicio de testamentaria**. La STS 119/2005, de 24 de febrero²⁹, detalla hechos como los siguientes: «se produce el fallecimiento y la persona muere sin testamento, siendo declarados herederos ab intestato sus padres con reserva a favor del cónyuge viudo, su esposa. Promueven los padres juicio de testamentaria, nombran contador partidor judicial y se opone la esposa al cuaderno particional, tramitándose a través del procedimiento judicial al no conseguir acuerdo. Diez años después del

29. STS 119/2005, de 24 de febrero (RJ\2005\4031).

fallecimiento y tras la división judicial de la herencia, los padres formalizan la demanda contra la esposa con una diferente valoración de los bienes objeto de partición. Plantea de contrario la excepción de cosa juzgada. Se alega que el juicio de menor cuantía n.º 253/1982, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Móstoles, a instancia de D. Franco y de D.^a Susana, contra D.^a Irene, terminado por sentencia de 26 de octubre de 1992, que declaró practicada la liquidación de la sociedad de gananciales del matrimonio formado por D.^a Irene y D. César, y las operaciones particionales de la herencia de éste, tiene las mismas partes, objeto y causa que el juicio a que se contraen estas actuaciones». En primera instancia fue rechazada esta excepción:

«Debe ser rechazada, por cuanto que entre ambos pleitos no existe identidad de causa: el juicio universal de testamentaría, que tramitó el Juzgado n.º 1 de esta localidad, tiene como finalidad la práctica de la partición y la sentencia dictada tiene naturaleza de acto particional; por el contrario, la acción de rescisión por lesión nace una vez realizada la partición, y el art. 1074 CC no distingue entre las diversas clases de partición (teniendo como única salvedad la partición realizada por el causante que no perjudique la legítima que señala el art. 1075): todas las demás particiones pueden ser rescindibles, si concurren los requisitos legales; y en este caso, a pesar de que la partición se estableció por sentencia dictada en juicio universal de testamentaría, no existe óbice para posteriormente instar la rescisión por lesión, pues no existe cosa juzgada entre ambas causas».

La Audiencia acogió la excepción de cosa juzgada, por entender que en la sentencia del juicio declarativo anterior entre las partes, subsiguiente al juicio universal de abintestato, por falta de conformidad de los coherederos y partícipes en la partición realizada y aprobada judicialmente en éste, se resolvieron todos los problemas relativos a la partición, no pudiendo luego suscitarse otra contienda judicial para modificar la misma; por lo que terminó estimando el recurso referido, revocando la sentencia del Juzgado y desestimando la demanda, de cuyos pedimentos absolvió a los demandados.

La diferencia entre ambas particiones, deriva de que la primera valora los bienes partibles a la fecha del fallecimiento del causante, y la realizada en este proceso por el Juzgado parte de la valoración de los mismos bienes a la fecha de la partición y, a través de ella, sí aprecia la lesión indicada: por lo tanto, ésta es la única cuestión que se debate dentro del examen principal de la excepción de que se trata.

Entiende el Tribunal Supremo que la determinación sobre el tiempo al que se debía remitir la valoración de bienes (fecha del fallecimiento del causante o la de la propia partición) tuvo lugar en el juicio de abintestato, y ello por conformidad de las partes, por lo que rigiéndose el acuerdo por las normas de las obligaciones (a ellas se refiere el art. 1073 CC), lo pactado respecto a dicho punto no es revisable.

*«Si bien es cierto que en los arts. 1074 y 1075 CC, no se excluye de la posible rescisión a la partición judicial en forma expresa, tampoco tales preceptos pueden incidir en los casos en que existan resoluciones judiciales firmes que practiquen o acepten particiones (excepto en las derivadas del juicio universal, el que tiene más bien, como se ha suscitado doctrinalmente, el carácter de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, y por lo tanto, son revisables sus resoluciones, por no ser definitivas, en vía procesal de carácter jurisdiccional), tras la discusión por las partes, las que, al ser definitivas, no admiten nuevos planteamientos judiciales respecto a lo decidido en ellas; B) el Código Civil, a partir del art. 1073, y la Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular, en los preceptos antes mencionados, los pactos de las partes en el tema de que se trata, los que excluyen la posterior vía judicial (o incluso dentro de ella, como en el caso, antes recogido, del art. 1091 LEC), equiparan lo acordado por las partes al respecto con las obligaciones, por lo que las particiones, son, o pueden ser, rescindibles, por las mismas causas que las obligaciones, añadiéndose a continuación en el CC a dicha prescripción del art. 1073, la de rescisión por lesión (recogida también para los contratos en las legislaciones forales de Navarra y Cataluña, pero prohibida en el Derecho Común, por el art. 1293, excepto en los casos de los convenios de los tutores y ausentes sin autorización judicial), por lo que **la decisión judicial sobre los temas de la partición, deriva-***

dos de la inconformidad de la realizada en el procedimiento universal, y decidida en juicio plenario (el declarativo correspondiente), sin límites de planteamiento, no se trata de una obligación rescindible, debiendo la misma atenderse, para su posible modificación, sólo a los recursos que procedan en la vía judicial, sin que esto tenga por qué regularse en el CC (arts. 1073 y ss.), pues es un tema que afecta al Derecho procesal, y está implícito en cualquier acción civil ejercitable; C) no puede decirse, por lo tanto, que exista desigualdad de trato, entre uno y otros casos, pues las particiones hechas por los herederos o por contadores-partidores, entran en el campo de las obligaciones, por lo que son revisables (vid. los supuestos de los arts. 1089 y 1090 LEC), pero las realizadas judicialmente sólo lo serán a través del juicio declarativo correspondiente (art. 1088 LEC), y lo decidido en éste, sólo podrá ser revisable por medio de los recursos que procedan (art. 369 ap. penúltimo LEC, y 245.3.º LOPJ); y D) en definitiva, si las homologaciones judiciales del procedimiento universal sólo cabe combatirlas a través del juicio declarativo correspondiente (art. 1088 LEC), y las decisiones de éste, sólo lo podrán ser por la vía de los recursos, no cabe “inventar” una “tercera vía”, mediante otro proceso, cuando en el indicado se han debido de tener en cuenta, en definitiva, todas las normas jurídicas atinentes a las divisiones de bienes, el respeto a las legítimas y la evitación de la lesión, por lo que aquél proceso ofrece todas las garantías que impiden una nueva discusión».

2.2 e) Acción de adición o complemento de bienes aparecidos tras la partición ya realizada

El último supuesto de conflicto recogido en este apartado versa sobre la acción de adición o complemento de bienes aparecidos tras la partición ya realizada, para determinar la vía procesal adecuada para hacerla valer estos nuevos valores. STS 1169/2000, de 15 de diciembre³⁰. Tres hermanos demandaron a su hermana y el marido de éste pidiendo el reparto entre

30. STS 1169/2000, de 15 de diciembre (RJ\2004\74).

los cuatro, a partes iguales, del metálico existente en las cuentas, libretas depósitos del banco a nombre de su padre. Este importe se desconocía, según afirman los demandantes, por una actitud oscurantista de los demandados y por ello no había podido figurar en la partición. Los demandados se oponen entre otros motivos porque la partición de mutuo acuerdo ya fue realizada y no procede, que no era el cauce procesal adecuado el juicio de menor cuantía exigiendo un juicio de testamentaria. El fin de los demandantes era adicionar la partición ya realizada con los valores o bienes omitidos, habiendo antecedentes jurisprudenciales sobre juicios declarativos no precedidos de juicio de testamentaria para adicionar la herencia. **El Tribunal Supremo entiende que es posible utilizar el procedimiento declarativo para pedir una adición de herencia cuando la partición ya ha sido realizada con anterioridad, y esto incluso aunque no se mencione específicamente el art. 1079 CC.**

2.3. LA ACCIÓN DE DESAHUCIO POR PRECARIO DEL COHEREDERO O LEGATARIO ANTES DE LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA

Complejo y delicado es el tema del posible conflicto entre coherederos cuando la contienda se centra en un bien concreto como es la vivienda y su posesión, uso o titularidad.

Cuando los coherederos necesitan atribuirse el uso de la vivienda heredada porque no tienen otra para vivir, les resulta imposible adquirir una, porque han venido usando la misma a lo largo del tiempo y no quieren perder este derecho, porque es atractivo tener concedido ese uso aunque no lo necesiten, por su mayor valor o ventajas, etc., los asuntos hereditarios pueden también desembocar en acciones judiciales de desahucio entre los coherederos por apropiaciones del uso de la vivienda no consentidas, abusivas o del todo ilícitas. Y esta situación suele producirse en un momento anterior a la partición, pues cuando no se ha

dado la adjudicación de bienes y el haber hereditario pertenece a la comunidad hereditaria, todos los miembros de la comunidad hereditaria con cuota en abstracto sobre la misma, tienen derecho a ese uso, también cuando ese bien es el único de la herencia y puede haberse adquirido en pro indiviso de manera automática por no ser necesaria la partición. En ese momento el uso exclusivo de uno de los coherederos de la vivienda puede hacer nacer recelos hacia los demás, viendo en esta actitud una intención rebelde y obstinada de querer quedarse a toda costa con la propiedad sin la consiguiente contraprestación o precio, sin división de la cosa común y pago del importe, sin contraprestación derivada de la asignación de un uso exclusivo que es valorable en términos económicos.

Uno de los coherederos puede tener una mayor partición sobre el inmueble heredado y considerar que tiene un mayor derecho; pudiera también estar pagando los gastos derivados del inmueble que quiere usar y por ello ver en esta atribución del uso una especie de compensación, puede defender que esta idea fue la querida por el causante, aunque no haya tenido reflejo exacto en el testamento, máxime si estamos en una sucesión intestada.

La idea principal que podemos extraer de la jurisprudencia es la siguiente:

Puede ejercitarse una acción de desahucio en precario por los demás coherederos para expulsar del uso no consentido al heredero que se atribuye la posesión exclusiva y excluyente: los coherederos están legitimados activamente para hacerla valer y el heredero que posee en exclusiva puede ser considerado precarista a estos efectos, aunque también tenga una cuota en abstracto sobre la comunidad hereditaria³¹.

Esta es la idea general que se extrae de los pronunciamientos judiciales, y que procede siempre que se cumplan unos requisitos

31. Vid. sentencias analizadas a continuación.

que luego señalaremos. Pero del análisis de algunos casos podemos analizar **cuestiones de detalle de mucho interés práctico** en relación con la herencia y con los entresijos del sistema de partición y adjudicación de bienes, condición de heredero y legatario, etc., todas ellas **relacionadas con la acción judicial de desahucio por precario**, que pasamos a comentar a continuación y que hemos querido resumir de la siguiente manera:

- Legitimación activa y pasiva del legatario para la acción de desahucio.
- Legado de parte alícuota o legado de cosa cierta. Matices referidos a su legitimación procesal.
- La posesión del bien por el legatario.
- Protección del derecho de los legatarios antes de la partición.
- La posesión de la cosa legada.
- Acción de división judicial de la herencia por el legatario.
- Condición de precarista del propietario.
- Acciones en beneficio de la comunidad de bienes.
- Abuso de derecho-extralimitación derechos.
- Posesión para todos los coherederos.
- Propietario con mayor cuota de participación.
- Derecho a coposeer.
- Comunidad hereditaria formada por solo un bien.

Los requisitos para que proceda la acción de desahucio por precario son (STS 547/2010, de 16 de septiembre, 106/2011, de 28 de febrero, 691/2020, de 21 de diciembre):

- Que los bienes estén en indivisión porque no se haya partido o porque las adjudicaciones se hayan hecho en pro indiviso.
- Que haya una posesión exclusiva y excluyente por parte del coheredero que expulsa a los otros del uso y aprovechamiento y que constituya una extralimitación de su derecho.

- Que la acción la ejerciten quienes representen una participación mayoritaria en la herencia y lo hagan para sí o en beneficio de la comunidad hereditaria.

Analizaremos algunas de las diferentes casuísticas elegidas a los efectos de estudiar algunas de estas cuestiones:

2.3 a) Acción de desahucio ejercitada contra el propietario o coheredero con mayor cuota de participación

El caso que vamos a exponer fue resuelto por la **STS 198/2023 de 9 de febrero**³².

Se trata de una vivienda en copropiedad que fue heredada al 50 por ciento a la muerte del copropietario por 9 sobrinos, el otro 50 por ciento seguía perteneciendo a su titular. Los herederos, en concreto 2 sobrinos, ejercitan la acción de desahucio contra el titular del 50 por ciento restante.

El conflicto aparece entre quienes ocupan la vivienda en virtud de un uso conferido por la titular de la mitad indivisa de pleno dominio, y de otra, los demás copropietarios, coherederos (los sobrinos), que ejercitan la acción de desahucio por precario para el desalojo.

La vivienda pertenecía a un matrimonio que adquiere el inmueble pro indiviso y no tiene descendientes. La esposa cede el uso a la nieta en fecha 6 de julio de 2009 y ésta se empadrona en la vivienda. El marido fallece en 2018 y lega ciertos inmuebles a la esposa y otros a los 9 sobrinos, a los que instituye a partes iguales.

El 3 de junio de 2019, la esposa del fallecido formalizó un contrato denominado de «comodato» con su nieta, protocolizado

32. STS 198/2023 de 9 de febrero (TOL9.398.563).

notarialmente el mismo día, por el que la primera, en su condición de copropietaria, concede a la segunda, que lo acepta, «en préstamo de uso gratuito» el inmueble en cuestión.

El 14 de junio de 2019, la nieta contrae matrimonio con Víctor Manuel. Ambos ocupan de manera continuada la mencionada vivienda.

El 19 de junio de 2019, mediante escritura de aceptación y adjudicación de la herencia, cada uno de los nueve sobrinos se adjudica el 5,5556% del pleno dominio de la mencionada vivienda. La esposa del fallecido sería, por tanto, titular del 50% de la vivienda y el otro 50% está distribuido a partes iguales entre los nueve sobrinos del causante.

El 5 de febrero de 2020, dos de los sobrinos interponen demanda de desahucio por precario contra la nieta y su esposo.

El 17 de julio de 2020, la esposa del fallecido otorga acta notarial de manifestaciones ante notario en la que hace constar que concedió a su nieta el préstamo de uso gratuito del expresado inmueble, y añade: «el cual consta estipulado por plazo inicial indefinido, pero que, en esta acto, entiendo procedente su acotamiento hasta que se tramite el procedimiento judicial de división de cosa común que, al parecer, el resto de copropietarios han presentado ya, o mientras se alcanza a un acuerdo en cuanto a la extinción del condominio del inmueble, y en todo caso, por plazo máximo hasta el 31 de diciembre de 2021, con el fin de que su nieta y esposo puedan terminar los masters que están cursando en Madrid». En el mismo documento expresa su más absoluto rechazo y oposición a la acción judicial de desahucio entablada, y manifiesta no estar de acuerdo «con que se haya procedido a demandar judicialmente el desalojo de la vivienda que está cedida en comodato, mostrando mi especial interés y voluntad, de que mi nieta y su esposo sigan disfrutando del uso de la vivienda mientras que se tramita la demanda de acción de división de cosa común que, al parecer, han formulado los mismos demandantes, o se llega a un acuerdo en cuanto a la extinción del condominio del inmueble, y en todo caso por plazo máximo hasta el

31 de diciembre de, 2021, lo que determina que los citados demandantes no estén actuando en dicho procedimiento judicial, en beneficio o interés de la comunidad de bienes, al haberlo hecho en contra de mi voluntad como copropietaria mayoritaria que soy, no contando, consecuentemente, con el acuerdo de mayoría exigido por el art. 398 del Código Civil de España para llevar a cabo un acto de administración como es el ejercicio de la acción de desahucio».

En su contestación a la demanda, fechada a 22 de julio de 2020 y recibida en el juzgado el 31 de julio de 2020, la nieta y su marido alegaron: que los actores carecían de legitimación activa «ad causam» por cuanto formulan su demanda, no en beneficio de la comunidad de bienes sobre la vivienda, sino como titulares del minoritario 11,1112% y en contra de la copropietaria mayoritaria del 50%. Que la señora había permitido su nieta ocupar la vivienda de forma continuada, y ella se empadronó allí; que habían formalizado contrato privado, protocolizado notarialmente, de comodato, con cesión gratuita de uso de la vivienda a favor de ella; que la demanda de desahucio por precario por los demandantes, dueños únicamente del 11,1112% del pleno dominio, comporta acto de disposición para el que no están facultados legalmente. Añadió que la finalidad del procedimiento era fraudulenta porque lo que pretendían los demandantes era vender su parte del piso a la Sra. y presionarle para que elevara el precio de su oferta de compraventa.

Dice la sentencia que **la legitimación activa de los coherederos para interponer una demanda de desahucio por precario viene establecida en virtud del art. 394 CC, por aplicación a la comunidad hereditaria de las normas de la comunidad de bienes. Ello hace que sea legítimo entablar la acción siempre que se actúe en beneficio de la comunidad y no en defensa de intereses particulares.** Cuando la acción se entabla sólo por un coheredero o por algunos de los coherederos se puede cuestionar esta legitimidad, en cuanto los demás no están interesados en el uso de la acción. Sin embargo, es difícil

defender que una posesión en precario no suponga un perjuicio para el interés del bien común, y que un coheredero por sí mismo no tenga derecho a entablar la acción en beneficio de la comunidad, y ello podría ser incluso con la oposición del resto de coherederos³³. Pero esta oposición haría cuestionar la legitimación activa de quien actúa y el beneficio de la acción de la misma. Nada habría que decir si los coherederos han pactado la cesión o si la cesión del uso no se hace en precario y se consigue rentabilidad a nivel económico.

En este caso se opone a la acción un copropietario con mayor cuota de participación en el bien común y se plantea si puede oponerse a la legitimación activa entablada por varios sobrinos, sobrinos del causante que representan el 11,111 por ciento de la propiedad. Por otro lado, hay una cesión del uso en virtud de un contrato de comodato muy extendida en el tiempo y también debe estudiar el tribunal hasta qué punto esta cesión debe ser respetada o «soportada» por el resto de los coherederos.

El juzgado de Primera instancia desestima la acción de desahucio. La sentencia fue recurrida en apelación y a la misma se unieron los demás sobrinos. En este recurso se analiza la posible aplicación errónea del art. 398, 394 y 1740 CC. La Audiencia Provincial estima el recurso y estima procedente la acción de desahucio. La Audiencia considera que esta posesión perjudica al inmueble, es una carga porque esta propiedad debe ser vendida para proceder a su división de futuro y que la misma hace disminuir su rendimiento económico. Y entiende que un contrato de comodato sin límite de tiempo es una situación de precario, válida para provocar una acción de desahucio. Los límites al contrato de comodato establecidos por acta notarial se ponen expresamente para evitar la estimación de la acción y, en todo caso, ya habían sido cumplidos. Se recurre en casación al Tribunal Supremo

33. La negrita es nuestra.

y allí vemos un análisis exhaustivo de los preceptos citados en este sentido:

El Tribunal Supremo admite la legitimación activa y admite la acción de desahucio declarando que:

«La acción ejercitada no trata de poner fin a la situación de uso por un tercero establecida previamente por un acuerdo de la mayoría: el uso de la parte demandada se basa en la sola voluntad de una copropietaria que carece del poder de disposición en exclusiva del derecho de uso sobre la vivienda, pues es titular de una mitad indivisa y, por tanto, no ostenta la mayoría, con independencia de que, aunque la tuviera, en caso de grave perjuicio a los interesados en la cosa común siempre cabría acudir al juez, conforme al art. 398.III CC»

Los coherederos tienen legitimación activa para actuar en beneficio de la comunidad constando la voluntad contraria de otro copropietario y aunque este propietario represente el 50%.

2.3 b) Desahucio por extralimitación del derecho de posesión del coheredero

La STS 1576/2024, de 20 de noviembre³⁴ recoge una acción de desahucio por precario interpuesta por tres hermanos contra un cuarto hermano que ocupa una vivienda que constituye el único bien de la masa hereditaria de sus padres fallecidos. La argumentación en contra del hermano se basa en que al ser la herencia un único bien todos son ya copropietarios y su cuota es mayor que la de sus hermanos porque la madre le hizo un legado de los derechos que le correspondía sobre la vivienda. Se presenta la acción por un hermano y en nombre y representación de otros dos hermanos más, en beneficio de la comunidad hereditaria de

34. STS 1576/2024, de 20 de noviembre (TOL10.302.780).

los esposos fallecidos. La casa adquirida por los padres era un 69,44% bien ganancial y un 30,56% bien privativo de la madre. La sociedad de gananciales no se ha liquidado. La madre legó al hermano demandado su parte sobre la vivienda. Parece ser que era voluntad de la madre que el demandado permaneciese en la vivienda hasta la extinción de la comunidad hereditaria. El hermano que posee la vivienda está pagando los gastos y contribuciones relativos al inmueble. El Juzgado de Primera Instancia entendió vulnerados los límites del art. 394 CC, considerando ilegítimo el disfrute de la finca por uno de los partícipes de la comunidad hereditaria que excluye el uso de los demás. No olvidemos que este precepto señala que: «Cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho». El demandado había vivido durante años en casa con los padres, también con su mujer e hijo, y afirma que el hecho de vivir allí no supone un uso exclusivo ni excluyente hacia los demás, no impide el uso a los demás. **Se discute la condición de precarista del demandado por ser copropietario con mayor cuota de partición sobre la vivienda.**

La Audiencia Provincial basa su pronunciamiento en lo dispuesto en sentencias como las que siguen:

*«Así, la STS 74/2014, de 14 de febrero, establece: “La sentencia del pleno de esta Sala de 16 septiembre 2010 seguida con reiteración por otras muchas, como la del 29 julio 2013, declaró que: **estando pendiente el estado de indivisión hereditaria que precede a la partición y teniendo ésta el carácter de operación complementaria que resulta indispensable para obtener el reconocimiento de la propiedad sobre bienes determinados de la herencia, no cabía admitir un uso exclusivo de un bien hereditario en favor de un determinado o particular coheredero. Es decir, la jurisprudencia, que reitera la presente sentencia admite la viabilidad de la acción de precario entre coherederos, frente al coheredero y en favor de la comunidad hereditaria, que disfruta exclusivamente por concesión graciosa del causante”**».*

«La STS 264/2022, de 29 de marzo, precisa que la reclamación no se puede plantear en beneficio propio sino de la comunidad hereditaria, al señalar: “como declaramos en la sentencia 691/2020, de 21 de diciembre, confirmando jurisprudencia anterior: en el periodo de indivisión que precede a la partición hereditaria 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 para sí, sino para la comunidad hereditaria (sentencias de 25 de junio de 1995 y 547/2010, de 16 de septiembre). 10.- Esta regla de actuación en beneficio de la comunidad no es exclusiva de la comunidad hereditaria (comunidad de tipo germánico), sino que rige también en el ámbito de la comunidad ordinaria de bienes de los arts. 392 y siguientes del Código Civil y en el de la propiedad horizontal. En cuanto a la comunidad ordinaria, es doctrina reiterada de esta sala, en interpretación del art. 394 CC, la de que cualquiera de los comuneros puede ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, siempre que no se demuestre una actuación en beneficio exclusivo del actor (sentencias, entre otras, de 6 de junio de 1997, 3 de marzo de 1998 y 7 de diciembre de 1999 y 1275/2006, de 13 de diciembre). En definitiva, cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio y ejercitar las acciones que competan a la comunidad, siempre que actúe en beneficio de la misma (sentencias, por todas, 10 de junio de 1981, 5 de febrero de 1983, 18 de diciembre de 1985, 17 de abril de 1990, 8 de abril de 1992 y 6 de junio de 1997)”. Para el caso de la comunidad hereditaria, la STS 178/2021, de 29 de marzo, señala: “A partir de la STS 547/2010, de 16 de septiembre, es jurisprudencia consolidada el reconocimiento del ejercicio de la acción de desahucio por precario entre coherederos y en beneficio de la comunidad. Esta doctrina se fundamenta en la idea de que, durante el periodo de indivisión que precede a la partición, todos los coherederos tienen título para poseer como consecuencia de su participación en la comunidad hereditaria, pero ese título no ampara una posesión en exclusiva y excluyente de un bien común por un coheredero”».

Entiende que el uso de la vivienda por el demandado del bien que pertenece a la comunidad hereditaria colisiona con el idéntico derecho que corresponde a los demás coherederos.

En las SSTS de 8 de mayo de 2008 y 26 de febrero de 2008 se declara que:

«si algún heredero hace uso exclusivo de algún bien sin tener título que ampare su posesión, se coloca como precarista siendo viable la acción ejercitada. Pero esa conclusión “en modo alguno puede comportar la inexistencia del derecho a coposeer [...], no encontrándonos, ante una posesión sin título, sino ante un posible abuso en el ejercicio del derecho, exceso que queda determinado por el uso en exclusiva de un concreto bien, necesariamente comporta el implícito derecho a poseer en cuestión por parte de los coherederos [...]”».

El hecho de que se trate de un legado de cosa específica, que conforme al art. 882 CC conlleva el derecho a poseer desde la muerte de los causantes, sí sería título para no ser desahuciado, pero este legado no engloba la totalidad del inmueble sino solo una parte. Los derechos transmitidos al demandado lo son sólo sobre una parte del bien, por lo que no tiene título para poseer en exclusiva. Siempre que subsista la situación de indivisión y que la acción de desahucio se pida en beneficio de todos en nombre de la comunidad, que no se esté pidiendo la posesión exclusiva uno de los coherederos. Para ello no necesita el acuerdo de la mayoría de los copartícipes en virtud del art. 394 CC. **La condición de precarista deriva de la extralimitación de la posesión.**

La parte demandada recurre en casación entendiendo vulnerado el art. 348 CC; considera que es un copropietario con mayor porcentaje y no un precarista, que al haber sólo un bien en la herencia no hace falta realizar la partición porque se produce una atribución automática de las cuotas a los herederos proindiviso, que la única acción que cabe es la de división de la cosa común y no la de desahucio en precario. Entiende que se incumple el art. 398 CC cuando acciona quien no tiene un porcentaje suficiente, una mayoría suficiente, dado que él tiene un porcentaje de 73.96% sobre el inmueble y que no realiza un uso exclusivo y ex-

cluyente y que es él quien está pagando los gastos del inmueble por lo que no está perjudicando a la comunidad.

La liquidación de los gananciales de los esposos no se había realizado. La madre no podía por tanto disponer a favor del demandado de este bien. Los actores niegan la cuota asignada y sería necesario realizar las operaciones particionales. Podría ejercitarse una acción de división de la cosa común sin una previa liquidación de los gananciales por economía procesal, pero no excluye que pueda prosperar una acción para el desalojo. Para situaciones de comunidad de gananciales disuelta pero no liquidada se aplican las reglas de la comunidad hereditaria (STS 178/2021, de 29 de marzo y 962/2020, de 21 de diciembre). **El evitar la posesión exclusiva y excluyente concurre de manera semejante, tanto cuando existe cuota en abstracto sobre un patrimonio en la comunidad hereditaria como cuando existe una comunidad ordinaria por cuotas.** Es interés de los comuneros que la vivienda sea desocupada para proceder a su división, con adjudicación a uno de ellos indemnizando a los demás o venta y reparto de precio (art. 398, III y 404 CC). Por otro lado, el demandado ha reconocido que está empadronado en el inmueble, que vive en él, que ocupa la casa como si tuviera derecho a usarla en exclusiva y sin respetar los intereses de los demás, pues por incidentes con los hermanos había cambiado la cerradura, y los hermanos tienen un interés legítimo en que sea desalojada.

Un supuesto distinto, pero en relación al mismo tema, fue resuelto pro al **STS 1378/2024, de 21 de octubre**³⁵. La fallecida legó a un hijo la legítima estricta que por ley le corresponda y los derechos que por su carácter ganancial le corresponda sobre un vehículo Mercedes Benz, completada en su caso con el pago en metálico. Instituyendo a sus únicos y universales herederos, sus otros dos hijos, por partes iguales.

35. STS 1378/2024, de 21 de octubre (TOL10.248.898)

Es el legatario en la legítima estricta quien demandada a su hermano pidiendo el desalojo de la vivienda, interponiendo demanda de desahucio por precario. Y se le niega la pretensión en primera instancia por varios motivos: el demandante no representa la mayoría de la comunidad hereditaria ni actúa en su beneficio, el demandado no ocupa la vivienda en exclusividad. La Audiencia Provincial también desestima por: el demandante, en su condición de legitimario de legítima estricta no es heredero, sino legatario de cosa cierta y determinada; en cuanto tal, carece de legitimación activa para instar el desahucio de una vivienda perteneciente al caudal hereditario. Se plantea en casación la legitimación activa del legitimario para la acción de desahucio. Se discute también si es legatario de cosa cierta o de parte alícuota.

El Tribunal Supremo entiende que con fundamento en el art. 815 CC, el legitimario será heredero cuando así haya sido instituido en el testamento o lo sea *ab intestato*. La legítima también puede hacerse a título de legado, la legítima no implica una atribución global a título de herencia sino un deber de atribución que puede cumplir el causante *mortis causa* o *inter vivos*. Entiende que la atribución del legado sobre la legítima estricta es un legado de parte alícuota y no de cosa cierta, y podría tener legitimación activa para accionar si fuese de cosa cierta o de parte alícuota, no siendo relevante esta diferencia a efectos de legitimación. El legado puede adquirirse automáticamente, pero no puede adquirirse la posesión, puesto que el art. 885 CC reserva al heredero la posesión del bien o derecho legado

«El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado a darla» (SSTS 316/2019, de 4 de junio, 199/2020, de 28 de mayo, y 862/2021, de 13 de diciembre). «El legatario tiene acción personal para pedir la entrega frente al heredero, no siendo efectiva la entrega de manera inmediata sino mediata, puesto que la posesión corresponde al heredero en virtud del art. 440 CC».

Y cita la sentencia 379/2003, de 21 de abril:

«como señaló la añeja sentencia de esta Sala de 3 de junio de 1947, el legatario tiene derecho a la cosa legada desde el fallecimiento del testador, pero le falta la posesión para lo que es precisa la entrega. La sentencia de 25 de mayo de 1992 ha recogido que de acuerdo con el art. 882 del código civil cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere la propiedad desde que aquél muere, si bien debe pedir la entrega al heredero o albacea, cuando éste se halle autorizado para darla (art. 885 CC) lo que implica que en el caso de ser varios legatarios de un mismo bien se constituye sobre él una comunidad ordinaria sometida a las reglas de los arts. 392 y ss. Asimismo, ya recogió la sentencia de 19 de mayo de 1947 que la entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado, al mismo tiempo que una circunstancia “sine qua non” para el legatario que quiera disfrutar por sí mismo de la cosa legada, con independencia de la adquisición dominical que tendrá lugar en los términos prevenidos en el art. 882. En la misma línea, la de 29 de mayo de 1963 que, aunque el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada desde la muerte del testador, ello no le faculta por sí para ocupar la cosa, sino que ha de pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, lo que constituye un requisito complementario para la efectividad del legado».

Con ello se trata de asegurar la transición entre la situación de concurrencia de un propietario no poseedor (legatario) con un poseedor no propietario (heredero o coherederos), que se produce al momento del fallecimiento del causante como consecuencia, ya que conforme al art. 440 CC el heredero tiene transmitida la posesión de los bienes hereditarios desde el momento de la muerte del causante, y otra es que esa posesión termine con un desdoblamiento propiedad y posesión con entrega de la posesión al legatario. En virtud del art. 1025 CC, 1911 CC, art. 817 a 820 CC, el pago de los legados, tanto de cosa específica como de parte alícuota, está subordinado al pago de las deudas de la herencia y a las legítimas de los herederos forzosos, por lo que para garantizar derechos de los acreedores y sucesores debe hacerse inventario, liqui-

dación, y en su caso partición de la herencia, por el derecho preferente al cobro de éstos, por lo que aunque el legado transmite de forma directa del causante (art. 882CC) está subordinado a que el legado quepa en la parte de bienes de que el testador puede disponer. La entrega no puede ser inmediata por requerir de las operaciones liquidatorias previas, por ello no tienen derecho a pedir la división judicial de la herencia. Sólo hay atribución específica de un coche y de un dinero en metálico, pero no del inmueble, por lo que le niega la legitimación.

2.3 c) Acción de desahucio por precario tras la sucesión, pero entre copropietarios y no entre coherederos

STS 691/2020, de 21 de diciembre³⁶. El caso que exponemos está relacionado con una vivienda perteneciente a una sociedad de gananciales. Uno de los cónyuges se divorcia y contrae nuevo matrimonio, y fijan su residencia en esta vivienda. El fallecido, esposo, D. Luis Ángel, nombra antes de morir a su actual esposa legataria de todos sus bienes.

Su ex esposa demanda para desahuciar a su actual esposa que está ocupando esta vivienda, dice sin título, sin contraprestación y, por tanto, en situación de precario. Tanto en Primera instancia como en apelación dan la razón a su ex esposa.

«En el caso de la litis no estamos ante el típico supuesto de desahucio entre coherederos, pues lo que acaece es que un comunero, la demandante, que ostenta el 50% del condominio del bien inmueble, ejercita una acción de desahucio por precario contra la legataria del usufructo del otro 50%, que hace un uso exclusivo y excluyente del mismo».

36. STS 691/2020 de 21 de diciembre (TOL8.251.440)

Entiende el TS que la doctrina jurisprudencial sobre el precario entre coherederos o entre comuneros es perfectamente aplicable a este caso, esto es, estando en estado de indivisión no cabe admitir un uso exclusivo de un bien a favor de un comunero. La jurisprudencia admite la viabilidad de la acción de precario entre coherederos, frente al coheredero que disfruta exclusivamente por concesión graciosa del causante, y en favor de la comunidad hereditaria.

La demandada defiende que con esta acción la parte demandante está actuando en beneficio propio y no en beneficio de la comunidad y que por ello no está legitimada.

Por tanto, se debate la acción de desahucio por precario instada por la primera esposa de D. Luis Ángel contra la segunda respecto de la vivienda que corresponde a la comunidad postganancial formada por aquella y la comunidad hereditaria de éste, a la que pertenece la segunda esposa como legataria del referido usufructo, y que tiene la posesión exclusiva de la vivienda.

La situación de precarista de la segunda esposa es dudosa por ser legataria de la comunidad hereditaria. Según la Jurisprudencia (SSTS de 3 de diciembre de 1.958 y 30 de octubre de 1.986, entre otras), existe el precario: cuando hay una situación de tolerancia sin título, cuando sobreviene un cambio de la causa por cesar la vigencia del contrato antes existente, o incluso la posesión gratuita sin título y sin la voluntad del propietario.

El art. 250.1 n^o 2 LEC ha establecido el juicio verbal como cauce para ejercitar la acción de desahucio por precario:

«Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: [...] 2^o Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca».

Los presupuestos de este tipo de proceso son: el título que ostenta el demandante, la identificación del bien poseído en precario y la insuficiencia o carencia de título del demandado.

La prueba de la existencia de un título habilitante que ampare la posesión o el pago de renta o merced corresponden a los demandados al tratarse de hechos positivos frente a la pretensión de desahucio articulada en la demanda.

Entiende el Tribunal que más que en una posesión sin título, estaríamos ante una situación de posible ejercicio abusivo del derecho. Se trataría de una extralimitación de su derecho a coposeer carente, por tanto, de una necesaria cobertura formal de derecho.

Si la vivienda litigiosa forma parte del caudal hereditario y tiene carácter de ganancial, resulta necesario proceder a la previa liquidación de la comunidad post ganancial. Antes de la liquidación sólo tienen una participación sobre el global de la masa ganancial y es necesario liquidar para determinar el caudal partible y a partir de ahí podemos hablar entonces de titularidades singulares o concretas.

La sentencia considera que las mismas soluciones deben predicarse de las comunidades hereditarias que de las comunidades postgananciales. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta sala (sentencia 700/2015, de 9 de diciembre).

Entiende el tribunal que el hecho de que la parte actora no haya hecho constar que acciona en beneficio de la comunidad no es razón para negarle legitimación, pues se trata de una pretensión que de prosperar redundará en provecho de la comunidad.

Pero ejercitar la acción de desahucio frente a un coheredero o comunero en provecho exclusivo del actor, pretendiendo su uso exclusivo y excluyente, contravendría el fundamento de la acción, pues incurriría en la misma posesión exclusiva.

Entiende el Tribunal Supremo que el pronunciamiento de la sentencia de Primera instancia y la audiencia es correcto, porque se limita su declaración a condenar a la demandada a dejar la vivienda «libre y expedita, con apercibimiento de lanzamiento», sin autorizar a la actora a ocupar ella misma de forma exclusiva la vivienda, pues, como antes dijimos, la acción de desahucio frente a un coheredero o comunero en

provecho exclusivo del actor, pretendiendo su uso exclusivo y excluyente, contravendría el fundamento de la acción, pues incurriría en la misma posesión exclusiva.

Distinto sería atender al derecho a coposeer que tienen las dos, y a la tutela del mismo durante el período de indivisión y hasta la liquidación. **Si algún comunero hace un uso exclusivo y excluyente se colocará en situación de precarista siendo viable la acción de desahucio. Nunca sería una posesión sin título sino una extralimitación o posible ejercicio abusivo de un derecho.**

2.3 d) Legado de cosa ganancial y acción de desahucio

Un supuesto sobre este tema fue resuelto por la **STS 164/2025 de 3 febrero**³⁷. Se trata de un bien inmueble local comercial y no de una vivienda. El tribunal estimó la acción de desahucio por precario. El local pertenecía a la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada. El testador había dispuesto en virtud del art. 1056 CC, (pero dice el tribunal que no es una auténtica partición porque no confiere la propiedad de los bienes en virtud del art. 1068 CC) que el local fuese para los dos hijos y el resto de su herencia fuese repartida entre sus cuatro hijos. Se trata por tanto de un legado de cosa ganancial.

La hija demandada estaba ocupando en exclusiva el local, que está pagando los gastos del local y que en dicho local desarrolla su actividad profesional y es por tanto su medio de vida y que por eso el causante le legó el local. En primera instancia se estima la acción de desahucio, dice no quedar demostrada la voluntad del causante ni que existiera un contrato para el uso de este local y que esta posesión no estaba siendo consentida por los coherederos como lo demuestra la acción judicial de división de la herencia de la que forma parte dicho inmueble y la contienda judicial abierta

37. STS 164/2025 de 3 de febrero (TOL10.400.076).

al respecto. La audiencia revoca el pronunciamiento en primera instancia negando legitimación al actor hasta que se realice la partición de la herencia y negando que la demandada adquiriera la condición de precarista.

El Tribunal Supremo resuelve en el sentido de considerar que estamos ante un legado de bien ganancial, que producirá todos sus efectos si finalmente fuese adjudicado a la herencia del testador, en caso contrario, se entenderá su valor; se limitará al valor de la mitad indivisa del bien en caso de que sea adjudicada esa mitad.

Y afirma literalmente que:

«A partir de la sentencia del pleno 547/2010, de 16 de septiembre, es jurisprudencia consolidada el reconocimiento del ejercicio de la acción de desahucio por precario entre coherederos y en beneficio de la comunidad. Esta doctrina se fundamenta en la idea de que, durante el período de indivisión que precede a la partición, todos los coherederos tienen título para poseer como consecuencia de su participación en la comunidad hereditaria, pero ese título no ampara una posesión en exclusiva y excluyente de un bien común por un coheredero».

Entiende que la hija sí adquiere la condición de precarista citando sentencias como las que siguen: sentencias 134/2017, de 28 de febrero; 109/2021, de 1 de marzo; 212/2021, de 19 de abril. 379/2021, de 1 de junio; 502/2021, de 7 de julio; 783/2021, de 15 de noviembre; 1634/2024, de 5 de diciembre y 22/2025, de 7 de enero, entre otras:

«el precario es una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo sin título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque se trate de un poseedor de peor derecho».

Con ello estima procedente la acción de desahucio ejercitada por los coherederos.

2.4. LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA REALIZADA EN VIRTUD DEL ACUERDO DE LOS COHEREDEROS

2.4 a) Concepto de partición convencional. Contenido. Naturaleza jurídica. Requisitos: consentimiento unánime

Es el art. 1058 CC el que regula la llamada partición convencional al disponer: «*Cuando el testador no hubiera hecho la partición ni encomendado a otros esta facultad, si los herederos fueran mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente*». Y art. 1059 CC «*Cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará a salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil*».

La ley, por su literalidad, parece asignar a la partición convencional un carácter subsidiario, cuando no hubiera hecho la partición el testador ni nombrado a un contador partidor, sin embargo, esta no es la realidad de la partición convencional, pues se admite también en otros casos. Se debe tener en cuenta la partición realizada por el testador, pero los coherederos pueden pactar otra cosa si así lo consideran. Las posibilidades de la partición entre coherederos son muy amplias; debe hacerse primar por ley su autonomía y libertad de pactos, como forma muy conveniente y deseable para evitar contiendas judiciales de futuro, proteger intereses particulares y evitar la excesiva fragmentación de bienes³⁸.

La partición entre coherederos supone un acuerdo bilateral o plurilateral donde éstos pactan cómo repartir la herencia. Determinan la liquidación de la comunidad hereditaria mediante la formación de inventario, avalúo, formación de lotes y adjudicación de bienes entre ellos. Y este acuerdo nace de la libertad de pactos

38. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La partición convencional*, ob. cit.

y autonomía de la voluntad, pero trae como causa la muerte del causante y su sucesión y tiene como objeto un determinado haber hereditario. De esta manera, nadie mejor que ellos pueden disponer de ese haber y hacer las asignaciones, con mayor o menor respeto a la igualdad de lotes, siempre que así lo quieran, con posibles compensaciones de valor, con posibles renunciaciones de bienes o derechos etc.

Se nos antoja que, su carácter subsidiario es totalmente descartable y que la legislación debiera darle un interés prevalente y hacer visible la necesidad y/o conveniencia de realizar una partición consensual, para evitar posibles impugnaciones y litigios, determinando que los herederos deben pasar por ella, restringiendo las causas de impugnación a adiciones por posibles omisiones de bienes aparecidos con posterioridad, preterición herederos y poco más. Descartando o restringiendo problemas de vicios del consentimiento y causas de nulidad y rescisión, pues debe respetarse el acuerdo adoptado. Estas posibles impugnaciones podrían ser tachadas de conductas que van contra los propios actos. De esta forma, habría que interpretar favorablemente la validez de la partición convencional entre coherederos cuando vaya en contra de las disposiciones testamentarias, entendiendo que las partes han querido modificar tras la sucesión lo dispuesto por el causante. Es esta la línea que sigue la doctrina y la jurisprudencia³⁹. Hacemos esta afirmación si partimos de la idea de que la partición por el testador no se ha realizado, o que la partición por el testador o por contador partidador no convence nada a los coherederos por diferentes motivos.

39. RUBIO GARRIDO, T.: *La partición de la herencia*. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., «La partición de la herencia: un estudio jurisprudencial», en *ADC*, Tomo LXXII, fasc. 4, 2019, págs. 1247-1329, ABELLÁ RUBIO, M.J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. B., «La partición extrajudicial», O`Callaghan Muñoz, x., (dir.) *La partición de la herencia*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, págs. 135-298.

Esta visión «idealista» de la partición convencional choca frontalmente con el requisito, elemento esencial de la partición entre coherederos, que tiene que ver con el consentimiento y con el requisito de la unanimidad. Esta partición necesita el consentimiento de todos los herederos y no es posible cuando uno de los herederos no está de acuerdo. Pese a que el legislador anterior valoró sustituir este requisito de la unanimidad por el de las mayorías, se impuso la unanimidad. De esta manera, se «acepta como mal necesario» que la oposición de alguno de los herederos no obedezca a motivos fundados, sino a una actitud de obstrucción, rebelde, contraria a la buena fe e incluso de abuso de derecho, condenando a los herederos a iniciar un procedimiento de división judicial de herencia (arts. 1059 CC y 782 y ss. LEC). Con ello se evita que las mayorías puedan actuar en detrimento de partes con intereses legítimos, causando perjuicios y abusos. Digamos que se ha preferido el coste del procedimiento judicial de división de herencia antes que imponer la voluntad de las mayorías.

Se exige la unanimidad, abandonando la idea de los arts. 902 y 903 del proyecto de 1851, normativa que recogía que la partición podía ser realizada con la mayoría absoluta de los coherederos, sin perjuicio de las acciones judiciales oportunas por los agraviados. La única previsión normativa contraria a que no se ha querido las mayorías sino la unanimidad es la excepción contemplada en el art. 1086.1 CC)⁴⁰. Otra excepción sería la que aparece recogida en el art. 1080 CC cuando señala que la preterición de un heredero no produce la rescisión de la partición a no ser que se pruebe que hubo mala fe, pero los coherederos tendrán obligación de pagar lo que corresponda al preterido⁴¹.

40. CUENA CASAS, M., *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 1732. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/uma/56964?>

41. CUENA CASAS, M., *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, ob. cit., pág. 1733, citando la SENTENCIA STS 5.12.1959 (1959/4486) «la partición subsiste aunque se haya hecho con preterición de

La Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015 conforme a lo dispuesto por el art. 1057.II CC, permite que a solicitud de una mayoría de intereses pueda intentarse una partición por un contador partidador dativo, en procedimiento de pura Jurisdicción voluntaria. Hasta la fecha esta vía ha sido escasamente utilizada, quizás por el temor a que el abuso e irracionalidad de uno esté provocando más coste y más dilación, al ver este recurso como algo escasamente desalentador para el que quiere oponerse a toda costa o chantajear, y las partes quieran acudir directamente al juicio de división de herencia que garantiza el final de la contienda de forma más rápida y directa, es decir, que se utiliza escasamente el procedimiento de Jurisdicción voluntaria por los pocos resultados prácticos.

El contenido de este acuerdo, partiendo de esta primacía de la autonomía de la voluntad, puede ser amplio, disponiendo renunciaciones, permutas, negocios dispositivos varios, entregas en metálico, condiciones, nacimiento de otras obligaciones varias, etc. con los límites del art. 1255 CC, e incluso pudiendo abarcar mucho más del haber hereditario, recogiendo acuerdos transaccionales válidos. Otro tema sería determinar para estos casos si con un contenido así de amplio estaríamos ante una partición convencional pura o ante otro tipo de contrato. A nuestro modo de ver, si este acuerdo mantiene como causa principal el reparto del haber hereditario, el consentimiento de todos los partícipes y la extinción de la comunidad hereditaria, debiera ser considerado partición, aunque tenga un contenido más amplio. En cualquier caso, le serían aplicables las normas relativas a la partición, pero se registraría principalmente por las normas reguladoras de las obligaciones y contratos, pues se trata de una partición contractual, cuya posible inefi-

alguo de los herederos y, por tanto, sin la prestación de consentimiento, a menos que haya mediado dolo o mala fe por parte de los otros interesados, aun cuando el artículo 1059 del Código haya venido a sancionar el principio de la unanimidad en su otorgamiento, ya que este principio admite la excepción del artículo 1080 antes citado».

cacia como pacto está vinculada en mayor medida a las causas de ineficacia de los acuerdos y contratos en general. Según la STS 19 febrero 2014, «la partición convencional, partición realizada por los herederos (artículo 1058 del Código civil) es decir, por los propios interesados por sí mismos (...) se ha considerado de naturaleza contractual (sentencias de 8 febrero 1996, 19 junio 1997) o negocio jurídico plurilateral (sentencia de 20 enero 2012, STS 19 febrero 2014), y en todo caso obliga a los herederos partícipes de la misma a aceptar y cumplir lo pactado»⁴².

Entiende la doctrina que la partición convencional puede apartarse de lo dispuesto por el testamento o determinar un reparto distinto al recogido por la partición realizada por el testador o por el contador partidor. «*Siendo ambos mecanismos un modo de evitar los desacuerdos y litigios entre los coherederos, parece sensato entender que cuando éstos llegan a convenir apartarse de lo previsto por el testador, o prescinden de la actuación del contador-partidor, la finalidad preventiva se ha logrado y resultaría inútil y dilatorio impedir que los herederos lleguen a un acuerdo que, de todos modos, podrían concretar más tarde*». Mentalidad permisiva también tiene la doctrina y jurisprudencia cuando admite la partición convencional cuando la partición ha sido realizada por contador partidor⁴³.

La jurisprudencia también admite que los coherederos puedan modificar la composición de lotes que les fueron adjudicados por el testador en uso de su autonomía de la voluntad reconocida en el art. 1255 CC y que esta autonomía preside el art. 1058 CC⁴⁴.

42. CARDÓS ELENA, J.M., «Notas sobre la utilidad de la donación-partición y de la partición bilateral en el derecho civil común», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, págs. 288-319. [AJI20bis_9.pdf](#)

43. CUENA CASAS, M., *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, ob. cit., pág. 1733, citando a Espejo Lerdo de Tejada, págs. 1723 y 1724.

44. CUENA CASAS, M., *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, ob. cit., pág. 1733, citando a Espejo Lerdo de Tejada,

En algunos casos se ha cuestionado que estemos ante una verdadera partición sino ante un acto dispositivo por el motivo de incluir o ampliar el ámbito referido al contenido del pacto⁴⁵.

La partición también puede ser convencional cuando estamos ante un procedimiento judicial de herencia y los coherederos aprueban la partición realizada por el contador partidor judicial o no se oponen a la misma «el Secretario judicial dictará decreto aprobando las operaciones divisorias, mandando protocolizarlas» (art. 787.2 LEC). Esta partición judicial debe considerarse de naturaleza contractual.

Igualmente podemos hablar de partición consensual la realizada por contador partidor dativo en un procedimiento de Jurisdicción voluntaria cuando las partes están de acuerdo. Si finalmente la partición resulta aprobada por los coherederos parece que asumirá carácter contractual.

2.4 b) La forma en la partición. La partición tácita o por hechos concluyentes

La partición de la herencia por los coherederos puede ser parcial o total y puede realizarse en cualquier forma, pues no se exi-

págs. 1723, cita sentencias como las siguientes: (RJ 1935/2168)2, 28.1.1964 (RJ 1964/392), 25.2.1966 (RJ 1966/852) y 5.3.1991 (RJ 1991\1718)

45. CUENA CASAS, M., *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, ob. cit., pág. 1733, citando la STS 4.2.1994, aunque no se estimara en el caso concreto que hubiera existido dicho pacto en contra de lo dispuesto por el testador, y, además, se abriera la vía de considerar que en ese pacto no debe verse una partición sino un verdadero acto dispositivo. Se ha defendido, en cierta continuidad con esa doctrina, que un convenio de este tipo encierra una doble voluntad negocial «de aceptación de herencia y de nueva distribución del caudal» que habría «de implicar el consiguiente desplazamiento de su normativa rectora», desde las normas de la partición a la de los negocios inter vivos. Pero no nos parece que esta última explicación sea plausible.

ge una forma especial, estando regida por el principio de libertad de forma del art. 1278 CC. Esta posibilidad es fuente a veces de problemas, en cuanto que los coherederos han podido pactar de forma verbal y luego no respetar estas particiones, con la dificultad de prueba que ello ocasiona. Ni siquiera es preciso que la partición de la herencia sea acordada por los interesados por escrito, siendo suficiente el pacto verbal. La STS 18 marzo 1999 (RJ 1999,1859) dijo que: *«el acuerdo particional, de notoria naturaleza contractual, no requiere de una especial forma para que resulte eficaz y vinculante»*.

La SAP Castellón (Sección 1ª) 15 marzo 2006 (JUR 2006, 185128) afirmó expresamente la validez de la partición convencional acordada verbalmente:

«La prueba sobre este acuerdo verbal particional es clara y evidente, y refleja la común voluntad de ambas hermanas de distribuir el bien heredados en los términos expuestos. El convenio particional no lo constituye el citado documento, como parece sostener la recurrente, sino el acuerdo verbal alcanzado por ambas hermanas con anterioridad y concretado finalmente en la Gestoría Administrativa a la que acudieron para viabilizar administrativa y registralmente aquella distribución del inmueble. Este acuerdo verbal de partición alcanzado el día 17.10.2003 resulta válido y eficaz al surgir del acuerdo unánime de las voluntades de los interesados, que se perfeccionó con la concurrencia de los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil, al acomodarse a sus intereses, y que plasma la libertad jurídica de los herederos a llevar a cabo la distribución de la herencia de la manera que tuvieron por conveniente (art. 1058 CC), sin limitaciones ni condicionamientos, y desde luego no por tratarse de un acuerdo verbal, puesto que por ser notoria su naturaleza contractual, no requiere de una especial forma para que resulte eficaz y vinculante». En parecidos términos, la SAP Las Palmas (Sección 4ª) 15 febrero 2007 (JUR 2007, 152883) dijo que *«el negocio particional no se halla legalmente sometido a ningún requisito esencial de forma, ni cabe excluir, por tanto, la válida posibilidad de su práctica mediante informales pactos privados»*. Cuestión distinta, evidentemente, es que la ausencia de documento impida acreditar la existencia de una partición verbal: SAP Madrid (Sección 19ª) 31 marzo 2000 (JUR 2000, 203428); SAP Madrid (Sección 9ª) 3 junio 2005

(JUR 2005, 168791); SAP Córdoba (Sección 2ª) 27 abril 2006 (JUR 2006, 230907)⁴⁶.

Es por este motivo por el que la Jurisprudencia debe entrar muchas veces a resolver contiendas cuando alguna de las partes entiende que la partición no se ha realizado o porque considere que la partición sí se ha realizado, ya que ésta deriva de hechos concluyentes que denotan la voluntad de querer aceptar. También es frecuente el conflicto cuando la partición se documentó por escrito, pero hay actos contrarios con posterioridad, o cuando no se sabe muy bien hasta qué punto la partición tácita o por hechos concluyentes entra en contradicción con estos documentos, o cuando la partición en documento público posterior no se corresponde totalmente con lo dispuesto en documento privado, o cuando el testamento que sirvió de base para realizar la partición se ha modificado con posterioridad, no quedando claro si los coherederos mantienen la misma voluntad de partir de este modo, etc.

Por ello podemos decir que la libertad de forma permite la partición tácita o por actos concluyentes, la partición verbal o la partición en documento privado o público, pero esta posibilidad puede ocasionar problemas en la práctica cuando algún coheredero discute o cuestiona la partición realizada, no dándose una respuesta única, esto quiere decir que hay que estudiar la casuística y ver para ese caso qué es lo que ha ocurrido, si la partición primera verbal o tácita ha sido modificada, novada *a posteriori* mediante documento privado o público, si la partición en documento privado debe corresponder necesariamente con la partición consensuada de forma verbal, de tal manera que no contradiga lo dispuesto por escrito, y en definitiva, averiguar qué ha sucedido con la voluntad unánime y el consentimiento prestado por los coherederos,

46. CARDÓS ELENA, J.M., «Notas sobre la utilidad de la donación-partición y de la partición bilateral en el derecho civil común», ob. cit. pág. 293.

así como analizar si para ese caso pudiéramos estar hablando de la existencia de un posible vicio del consentimiento, nulidad o posible impugnación de la misma.

Por tanto, **la partición convencional no requiere una forma *ad solemnitatem***, pero esto mismo que pudiera suponer una ventaja puede llevarnos a un foco de conflicto frecuente entre coherederos. Por ejemplo, es habitual (sin pretender ser exhaustivos):

- Que se alegue la partición tácita por hechos concluyentes por familiares que a veces no han querido documentar nada debido a que les une vínculos afectivos, cuando alguno de ellos la cuestiona.
- Pudiera faltar alguna firma, aunque las personas interesadas estuvieron en el proceso, reuniones, operaciones, sorteo, formación de lotes, y luego se entró en la posesión de los bienes que fueron adjudicados, incluso pudiendo cesar en ese momento contratos anteriores, como pudiera ser un arrendamiento.
- Nunca se había cuestionado la posesión inmediata de los bienes adjudicados, no se había reclamado nunca nada, los coherederos después siguieron poseyendo los mismos bienes, se habían pagado los impuestos correspondientes por los bienes adjudicados, hecho mejoras, etc. La respuesta fue el silencio o el goce pacífico de los bienes, pero después alguno de los coherederos cuestiona la partición consensual.
- Podría darse una partición notarial parcial y derivar una posterior verbal o por hechos concluyentes respecto de la parte que no había sido objeto de partición, cuando esta otra partición no se documenta por motivos fiscales. Alguna parte cuestiona la validez de la partición.
- Se realizan algunas actuaciones, pero no puede interpretarse que las mismas estén dando a entender que se ha realizado una partición verbal, sino meras gestiones de pre-partición como pueda ser retirar de cierto dinero de la cuenta.

Alguna parte entiende que esta partición consensual ya se ha producido.

- Hay acuerdos transaccionales respecto a partes concretas del haber hereditario sin mencionar nada más. No sabemos qué ocurre con el resto del haber hereditario.
- Se trata de una partición parcial cuando así lo desean todos y no cabe hablar de nulidad de la misma, salvo que se prueben maquinaciones, ocultaciones, mala fe. El hecho de no haber querido repartir todo el haber no significa que la partición no se haya realizado en esa parte.
- Supuestos de divergencias entre lo dispuesto en documento privado y documento público, sin olvidar que el art. 1279 CC permite que una de las partes pueda compeler a otro a que el acuerdo particional se formalice en documento notarial. No por constar en documento público pierde eficacia y carácter vinculante lo dispuesto en documento privado anterior. Habrá que ver si la escritura pública reproduce lo ya acordado, lo concreta o adiciona, o se está produciendo una novación. Habrá que valorar si ambos documentos son o no compatibles para determinar la eficacia obligatoria de cada uno. Pudiera ser que la partición en documento privado fuera unas bases donde luego concretar la realizada en documento público, y valorar si los cambios en una u otra son meramente secundarios o trascendentales.
- Estamos ante una partición que ha sido modificada o rectificada en un momento posterior. Requiere igualmente el consentimiento unánime de los coherederos, por problemas materiales o problemas de inscripción en el Registro de la Propiedad. Se pueden realizar escrituras para subsanar o de complemento o rectificación.

La casuística referida a otras medidas de impugnación de la partición consensual se reduce considerablemente en otros supuestos; será más difícil que prospere una impugnación de la partición consensual cuando la misma contenga acuerdos transaccio-

nales y renunciaciones, entendiéndose que estaban de acuerdo en esta causa transaccional. La participación de letrados para el asesoramiento y para perfilar bien y por escrito los acuerdos alcanzados evitan la contienda si estos pactos dejan claro que renuncian a exigirse, que conocen los valores, que consienten o renuncian a lo que pudiera corresponderle, que aceptan plenamente los términos del acuerdo, etc. Así como será más difícil argumentar que se ha dado un supuesto de vicio del consentimiento cuando han sido asistidos por asesores o letrados.

Por otro lado, más frecuente puede ser la acción de cumplimiento, para exigir que se cumpla la partición consensual cuando esto no se hace, obligando a pagar cantidades, dejar posesiones, cesar en el uso, dejar paso, ejecutar deslindes, etc., o incluso mediante el ejercicio de acciones de desahucio para el ocupante sin título alguno de los bienes adjudicados por la partición. También puede ser habitual la acción de cumplimiento para elevar a público el acuerdo por la vía del art. 1279 CC⁴⁷.

2.4 c) Partición bilateral art. 1271.2 CC y art. 1056 CC

Puede ser habitual que se realicen particiones en vida de herencia entre los cónyuges y los futuros herederos, entre los padres y los hijos, por ejemplo, disponiendo para el fallecimiento de determinados bienes o de algunos de ellos y repartiendo de futuro la herencia. Nos referimos a particiones conjuntas de los esposos, pudiendo firmar también los herederos, regulando de futuro la sucesión de los padres.

Suelen dejar dispuesto la protección del cónyuge sobreviviente con el otorgamiento de un usufructo universal de la herencia o usufructo vitalicio sobre la vivienda, pudiendo asumir también los hijos obligaciones, por ejemplo, una obligación de cuidados, el

47. RUBIO GARRIDO, T., *La partición de herencia*, ob. cit., págs. 487 y ss.

pago de una renta vitalicia, etc. Estamos por tanto más bien ante la realización de actos jurídicos con eficacia *inter vivos* y/o *post mortem*. Algunos de estos acuerdos suponen la cesión de derechos o donación con efectos inmediatos o de futuro, algunos también provocan que se otorgue la posesión inmediata de ciertos bienes. Actos jurídicos bilaterales complejos, con efectos diversos inmediatos o futuros pero que pueden contener al mismo tiempo una partición de herencia.

Este acto también puede hacerse por el testador (de manera individual) disponiendo en vida con el consentimiento de los herederos, concediendo ventajas, oportunidades, cesiones, posesiones, con renunciaciones entre ellos, haciendo nacer obligaciones de presente y con efectos inmediatos y/o futuros. En cualquier caso, pudiéramos estar hablando de partición por el testador con el consentimiento de los herederos, esto es, partición bilateral realizada por el testador y por los futuros herederos. Los arts. 1056, 1058 y 1271.2 CC permiten que estos actos tengan cabida y puedan entenderse válidos con las limitaciones que veremos a continuación.

La opinión doctrinal mayoritaria, exige que este tipo de acuerdos particionales resulten refrendados o convalidados por un testamento anterior o posterior⁴⁸. Los efectos obligacionales se con-

48. RODRIGUEZ ADRADOS, A.: «La partición hecha por el testador», *Revista de Derecho Notarial*, 1970, p. 224. 22 STS 6 marzo 1945 (RJ 1945\272); STS 6 mayo 1953 (RJ 1953, 1631); STS 28 junio 1961 (RJ 1961, 2747). Según la STS 6 marzo 1945 (RJ 1945\272). La necesidad de un testamento constituye un requisito constantemente exigido por la jurisprudencia. La STS 13 junio 190315 dijo que «el texto del art. 1056 no autoriza para entender que una persona pueda hacer por acto entre vivos la partición de sus bienes, a que se refiere la sección en que figura dicho artículo, sin que exista la norma de un testamento que contenga la expresión de la última voluntad de aquella (...) la partición así hecha había de realizarse sobre la base de una sucesión testamentaria o legal a cuyas reglas fundamentales y llamamientos de los interesados deberá acomodarse la partición». La STS 6 marzo 191716 aludió a «la convalidación testamentaria ulterior (...) condición, antes excusable, no

jugan con los efectos sucesorios, y el carácter vinculante e irrevocable del acuerdo debe permitir al mismo tiempo que se mantenga la revocabilidad de las disposiciones testamentarias, como si una y otra cosa no fueran incompatibles. Podríamos pensar también en la forma en que se realizan estos pactos (art. 1278 CC) y en la formalidad testamentaria necesaria para regir la sucesión, sin perjuicio de la eficacia *post mortem* que puede tener un acuerdo en vida, suspendida la misma para el momento de apertura de la sucesión. A esta forma de partir la herencia la hemos llamado «Partición bilateral entre causante y sucesores».

hoy, por el texto de antiguos precedentes legales como el Código Teodosiano y la Novela 107 de Justiniano». La STS 9 julio 194017 mencionó «la partición practicada por acto “inter vivos”, al amparo del artículo 1056 del Código Civil, ajustada a la norma de un testamento». La STS 6 marzo 194518 dijo que «la facultad que concede el artículo 1056 supone y requiere un testamento previo o ulterior en el que se disponga o se exprese el deseo de atemperarse a las normas de la ley». La STS 6 mayo 195319 señaló que el acto particional «debería estar respaldado por un testamento anterior o posterior conforme a cuyas cláusulas se hubiera efectuado». Y la STS 19 octubre 196020 condicionó la validez de la partición a que «se hall[e] respaldada por una disposición testamentaria, con la que ha de tener perfecta adecuación, y a la que, por de ella derivar y traer causa».

Aunque por lógica sería aconsejable que el testamento sea anterior a la partición del testador, la jurisprudencia no ha puesto impedimento alguno para que el testamento pueda ser «previo o ulterior» a la partición. Tampoco se cuestiona que la partición hecha por el testador puede constar en documento privado. Ciertamente, la interpretación del art. 1056 CC conforme a los antecedentes legislativos (art. 3.1 CC) aporta una razón de peso, destacada por la doctrina y por la jurisprudencia, que avala la exigencia de que la partición esté respaldada por un testamento; o lo que es lo mismo, que sea ineficaz la partición efectuada por el difunto que muere intestado

El actual art. 1056 CC se corresponde con el art. 1073 del anteproyecto de CC de 1882-1889, de redacción era idéntica, cuyo origen radica en el art. 899 del proyecto de CC de 1851, que aludía al «difunto» en lugar de al «testador». La diferencia no es baladí, y todo hace pensar que la modificación de la redacción del precepto fue consciente, dado que la sustitución de la palabra «difunto» por «testador» se extendió igualmente a los arts. 1058 CC.

Vamos a partir de la base de que el acuerdo contenga una auténtica partición de la herencia, y no meras normas particionales, sin perjuicio de que pueda contener otro tipo de pactos.

De esta manera, el art. 1272.2 CC dispone que «Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056». Por otro lado, el art. 1058 CC refiere «Si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente».

Pero el art. 1056 CC no debe referirse siempre a un contrato o acuerdo entre testador y herederos, sino que el testador puede ordenar la partición de sus bienes unilateralmente. Entonces no estaremos ante un acto con cariz contractual, sino ante un acto unilateral de manifestación de la voluntad del testador. El consentimiento de los hijos puede ser más bien un asentimiento moral y no un auténtico consentimiento. Es importante, por tanto, diferenciar si estamos ante un auténtico contrato o un acto unilateral del testador⁴⁹.

La partición realizada por el testador y refrendada por el testamento eliminaría la litigiosidad del proceso hereditario, disponiendo de la totalidad del caudal patrimonial con precisión del destino de sus bienes a su muerte, evitando conflictos y enfrentamientos entre los herederos. Si admitimos la partición bilateral

49. ALBALADEJO GARCÍA, M., «Sólo el testador puede partir su herencia», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, núm. 71, 1974, pág. 50, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M., «Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador por actos inter vivos», *Revista de Derecho privado*, núm. 447, 1954, págs. 499-501, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Algunos aspectos de la eficacia y el régimen jurídico de la partición hecha por el testador, Comentario a la STS de 23 de febrero de 1999», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 53, 2000, pág. 274, LÓPEZ PELÁEZ, P., «La partición realizada por el propio testador en actos inter vivos y su problemática», *Revista de Derecho Civil*, vol. 10, 2023, págs. 161-162.

de la herencia, donde el consentimiento de los herederos pueda ser calificado de aceptación contractual, prevenimos igualmente contiendas al poder rechazar impugnaciones contra la partición que nieguen virtualidad a este consentimiento y que quieran o pretenda actuar de una forma distinta a la manifestada en el acuerdo, pues serían contradictorias con la voluntad alcanzada y podrían ser calificadas de conductas que van contra los propios actos o conducta que pretenden romper con el principio *pacta sunt servanda*.

Cuando se realiza una partición en vida por el testador, de manera unilateral o conjunta (partición entre esposos) o de manera bilateral (con los coherederos), cabe plantearse si esa partición tiene efectos a la muerte o pueden tener ciertos efectos en vida. Sobre el sentido de que la partición *inter vivos* del art. 1056 CC en realidad no tiene efectos en vida, sino que se trata de una partición en vida con efectos a la muerte, a la apertura de la sucesión, ya nos hemos pronunciado en el anterior apartado⁵⁰. Pero es habitual en la práctica que la partición realizada de esta forma tenga efectos posesorios actuales, sobre todo, si hablamos de fincas y de zonas rurales, pero eso no quiere decir que a través de la partición no se haya querido disponer con efectos traslativos inmediatos.

A través del documento particional bilateral se podría incluir o pretender realizar donaciones en vida con efectos a la muerte. Estas donaciones son inscribibles en el Registro de la Propiedad⁵¹ y son válidas siempre que el donante se reserve bienes suficientes en plena propiedad o usufructo para atender sus propias necesidades. Sin embargo, estas donaciones deben reunir los requisitos de for-

50. Vid. anterior apartado 1.1 «La partición de la herencia: concepto y clases», al hablar de la partición del art. 1056 CC.

51. CARDÓS ELENA, J.M., «Notas sobre la utilidad de la donación-partición y de la partición bilateral en el derecho civil común», ob. cit. RDGRN 20 febrero 2017 (RJ 2017, 3391); RDGRN 27 marzo 2019 (RJ 2019, 1455); RDGSJFP 29 octubre 2020 (RJ 2020, 5477); RDGSJFP 29 octubre 2020 (RJ 2020, 5484); RDGSJFP 25 abril 2022 (RJ 2022, 2502).

ma necesarios, por ejemplo, la escritura pública si se trata de bienes inmuebles como exige el art. 633 CC.

Podría ser interesante que se regulara en España la figura de la donación-partición, admitida ya por el Derecho Francés y en otros ordenamientos jurídicos. Pero la doctrina niega que se pueda interpretar el art. 1056 CC como un precepto que de cabida a las donaciones-particiones. Porque la partición del art. 1056 CC sólo produce efectos *mortis causa* y no transmite la propiedad de los bienes hasta la muerte del testador, porque no hay una remisión a las donaciones en este precepto. Esta donación-partición haría que la transmisión de los bienes se produzca desde el momento de la aceptación y no desde la muerte del causante. Y también tenemos aquí en España la prohibición del pacto sucesorio del art. 1271 CC que sirve de escollo legal para admitir esta figura⁵².

No hay argumento legal que impida la validez de una partición bilateral entre testador y coherederos que tenga efectos tras la muerte del testador. El art. 1271.2 CC tendría sentido si permite que el testador y el heredero pacten sobre la herencia futura, mientras exista consentimiento unánime, como negocio plurilateral, distinguiendo entre las particiones unilaterales art. 1056 CC y las bilaterales del art. 1271.2 CC. Esta partición sería un supuesto excepcional, como otras permitidas como la promesa de mejorar en capitulaciones matrimoniales (art. 826 CC), mejora contractual irrevocable (art. 827 CC), donaciones de bienes futuros en capitulaciones matrimoniales (art. 1341 CC).

STS 29 octubre 1960 (RJ 1960, 3447):

«Proscritos con carácter general los pactos sucesorios por el artículo 1271 del Código Civil, ha de entenderse la excepción que el propio precepto establece relativa a la partición de bienes, en el sentido de autorizar al testador para practicar entre vivos la división de un caudal, por la que, con-

52. Vid. CASADO CASADO, B., *La transmisión en vida de bienes inmuebles de padres a hijos como sucesión anticipada*, ob. cit., págs. 47 y ss.

forme al artículo 1.056, ha de pasarse, en tanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos»⁵³.

Así se desprende explícitamente del art. 1257 CC, e implícitamente de los arts. 1058 y 1059 CC, referentes a la partición convencional acordada por los herederos.

Las particiones bilaterales deben hacerse haciendo constar la aceptación de los herederos, teniendo esta aceptación carácter contractual; mientras que, en la partición unilateral, si aparecen firmas serán meros asentimientos morales que denotan el conocimiento de la partición hereditaria por los futuros herederos. Habrá por tanto que valorar el concreto contenido de cada partición para ver si los herederos firman con voluntad de obligarse o simplemente firman porque conocen la partición realizada por el testador. La redacción literal del documento particional será principal de cara a valorar si estamos ante una partición o un contrato partición bilateral. Será importante la redacción en plural, donde todos los coherederos asumen un contenido obligacional determinado, donde realizan renunciaciones a futuras acciones legales, a bienes concretos, cesiones etc., entendiendo igualmente que, como un requisito de forma, esta partición bilateral también necesita un testamento que la convalide.

La peculiaridad de esta partición es que, pese a su carácter irrevocable, debemos siempre dejar a salvo la libertad de disposición testamentaria, permitiendo que el testador modifique el testamento, corrigiendo o variando los términos del acuerdo. Esta partición consensual, por tanto, puede quedar revocada por un testamento posterior en la medida que este testamento contradiga lo dispuesto anteriormente, y todo ello, aunque se hayan pactado ciertos efectos antes de la muerte, como, por ejemplo, el compromiso de pago de una pensión vitalicia, asumir una obligación de cuidados hasta la muerte, etc.

53. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Algunos aspectos de la eficacia y el régimen jurídico de la partición hecha por el testador», ob. cit. pág. 293.

Las causas de impugnación deben ser muy limitadas cuando se realice una partición convencional, dado que constituye un acuerdo vinculante salvo vicio del consentimiento, pudiendo alegarse la obligación de lo pactado *pacta sunt servanda*, como forma de hacer cumplir los compromisos adquiridos.

2.4 d) Algunos supuestos prácticos de interés

La partición convencional soluciona en gran parte las controversias entre coherederos ligadas a la partición de una herencia, pero, aun así, pueden darse algunas problemáticas en la práctica relacionadas con este tipo de partición. A veces se discute la prestación del consentimiento unánime cuando la partición debe adicionarse con posterioridad o se cuestiona el valor de la primera partición con las renunciaciones o pactos allí expuestos; digamos que a veces se discute la validez de la partición consensual fundamentada en causas justas y otras «se aprovecha» la adición o complemento para ejercitar acciones contra la partición antes referida; otras veces se cuestiona la forma o se intenta poner en el centro de la controversia judicial los efectos obligacionales que esta partición convencional ya ha producido. Habrá por tanto que estudiar la naturaleza de estos pactos, el alcance de sus cláusulas, y las soluciones a posibles complementos de las particiones de herencia así realizadas.

La jurisprudencia afirma el carácter contractual de la partición consensual y exige el cumplimiento de los requisitos del art. 1261 CC. El documento privado particional puede contener verdaderos actos de disposición sobre el patrimonio hereditario que requieren el consentimiento unánime de los herederos; si existe partición complementaria esta partición se adiciona a la anterior y se mantiene válida la primera por el principio *favor partitionis*. El consentimiento sería siempre un presupuesto inexcusable para el nacimiento del pacto, pero se debate la eficacia de una partición consensual parcial cuando no se consigue el consentimiento uná-

nime para la posterior adición. También es un asunto problemático el de los pactos de renuncia contenidos en particiones consensuales, cuando alguno de los firmantes cuestiona su alcance o validez con posterioridad.

Así, por ejemplo, la **STS 15/2012, de 20 de enero**⁵⁴, resuelve un caso en el que se analizó el alcance de una cláusula de renuncia de derechos en una partición consensual. El causante había otorgado testamento donde había ordenado una serie de pre legados y designados herederos en una cuarta parte de su patrimonio a cada uno de los tres hijos sobrevivientes, y la restante cuarta parte dividida entre los tres nietos del hijo premuerto. Todos los herederos firman la escritura pública de aceptación de herencia y adjudicación de bienes inventariados de la herencia en la proporción ordenada por el testador, haciendo la partición del patrimonio hereditario adjudicando lotes a cada uno de los coherederos y añaden una cláusula: *«con las adjudicaciones efectuadas, todos los comparecientes se dan por íntegramente pagados de sus respectivos derechos, por lo que respecta a los inmuebles de que se trata, sin que tengan nada que reclamarse, al ser de idéntico valor lo recibido, a lo que les correspondía en el pro indiviso disuelto. Asimismo, todos y cada uno de ellos, renuncian a cualquier derecho que por cualquier título pudiesen tener sobre la total propiedad de los pisos cuyas cuotas partes han sido adjudicadas a los otros comuneros, así como los derechos expectantes que pudieren tener sobre las otras porciones de las fincas no adjudicadas a ellos, de los que no existe título conocido»*.

Con posterioridad los dos nietos venden su cuota y participación indivisa que le correspondía al otro hermano.

Aparecen luego nuevos bienes y participaciones indivisas del fallecido y uno de los coherederos plantea la adición y acciona contra los coherederos que no quieren consentir, pidiendo que se condene a otorgar escritura de adición de herencia conforme a los pactos y cláusulas alcanzados en la partición consensual teniendo en cuenta la cláusula de renuncia.

54. STS 15/2012, de 20 de enero (RJ\2012\1899)

Uno de los codemandados alega que la adición de dichos bienes y participaciones indivisas debe hacerse conforme a la voluntad del causante, expresada en su testamento, es decir, por cuartas partes iguales (tres a los hijos y la cuarta parte restante a los nietos que en este momento es uno solo, el demandante, por la renuncia de sus dos hermanos), declarando la nulidad de la cláusula de renuncia antes transcrita.

La parte controvertida será la cláusula de renuncia que aparece en la escritura pública de partición «*renuncian a cualquier derecho que por cualquier título pudiesen tener sobre lo adjudicado a los demás coherederos, así como los derechos expectantes que pudieran tener sobre otras porciones (o cuotas) que pudieran tener sobre fincas no adjudicadas a cada uno*».

Esta cláusula de renuncia la hacen todos los coherederos y se refiere a bienes presentes y no bienes futuros, esto es, a los derechos sobre los bienes y las cuotas ya adjudicadas. No puede ser objeto de negocio jurídico, dice la sentencia, bienes teóricamente desconocidos. Pero hemos de considerar dos aspectos: la partición convencional y la adición a la partición. Concluye que esta cláusula de renuncia no es nula y que, por tanto, no se refiere a los bienes aparecidos con posterioridad.

La sentencia entiende que el testador no hizo la partición en su testamento porque no quiso evitar la comunidad hereditaria, ya que no le confirió la propiedad de los bienes de la herencia a sus herederos conforme dispone el art. 1068 CC. Esta partición fue hecha por los coherederos con posterioridad, pudiendo distribuir la herencia de la forma que estimen conveniente.

Si se omiten bienes en la partición, se procede a su adición (art. 1079 CC) si los bienes omitidos son de poca importancia por aplicación del principio *favor partitionis*, de lo contrario procede la nulidad de la partición. En este caso no se menciona la importancia o no de los mismos ni se pide una nueva partición⁵⁵.

55. Podríamos verlo como un acuerdo particional con aplicación del art. 1815 CC.

Pasamos a ver ahora otra sentencia, **STS 108/2014, de 19 de febrero**⁵⁶ donde dos hermanos demandan a otro exigiendo el pago de la cantidad que correspondía tras la realización de una partición consensual donde el otro hermano se había adjudicado el único bien de la herencia que era una vivienda y a cambio debía pagar a ellos su parte. En la escritura de partición se había hecho constar el valor del inmueble en 234.394,72 euros. Hubo acuerdo en esta valoración por los tres hermanos. Como consecuencia de ello debía pagar 78.130,57 euros a cada hermano para poder quedarse con la vivienda. El hermano se opone a la demanda y reconviene pidiendo la rescisión de la partición por lesión. En Primera instancia estima la demanda y desestima la reconvención por el principio *favor partitionis* y atendiendo al carácter contractual de la partición dice:

«En el caso de autos la escritura de manifestación de herencia de fecha 12-2-07 contiene actos dispositivos concluyentes que expresan el consentimiento conjunto de los litigantes al adjudicar en pleno dominio al demandado la vivienda sita en Alicante, finca registral NUM000 del Registro de la Propiedad nº1 de Alicante, y teniendo en cuenta el carácter contractual de la partición, el demandado manifestó su conformidad con la adjudicación efectuada y su valor en el que existió mutuo acuerdo entre los herederos, lo que implica que no se pueda estimar la acción de rescisión de la partición por lesión en más de una cuarta parte, en base precisamente al acuerdo de los interesados manifestados en documento público, no existiendo en ningún caso vicio del consentimiento que pudiera determinar la nulidad de la adjudicación efectuada».

Las cuestiones debatidas se centran en los efectos obligacionales de la partición convencional obligando al coheredero a cumplir con lo pactado pagando las cantidades y la posible rescisión por lesión de una partición consensual.

56. Vid. STS 108/2014 de 19 de febrero (RJ\2014\2505).

La partición consensual ha sido pactada de forma libre por los propios interesados y obliga, derivado de su naturaleza contractual, como negocio jurídico plurilateral. Los coherederos deben cumplir con lo pactado y se le puede obligar a ello. La rescisión por lesión de la partición del art. 1074 CC puede darse en una partición consensual siempre que se pruebe la valoración defectuosa de los bienes hereditarios, que provoque una desigualdad entre coherederos en contra de la voluntad del causante, y siempre referida al tiempo de la adjudicación.

«Las operaciones particionales, una vez concluidas por convenio de los herederos o aprobación judicial, son rescindibles en el supuesto de lesión en aquel montante dicho de la cuarta parte, salvo en los supuestos previstos en los artículos 1075 y 1078 del propio Código, que no hacen al presente caso. De modo que afirmado que la acción ex artículo 1074 del Código Civil actúa sobre la partición ya efectuada, es visto que toda partición, como negocio jurídico, puede adolecer de vicios determinantes de su ineficacia en los mismos casos que harían impugnables las obligaciones y, además, por la lesión en más de la cuarta parte que preceptúa aquel artículo 1704 del Código sin perjuicio de lo que, sobre el particular, se establece en los siguientes artículos 1075 y 1078 del propio Ordenamiento».

Sin embargo, el TS entiende que no es rescindible la partición pese a poder ser rescindida, porque no se aprecia esta lesión en más de una cuarta parte.

«En efecto, los hermanos litigantes, con capacidad de obrar y sin vicios del consentimiento, adjudicaron la vivienda a su hermano demandado y le atribuyeron un valor que dio lugar al compromiso de pago de determinada cantidad a los demás coherederos. Este acto, como partición, negocio jurídico plurilateral, no adolece de vicio alguno, ni se ha declarado probado en la sentencia recurrida que haya producido lesión en más de la cuarta parte y no cabe elucubrar sobre las valoraciones periciales, harto discutibles en el presente caso, siendo así que las partes han aceptado consciente y libremente un determinado valor que ha sido la esencia de la partición, en estos términos, ante notario».

La **STS 9 de abril de 1990**⁵⁷ plantea el sobreseimiento de un juicio de testamentaria por la aparición de nuevos bienes cuando ya se había practicado una partición consensual. Procede la adición o complemento, pero ello no hace inválida la partición de herencia realizada por los coherederos.

Existía una partición consensual en escritura pública haciendo inventario y avalúo de los bienes y procedentes adjudicaciones a los coherederos. Se inicia el juicio de testamentaria y se pide que se incluya en el inventario el dinero existente en las cuentas de ahorro y los frutos y rentas de la comunidad hereditaria.

La sentencia entiende que los coherederos habían realizada la partición de la forma que tuvieron por conveniente. Que esta partición fue realizada con el ejercicio de la autonomía que le concede el art. 1058 CC. Hubo acuerdo entre los coherederos en la práctica de la partición y adjudicación de los bienes relictos por lo que no cabe hacer una nueva división de la herencia, ni particular ni judicialmente, en el juicio de testamentaria, sin perjuicio de una partición suplementaria, pero sin rescindir la primitiva.

La **STS 1169/2000, de 15 de diciembre**⁵⁸, cuestiona la oportunidad de un juicio de testamentaria en un supuesto de adición de bienes a una partición consensual ya realizada, por la existencia de dinero en cuentas bancarias y trata de los efectos de la partición de herencia.

Tres hermanos demandan a la hermana y el marido de ésta pidiendo el reparto entre los cuatro a partes iguales, del metálico existente en las cuentas, libretas de su padre cuyo importe exacto desconocían por la actitud, según afirman, oscurantista de ella, al mantener y ocultar estos datos en su poder. Los demandados se oponen y alegan que, conforme a la partición de herencia realizada, se daban por pagados y nada tienen que reclamar y piden el

57. Vid. STS 9 de abril de 1990 [RJ\1990\2707]

58. Vid. STS 1169/2000, de 15 de diciembre [RJ\2004\74]

pago de un dinero por las atenciones y dispensas al padre hasta su fallecimiento más gastos de funeral.

En Primera instancia se estima la demanda en relación al saldo de las cuentas bancarias por no haberse incluido en el cuaderno particional y no haber hecho los demandados ingreso alguno, y también se estima la reconvencción en cuanto a los gastos de funeral, pero rechazando los gastos por cuidados, porque no consta acreditado que necesitara de una persona dedicada a él, entendiéndose que había retirada de dinero y movimientos en la cuenta del padre para gastos de él y de este dinero también se habían beneficiado ellos que habían vivido muchos años con el padre y que tenían una economía precaria. Los hermanos igualmente alegan el ahorro que le había supuesto durante años vivir en la vivienda con el padre.

El objeto del litigio dice la sentencia no es *«poner fin a la indivisión de una herencia, sino, después de partida la herencia de la madre y adjudicados los bienes por el padre en su último testamento, sin discrepancia alguna entre los herederos, adicionar a la partición unos bienes o valores omitidos en su momento y cuya titularidad se arrogaban los demandados»*.

Para ello no procede un juicio de testamentaria sino un juicio declarativo para determinar el patrimonio a dividir. La partición de la herencia determinaba que con esta división de bienes nada tendrían que reclamarse. No se ejercita la acción del art. 1079 CC.

Los demandados entienden que el dinero depositado en los bancos en virtud de la adjudicación de «la casa con todos sus muebles, enseres y efectos», se encontrarían las correspondientes libretas, por tanto, ese dinero es suyo en virtud el art. 609 CC. Pero el Tribunal Supremo afirma que **la atribución en testamento no transmite por sí sola la propiedad, pues para ello se precisa de la partición de la herencia. Tampoco la partición hecha en el propio testamento atribuye a los herederos la propiedad de los bienes respectivamente adjudicados, pues no se puede adquirir por causa de muerte de una persona viva ni al testador privar de la facultad de otorgar un nuevo testamento.**

2.5. VALORACIÓN DE BIENES EN LA PARTICIÓN. EL AVALÚO. DIFICULTADES EN LA VALORACIÓN DE CIERTOS BIENES. PROBLEMÁTICAS

2.5 a) Operaciones particionales. Formación de inventario, avalúo y liquidación

Las operaciones particionales son todas las actividades llevadas a cabo para realizar la partición hereditaria. El CC no precisa cómo deben realizarse estas operaciones particionales con lo que podemos decir que hay cierto margen para que tanto testador como herederos las realicen de una u otra manera. Sin embargo, existe una tendencia histórica a tener en cuenta cómo contadores partidores hacían antiguamente estas operaciones particionales.

Las actuaciones, operaciones particionales básicas serían:

- Formación de inventario, avalúo y liquidación para determinar el haber partible.
- Formación de lotes o hijuelas
- Adjudicación
- Colación a los legitimarios de liberalidades en vida no exentas de colacionar

La formación de inventario determina la herencia en su caudal relicto o masa partible, sirviendo de base fundamental para la confección de la posterior partición en sus distintas fases. No necesita ninguna forma determinada, pero es muy habitual que se haga en instrumento público a efectos de constancia y prueba. Es obligado para separar los elementos del activo y del pasivo hereditario.

No obstante, se defiende que el patrimonio hereditario sólo está formado por el activo relicto sin que recaiga sobre el pasivo hereditario; la liquidación del haber partible no sería puramente una operación necesaria para llevar a cabo la partición. Cada here-

dero recibirá el pasivo en función de lo asignado y tendrá responsabilidad por las deudas relictas pendientes de pago en función de si acepta pura y simplemente o a beneficio de inventario, por lo que la relación se hace respecto al activo bruto y el inventario no debiera contener relación del pasivo.

Sin embargo, en la práctica es habitual relacionar el pasivo y realizar la liquidación posterior. Las operaciones de liquidación contendrán la modalidad de pagar ya todas las deudas relictas, bien conformando una lote o hijuela o bienes destinados al pago de las mismas.

Igualmente es necesario el cálculo del pasivo para fijar la cuantía de las legítimas y para poder determinar la oficiosidad o inoficiosidad de legados o donaciones, así como para determinar la cuota del legatario de parte alícuota. El art. 1064 CC ordena además el cómputo de todos los gastos generados durante la indivisión en beneficio de todos, al igual que cuando se defiende el cálculo y determinación del pasivo en la liquidación del régimen de ganancialidad como en la extinción de cualquier sociedad que ha quedado disuelta.

El art. 659 CC dice que la herencia estará compuesta por todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extingan a la muerte, pero no nos dice cuáles se extinguen. Se entiende que quedan extinguidos los derechos personalísimos y vitalicios, pero todas las demás posiciones activas, se llamen derechos subjetivos, potestades, facultades, derechos potestativos, poderes o expectativas jurídicas, integrarán el caudal relicto. Aun así, se plantea mucha discusión en algunos supuestos sobre qué ocurre con ciertos derechos o posiciones jurídicas, condiciones de socio, pensiones de alimentos, cuentas, posiciones, saldos bancarios en general, acciones y participaciones en sociedades de capital, ayudas comunitarias, subvenciones, derecho al resarcimiento por muerte ilícita etc.⁵⁹

59. Vid. RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia*, ob. cit., págs. 169 y ss.

La formación de un inventario con inclusión de bienes ajenos al causante estaría viciada de nulidad, pero se admiten matizaciones como ocurre en la partición consensual del art. 1058 CC, sin perjuicio de posibles excesos de adjudicación, o la referencia al art. 1379 CC que permite el legado de cosa ganancial sin que se haya liquidado la sociedad de gananciales.

La omisión de bienes inventariables daría lugar a una partición complementaria adicionada o en su caso, a una rescisión por lesión, sin embargo, la jurisprudencia habla de nulidad de la partición con omisión de bienes cuando se aprecia mala fe, ocultación intencionada o la omisión tiene una importancia tal que no puede ser «subsana» con una partición complementaria⁶⁰.

El avalúo es la operación particional consistente en evaluar o valorar cada uno de los elementos del caudal relicto. Se trata de una operación de enorme trascendencia práctica y la que provoca muchos problemas por disputas entre los herederos referidas al valor asignado a cada uno de los bienes. Esto a veces bloquea la partición y abre la contienda entre herederos.

Uno de los problemas más habituales en la práctica tiene que ver con desacuerdos o discrepancias en la valoración de los bienes.

Algunos herederos pueden no estar de acuerdo con la distribución realizada porque entiendan que no se han valorado bien la cuota de cada uno, por la injusticia percibida en la distribución, entendiendo que la partición no ha sido realizada de manera equitativa, por la distribución que le ha correspondido o por la interpretación que se ha hecho del testamento. También muchas veces pueden iniciar procedimientos judiciales porque quieran quedarse con ciertos bienes o propiedades, objetos específicos que tienen valor sentimental o económico. Puede haber problemas para identificar o valorar ciertos bienes, porque se trate de bienes inmue-

60. Vid. posteriores apartados «Problemas en la valoración de ciertos bienes y por la aparición posterior de nuevos bienes. Acción de rescisión y acción de adición o complemento» y «Nulidad y anulabilidad de la partición»

bles mal registrados que no pueden identificar fácilmente o no pueden darle un valor exacto, o por la existencia de bienes intangibles de difícil valoración como ocurre con acciones, inversiones o derechos sobre propiedades difícil de valorar o dividir. Algunos bienes o derechos pueden estar muy determinados y líquidos, por ejemplo, acciones, participaciones sociales, y otros muy indeterminados, como derechos de propiedad intelectual, obras de arte, bienes mobiliarios...

Esta valoración de los bienes y derechos debe hacerse en referencia al tiempo en que se realiza la partición y ha de buscar el valor de mercado de los bienes o propiedades.

Con la liquidación se procede a abonar todas las deudas y cargas de la herencia, entendiendo esta liquidación como operación particional. Esta operación se ha de hacer antes de la formación de lotes, y, sobre todo, antes de la entrega y adjudicación de bienes concretos a los sucesores. Pueden dejarse partidas o hijuelas asignadas para el pago de deudas pendientes y también puede ocurrir en la práctica que con posterioridad aparezcan deudas de forma sobrevenida. La responsabilidad de los herederos en estos casos dependerá de si han aceptado la herencia de forma pura y simple o a beneficio de inventario y de la separación de patrimonios a efectos de responsabilidad (se configura como patrimonio separado el patrimonio hereditario a efectos de responsabilidad en la preferencia crediticia).

El art. 1061 CC recoge el principio normativo de igualdad de lotes, pero el testador tiene libertad para la formación de lotes o hijuelas, salvando las legítimas, cuando es él quien hace la partición, o la hace el contador partidador siguiendo las instrucciones del testador. En la partición consensual los herederos también tienen plena facultad dispositiva en virtud del art. 1255 CC y del principio de autonomía de la voluntad de las partes. Esta operación supone la concreción de bienes y derechos relictos determinados para cada partícipe en la comunidad hereditaria. La jurisprudencia establece que no hace falta una igualdad matemática y absoluta por lo que el principio de igualdad de lotes no puede sostener

nulidades de cualquier clase, pudiendo estar justificada cierta desigualdad en la composición de lotes por motivos razonables o circunstancias concurrentes.

Dentro de las operaciones particionales, la figura de la colación se representa y define como una de estas operaciones particionales posibles, si se dan las condiciones legales para ello. La colación supone que, cuando haya varios herederos forzosos, se deba traer al cómputo de la partición, el valor de los bienes que algunos de ellos recibieron en vida del causante a título gratuito para que le sea descontado y calcular con ello su cuota antes de realizar la partición.

La colación aparece cuando existe una comunidad hereditaria. La colación sólo tiene lugar entre los legitimarios no afectando a quienes no lo son. Así aparece regulada en el art. 1035 CC, recogiendo expresamente la excepción a esta regla el artículo siguiente (art. 1036 CC) cuando afirma que el donante ha podido dispensar al donatario de la obligación de colacionar. Por ello, y por esta libertad de asignación del disponente, es por lo que se entiende que el testador puede disponer de la colación, entendiéndose el TS que sobre la misma las normas que la rigen deben ser consideradas normas dispositivas.

El documento «cuaderno particional» puede tener un contenido más amplio como: modificación de linderos, liquidaciones del impuesto de sucesiones, regularizar situaciones mantenidas durante años de forma irregular, entrega de bienes, dinero en compensación de excesos de adjudicación, etc.

En relación a este cuaderno particional, rigen las normas relativas a la forma en los contratos del art. 1278 CC, pudiendo compelerse los herederos a elevarlo a público tratándose, por ejemplo, de una partición consensual (arts. 1279 y 1280 CC). Sin embargo, debemos tener presente que este documento particional puede ser realizado de manera incluso verbal y puede ser parcial, o podría ser modificado con particiones más amplias con posterioridad con los problemas que ello ocasiona, por la divergencia respecto de nuevas atribuciones posteriores. Si la partición la realiza el tes-

tador requiere forma testamentaria, según opinión de la mayoría de la doctrina⁶¹.

Evidentemente esta flexibilidad en cuanto a la forma en que deben realizarse las operaciones particionales puede verse excepcionada por particiones judiciales, donde el documento particional se recoge en forma de documento público, o particiones consensuales que requieren el correspondiente asiento en el Registro de la Propiedad, que por tanto también requerirán la forma de documento público.

2.5 b) Concepto de avalúo

Centramos ahora la atención de este epígrafe en la operación de avalúo, porque es la actuación de mayor complejidad en la práctica y por la enorme conflictividad judicial que la misma supone.

La partición de herencia requiere un avalúo de los bienes que se van a repartir y no puede prescindirse de esta actividad, pudiendo incidir la misma en la eficacia de la partición, incluso cuando el haber partible se divida en *pro indivisos*.

Necesitamos una valoración individualizada de todos y cada uno de los bienes que integran el caudal partible, y es aquí cuando empiezan a aparecer los problemas entre coherederos, tanto por la complejidad que puede tener valorar ciertos bienes, como por problemas de otra índole, por ejemplo, aquéllos referidos a la existencia de valoraciones contables manipuladas o maquilladas, por intenciones de ocultación, de sobre valoración de ciertos bienes ligados a veces también al mayor cobro de honorarios profesionales, infravaloración, periciales dispares con diferencias sustanciales, por percibir a veces los coherederos que los bienes adjudicados a otros son mejores que los suyos, que tienen una

61. Vid. anteriores apartados «La partición de la herencia: concepto y clases» y «Partición bilateral art. 1271.2 CC y art. 1056 CC».

valoración real mucho más alta etc. Se trata, en definitiva, de una cuestión técnica, función del albacea o contador partidor, pero que será resuelta por la pericial judicial si finalmente el tema deriva en los tribunales.

A nivel práctico, estas periciales aportadas en la primera instancia no son objeto de recurso en segunda instancia o casación, pues no puede entrarse a valorar nuevamente la prueba de la primera instancia, salvo que se aprecie que la valoración realizada por contador partidor era muy diferente a la dada a los bienes que fueron donados en su día y que se traen a colación, o cuando el tribunal entendiese que la pericial tenida en cuenta en primera o segunda instancia es del todo irracional o poco fundamentada⁶².

Pensamos que los problemas prácticos derivados del avalúo por ocultación, sobrevaloraciones o minusvaloraciones de bienes, se resuelven desde la adición, desde la posible rescisión o nulidad de la partición así realizada, si partimos de la pericial correspondiente donde se ha procedido a tasar o darle un valor a esos bienes cuando esta valoración se cuestione de futuro. ¿Estamos ante una causa de nulidad de la partición o podemos sólo hablar de partición rescindible? Entendemos que debemos interpretar de forma restrictiva la nulidad de la partición, practicando una rescisión por lesión si esta lesión tiene entidad, siendo superior a la cuarta parte del valor de las cosas adjudicadas, permitiendo reducir en la parte vulnerada, manteniendo la validez de la partición (art. 1074 CC). Esto sin perjuicio de que en virtud del art. 1075 CC debemos ver si esa diferencia de valor no es causa de lesión en más de una cuarta parte o ha sido querida por el testador, y entonces debemos admitir y aceptar estas posibles diferencias. En cualquier caso, si hay rescisión por lesión el heredero demandado puede optar por la indemnización o consentir que se proceda a realizar una nueva partición (art. 1077CC).

62. RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia*, ob. cit. pág. 270.

En la práctica aparecen casuísticas donde se intenta atacar la validez de la partición por valoraciones incorrectas.

Así, por ejemplo, la **STS 1093/2006, de 7 de noviembre**⁶³, recoge que **antes que pedir la nulidad de la partición por valoraciones incorrectas o por omisión de bienes, debemos acudir a la vía de la rescisión por lesión del art. 1074 CC o a la de la acción de adición o complemento del art. 1079 CC.**

Los hechos enjuiciados tienen que ver con el ejercicio de una acción de nulidad de la partición hereditaria realizada por el contador partidor en un precedente juicio *ab intestato* y subsidiariamente la rescisión por lesión.

Las coherederas que accionan pidiendo la nulidad de la partición entienden que los demás coherederos han utilizado de forma abusiva los poderes que tenían otorgados ocultando y excluyendo bienes de la partición y faltando a la rendición de cuentas. Entre otros motivos entienden que hay infravaloración del ajuar ganancial. También infravaloración de una finca y falta de inclusión de unos pagos aplazados de una venta.

Afirma la Audiencia Provincial que la lesión no supera en más de una cuarta parte y que tampoco existen motivos suficientes para estimar que la partición es nula por ocultación fraudulenta o intencionada de bienes o mala fe, pues, aunque no se habían incluido ciertos créditos que formaban parte del activo del caudal hereditario, debía tenerse en cuenta el gran número de bienes existentes, el complejo entramado creado por las partes, las reiteradas operaciones llevadas a cabo y la poca colaboración de demandantes y demandados con el contador-partidor.

La parte actora entiende que la ocultación y la infravaloración de bienes es del 29,46% del caudal hereditario por lo que alegan que la Audiencia ha valorado mal la prueba.

El Tribunal Supremo concluye que la casación no puede entrar a valorar o revisar en su conjunto la prueba practicada en la ins-

63. Vid. STS 1093/2006, de 7 de noviembre (RJ2006\9165).

tancia, salvo que se alegue vulneración de algún precepto que deba ser tenido en cuenta en la valoración de la prueba, o de un criterio jurisprudencial que deba ser observado en dicha operación, o que las conclusiones probatorias alcanzadas sean manifiestamente arbitrarias o erróneas.

«La parte recurrente no alega una infracción concreta de las normas que deben ser aplicadas en la valoración de la prueba, sino que invoca un conjunto heterogéneo de preceptos del Código civil referentes a la valoración de los documentos públicos, privados y prueba de presunciones, y se refiere detalladamente, sin relacionarlos directa y separadamente con la infracción concreta de uno u otro de los preceptos invocados, a distintos aspectos de la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia, proponiendo la conclusión probatoria que estima procedente.

Con ello, por una parte, infringe el principio de especialidad que rige en este recurso de casación —articulado procesalmente en torno a concretas infracciones del ordenamiento jurídico y no al examen conjunto del objeto del proceso de instancia en sus aspectos fácticos y jurídicos— y, por otra parte, invita implícitamente a este tribunal a realizar una nueva valoración de la prueba para llegar a conclusiones incompatibles con las alcanzadas por el tribunal de instancia, entre ellas la de que el perjuicio padecido por los demandantes alcanza un porcentaje superior al de la cuarta parte del valor del caudal hereditario en contra de lo que la sentencia impugnada estima probado mediante la fijación de concretas y determinadas cantidades.

En resolución, este motivo de casación únicamente podría ser examinado incurriendo en un exceso manifiesto respecto de las potestades de casación que nos confiere la ley».

Las actoras alegan **vulneración del art. 1061 CC referido a la igualdad de lotes en la partición**. El Tribunal Supremo entiende que esta igualdad que establece el art. 1061 CC debe darse en el supuesto que sea posible.

«La partición debe estar presidida por un criterio de equitativa ponderación (SSTS de 30 de enero de 1951; 14 de diciembre de 1957 y 25 de marzo de 1995) y debe hacerse respetando la posible igualdad determinada por las circunstancias de cada caso (SSTS de 8 de febrero de 1974,

17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 28 de mayo de 1992, 15 de marzo de 1995 y 16 de febrero de 1998). Sin embargo, también se ha precisado que no se trata de una igualdad matemática o absoluta (SSTS de 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980 y 14 de julio de 1990), sino de una igualdad cualitativa (STS de 13 de junio de 1992); que la norma tiene un carácter orientativo (SSTS de 30 de noviembre de 1974 y 7 de enero de 1991); está dotada de un grado de imperatividad sólo relativo (SSTS de 30 de noviembre de 1974, 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 14 de julio de 1990, 28 de mayo de 1992, 15 de marzo de 1995 y 2 de noviembre de 2005); y no puede aplicarse cuando la infravaloración de los bienes se aplica en proporción semejante a todos los que integran el caudal relicto (SSTS de 21 de abril de 1966 y 7 de enero de 1991); y que la infravaloración u omisión de algunos bienes, en tanto no sea maliciosa o no tenga carácter sustancial, no es susceptible de originar la nulidad de la partición, sino que las atribuciones mal valoradas deben resolverse por vía de rescisión, y las omisiones de bienes o valores por el camino de la adición o complemento de la partición (STS de 12 de febrero de 2005).

En suma, la falta de equidad en la formación de los lotes a que dan lugar las operaciones particionales únicamente puede considerarse como motivo de nulidad de la partición en los casos en que se pruebe que la desigualdad en la formación de aquéllos tiene suficiente relevancia para infringir el principio de igual distribución entre los herederos y excede de los presupuestos que pueden dar lugar al ejercicio de las acciones de rescisión, adición o complemento de la partición previstas en el CC».

En el caso enjuiciado no se ha vulnerado de manera sustancial la distribución de lotes presidida por el principio de equidad, debido a la complejidad de las operaciones particionales y a sucesivas operaciones de enajenación de bienes antes del fallecimiento, donde se distribuyó igualitariamente gran parte del patrimonio de la causante.

No hay causa de nulidad en la partición del art. 1073 CC, puesto que, además de la causa específica del art. 1081 CC, la Jurisprudencia entiende que:

«(...) aunque se le aplica a la partición las normas sobre nulidad de los negocios jurídicos, serán **causa de nulidad, además del específico del artículo 1081 CC, la falta de consentimiento de la persona designada para realizar la partición, la inclusión de bienes no pertenecientes al causante** (STS de 15 de diciembre de 2005 y supuestos en que no se ha liquidado previamente la sociedad de gananciales, SSTs de 2 de noviembre de 2005, 14 de diciembre de 2005, 15 de junio de 2006), **la ilicitud de la causa por deliberada ocultación de componentes del caudal, la invalidez del testamento, la infracción de prescripciones legales imperativas** (STS de 28 de noviembre de 2005), **el error sustancial cometido por el testador al proceder a la valoración de bienes** (STS de 26 de noviembre de 1974) **o haber omitido cosas importantes y no computar determinados inmuebles** (STS de 7 de enero de 1975), **además del supuesto ya examinado en el motivo anterior de infracción del principio de igualdad entre los herederos** (STS de 2 de noviembre de 2005, ya citada).

Este **tratamiento restrictivo de la invalidez**, afirmado por gran número de sentencias, como la STS de 31 de octubre de 1996, que se refiere a las de 15 de junio de 1982 y 25 de febrero de 1969 (a las que pueden añadirse las SSTs de 25 de febrero de 1989 y 11 de abril de 1959, entre otras), comporta que **la nulidad de la partición tiene carácter subsidiario y sólo cabe cuando no existe otro recurso legal** (SSTs de 27 de febrero de 1995 y 17 de enero de 1956), **siempre que no quepa resolver las atribuciones mal valoradas por vía de rescisión, y las omisiones de bienes o valores por el camino de la adición o complemento de la partición** (STS de 11 de abril de 1959). **En los supuestos de omisión en el activo partible de alguno de los objetos de la herencia y en el de preterición de algún heredero en la partición, el CC tiende a conservar la validez y eficacia de la partición, sin perjuicio de subsanar el defecto de que adolece y el perjuicio irrogado a alguno de los herederos (beneficio de la partición o favor partitionis)**».

La parte recurrente, sin embargo, no funda el motivo de casación en la existencia de atribuciones mal valoradas en cuantía suficiente para dar lugar a la rescisión, ni solicita la adición o complemento de la partición por omisión de bienes o valores (puesto que no invoca como infringido el artículo 1079 CC), sino que funda la existencia de una causa de nulidad en la existencia de

mala fe en la realización de las operaciones particionales y no es combatida directamente por la parte recurrente invocando la infracción de un precepto legal que deba ser tenido en cuenta en la valoración de la prueba, o tratando de demostrar su carácter manifiestamente erróneo o absurdo.

2.5 c) Problemas en la valoración de ciertos bienes y por la aparición posterior de nuevos bienes. Acción de rescisión y acción de adición o complemento

Los problemas entre coherederos y en relación al avalúo —valoración de los bienes hereditarios—, pueden llevar a veces al uso un tanto torticero de las acciones judiciales disponibles cuando no están de acuerdo con el valor asignado en la partición a ciertos bienes. Nos referimos a que intentan utilizar la vía de la nulidad de la partición, rescisión de la partición, adición o complemento, o acción de suplemento para legitimarios, según le interese más una u otra por los resultados que consiguen, y según cómo estén en relación a los plazos de caducidad o prescripción para hacerlas valer. Esto significa que intentan buscar el encuadre legal a toda costa manipulando los argumentos jurídicos existentes hasta conseguir el fin pretendido. Entonces las herramientas jurídicas al servicio de la legalidad, más que obedecer a una utilización justa y fundamentada, se ponen al servicio de aquéllos otros fines, que son los que les permiten conseguir mejores resultados individuales en la partición de herencia.

Algo parecido ocurrió en el supuesto que vamos a analizar a continuación, pues el motivo de la acción judicial estaba basado en la adición o complemento a la partición, cuando en realidad no se trataba de bienes omitidos u olvidados o bienes que aparecieron con posterioridad. Fue un intento forzado porque los plazos de rescisión por lesión de 4 años ya se habían pasado y la acción de nulidad del testamento que sirvió de base para la partición no

había prosperado. En realidad, la acción se fundamentaba en una incorrecta valoración de los bienes en el avalúo.

La STS 280/2022, de 4 de abril⁶⁴, plantea la rescisión de la partición por omisión de bienes y por valoración incorrecta de los mismos.

La acción se ejercita al amparo del art. 1079 CC, tanto para pedir la adición como para pedir la rectificación de los bienes ya valorados.

El hijo de la fallecida había pedido sin éxito la nulidad del testamento de su madre. Después acciona por la adición o complemento más rectificación de valores.

En la demanda se alegaba que la partición debía ser, en primer lugar, completada con unas cantidades de dinero cuyo reparto, según el actor, se había producido solo entre las demandadas y de cuya existencia habría tenido conocimiento por una regularización tributaria. En segundo lugar, se alegaba que la partición debía ser corregida en lo que se refiere a la valoración de una serie de bienes que según el actor no había sido realizada de manera correcta. Además *«Hay que descontar la sobrevaloración que los contadores-partidores hacen de uno de los bienes que le colacionan a mi representante, D. Nazario, en concreto de la nuda propiedad de 900 acciones de Vera Mesguer»*.

En Primera instancia se rechaza la utilización del art. 1079 CC porque está afecta una partida de más del 50% del activo y el art. 1079 CC previene que la lesión no sea de relevancia, puesto que en este caso se requiere una nueva partición. En segunda instancia la Audiencia le da la razón al hijo y permite la aplicación del art. 1079 CC para estos fines.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, analizando la acción de rescisión del art. 1074, la acción de complemento del art. 1079 CC y las acciones dirigidas a proteger la legítima, acción de suplemento.

64. STS 280/2022, de 4 de abril (RJ\2022\3467).

«El legitimario tiene un interés indiscutible en que las operaciones de valoración de los bienes hereditarios, de computación e imputación, se realicen correctamente, porque a través de ellas puede conocerse si las adjudicaciones que se le realicen por los contadores son suficientes para cubrir su legítima.

Esta sala ha admitido que, además de las acciones dirigidas a proteger la legítima y dirigidas a obtener lo que falta para completar su legítima, el legitimario cuya legítima se haya visto lesionada como consecuencia de la errónea valoración de los bienes por parte de los contadores partidores, dispone de la acción rescisoria por lesión a que se refiere el art. 1074 CC.

«La acción de rescisión por lesión está sometida al plazo de caducidad de cuatro años (art. 1076 CC). Son los coherederos demandados los que disponen de la posibilidad de optar entre la indemnización del daño (en numerario o en las mismas cosas en que resultó el perjuicio) o consentir que se haga una nueva partición (art. 1077 CC).

Para el caso de que hayan quedado fuera de la partición objetos o bienes de la herencia, el art. 1079 CC permite que se complete o adicione la partición. Es decir, que si hay bienes que se han omitido procede una partición complementaria, acción que no estaría sujeta a plazo (art. 1965 CC).

Es doctrina consolidada de esta sala que la acción de rescisión por lesión de la partición prevista en el art. 1074 CC comprende la errónea valoración de los bienes distribuidos o adjudicados. De acuerdo con esta jurisprudencia, las meras discrepancias en la valoración del activo no dan lugar a la acción de complemento o adición de la partición regulada en el art. 1079 CC (sentencia 1.333/2006, de 21 de diciembre)».

La sentencia 947/2005, de 12 de diciembre, declaró:

*«Este **tratamiento restrictivo de la invalidez**, afirmado por gran número de Sentencias, como la de 31 de octubre de 1996, que se refiere a las de 15 de junio de 1982 o 25 de febrero de 1969, entre otras, **impone resolver las atribuciones mal valoradas por vía de rescisión, y las omisiones de bienes o valores por el camino de la adición o complemento de la partición.***

(___) *El artículo 1079 CC, en efecto, significa una excepción a la regla que impone la rescisión por lesión, y su tenor, como ha dicho la Sentencia de 16 de mayo de 1997 (con precedentes, entre otras muchas, en las de 19 de junio de 1978, 22 de febrero de 1994, 12 de noviembre de 1996, en una línea que sigue en la Sentencia de 18 de julio de 2005), conduce a su interpretación literalista, en el sentido de que se está refiriendo a la omisión que, en su caso, se padezca en la correspondiente partida de la partición recayente en alguna de las dos realidades que aparecen diferenciadas en el precepto: objetos materiales o corpóreos y valores o títulos o derechos de indiscutible naturaleza inmateral, y por esa razón al hablar de “valores” no se refiere al “aspecto cuantitativo de valoración de del bien” o defecto de su avalúo (expresiones de la sentencia citada). Y ello aunque en alguna ocasión (Sentencias de 27 de junio de 1995, de 26 de noviembre de 1974) se contengan referencias a los problemas de valoración, que se han de explicar por relación con los específicos supuestos planteados, como sucede en la primera de las citadas, que resolvió la cuestión litigiosa suscitada al haberse omitido determinados bienes pertenecientes al caudal relicto».*

Con posterioridad, la sentencia 350/2015, de 16 de junio, afirma:

«Un bien de escasa importancia puede ser adicionado a la liquidación, pero una discusión sobre una valoración debe ser llevado a la lesión ultra dimidium del artículo 1074 si supera los límites de ésta. Así lo expresa la sentencia de 12 diciembre 2005 que no permite aplicar la cuestión del valor económico a la adición del artículo 1079, que se inspira en el principio de favor partitionis».

El Tribunal Supremo rechaza por tanto que se utilice la acción de complemento o adición para rectificar las valoraciones de ciertos bienes no omitidos en la partición.

De manera contundente se pronuncia el Tribunal Supremo en la STS 1185/2002, de 11 de diciembre⁶⁵, afirmando de forma

65. Vid. STS 1185/2002, de 11 de diciembre (RJ\2002\10928).

muy clara que **la acción de complemento o adición a la partición no se puede utilizar para suplir la falta de ejercicio en tiempo de las acciones de rescisión o anulabilidad.**

Los hechos detallados en la sentencia tienen que ver con una disputa entre hermanos por un negocio de alimentación al por menor que había sido de los padres y varias parcelas en suelo rústico que figuraban a nombre de la madre.

Se pedía adición del art. 1079 CC para incluir el negocio y las fincas, y los frutos y rentas del mismo negocio desde el fallecimiento de la madre. Entiende la actora que dichos bienes habían sido omitidos tanto en la escritura de manifestación y aceptación de herencia del padre, como en la de aceptación y adjudicación de herencia de la madre, aunque en esta última sí se había inventariado el local de negocio o tienda la mitad indivisa en pleno dominio y el usufructo vitalicio de la otra mitad a la viuda del causante, y la nuda propiedad a los hijos, si bien mediante escritura pública intermedia entre estas dos había transmitido sus participaciones indivisas sobre el local a partes iguales a los hermanos litigantes. Se decía también que el negocio de alimentación al por menor instalado en el local había sido explotado por la madre hasta su fallecimiento y que a partir de entonces lo venía explotando el hermano demandado pese a los requerimientos de la hermana demandante para que regularizara su titularidad jurídica y le rindiera cuentas.

Las parcelas en suelo rústico dejaron de ser cuestionadas por su escaso valor. El hermano afirma que estas parcelas fueron sólo un pretexto para privarle del negocio que era su medio de vida y que llevaba explotando desde el año 1981, viviendo todavía el padre, razón por la cual nunca se había incluido en el caudal relicto. El litigio se centra en el negocio familiar de alimentación. El demandado opuso la caducidad de la acción de rescisión. En la escritura de herencia se había hecho referencia al local, pero no al negocio porque la actora sabía que el negocio había sido cedido a nombre del demandado, pagando él los impuestos y licencias y demás gastos correspondientes. El Tribunal de Primera Instancia rechaza la caducidad de la acción porque no se había ejercitado acción de

rescisión sino de adición. El negocio había sido cedido y no cabe la adición o complemento. Esta cesión había sido gratuita. La demandante nunca había realizado actividad alguna sobre él y por ello sabían que no era un bien partible. La aceptación de las escrituras de herencia implicaba aceptación por la actora de este tema. El silencio de la actora suponía consentimiento o conformidad con esto y la acción de anulabilidad no se había ejercitado en el plazo de 4 años. La Audiencia Provincial estimó la demanda entendiendo que se trataba de una adición de la partición de la herencia de la madre con el inmueble y el negocio de tienda de alimentación. Si el negocio había sido una cesión gratuita procedía la adición de la partición por tratarse de un bien colacionable.

«Que de la prueba practicada no se desprende que la cesión del negocio al demandado hubiera sido mediante precio, máxime a la vista del valor del negocio, entre veinticuatro y treinta y cuatro millones de pesetas hasta el año 1986 y de unos cincuenta y un millón de pesetas a la fecha de presentación de la demanda; que la no inclusión del negocio en la partición de la herencia de la madre constituía precisamente el supuesto fáctico de la acción de complemento ejercitada, pues para el art. 1079 CC es indiferente que la omisión sea voluntaria o involuntaria; que el fundamento de la acción era precisamente la falta de adjudicación de cosas integrantes del caudal hereditario; que conforme a los arts. 1063 y 1049 CC el demandado tenía que rendir cuentas a la actora y abonarle frutos e intereses; y que el silencio de la demandante en las particiones realizadas no podía tomarse como un acto propio impeditivo de su reclamación».

El Tribunal Supremo entiende que se ha infringido la doctrina jurisprudencial referida a la prestación del consentimiento en la partición por coherederos del art. 1058 CC, cuando la Audiencia no otorgó valor alguno a la pasividad de la demandante en las dos escrituras públicas anteriores pese a la naturaleza contractual de la partición.

En ninguna de las anteriores escrituras se había hecho referencia al objeto de la litis, esto es, al negocio de alimentación al por menor, únicamente se referían al local en que radicaba el negocio,

pero no al negocio mismo. Por eso la demandante pide que se incluya entendiendo que las dos escrituras no hacían referencia al mismo ni a los frutos y rentas obtenidos del mismo.

El TS concluye que el negocio no pertenece al caudal relicto porque era de titularidad exclusiva del demandado según lo demuestran todos los documentos aportados. Entiende que el pronunciamiento válido es el formulado en la primera instancia y afirma *que*:

*«si bien es cierto que algunas sentencias de esta Sala muestran un criterio flexible al permitir que por la vía del art. 1079 CC pueda verificarse la obligación de colacionar incluso en un momento posterior a la partición (así, STS 19 Jun. 1978), no lo es menos, de un lado, que la demanda solamente aludió a la colación en sus fundamentos jurídicos, citando los arts. 1035 y 1036 CC pero sin pedir ninguno de sus efectos propios según los arts. 1045 a 1050 CC; de otro, que según la jurisprudencia de esta Sala, coincidente con un autorizado sector de la doctrina científica, **la adición contemplada en el art. 1079 CC está indicada cuando los bienes omitidos sean de poca importancia en el conjunto de la herencia (STS 15 Feb. 1988),** cual sucedía en el caso litigioso con las parcelas de suelo rústico, **pero no cuando la omisión se dé respecto de bienes importantes, en cuyo caso lo procedente es la acción de anulabilidad (SSTS 7 Ene. 1975 y 31 May. 1980),** importancia que no cabe negar al negocio litigioso a la vista de las valoraciones que constata la sentencia recurrida y el planteamiento de la propia actora en su demanda; y finalmente, que precisamente por eso, y como atinadamente se razona en la sentencia de primera instancia, **el art. 1079 CC no puede servir de amparo para, años después de la partición y vencido con mucho el plazo de ejercicio de las acciones de rescisión por lesión y anulabilidad de la misma, suplir su falta de ejercicio en tiempo y forma mediante una petición de complemento o adición que a su vez encubre la de una obligación de colacionar posterior en muchos años a la partición, es decir, precisamente cuando por el fallecimiento de ambos progenitores años atrás nada podían éstos aportar sobre el posible carácter oneroso de la transmisión del negocio al demandado, quien por su parte veía notablemente acrecentadas por el transcurso del tiempo sus dificultades para lograr una prueba plena, como parece exigir la sentencia recurrida, del carácter oneroso de su adquisición del negocio».***

2.5 d) Dificultades para la valoración de ciertos bienes. Valoraciones difíciles

La disconformidad con la valoración de los bienes de la partición hereditaria produce problemas prácticos importantes, por acciones judiciales varias destinadas a combatir/oponerse o asignar valoraciones diferentes, pues de ello dependerá el reparto, la posible colación de bienes y reducción de la parte de legítima que pueda corresponder, la asignación de los legados de parte alícuota, el respeto a la igualdad de lotes, etc. Si a ello unimos que hay determinados bienes muy controvertidos donde la asignación de un valor se hace harto difícil, podemos ya adelantar que tenemos dificultades relevantes en cuanto a cómo conseguir el avalúo y la liquidación del patrimonio hereditario respetando la legalidad y, sobre todo, intentando prevenir que estas asignaciones de valor resulten cuestionadas en la práctica judicial, resulten impugnadas y sean capaces por tanto de privar de eficacia a la partición.

Son muchos las posibles valoraciones de bienes controvertidas, pues producen multitud de problemas las valoraciones de bienes inmuebles rústicos o urbanos por motivos de especulación urbanística. También es frecuente que haya dificultades en la valoración del derecho de usufructo que en muchas ocasiones se le otorga al cónyuge viudo, usufructo del tercio de mejora o usufructo universal de la herencia hasta el fallecimiento. Cuestionan también los coherederos qué valor económico atribuir al derecho de uso sobre determinadas propiedades, por ejemplo, el valor económico al derecho de uso sobre la vivienda que se ha venido dando hasta la muerte del causante o hasta la extinción de la comunidad hereditaria por un coheredero, con el consiguiente ahorro económico. Difícil también la valoración de bienes de propiedad intelectual o industrial tales como derechos de autor, patentes o marcas. Dificultades también presentan la valoración económica de los negocios o empresas que forman parte del patrimonio hereditario, por su variedad, complejidad o formas de operar en el tráfico jurídico.

Discusión también plantea el momento en el que debe hacerse efectiva la asignación del valor, la referencia al tiempo en que debe valorarse el bien, siendo una cuestión no controvertida que el mismo debe hacerse conforme al valor del momento en que se están llevando a cabo las operaciones particionales, salvo que se trate de una partición hecha por el testador⁶⁶.

Si la partición fuese hecha por el testador, las diferencias de valor, los desacuerdos entre los coherederos al respecto, debieran ser aceptados, pues pese a la diferencia minusvaloración o sobrevaloración, el testador ha querido esta forma de repartir la herencia y no está sometido al principio de igualdad de lotes, salvo que este valor esté provocando vulneración de los derechos de los legitimarios. Pero multitud de problemas plantea el avalúo de las particiones por coherederos o por contador partidor, pues aquí sí entran en mayor medida a cuestionar el valor asignado a los bienes, no poniéndose de acuerdo sobre este extremo y acudiendo a los órganos judiciales para resolver los problemas.

El avalúo no puede estar referido al momento de la apertura de la sucesión o a un momento anterior, cuando se estaban planteando las posibles particiones, porque la partición hereditaria podría hacerse muy posteriormente, perjudicando a herederos o legatarios de parte alícuota mientras dure la situación de indivisión por motivo de la inflación, por ejemplo, u otras alteraciones en los bienes, provocando enriquecimientos o empobrecimientos para unos u otros. Debemos tener en cuenta el valor de los bienes al momento de realizarse la partición.

La valoración debe hacerse conforme al valor de mercado, tomando como referencia este valor, aunque puedan existir otras valoraciones, como las recogidas en los documentos públicos de venta, por ejemplo, o las existentes a efectos fiscales, o adminis-

66. LÓPEZ PELÁEZ, P., «La partición realizada por el propio testador en actos inter vivos y su problemática», *Revista de Derecho Civil*, vol. 10, 2023, págs. 161-162.

trativos, valores catastrales, por ejemplo, pues estos valores no suelen corresponderse con el valor real del bien. Para inmuebles, la valoración del mercado suele estar contenida en tasaciones realizadas por entidades independientes tasadoras, con informes detallados y utilizando criterios uniformes. El valor de los bienes no puede ser el que se considere por el contador partidor, sino que estos valores deben estar fundamentados en criterios serios de valoración de mercado en función del bien de que se trate. Evidentemente, el contador partidor podrá utilizar asesoramiento, y hacerse con la ayuda de peritos expertos⁶⁷.

Quizás la valoración de bienes inmuebles se haga bastante difícil por el posible cambio por normativa urbanística, afecciones tributarias, cargas, arrendamientos etc. Nada tendrá que ver el valor asignado a una finca no urbanizable si el terreno va a cambiar a urbanizable por un cambio del planeamiento, pues esta circunstancia hace que aumente su valor exponencialmente. Cuando hablamos de fincas rústicas también es difícil su valoración en función del tipo de finca que sea, ubicación, orografía, linderos, accesos, cultivos, pastos, aprovechamiento cinegético, posible explotación, servidumbres, existencia de agua etc.

Para los bienes inmuebles viviendas también se plantea la discusión del valor de las viviendas de VPO, que tienen un precio tasado, o en función de si es una vivienda libre, y para el caso de las primeras, si la vivienda puede o no ser descalificada.

La valoración de bienes de propiedad intelectual o industrial deberá hacerse por peritos expertos con informes basados en los beneficios o ingresos por renta o por derechos de autor, reproducciones cinematográficas etc.

Cuestionado resulta el derecho de uso y disfrute de los bienes, por ejemplo, el asignado al que venía disfrutando un coheredero desde antes del fallecimiento del causante o desde el tiempo en que se mantuvo la herencia en estado de indivisión. Aquí también

67. RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia*, ob. cit., págs. 287 y ss.

debemos cuantificar los rendimientos, frutos y rentas obtenidos, quitando los costes y gastos incurridos para su obtención. En muchos casos, se intenta recoger un valor por el beneficio que dejó de obtenerse o gasto en el que no ha incurrido la persona que ha tenido ese derecho de uso, pues no ha debido, por ejemplo, tener que pagar el precio de una vivienda en alquiler.

La valoración del derecho de usufructo vitalicio que recae normalmente sobre el cónyuge viudo, se realiza en función de la edad. Pero la edad que debe tomarse como referencia es la edad del momento de apertura de la sucesión, para que no le perjudique por el tiempo en que ha podido estar en situación de indivisión. Y nos preguntamos si esto es compatible con el criterio establecido a nivel práctico de que esta valoración debe ser acorde con la que tienen los bienes en el momento de realizar la partición y no en el momento de apertura de la sucesión⁶⁸.

La valoración del derecho de uso de la vivienda en supuestos de partición de herencia es un tema frecuente en la práctica judicial. También se plantea antes o después de la partición para acciones de desahucio por precario del coheredero que no se marcha de la vivienda heredera e impide el uso de los demás coherederos, cuando la vivienda aún es titularidad de la comunidad hereditaria o cuando está en *pro indiviso*.

La referencia a este valor se hace desde la pérdida de la oportunidad, valor del derecho de uso, que es el valor que pudo obtenerse en el caso de poder ser alquilada la vivienda, o por el ahorro que supone no tener que pagar un alquiler computado por meses de renta. Este valor también resulta relevante a efectos de colación de bienes y pago de la legítima estricta, pues en una partición puede haber desacuerdo cuando hay que colacionar bienes y alguna parte cuestiona el importe colacionable. Es esto lo que su-

68. RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia*, ob. cit. pág. 291, entiende que sí es compatible. Vid. STS 184/2022, de 3 de marzo, comentada con posterioridad al final de este apartado.

cedió en la **STS 13/2025 de 7 de enero**⁶⁹. En este caso se cuestionaban las cantidades de dinero percibidas en vida por los padres del legitimario demandante, determinados beneficios patrimoniales, entre ellos, la cesión a título gratuito de una vivienda de los padres. Se establecen como donaciones colacionables para el pago de su legítima estricta. Todos los importes sumaban la cantidad de 200.000 euros que la madre en su testamento había dicho que el hijo había recibido en vida del patrimonio de los padres y que debía descontarse de su legítima estricta.

El testamento de la madre recogía esta cláusula: *«Primera.- Lega a sus hijos DON Florencio, DON Prudencio y DON Edmundo, la legítima estricta que por ley les corresponde, ordenando que se les satisfaga... en el caso de DON Edmundo ordena la testadora que traiga a colación en su herencia y se compute para el pago de dicha legítima, la cantidad de DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000,00) que ya se le ha entregado en vida y el resto, si fuera necesario, con efectivo metálico aunque no lo hubiera en la herencia». (...) «Sexta.- Instituye por su única y universal heredera a su hija DOÑA Eulalia, sustituida vulgarmente por sus descendientes».*

El hermano, Don Edmundo, demanda a los hermanos alegando preterición intencional y desheredación porque dice no había recibido cantidad alguna en vida. En el importe de 200.000 euros está incluida la valoración del derecho de uso sobre la vivienda cedida.

La hermana Eulalia contestó en el siguiente sentido, detallando los conceptos por la suma de 200.000 euros recibidos en vida:

«Eulalia argumentó que, de la documental que aportaba y otra prueba que interesaba se practicara, quedaba acreditado que el actor había recibido bienes y valores a título lucrativo por valor aproximado al que había cifrado la madre en el testamento (24 112,44 euros a cuenta de la futura adjudicación de los bienes de la herencia del padre, entonces yacente; 45 927,03 euros pagados por la madre a Bankia por cuenta del hijo para

69. Vid. STS 13/2025 de 7 de enero (JUR/2025/996).

saldar una deuda que tenía con la entidad; 13 940 euros para saldar un préstamo del hijo con Globalcaja; 38 254,97 euros que se embolsó el actor procedentes de una ayuda a viticultor que fue reconocida a la madre por la Junta de Castilla La Mancha; 35 700 euros por la cesión del uso de la vivienda sita en Valencia, DIRECCION001, y que ha sido el domicilio del actor desde 2012, calculando una renta de mercado hasta marzo de 2016 de 700 euros mensuales; entrega de, al menos, 638,05 euros en concepto de gastos de la vivienda); que ni había preterición ni desheredación, pues el testamento le reconocía el derecho a la legítima estricta, si bien ya había recibido a cuenta de la misma la cantidad de 200 000 euros. Argumentó además que, en su caso, la acción que procedería sería la de complemento del art. 815 CC y no la del art. 814 CC».

Fue aportada una pericial de una Agencia Inmobiliaria, que valora la cesión del uso del inmueble en 29.700,08 euros, desde enero de 2012 hasta mayo de 2017.

La sentencia de Primera instancia entiende que estas cesiones gratuitas del uso son muy habituales en las relaciones familiares, y tiene en cuenta que otro hermano había recibido la cesión a título gratuito de otro inmueble que los padres tenían en propiedad sin pagar gasto alguno; sentencia que debe prevalecer la voluntad de la testadora.

«Lo cierto es que estamos ante un uso normal en relaciones familiares en que los padres ceden a los hijos el uso de inmuebles desocupados para que les sirvan de vivienda, lo que supone un empobrecimiento del cedente, en beneficio del receptor, lo que integra el concepto de donación del art. 618 CC, porque el demandante no tuvo que pagar cantidad alguna en concepto de arrendamiento ni gastos de CP, lo que supuso un incremento de su patrimonio, y simultáneo empobrecimiento de la cedente. La cuantía en la que se enriqueció el demandante en concepto de abono de rentas se aprueba mediante la pericial judicial emitida por Jesús María, Agente de la Propiedad Inmobiliaria quien en el interrogatorio manifiesta que no era necesario visitar la vivienda para emitir un informe de precio en arrendamiento, porque en esa zona y época el precio de la renta estaba estandarizado, y conforme a él resultaron que desde enero de 2012 hasta mayo de 2017 el enriquecimiento ascendería a 29.700, 08 euros».

El Tribunal Supremo falla estimando el recurso de casación interpuesto a favor de Edmundo en lo que a la cesión del derecho de uso de la vivienda se refiere, pues considera que estos importes por la cesión del uso del bien inmueble no son colacionables porque proceden por voluntad expresa del cedente y no deben entenderse como donación y tampoco entiende que haya un empobrecimiento del cedente por esta cesión en precario hacia el hijo.

«No se discute si estamos ante una liberalidad que podría quedar encubierta como pago de alimentos excluidos de la colación, pues ni la madre tenía un deber de alimentar al recurrente ni se ha invocado su situación de necesidad (art. 1041 CC). Tampoco se trata de la constitución de un derecho de habitación de la vivienda que, con la excepción de que se constituye a favor de un descendiente con discapacidad sí es objeto de cómputo en sede de legítimas y también de colación (art. 822 CC). Aquí se trata de la cesión gratuita de un inmueble, que no comporta donación de derecho alguno, pues quien cede la vivienda a título de precario, como es el caso, puede poner fin a esa situación a su voluntad, sin que el que la ocupa disponga de un título que le reconozca un derecho a poseer más allá de la voluntad del propietario que se renueva en cada instante. Por ello, no puede admitirse que el valor de mercado del uso de la vivienda cedida en precario deba computarse a efectos del cálculo de la legítima ni para su eventual colación. El hecho de perder la posible ganancia que se hubiera podido obtener de cobrar a un tercero por el uso de la vivienda no comporta un efectivo empobrecimiento de su dueño, porque no pierde ningún elemento patrimonial realmente existente en su patrimonio por ceder gratuitamente el uso».

La STS 252/2008, de 4 abril⁷⁰, entra a resolver sobre la valoración dada a una vivienda de VPO en la liquidación de una sociedad de gananciales. Una de las partes no estaba de acuerdo con el cuaderno particional por el valor dado a la vivienda. El pronunciamiento del tribunal se centra en determinar si la vivienda puede ser descalificada o no fijando valores diferentes en uno u otro caso.

70. Vid. STS 252/2008 (RJ20082944).

Afirma el Tribunal Supremo que a efectos civiles el contrato de venta de una vivienda de VPO a precio de mercado y no al precio oficial tasado es un contrato válido, porque el contenido del contrato es el libremente pactado por las partes, con independencia de las sanciones administrativas o vulneración de las prohibiciones referidas al precio. Pero estos argumentos no sirven de cara a la pretensión ejercida sobre la valoración del bien. La posible descalificación hace que el precio fuese el de mercado, entonces este precio sería notablemente mayor al autorizado. Por tanto, el precio de estas viviendas se hará en función de la disposición legal que lo autoriza y determina. Pero cita la sentencia de 14 de noviembre e 2002 que dice que «se ha de procurar en la liquidación guardar en lo posible la igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie, según el artículo 1061 referido a la partición de la herencia, pero aplicable a la liquidación de la sociedad de gananciales». Por ello entiende que se debe evitar en lo posible futuras distorsiones de valor que hagan variar esta igualdad que se pretende.

En la liquidación de gananciales, si se valora la vivienda en función del precio oficial, podría producirse un enriquecimiento injusto para el adjudicatario cuando se vendiera el bien. Pero este argumento choca con el criterio y postura que entiende que la valoración debe hacerse de acuerdo con el momento en que se están realizando las operaciones particionales. Y termina afirmando:

«En consecuencia, para proceder a la valoración en la liquidación de los gananciales, de las viviendas de protección oficial debe partirse de un dato imprescindible, cual es la posibilidad de que en un plazo determinado dicha vivienda deje de tener la condición de vivienda protegida y sea, por tanto, descalificada, para entrar en el mercado libre. De aquí que:

1º La vivienda no descalificable debe ser valorada de acuerdo con el valor oficial.

2º La vivienda descalificable debe ser valorada de acuerdo con un criterio ponderado, porque en el momento de la disolución de la sociedad de

gananciales, la vivienda no es de libre disposición, aunque debido a su naturaleza, lo será en el tiempo establecido en el concreto plan, que ambos cónyuges conocen. Por tanto, en los casos de vivienda descalificable se aplicará el valor del mercado en el momento de la extinción del régimen, rebajado en la proporción que resulte en relación al tiempo que falte para la extinción del régimen de protección».

En ocasiones los coherederos pretenden atacar la valoración de los bienes realizada por el contador partidor nombrado por el testador, cuando el contador partidor ha realizado estas valoraciones conforme a la voluntad del testador. Esto ocurrió en la **STS 115/2016 de 18 de marzo**⁷¹. En este caso ocurrió que la voluntad de la madre viuda para con los hijos es la formación de unas mitades indivisas que se habían adjudicado con la herencia del padre, de tal manera que con estas adjudicaciones de bienes en lotes puedan aprovechar mejor los bienes recibidos del padre, salvando la homogeneidad de las adjudicaciones y queriendo evitar enfrentamientos familiares. La testadora había nombrado un albacea contador partidor que procedió a efectuar la partición no de conformidad con las reglas establecidas por la testadora, sino que reorganizó los distintos lotes de acuerdo con los nuevos valores que tenían al momento de la muerte de la testadora. En primera instancia el juzgado entiende que lo dispuesto por la testadora debe ser la ley de la sucesión y debe considerarse norma para la partición de carácter vinculante. La Audiencia confirma la sentencia de primera instancia. **El Tribunal Supremo no estima el recurso, incide en la facultad de repartir la herencia por el testador en virtud del art. 1056 CC y que esta partición no puede ser rescindida por lesión salvo que perjudique las legítimas de los herederos forzosos o se presuma que fue otra la voluntad del testador (art. 1075 CC). Las diferencias de valor entre las diferentes adjudicaciones no pueden ser atacadas y los herederos «pasarán por ellas» tal**

71. Vid. STS 115/2016, de 18 de marzo (RJ\2010\2409).

y como indica el art. 1056 CC. Es inatacable esta partición realizada por el testador por diferencias de valor originarias o sobrevenidas (art. 1075 CC y art. 1061 CC). Sólo debemos tener la prevención de que el testador haya dejado dispuesto expresamente que se han de respetar estas adjudicaciones aún con la diferencia de valor, porque de lo contrario podría entenderse que lo dispuesto por el testador son meras normas particionales, que no evitarán posibles compensaciones económicas de futuro entre los coherederos⁷².

Sobre la **valoración del derecho de usufructo del cónyuge viudo al momento de la muerte del causante y no en el momento de la partición**, la STS 184/2022, de 3 de marzo⁷³, resuelve la cuestión en el sentido que exponemos a continuación. En este caso se trata de varios legados de cosa cierta y determinada a favor de la viuda en pago de su legítima.

El testamento recoge la siguiente cláusula:

«Primera.- Lega a su citada esposa con cargo al usufructo viudal recayente sobre el tercio de mejora y si lo superare, con cargo al tercio de libre disposición, el usufructo vitalicio de los bajos propiedad del testador sitos en la calle Ciudad de Mula números 16 y 18 y calle San Juan de Dios, número 3 y 5 de Valencia, excluyendo el usufructo del resto de sus bienes.

“Lega asimismo a su citada esposa, en pleno dominio con cargo al tercio de libre disposición, todos los plazos fijos, cuentas, acciones y valores que tuviera el testador en el momento de su fallecimiento en el Banco de Valencia, S.A.”».

La sentencia de Primera instancia estimó la impugnación a las operaciones de inventario, avalúo, liquidación, partición, división

72. Vid. REBOLLEDO VARELA, A.L. «Partición por el testador: redacción del testamento e interpretación de la voluntad manifestada (una perspectiva práctica a la luz de la Jurisprudencia)», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* núm. 20, febrero 2024, págs. 783 y 784, disponible en [AJI20_Art_24.pdf](#).

73. Vid STS 184/2022, de 3 de marzo (RJ2022\1164).

y adjudicación realizada por la viuda. Entendió que los bienes legados debían valorarse al momento de la partición y no a la fecha del fallecimiento del causante. En segunda instancia se confirma la valoración realizada por los contadores a la fecha de la muerte del causante. Basa su decisión en el art. 881 CC:

«el legatario de cosa existente en el caudal adquiere el derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador (artículo 881), y, más concretamente, no sólo la propiedad al existir en la herencia, sino también los frutos de la cosa (artículo 882), por lo que los legados han de ser entregados con todos sus accesorios y en el estado en que se hallaren al morir el testador (artículo 883), libres de gastos, por cuanto los de entrega son a cargo de la herencia. En consecuencia, la viuda, instituida legataria de cosa cierta y determinada, no puede impugnar la valoración de bienes efectuada por los contadores a la fecha en que debe estimarse su legado, cual es la de la muerte del testador».

Por tanto, su legítima quedó individualizada en el momento de la muerte del causante mediante legados de cosas ciertas y determinadas del testador (el usufructo de unos inmuebles y la plena propiedad de fondos, acciones y valores).

El Tribunal Supremo entiende que esta interpretación es correcta. Esta opinión se argumenta en el art. 818 CC que se refiere a «los bienes que quedaren a la muerte del testador», apoya en el art. 654 CC, pero el art. 1045 CC para la colación se refiere «al momento en que se valoran los bienes». Por otro lado, el art. 1074 CC referido a la rescisión por lesión atiende al valor de las cosas «cuando fueron adjudicadas».

«Ello por cuanto, como se ha advertido con rigor, si la legítima se satisface por un legado (de cosa cierta, incluido dinero hereditario), una donación o una asignación particional hecha por el testador, tiene lugar una individualización de riesgos con independencia de la masa común. Los beneficios o los riesgos de la cosa legada, donada o adjudicada por el causante son a beneficio o cargo exclusivamente del legatario, del donatario y del adjudicatario, por lo que el cálculo

lo deberá hacerse partiendo del valor que los bienes relictos al tiempo del fallecimiento (y las donaciones si las hubiere, valoradas también en el momento de la muerte del causante). Esto por lo que se refiere al cálculo de la legítima dado que, de no haber quedado satisfecha por las atribuciones realizadas por el causante, si hubiera de ser completada con el pago de bienes relictos, estos necesariamente deberían valorarse en el momento de la liquidación.

Cuando el derecho de los legitimarios viene referido a una cuota (a título de institución de heredero, legado de parte alicuota), la valoración en el momento de la muerte permitirá determinar si existe lesión de la legítima de algún legitimario, y será después, comprobado que no existe lesión cuantitativa de ningún legitimario, a la hora de partir y materializar la cuota de los legitimarios que sean partícipes de la comunidad hereditaria, y como regla propia de la partición, cuando habrá de estarse a la valoración de los bienes en ese momento, pues los aumentos o disminuciones patrimoniales posteriores a la muerte del causante de los bienes que se han de partir si son riesgos de la comunidad y de sus partícipes.

En el caso que juzgamos, como bien advierte la Audiencia, por voluntad del testador, la legítima de la viuda se satisface y queda cubierta con los legados de cosas ciertas y determinadas. En el momento de la apertura de la sucesión, en el momento de la muerte del causante, la legítima de la viuda quedó individualizada en bienes y derechos determinados, de forma que la viuda no es partícipe de la comunidad hereditaria: individualizada la legítima en bienes determinados por voluntad del causante es el momento de la apertura de la sucesión el decisivo para comprobar si con los bienes legados, que no entran a formar parte de la comunidad hereditaria, se cubren los derechos legitimarios, sin que los riesgos de pérdida o deterioro o, en su caso, los aumentos o mejoras que se hubieran podido producir de tales bienes, se trasladen a los demás interesados en la herencia, de la misma manera que las disminuciones o aumentos de los demás bienes producidos después de la muerte del causante tampoco repercutirán en el cálculo de la legítima.

La recurrente no ha negado, por lo demás, que se llevó a cabo por los herederos la entrega de los bienes legados antes de la presentación de las operaciones particionales por los contadores partidores, de modo que adquirió la titularidad de los bienes y derechos con sus frutos y rentas desde la fecha de fallecimiento del testador (art. 882 CC), con independencia de que

en la escritura de entrega de legados la viuda se reservara las acciones que le pudieran asistir y que ha continuado ejerciendo en este procedimiento».

2.6. LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA Y LOS LEGADOS. PROBLEMAS CON LOS DERECHOS DE LOS LEGATARIOS

2.6 a) Clases de legados. La toma de posesión del bien legado

El legatario se convierte en titular del bien desde el fallecimiento del causante, pero necesita el acto de entrega o toma de posesión del inmueble legado por el heredero. Así lo establece el art. 881 CC cuando dice «El legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador y lo transmite a sus herederos».

Hay legados que no son considerados legados propiamente dicho, sino figuras parecidas a la del heredero, el legatario de parte alícuota o el legado de cosa cierta, entendiéndose también como legado de cosa cierta el legado de la parte de legítima estricta, o el legado del usufructo universal de la herencia a favor de uno de sus herederos como pudiera ser la esposa o esposo del fallecido.

Los pronunciamientos judiciales referidos a la partición de la herencia y los legatarios versan sobre diferentes problemas, tanto por no tener reconocida la legitimación activa para pedir la división judicial de la herencia para algunos legados, por ejemplo, el legado en sentido estricto, por no poder defender una posesión exclusiva o excluyente de los bienes hereditarios hacia el resto de coherederos en relación a la acción de desahucio por precario, por requerir la extinción de la situación de comunidad. Con ello, también, resulta interesante ver la posible vulneración de los derechos de los legatarios a la espera de una liquidación de la comunidad hereditaria que no llega a producirse.

Expondremos las **ideas más relevantes** extraídas del estudio jurisprudencial realizado.

Hemos querido resumirlas en las siguientes:

BLOQUE 1:

- Si toda la herencia se distribuye en legados serán los legatarios los que liquiden la herencia estando facultados por sí mismos para ocupar los bienes.
- Si el legatario posee la cosa no hace falta que pida la entrega, aunque el art. 81 LH le indique expresamente que debe hacerlo para que conste a efectos registrales.
- Se debe realizar la liquidación de la herencia y la partición antes de entregar los legados para comprobar si esta entrega perjudica o no a los derechos de los legitimarios.
- Se puede entablar la acción de petición o entrega del legado contra los herederos. Estamos ante el ejercicio de una acción personal.
(SAP Valladolid, 31 de mayo 1999)⁷⁴

BLOQUE 2:

- El legatario de cosa específica y determinada del testador está subordinado al pago de las cargas y deudas del testador y al respeto de los derechos de los legitimarios, puesto que de lo contrario podría verse afectado por reducciones posteriores derivadas de una responsabilidad patrimonial universal. Es necesario realizar con carácter previo la partición y liquidación de la herencia, estando la propiedad condicionada o subordinada a que este legado pueda imputarse a la parte de libre disposición.
- El legado de parte alícuota tiene un derecho en abstracto que es preciso concretar con la partición y que igualmente

74. SAP Valladolid, 31 de mayo 1999 (LA LEY 88038/1999)

responde de las deudas y gastos de la partición. El legado de cosa específica no requiere normalmente esta concreción. **(SAP Lugo 267/2021 de 1 de junio)**⁷⁵

De interés son los arts. 881 y ss. Entre ellos los arts. 885, 1025 y 1911 CC. El art. 882 CC determina que el legatario de cosa específica y determinada del testador adquiere la propiedad desde que éste muere y hace suyo los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte. Mientras que el art. 885 CC dispone que el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, cuando éste se halle autorizado para darla. El art. 1025 CC señala que durante la formación de inventario y el término para deliberar no podrán los legatarios demandar el pago de sus legados. El art. 1911 CC establece el principio de responsabilidad patrimonial universal.

BLOQUE 3:

- El legatario de parte alícuota se asimila al heredero, teniendo legitimación para accionar pidiendo la división judicial de la herencia o promover la testamentaria. Es acreedor de una parte de la herencia con lo que en pago de su legado deben entregarle el tercio de libre disposición y su preterición es causa de rescisión de la partición. Hasta que no se le asignan bienes tiene una atribución indeterminada, teniendo derecho a que se concrete su parte. Se le atribuye el remanente de mejora o el tercio de libre disposición. **(STS 642/2006 de 12 de junio)**⁷⁶

75. SAP Lugo 267/2021 de 1 de junio (TOL8.530.953).

76. STS 642/2006 de 12 de junio (TOL961.863).

BLOQUE 4:

- El legatario de legítima estricta es un legatario de cuota y le falta legitimación para entablar una acción de desahucio en precario. Por ello si demanda se puede entender que no representa a la mayoría de la comunidad ni consta que actúe en beneficio de la comunidad. Es un legatario de cosa cierta y determinada y carece de legitimación activa para el desahucio, negando que pueda ser considerado legatario de parte alícuota. Puede pedir la partición, división de la herencia para proteger sus derechos como legitimario, pero no es heredero; otra cosa es que tenga ciertas prerrogativas para defender su derecho. No posee y debe pedir la entrega de la posesión, aunque sí adquiere la propiedad. Su legado está subordinado al pago de las deudas y legítimas de los herederos forzosos.
(STS 1378/2024 de 21 de octubre)⁷⁷

BLOQUE 5:

- El legatario puede solicitar la propiedad al heredero desde la muerte del testador, pero el heredero ostenta la posesión civilísima de la cosa legada. Esta solicitud de entrega debe realizarla, aunque esté poseyendo ya la cosa legada. La escritura de entrega del legado es un título apto para la inscripción del mismo en el Registro de la Propiedad.
- El legado está siempre subordinado a la liquidación de la masa hereditaria art. 882 CC.
- Para la entrega del legado se debe liquidar la herencia, para ver también el problema de la intangibilidad de las legítimas siendo esta operación de partición imprescindible y necesaria.
(SAP Vizcaya 278/2017 de 28 de junio)⁷⁸

77. STS 1378/2024 de 21 de octubre (TOL10.248.898)

78. SAP Vizcaya 278/2017 de 28 de junio (TOL6.357.712)

BLOQUE 6:

- La entrega del bien legado no es *traditio* del art. 609 CC, sino que se trata de un título propio de adquisición.
- Si toda la herencia se distribuye en legados hay responsabilidad directa de los legatarios en las deudas del causante (art. 891 CC).
- El legado de parte alícuota necesita la partición, pero es más discutible que sea necesaria esta partición en legados de cosa específica, sobre todo cuando se sabe que hay bienes suficientes para responder de las deudas hereditarias y de los derechos de los legitimarios. Si se produce un retraso en la realización de las operaciones divisorias no justificado podríamos estar ante una situación de abuso de derecho del art. 7.1 CC. Si el legado de cosa específica no puede pedir la división de la herencia y necesita ésta para que le sea entregada el bien legado, puede sufrir un perjuicio. No prescribe la acción para pedir la división de la herencia, pero sí la acción para pedir la entrega del legado, aplicándole el plazo general cinco años establecido en el art. 1964 CC para las acciones personales. Pero el *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo sería una vez realizada la partición.
- Si el bien legado es de poco valor y no puede perjudicar la legítima «El no haber llevado a cabo la partición de la herencia no constituye una justificación para que los herederos nieguen la entrega de la posesión del bien legado, que resulta ser del titular actual en virtud del art. 882.1 CC». (SAP Pontevedra 100/2024 de 23 de febrero)⁷⁹

79. SAP Pontevedra 100/2024 de 23 de febrero (TOL10.022.187)

BLOQUE 7:

- El legado de cosa específica está subordinado al pago de las deudas y al principio de intangibilidad de las legítimas. Si el bien forma parte de una sociedad de gananciales, también es posible el legado de cosa ganancial, pero antes de la entrega del legado es necesario liquidar la sociedad de gananciales.
- La propiedad del legatario se adquiere *recta via*, pero el legatario debe pedir la entrega. La diferencia entre el legado de cosa específica y el legado de parte alícuota es que el de cosa cierta se adquiere la propiedad de la cosa directamente y hace suyos los frutos, pero en los dos casos, los dos legados están subordinados a la liquidación y reparto de la herencia.
- El legado de cosa específica no está subordinado a la realización de todas las operaciones particionales cuando se sabe que no perjudica la legítima.
(STS 196/2020 de 26 de mayo)⁸⁰ y (SAP Las Palmas 274/2022 de 25 de marzo)⁸¹

2.6 b) Legado de parte alícuota. Asimilación al heredero. Distinciones con otros legados, legatario de legítima estricta

Sobre la distinción entre legado de parte alícuota y legado de cosa cierta, nos hemos referido al comentar la STS 1378/2024⁸². En ella se califica un legado de legítima estricta como legado de parte alícuota o de cosa cierta, entendiendo el tribunal que no

80. STS 196/2020 de 26 de mayo (TOL7.966.068)

81. SAP Las Palmas 274/2022 de 25 de marzo (JUR\2023\5582)

82. Vid. apartado 2.3 b) «Desahucio por extralimitación del derecho de posesión del coheredero».

variará el pronunciamiento en cuanto que con estos legados se trata de asegurar la transición entre la situación de concurrencia de un propietario no poseedor (legatario) con un poseedor no propietario (heredero o coherederos), que se produce al momento del fallecimiento del causante como consecuencia, ya que conforme al art. 440 CC el heredero tiene transmitida la posesión de los bienes hereditarios desde el momento de la muerte del causante, y otra es que esa posesión termine con un desdoblamiento propiedad y posesión con entrega de la posesión al legatario. En virtud del art. 1025 CC, 1911 CC, art. 817 a 820 CC, el pago de los legados, tanto de cosa específica como de parte alícuota, está subordinado al pago de las deudas de la herencia y a las legítimas de los herederos forzosos, por lo que para garantizar derechos de los acreedores y sucesores debe hacerse inventario, liquidación, y en su caso partición de la herencia, por el derecho preferente al cobro de éstos, por lo que aunque el legado transmite de forma directa del causante (art. 882CC) está subordinado a que el legado quepa en la parte de bienes de que el testador puede disponer. La entrega no puede ser inmediata por requerir de las operaciones liquidatorias previas. Niega la legitimación activa del legatario para accionar pidiendo el desahucio por esto mismo y porque no tienen derecho a pedir la división judicial de la herencia. Y en concreto, para este caso, sólo hay atribución específica de un coche y de un dinero en metálico, pero no del inmueble litigioso sobre el que se ejercita la acción de desahucio.

Nos detenemos en la **STS 642/2006 de 12 de junio**⁸³. En esta sentencia el tribunal entiende que el legatario de parte alícuota tiene una condición similar a la del heredero y puede pedir la división judicial de la herencia (art. 782.1 LEC). Por ello es distinto al legado de cosa específica, porque obliga a que se concrete la partición. Este legatario será acreedor de una parte de la

83. STS 642/2006 de 12 de junio (TOL961.863)

herencia y tiene una atribución indeterminada de bienes. Como carece de regulación específica debe ser aplicado al mismo la normativa para herederos, debiendo ser atribuida su parte al remanente de mejora o al tercio de libre disposición. Si fuese preterido se puede pedir la rescisión de la partición por lesión del art. 1080 CC.

Los hechos que dieron lugar a la sentencia fueron los siguientes:

Seis sobrinos demandan a los hijos de D. Juan Miguel, en concreto contra sus cuatro hijos, pidiendo la rescisión de la partición de D. Juan Miguel por causarle lesión como legatarios llamados a la partición, debiendo realizarse de nuevo las operaciones particionales.

En Primera instancia estima la rescisión por preterición de los legatarios y condena a la nueva realización de las operaciones particionales, con la intervención de los legatarios de parte alícuota.

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación de los hijos.

Se trataba de una partición realizada por los coherederos del testador en virtud del art. 1058 CC.

Entra esta sentencia en la distinción entre heredero y legatario de parte alícuota y dice el tribunal que el código distingue entre heredero y legatario considerando que el primero sucede a título universal y el segundo a título particular, pero **no puede desconocerse la asimilación a ciertos efectos de la figura del legatario de parte alícuota a la del heredero en cuanto acreedor de una parte de la herencia. Así ha de entenderse que el régimen del legado de parte alícuota —que en este caso atribuyó el testador a sus sobrinos demandantes— es distinto 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.** Y afirma que 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 1.038-3º 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 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.**

En este supuesto el testador dispuso un legado para sus cuatro hijos del pleno dominio de un chalet ubicado en Córdoba, pero lega el tercio de libre disposición a sus sobrinos, en el remanente, de todos sus bienes y derechos y acciones presentes y futuros, es decir en los tercios de legítima y mejora, instituye únicos y universales herederos, por partes iguales a sus citados hijos, nombrando sustitutos vulgares de los mismos a sus respectivos descendientes. De ello se desprende que el legado de parte alícuota a favor de sus sobrinos se otorga sin perjuicio del legado de cosa específica atribuido a sus hijos y que en los tercios de legítima y mejora considera que debe integrarse el remanente de todos sus bienes, lo que implica la voluntad de sustraer el bien integrante del legado dejado a los hijos de dichas porciones, por ello el legado de parte alícuota debe ser atribuido al tercio de libre disposición

2.6 c) Posibles reducciones o impugnaciones del legado y momento en el que deben valorarse los bienes legados. Problemáticas. Reducción de legados inoficiosos

La asignación de legados supone en la práctica problemas relacionados con la partición de la herencia. Antes de la partición de la herencia se discute la valoración de los bienes integrantes de la masa hereditaria en general, y en particular, la valoración de los bienes legados. Después de la partición de la herencia, se puede impugnar la partición realizada por problemas también con la valoración de los bienes legados.

Plantea muchos problemas la valoración de legados de cosa cierta o propia del testador. Esta idea la deducimos del estudio jurisprudencial realizado, pues se discute si el bien legado perjudica el principio de intangibilidad de las legítimas. Para ello indudablemente tenemos que atribuir un valor a la cosa legada y a los bienes inventariados en el momento de realizar las operaciones particionales.

Si el legado perjudica las legítimas hay que proceder a su reducción y si esto no se ha hecho, la partición tiene un problema de lesión o perjuicio para los legitimarios. Si con el legado de cosa cierta no se atiende la legítima del legatario también legitimario, éste podría pedir una acción de suplemento o complemento a su legítima. En muchos de los casos estudiados el fallecido establece legados de cosa cierta a favor de la esposa con cargo a su cuota legal como usufructuaria y ésta acciona contra los demás herederos forzosos; también los demás herederos forzosos accionan contra ella (normalmente hijos y esposas o parejas del fallecido de una posterior relación), con el propósito de reducir el legado por inoficioso; la esposa con el propósito de pedir un complemento a su cuota legal de usufructuaria. Por esta problemática que presentamos, la partición podría ser atacada en su validez.

Para estudiar la viabilidad o no de las pretensiones, hay que atender al valor de los bienes heredados en general, valor de las porciones hereditarias y valor exacto de los bienes legados, además de dilucidar en qué momento han de valorarse estos bienes, si el de la muerte del causante o en el momento de la partición. Se pueden dar acciones de impugnación de la partición por lesión, de nulidad de la partición por problemas con los legados, o de nulidad no de la partición, sino de las reducciones a los legados hechas en la partición por entenderlos inoficiosos, reducciones integradas en la partición. Estaríamos ante una especie de nulidad parcial de la partición referida exclusivamente al legado y su reducción, haciendo valer el principio del *favor partitionis*. Igualmente se plantean problemas entre la colación de bienes y los legados, pues pudieran integrarse como bienes colacionables aquellos recibidos con anterioridad; de esta manera el legado podría verse afectado por una reducción.

Estamos ante disputas, la mayoría de las veces por impugnaciones al valor asignado a los legados, disputas, por tanto, entre herederos y legatarios por diferencias de valor de los bienes de la herencia.

Como temas más específicos, objeto también de problemática práctica, encontramos concretamente, y relacionado con la entrega de la posesión del bien legado, reclamaciones de entrega del legado y de entrega de los frutos o intereses de la cosa legada desde el fallecimiento. El Código civil permite que el legatario pueda hacer suyos los frutos desde la muerte del causante, al igual que el legatario se convierte *recta via* en propietario del bien legado desde la muerte del causante, aunque necesite con posterioridad pedir la entrega o posesión del bien a los herederos.

Hemos visto anteriormente la problemática relacionada con esta entrega de la posesión del legado, pues la necesidad de liquidar las deudas y realizar las operaciones particionales hace que los legatarios estén a la espera, incluso pueden ver cómo hay retrasos intencionados con el propósito de no cumplir con la entrega del bien legado.

La herramienta jurídica utilizada en general por los herederos contra el legatario es la del argumento jurídico de la necesaria partición de la herencia antes de proceder a la entrega del legado, pues hay que comprobar que no se vulneran las legítimas, se pagan las deudas de la herencia y quedan caudal suficiente para que con la entrega del valor de lo legado o entrega del bien legado se puedan respetar estos derechos.

Cuando se tarda en realizar la entrega del legado también encontramos el problema de las acciones judiciales reclamando los frutos o intereses de la cosa legada por el legatario.

Es cierto que la cosa legada pudiera estar generando frutos y rentas y pudieran los herederos estar disfrutando de estos derechos cuando no han realizado la entrega. Por ello cuando se pide la entrega del bien legado también se formula petición al juez exigiendo la entrega del valor de los frutos. La cuantía puede ser de considerable valor si estamos hablando, por ejemplo, de las rentas percibidas por bienes inmuebles arrendados durante muchos años.

También aparecen en la práctica problemas de interpretación de la voluntad testamentaria relacionados con los legados. Entendemos que esta cuestión es generalizada. En concreto, pudiéramos ver si el testador quiso con el legado satisfacer exclusivamente la porción de legítima de un heredero forzoso de tal manera que nada más habría que reclamar ni reducir. Pero pudiera haber realizado varios legados a un mismo heredero para el pago de la legítima atribuyendo estos legados al tercio de mejora o al de libre disposición, cuestionándose si pese a ellos se puede pedir el complemento de legítima estricta. También cuando los legados están atribuidos al tercio de legítima estricta, pero hay otros con cargo al de mejora, por ejemplo, cuando el de legítima estricta no es suficiente. La voluntad del testador en relación a si quiso o no acumular para la legítima estricta con la asignación de legados es decisiva para valorar su validez y la viabilidad de la acción de suplemento.

Igualmente entendemos que se trata de un problema de interpretación de la voluntad testamentaria aquel que lleva a analizar

qué ocurre con los legados si con posterioridad el testador realiza donaciones del bien legado a los legatarios, planteándose la posible revocación del legado en estos casos o si tal vez consideramos que la donación es una simple anticipación de lo ya dispuesto con los mismos.

Queremos ahora plasmar de manera resumida los distintos problemas analizados, todos ellos extraídos, como ya hemos expuesto, del estudio de casos y sentencias. Hemos elegido algunos de ellos por una cuestión de limitación de espacio y de tiempo.

Comentamos la **STS 184/2022 de 3 de marzo**⁸⁴. En esta sentencia la viuda acciona contra los herederos, hijos del causante, entendiéndose que no se ha respetado su legítima como usufructuaria. La esposa había recibido dos legados de cosa cierta y determinada del testador. La viuda impugna la valoración de los legados y la legítima asignada y pretende la acción de complemento o suplemento. Los argumentos jurídicos, entre otros, se centran en la interpretación de la voluntad del testador en virtud el art. 675 CC para ver qué quiso el testador con la asignación de estos legados a la esposa, y el art. 818 CC referido al momento en que deben valorarse los bienes legados, si al momento de la partición o al momento de la muerte del causante.

La cláusula testamentaria en cuestión era la siguiente:

«Lega a su citada esposa con cargo al usufructo vidual recayente sobre el tercio de mejora y si lo superare, con cargo al tercio de libre disposición, el usufructo vitalicio de los bajos propiedad del testador sitos en la calle Ciudad de Mula número 16 y 18 y calle San Juan de Dios, número 3 y 5 de Valencia, excluyendo el usufructo del resto de bienes.

Lega asimismo a su citada esposa, en pleno dominio con cargo al tercio de libre disposición, todos los plazos fijos, cuentas, acciones y valores que tuviera el testador en el momento de su fallecimiento en el Banco de Valencia, S.A.

84. STS 184/2022 de 3 de marzo (TOL8.876.159)

En el remanente de todos sus bienes y derechos y acciones, instituye herederos universales por partes iguales, a sus tres citados hijos (...) Expresamente hace constar el testador que sus hijos han recibido en vida del mismo a cuenta de su legítima diversas liberalidades, como, entre otras, las que se encubrieron bajo forma onerosa y en virtud de las cuales se transmitieron las acciones de la mercantil “Industrias Químicas Belloch S.A.”, los terrenos de más de cuarenta mil metros sitos en el Barrio de la Coma de Burjassot (Valencia), y la finca sita en Utiel (Valencia) denominada “La Chula”, siendo su voluntad que se proceda a la debida computación, imputación y colación de dichas atribuciones y debiendo en consecuencia entenderse debidamente cubierta y satisfecha la legítima de sus citados hijos y herederos en el importe concurrente»

El tribunal entiende que el testador puede dejar a su cónyuge, además de la cuota usufructuaria, la plena propiedad del tercio de libre disposición. En este caso la viuda tendría derecho a lo legado más a su cuota, y que para ello hay que estar a la voluntad del testador a su intención, para valorar qué quiso. En el presente caso la viuda considera que tiene derecho al complemento pese a lo legado, aunque su legítima esté cubierta con el segundo legado. Después de un nutrido análisis de la valoración realizada en primera instancia y la realizada por la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo entiende que es correcto el pronunciamiento de la Audiencia cuando considera que no procede el complemento de legítima porque la voluntad del testador fue cubrir con los legados su parte también de legítima estricta.

Respecto al art. 818 CC y momento en el que han de valorarse los bienes legados. La sentencia estudia el art. 818 CC con detalle. Este precepto recoge que: «Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con la deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en testamento. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables».

Y lo relaciona con preceptos como el art. 1045 CC, 654 y 1074 CC. Entiende que la Audiencia ha hecho una valoración correcta, atendiendo al valor de los bienes a la muerte del causan-

te, porque el art. 818 CC no está hablando de las operaciones de bienes colacionables, que atienden al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, como sí lo hace el art. 1045 CC; el art. 654 CC relacionado con la reducción de donaciones inoficiosas atiende al valor al tiempo de la muerte y el art. 1074 CC referido a la rescisión de la partición habla del valor de las cosas «cuando fueron adjudicadas».

STS 4 mayo 2016⁸⁵. En este caso se presenta disputa sobre la validez de la partición de herencia, reducción de legados y correcta valoración de los bienes. Se había estimado una reducción por inoficioso del legado en un 14.398%. No se acciona para la rescisión o nulidad de la partición, sino la nulidad de la reducción por inoficiosos de los legados atribuidos a la actora. La demandante considera que la reducción de los legados por inoficiosos era nula tras la realización de la partición. Se trata por tanto de una disputa sobre la validez de la partición de la herencia por problemas con la valoración de los bienes en la partición en un contexto de *favor partitionis*.

Se había realizado la partición de la herencia por contador partidor. Interesa la nulidad de ciertas reducciones, se corrija el valor atribuido a ciertos bienes y como consecuencia de ello, que se declara que la legataria es propietaria de una serie de cuotas de concretos bienes. La parte demandante entiende que la valoración de los bienes se hizo de forma correcta por contador partidor teniendo en cuenta el dictamen pericial y que no procede declarar la nulidad parcial de estas reducciones sino, en todo caso, la rescisión por lesión que no fue lo que pidió. Utiliza el argumento del *favor partitionis* y la doctrina de los actos propios. También argumentan que había caducado el plazo para pedir la acción de complemento del art. 1079 CC. Tanto en primera instancia como en apelación se admite la demanda y la nulidad de la reducción del legado porque no se había hecho correctamente esta reducción, y

85. STS 4 de mayo 2016 (TOL5.718.294)

no la nulidad de la partición, la rescisión, nulidad total o nulidad parcial de la partición; se trata de una nulidad de la reducción del legado. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

STS 30 enero 1995⁸⁶. En este supuesto la disputa también se centra en la reducción por inoficioso de un legado a la esposa por la preterición de una hija no matrimonial. Se trata de una preterición de una hija no intencional porque la hija nació después de otorgar testamento, pidiendo entonces la madre de la hija, representante legal de la menor, además de la reducción del legado a favor de la viuda la apertura de la sucesión intestada. Habiéndose producido la preterición no intencional de un hijo nacido con posterioridad al testamento, resulta de plena aplicación el art. 814.2 CC, así como el último párrafo del mismo. Tanto en primera como en segunda instancia se estima la reducción de legados por inoficiosos en la parte que perjudique la legítima de esta hija y así resulta confirmado por el Tribunal Supremo.

STS 717/1986 de 7 de julio⁸⁷. Esta sentencia presenta una disputa entre dos hermanos, la hermana como legitimaria y legataria contra su hermano heredero universal de la herencia de su padre. La legataria de cosa cierta acciona pidiendo el suplemento de legítima cuestionando la valoración de ciertos bienes del caudal relicto, en concreto también sobre valoración del bien legado por diferencia del valor asignado, pidiendo la diferencia más frutos y rentas desde el fallecimiento conforme al art. 882 CC.

En Primera instancia se desestima la demanda estimando el valor total de la herencia en 3.4000.000 pesetas, pero estima que el valor de la finca legada no era de 125.000 pesetas, sino de 465.000 pesetas. Apelación estima la acción de suplemento en 300.000 pesetas y la acción de entrega de la finca legada con sus frutos e intereses, con entrega de la transmisión de la finca, entendiéndose que esta transmisión no fue ofrecida a la legataria, ya que

86. STS 30 enero 1995 (TOL1.668.310)

87. STS 717/1986 de 7 de julio (TOL1.735.885)

el heredero subordinaba la escritura de transmisión de la misma a la renuncia de la parte actora a reclamar más cantidad.

En Primera y en Segunda instancia no se cuestiona la cuantía de la legítima, ni el hecho de que la cuota de la actora estuviera cumplida con el legado, sino que ponen de manifiesto razonables dudas sobre el valor de la herencia que impidieron el arreglo amistoso de la cuestión, pero afirman que el legado de cosa cierta supone que se adquiera la propiedad de la cosa desde la muerte del testador, por lo que es procedente la atribución de los frutos a la legataria desde la muerte del causante, y esto como consecuencia legal y necesaria en virtud del art. 882 CC.

STS 24 enero 2006⁸⁸. Estamos ante una acción de revocación de legados de cosa propia del testador porque con posterioridad el testador donó los bienes legados a los legatarios que eran sus hijos. El art. 869 CC establece en su apartado que el legado quedará sin efecto si la cosa legada es enajenada con posterioridad. Se plantea si lo que quiso el testador con la donación fue anticipar el efecto transmisivo de los bienes legados, pero si se colacionan los legados perderían su eficacia como legados. Se hace un estudio de la voluntad del testador para interpretar si hubo o no revocación de legados. La Audiencia entiende que lo que quiso el padre no fue revocar los legados, sino que quiso anticipar los efectos de la transmisión de la propiedad. El Tribunal Supremo entiende que la voluntad del testador fue revocar los legados porque con posterioridad quiso entregarle los bienes como donación y casa la sentencia de la Audiencia. El legado de cosa cierta, inmueble del testador, no puede quedar subsistiendo cuando ha donado ese bien con posterioridad al legatario. La enajenación de la que habla el art. 869.2 CC implica un cambio de voluntad, no quiso esperar, queriendo no legar sino donar la cosa con efectos por tanto desde la misma donación.

88. STS 24 enero 2006 (TOL816.720)

2.7. LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA Y EL CONTADOR PARTIDOR: EL CARGO, FACULTADES, PROBLEMAS CON EL REPARTO. IMPUGNACIÓN DE LA PARTICIÓN

2.7 a) El cargo de contador partidor y la importancia del mismo en la partición

Nuestro Código civil reconoce la figura del contador partidor en su art. 1057 CC. Esta posibilidad se establece con carácter subsidiario, cuando el testador no ha realizado la partición de su herencia podrá encomendar la realización de esta partición a un tercero, que puede ser cualquier persona que no sea un coheredero. Que tendrá, dice literalmente la norma, «la simple facultad de hacer la partición». A continuación, el art. 1058 CC recoge la partición consensual entre los coherederos, cuando ni el testador ha realizado esta partición ni ha encomendado la misma a un tercero conforme al artículo anterior.

El contador partidor tiene la función específica de repartir o partir la herencia a través del encargo o la encomienda que realiza el testador en el mismo documento testamentario o en documento extra testamentario, encargo que podrá ser revocable al igual que es revocable el propio testamento. Pero esta función tiene como base necesariamente un testamento. Si no hay testamento, debemos hablar entonces de la figura del contador partidor dativo, nombrado por el Secretario Judicial o el Notario a petición de los herederos y legatarios.

No entendemos que la función de reparto de la herencia sea una «simple función de hacer la partición» como dice la norma de referencia (art. 1057 CC), pues la misma supone problemas importantes en la práctica. Sólo se nos ocurre pensar que pueda tratarse de una función simple si los bienes que integran la herencia son escasos y son pocos los herederos. Si sólo hubiese un heredero no tiene sentido la existencia de la figura del contador partidor.

El estudio de esta figura se justifica en nuestro trabajo en cuanto que suele ser fuente frecuente de conflictos. Pretendemos determinar sus principales problemas en la práctica. Ya adelantamos que creemos que estos problemas tienen como base su falta de regulación, cuestiones que tienen que ver con el propio contrato y sus funciones, encargo de representación que realiza el testador hacia el tercero con efectos *post mortem*, el sentido de la partición como declaración unilateral de voluntad del contador partidor, destinada a dotar de efectos vinculantes a la partición así realizada, cuestiones relacionadas con las facultades que se le otorgan al contador partidor en virtud de este mandato, posibles abusos o extralimitaciones, los honorarios y el coste que puede suponer hacer uso de esta figura junto con periciales de bienes, el que sea más que recomendable que el contador partidor consiga la ratificación de los coherederos al hacer la partición, entre otros, convierten esta herramienta jurídica en instrumento poco utilizado y que a veces «alimenta» otros posibles conflictos, problemas añadidos a los que ya tiene la partición de herencia.

Y es que entendemos que la figura nace con una finalidad práctica, más bien mediadora, funcionando como una especie de árbitro neutral en la partición con el propósito de respetar el principio de igualdad de lotes del art. 1061 CC, salvo que el testador hubiese dispuesto en otro sentido, de proteger los intereses de los coherederos, con una finalidad de equidad, de salvaguarda de la legalidad, que permita conseguir resultados prácticos evitando la división judicial de la herencia. Cuando hay nombrado un contador partidor no se puede incoar un procedimiento de división judicial de la herencia. Pero el estudio de sentencias y de impugnaciones a la partición realizada por contador partidor nos hace pensar que ni siquiera esta aparente neutralidad a través de la intervención de un tercero evita que el reparto de la herencia derive en contienda.

El contador partidor debe realizar la partición total de la herencia, sin perjuicio de posibles adiciones posteriores, rectificaciones o complementos. Puede recibir instrucciones precisas del tes-

tador de cómo quiere repartir su herencia, debe siempre respetar e interpretar la voluntad testamentaria, aunque también podría tener libertad para repartir respetando los derechos de los legítimos, cuando esta libertad hubiera sido expresamente dispuesta. Puede ser técnico, experto profesional del derecho, con conocimiento en la materia, garantizando de esta manera resultados conformes a derecho, evitando por tanto lesiones y trasgresiones, posibles impugnaciones posteriores de la partición, velando como hemos dicho por la legalidad del proceso, a través de un mandamiento basado normalmente en una relación de confianza con el testador. Cuando realiza la partición el contador partidor, se entenderá que esta partición es como si la hubiese realizado el testador, equivale a la del testador. La función principal es la de repartir la herencia, pero el testador puede haber dispuesto en el sentido de otorgarle facultades más amplias, siempre que las mismas guarden relación con la realización/ejecución de las operaciones particionales. Aplicando e interpretando la voluntad testamentaria y cumpliendo con el mandato, puede ajustar o estabilizar la partición a las nuevas realidades, adaptando la voluntad testamentaria o aplicando las cláusulas de estabilización diseñadas por el testador, o haciendo labores de interpretación de la voluntad testamentaria.

Esto debiera ser así, pero no siempre se consigue. Ya de entrada, en los inicios de su cargo, podemos ver que ante supuestos de bastante conflicto entre los coherederos, si el contador partidor ve que resulta muy poco probable conseguir la ratificación posterior de la partición por los coherederos, pudiera estar interesado en renunciar al mandato ante la imposibilidad de llevar a cabo la partición, pues si no consigue la ratificación, la partición ya está «condenada» a seguir la vía judicial del conflicto. A veces se consigue la ratificación de los coherederos, pero la partición resulta también impugnada con posterioridad cuando algún heredero va contra sus propios actos. El asentimiento de los coherederos a la partición realizada por contador partidor se entiende hace a la partición vinculante para todos, porque de lo contrario, pueden

darse impugnaciones a la asignación o valoración de bienes, así como problemas que tienen que ver con que se cuestione el correcto desempeño de las funciones asignadas a este representante. En definitiva, la partición hecha por contador partidor no evita en la actualidad la contienda judicial, aunque esta es su finalidad principal y pensamos que ni siquiera podemos afirmar que la minore, porque los coherederos pueden ver también la figura del contador partidor como figura parcial, con intereses en que la partición resulte favorable para uno u otro, o porque no estén de acuerdo con la valoración que se le haya dado a los bienes, incluso cuando la misma se ha realizado por peritos técnicos expertos. Esta idea la extraemos del análisis de toda la casuística práctica estudiada hasta la fecha. Alguna de esta casuística será estudiada en un epígrafe posterior dentro de este apartado⁸⁹.

Sería más que interesante conseguir que la figura sirva a los fines prácticos para los que fue creada, repartir la herencia y evitar el conflicto, con una nueva regulación tal vez, un nuevo enfoque normativo, una delimitación exacta de las funciones, una reafirmación del carácter vinculante de ésta, una propuesta digamos «remodeladora» que evite que se sucedan los principales problemas prácticos.

Se le aplica al contador partidor la regulación del albaceazgo de los arts. 892 y ss. del Código civil porque carece de una regulación especial. Y es que el albacea puede tener facultades, no sólo de administración de la herencia sino también de partir la herencia, siendo absorbido el contador partidor por el albacea que al mismo tiempo también tiene la función de reparto. También podemos aplicar las normas relativas a la representación voluntaria, pues no olvidemos que el testador realiza este otorgamiento de representación voluntaria para partir su herencia y el apoderado,

89. Quizás la presencia de la conformidad o consentimiento de los coherederos supone una suerte de acuerdo transaccional, lo que dificultaría mucho su impugnación posterior.

interviniendo por cuenta del testador, gestiona intereses ajenos, actuando en contemplación al testador y conforme a su voluntad. Otorga funciones gestoras a otra persona para que las mismas se realicen *post mortem*. Sin embargo, este encargo siempre puede ser desplazado por un acuerdo posterior de los coherederos, no siendo vinculante si los coherederos interesan realizar la partición de otra manera a través del consenso (art. 1058 CC)⁹⁰.

El cargo es voluntario y gratuito, pero puede reconocerse una retribución, suele darse una retribución (honorarios) cuando se le confía esta función a un profesional del derecho, la norma lo dice expresamente en su art. 898 y art. 908 CC.

Si el contador partidor acepta el cargo tiene obligación de desempeñarlo, aunque puede renunciar a él alegando justa causa.

El art. 901 CC señala que tendrá todas aquellas facultades que le haya atribuido el testador expresamente en testamento y que no sean contrarias a las leyes (art. 901 CC), recogiendo el art. 907 CC la palabra de «encargo» «Los albaceas deberán dar cuenta del “encargo” a los herederos».

Tiene un plazo de un año para realizar el reparto, pero este plazo puede ser prorrogado (arts. 904, 905, 906 CC). El encargo se cumplirá cuando realice la partición de la herencia; cesa por tanto en sus funciones cuando realiza las operaciones particionales.

2.7 b) Problemas que presenta en la práctica el nombramiento de un contador partidor

Tanto la partición de la herencia por el testador como el nombramiento por el testador de un contador partidor para que realice el reparto de sus bienes a su muerte son herramientas claves en

90. MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., «La partición de la herencia: un estudio jurisprudencial», en *ADC*, Tomo LXXII, fasc. 4, 2019, págs. 1247-1329, se discute esta idea en el caso en que el testador la haya prohibido.

el proceso sucesorio para evitar los problemas entre coherederos, pues si se ha hecho ya la partición o un tercero imparcial tiene el encargo de realizarla, se facilita un reparto justo y ordenado.

Pero ya hemos expuesto cómo ni una cosa ni la otra evitan infinitas guerras judiciales. Cuando la partición la realiza el testador los problemas vienen de los desacuerdos entre los coherederos en la forma en que se ha llevado a cabo el reparto, sobre todo, si hay inmuebles, bienes indivisibles, empresas, también a veces cuando algunos bienes poseen un valor sentimental. La valoración de los bienes muestra problemas interminables en la práctica, como hemos tenido ocasión de estudiar en el anterior apartado⁹¹, también genera costes y retrasos cuando se encargan periciales para atribuir un valor a los bienes por las múltiples desavenencias.

La existencia de deudas puede hacer inviable la partición por disputas en la forma de saldar estos importes. En el caso de bienes indivisibles, los pro indivisos y sus compensaciones de valor igualmente redundan en la existencia de conflictos varios. También se genera mucho conflicto con la intervención de usufructuarios, acreedores, reclamaciones en general de terceros.

A esto sumamos los problemas específicos cuando se nombra a un contador partidario, problemas que tienen que ver con la falta de transparencia o imparcialidad, sospechas por tanto de favoritismo, falta de aceptación del nombramiento, obligando a nombrar uno judicialmente, alargando con ello el proceso. Pueden darse errores en la partición, en la valoración de bienes, asignaciones de bienes, valoración incorrecta, o exclusión de bienes o herederos. Si los herederos no están de acuerdo con la partición realizada por el contador partidario pueden impugnarla judicialmente. Todo ello sin perjuicio de los gastos adicionales que se suman a la herencia cuando actúa un profesional en el reparto que además resulta asis-

91. Vid. anterior apartado 2.5 «Valoración de bienes en la partición. El avalúo. Dificultades en la valoración de ciertos bienes. Problemáticas».

tido por expertos técnicos. Por ello también aparecen problemas que tienen que ver con los costes de honorarios que genera esta partición. Si no se manejan bien todos estos posibles problemas, más que facilitar la partición, estos problemas podrían generar otros nuevos, como por ejemplo, por estos otros costes añadidos.

Un problema principal en la práctica cuando se nombra un contador partidador viene de situaciones de falta de transparencia en la gestión del encargo. El contador partidador oculta bienes intencionadamente en la realización del inventario, omite información relevante relativa a la herencia, no entrega copia del inventario o no entrega tasaciones o documentos contables de la herencia. No se informa del criterio o método utilizado para valorar los bienes o para realizar el reparto. No se explica cómo se han contabilizado las deudas ni se presenta balance de activos y pasivos, realizando una gestión opaca en el reparto, dándose decisiones que perjudican a un heredero frente a los otros sin que las mismas estén justificadas. En definitiva, se debe justificar el criterio escogido en el reparto para tratar a los coherederos con equidad, de tal manera que no se vean, por ejemplo, atribuciones de bienes indivisibles frente a atribuciones de bienes concretos de mucho menos valor, produciéndose un desequilibrio. Igualmente pueden sucederse problemas de falta de imparcialidad, por favoritismo hacia algún coheredero, por falta de valoración objetiva de bienes, rechazando sin justificación tasaciones externas o valoraciones realizadas por algún coheredero.

Todo ello nos lleva a impugnaciones varias de la partición realizada por contador partidador, acudiendo a la vía judicial pretendiendo atacar la validez de la partición por nulidad, rescisión o lesión, generando retrasos y costes judiciales, suspendiendo el proceso hereditario, e incluso terminado en posibles exigencias de responsabilidad civil o penal contra el propio contador partidador.

Estos problemas se evitarían si se guardara un celo riguroso con el deber de transparencia y cumpliendo con el deber de información, manteniendo la imparcialidad del cargo, vigilando la equidad en la partición y pidiendo tasaciones independientes y

objetivas de los bienes, o, en último caso, removiendo del cargo al contador partidor si se ha perdido toda relación de confianza.

También actúa mal el contador partidor cuando no respeta la voluntad del testador, o se extralimita en sus funciones. Son muy habituales estos problemas, donde se cuestionan las facultades atribuidas al cargo por posible extralimitación o abuso de poder.

2.7 c) Facultades del contador partidor

El contador partidor, no tiene encomendada la «simple función de partir la herencia», como antes hemos expuesto, pues la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y las resoluciones de la DGRN han ampliado sus funciones permitiendo que tenga más atribuciones, pero siempre actuando sobre un patrimonio ajeno en un ámbito estrictamente particional⁹².

Las funciones del albacea testamentario no se corresponden específicamente con las del cargo de contador partidor, pero el CC no regula cuáles son las mismas y sólo podemos aplicar por analogía éstas.

La regulación del albaceazgo recoge expresamente:

En primer lugar, el art. 901 CC determina que estas funciones serán «todas las facultades que expresamente se le haya conferido y no sean contrarias a las leyes». Pero es el art. 902 y el art. 903 CC cuando, a falta de disposición expresa sobre las mismas, menciona:

1. Disponer y pagar los sufragios y el funeral
2. Satisfacer los legados que consistan en metálico
3. Vigilar la ejecución de todo lo demás ordenado en testamento y sostener siendo justo, su validez en juicio y fuera de él

92. RUBIO GARRIDO, T., La partición de la herencia, ob. cit., págs. 379 y ss.

4. Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes.

Si no hay dinero suficiente para el pago de las deudas y los gastos puede disponer la venta de bienes muebles, y no alcanzando con ésta la venta de bienes inmuebles.

La doctrina entiende⁹³, que serán la realización de todas las operaciones particionales en general, también la imputación de donaciones, computación, reducción de legados inoficiosos, realización de inventario, formación de lotes, liquidación de deudas, adjudicación de bienes, decidir el carácter privativo o ganancial de ciertos bienes, colación o determinación de legítimas.

Puede ayudarse de periciales de terceros, y es recomendable que lo haga para utilizar un criterio objetivo en la valoración de bienes y su adjudicación.

Tiene el contador partidor facultad para liquidar la sociedad de gananciales por razones prácticas y con el consentimiento del cónyuge viudo, por economía procesal se puede liquidar la comunidad hereditaria y la comunidad post ganancial al mismo tiempo.

Tiene la facultad de interpretar el testamento y de interpretar la voluntad testamentaria cuando esta no está clara, aplica sanciones y cautelas *socinis* como tales dispuestas en testamento, asigna bienes concretos imponiendo obligaciones de pago en metálico, pues no olvidemos que realiza un acto particional o divisorio y esta actuación es necesaria para ello en muchos casos.

Puede estar facultado por el testador para realizar la entrega de legados.

Puede corregir el testamento en lo que fuera ilegal, teniendo esta función un fundamento claramente funcional.

93. RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia*, ob. cit., págs. 379 y ss.

Su mandato acaba y debe cesar en el cargo cuando realiza el acto particional sin perjuicio de posibles rectificaciones o complementos *a posteriori*.

No puede incidir en facultades decisorias privativas del testador, por ejemplo, dejar sin efecto una desheredación, ni superar una preterición sin que medie una resolución judicial firme, a excepción de que se salve la preterición con el consentimiento unánime de todos los sucesores.

No tiene facultades para vender bienes de la herencia, salvo que estas facultades le hayan sido conferidas con el propósito de pagar deudas o atender al pago de impuestos derivados de la sucesión

Los problemas prácticos aparecen frecuentemente por extralimitación y es que el contador partidor sólo puede partir la herencia del causante, no pudiendo por ejemplo, repartir bienes de los padres del fallecido si estos bienes estuvieran pendientes de partición.

La Propuesta de Reforma de la Asociación de Profesores de Derecho Civil de 2018⁹⁴, siendo consciente de la escasa regulación de la figura, plantea recoger a nivel normativo cambios legales en el sentido que exponemos a continuación.

Se recoge la sustitución del art. 1057 CC por un nuevo precepto que atienda al carácter del cargo y sus funciones de la siguiente manera.

Respecto a las funciones del contador partidor, se regulan expresamente en las siguientes: art. 468-53 Propuesta Reforma Código Civil APDC, Tecnos, 2018: «1. *Salvo previsión en contrario del causante, corresponde al contador partidor la facultad de liquidar la sociedad conyugal con el cónyuge sobreviviente o sus herederos. Si el contador partidor lo es de ambos cónyuges y realiza la partición conjunta, puede*

94. GONZÁLEZ LOSANTOS, L., «Ineficacia de la partición hereditaria: en especial de la partición convencional», en *Revista Jurídica del Notariado*, número 111, julio-diciembre 2020, págs. 395-452.

prescindir de la liquidación de la sociedad conyugal, salvo que sea precisa para cumplir las disposiciones de última voluntad de cualquiera de ellos. 2. Corresponde también al contador partidor las facultades de cálculo y satisfacción de las legítimas, la determinación de los bienes reservables, la práctica de la colación, la entrega de legados, la adjudicación de bienes para el pago de deudas y la interpretación del testamento o pacto en cuanto sea precisa para el desarrollo de su función particional. 3. El contador partidor autorizado al efecto por el causante puede otorgar al heredero o herederos la facultad de pagar las legítimas con efectivo extra hereditario, de conformidad con lo dispuesto en el art. 467-17».

2.7 d) Análisis de algunos supuestos prácticos

Vamos a resumir algunos problemas prácticos referidos al contador partidor mediante el estudio de las siguientes sentencias. Así, pasamos a exponerlas por temáticas de la siguiente manera:

A) El carácter del cargo y los honorarios.

SAP Alicante 606/2002 de 4 de noviembre⁹⁵ y STS 6 mayo de 2013⁹⁶

En esta sentencia, **SAP Alicante 606/2002 de 4 de noviembre**, se reclaman los honorarios del contador partidor. Se acciona por reclamación de cantidad derivada de un contrato de arrendamiento de servicios.

La partición había sido realizada por este contador partidor y había sido útil y beneficiosa para los herederos y la herencia. Ocurrir que con posterioridad se declara nulo judicialmente el nombramiento de contador partidor dativo por irregularidades proce-

95. SAP Alicante, 606/2002 de 4 de noviembre AC\2003\113

96. STS 6 de mayo 2013, Vid. el comentario a esta sentencia en MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., «La partición de la herencia: un estudio jurisprudencial», ob. cit., págs. 1247-1329.

sales. Fue algo involuntario totalmente y no imputable al contador partidario. Esta nulidad no afectó a las operaciones particionales realizadas. Fueron condenados mancomunadamente los herederos al pago de los honorarios en función a su cuota hereditaria, pero una de las herederas no quería pagar argumentando la nulidad del nombramiento y el carácter excesivo de los honorarios.

La sentencia entra a analizar el carácter del cargo y sus funciones e incide en la escasa regulación de la figura, pues sólo el art. 1057 CC hace referencia a él; también referencia mínima a través de los arts. 841 y 844 CC.

«Ante la falta de una reglamentación sistemática de esta figura jurídica, una antigua línea jurisprudencial lo asimila al albaceazgo y a su normativa correspondiente, por razón de la “ semejanza ” entre ambos cargos (STS de 19 Feb. 1993, con cita de las Sentencias de 22 Feb. 1929, 5 Jul. de 1947 y 21 Jul. 1986, y STS de 8 Mar. 1995). Partiendo de lo establecido en párrafo primero del artículo 1.057 del Código Civil, la doctrina ha definido al contador-partidario como aquella persona designada por el testador para llevar a efecto las operaciones particionales de su herencia en razón a su pericia y confianza depositada en ella, sin olvidar que además de estos contadores-partidores testamentarios, puede haber otra clase de contadores, llamados electivos, que son los designados, para realizar esas mismas operaciones, por los herederos. En cualquier caso, y también en el supuesto del contador-partidario dativo, nombrado por el Juez como aquí acontece (cfr. artículo 1.057.2º del Código Civil), se trata de un cargo personalísimo, aunque pueda encomendarse a técnicos o peritos, a expertos en definitiva, los trabajos de la partición, salvo que la designación se efectúe atendiendo a la propia pericia del designado (caso de contador-partidario dativo; la STS de 20 Sep. 1999 declaró la nulidad de la partición hecha por entero por un Abogado, por encargo del contador); voluntario, mientras no se acepta, pues el designado no tiene el deber de aceptar el cargo, pero una vez aceptado sí tiene el deber de desempeñarlo (ex-artículo 899); temporal, pese a que el artículo 1.057 no fije un plazo; y aunque el cargo sea, en principio, gratuito, sobre todo cuando la designación la efectúa el testador como cargo de confianza, lo normal es que sea un cargo retribuido, lo que ocurrirá especialmente cuando la designación, ya

por el testador, ya por los herederos, ya por el Juez, se haya producido en atención a la confianza puesta en la persona nombrada por su pericia, basada en un título profesional o en su práctica, por constituir en uno u otro supuesto la ocupación habitual del designado (el artículo 1.057.2º se remite para la designación del contador-partidor dativo a las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece para la designación de peritos)».

No cabe negarle honorarios cuando el nombramiento se hizo teniendo en cuenta esta actividad profesional (art. 908 CC) así como no podemos negarle el reembolso de los gastos realizados en virtud del art. 1728.2 y 1729 CC. Igualmente podemos tener en cuenta el art. 1711 CC referido al mandato en el que si bien habla del carácter gratuito del cargo menciona «si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato, se presume la obligación de retribuirlo», artículo que se invoca por razones de analogía (artículo 4.1 del Código Civil).

En este caso el contador partidor era abogado de profesión y había sido designado por el juzgado como contador partidor teniendo presente dicha profesión. Se trata de una relación jurídica abogado-cliente, como relación de servicios «*sui generis*» por algún sector doctrinal, y como arrendamientos de servicios por la jurisprudencia, pero en la mayoría de los casos, sin que pueda entenderse como una afirmación absoluta, pues pueden darse excepciones. Análisis Jurídico

Es obligatorio el pago de sus honorarios con independencia de la discrepancia con su contenido por parte de una heredera, pues el trabajo fue correcto y beneficioso, y sus honorarios deben ser pagados conforme al art. 1064 CC, pudiendo deducirse de la herencia y hacer frente a los mismos en proporción a las cuotas de cada heredero.

La STS (SALA 1.ª) 6 de mayo de 2013 (RJ 2013, 8072)

En esta sentencia se nombró un contador partidor con amplias facultades y prórroga del plazo legal, prohibiéndose la interven-

ción judicial en la partición so pena de recibir la legítima estricta por aplicación de una cautela *socini*.

El contador partidador aceptó el cargo, pero no tuvo intervención real en la propuesta de cuaderno particional. Se formula demanda sobre división de la cosa común y se declara la nulidad de las operaciones particionales. En primera instancia **rechazó la acción principal de división y declaró la nulidad del cuaderno particional**, atendiendo a que se había excedido el tiempo para que el contador partidador ejerciese sus facultades y que, además, no se había intervenido adecuadamente en la partición. La Audiencia y el Tribunal Supremo no estiman la segunda instancia ni la casación respectivamente.

Resultó ser un hecho probado que el contador partidador aceptó el cargo el 16 de febrero de 2006 y el cuaderno particional se protocolizó en escritura pública el 15 de febrero de 2008. No se entiende que el cuaderno particional no fuese realizado en plazo, sino que el contador partidador incumplió el encargo, pues el cargo se acepta a título personal y salvo disposición en contraria del testador resulta indelegable. Entiende la sentencia que, como el albacea, el contador partidador está sujeto como deber jurídico a la responsabilidad derivada por los perjuicios que pudiera ocasionar si actúa de forma dolosa o negligente conforme al art. 1101 y ss. CC.

Se trata de una partición realizada sin el concurso del contador partidador nombrado expresamente por éste. El Tribunal Supremo entiende que más que ineficacia de la partición así realizada se da una falta de realización absoluta del encargo, y ello determina una nulidad absoluta de la partición al ser un cargo indelegable. Se trata de un cargo personalísimo y el comisario ha de cumplir su misión, aunque podría valerse de terceras personas expertos técnicos. Es un cargo voluntario pero una vez aceptado deviene en irrevocable, sólo podría relevarlo del cargo un juez.

La doctrina admite la posibilidad de una partición convencional aun cuando el testador haya nombrado un conta-

dor partidor siempre que se dé el consentimiento de todos los coherederos, circunstancia que no se produce en el caso de la Sentencia comentada.

Afirma Martínez Velencoso en el comentario de esta sentencia que: *«El nombramiento de contador partidor se entiende hecho por el testador en beneficio de todos los herederos (para eliminar toda posible contención o litigiosidad entre ellos acerca de la forma de partir) parece evidente que si los herederos (desde luego, todos ellos mayores de edad y con la libre administración y disposición de sus bienes), por existir acuerdo unánime entre ellos (y excluida, por tanto, dicha posible litigiosidad), deciden efectuar, por sí solos, la partición, desaparece la razón justificativa de la intervención del contador-partidor. b) Si los herederos (todos mayores de edad y con capacidad civil plena), con acuerdo unánime, pueden partir la herencia del modo que tengan por conveniente, prescindiendo de las disposiciones del testamento, según reiterada doctrina de esta Sala, (...) es lógico que igualmente puedan hacerlo sin la intervención del contador partidor (salvo, se repite, que el testador lo haya prohibido expresamente)»⁹⁷.*

B) Las funciones del contador partidor y su condición de parte en el proceso sucesorio

STS 417/2004, de 28 mayo⁹⁸

En esta sentencia el Tribunal Supremo pasa a interpretar las funciones del contador partidor del art. 1057 CC, entendiendo que una vez cumple con su función, terminada su misión de realizar la partición de la herencia y protocolizado el cuaderno participacional, no se le puede asignar el concepto de interesado en la partición para dirigir demanda contra él, pese a la posible declaración de nulidad de la partición.

97. STS 6 de mayo 2013, Vid. el comentario a esta sentencia en MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., «La partición de la herencia: un estudio jurisprudencial», ob. cit., págs. 1247-1329.

98. STS 417/2004 de 28 de mayo (RJ\2004\3551).

«Es obvio que las funciones propias del Contador-Partidor se agotan con la práctica de las operaciones particionales y su correspondiente protocolización, en cuyo momento y de cara al futuro, se extingue el “interés legítimo” que le vinculaba a la partición, siendo reemplazado por el asumido por los herederos, en su calidad de sucesores en los derechos y obligaciones del causante, artículo 661 del Código Civil, y de aquí, que el Contador, con independencia de las declaraciones de voluntad exteriorizadas en escritura notarial de protocolización, no tendría que ser llamado al procedimiento impugnatorio de la partición por él efectuada».

Afirma que su misión es dividir la herencia y protocolizar el cuaderno particional, pero no se le puede asignar el concepto de interesado «stricto sensu» en la partición. Todo ello sin perjuicio de una posible exigencia de responsabilidad por mala praxis.

Goza de la presunción de imparcialidad y, en principio, su partición ha de presumirse adecuada mientras que no se acredite su incorrección, aplicando el principio de conservación del negocio jurídico y el de *favor partitionis*.

C) Cese de sus funciones con la realización de las operaciones particionales

STS 239/2001 de 16 marzo⁹⁹

El Tribunal Supremo entiende que las operaciones particionales realizadas por contador partidor equivalen a las practicadas por los propios testadores y quedan agotadas cuando las operaciones particionales resultan aceptadas por los herederos interesados, sin que puedan ser luego modificadas por la exclusiva y unilateral voluntad del contador partidor.

«Las operaciones particionales realizadas por el contador-partidor equivalen a las practicadas por los propios testadores, por lo que,

99. STS 239/2001, de 16 de marzo (RJ2001\3199).

según la sentencia de 18 Feb. 1987, “al haberse hecho por contadores-partidores nombrados por él, tal partición equivale a la hecha por el testador y debe ser respetada —sentencia de 25 Abr. 1963— no precisando el consentimiento de los interesados al no tener carácter contractual —sentencia de 17 Jun. 1963—, a diferencia de la hecha por los coherederos”; por otra parte, dice la sentencia de 25 Abr. 1994 que “las facultades de todo contador-partidor, por muy amplias que sean, quedan agotadas una vez que ha realizado las operaciones particionales y las mismas han sido aceptadas por los herederos interesados, sin que posteriormente pueda modificar la partición, por su exclusiva y unilateral decisión sin contar con el consentimiento unánime de dichos herederos, que habían aceptado plenamente la inicialmente practicada.”»

Niega el carácter contractual de esta partición y la posible impugnación de la misma por error en los contratos, que, dice, en todo caso sería causa de anulabilidad y no de rescisión de la partición así realizada.

D) Legado de cantidad y facultades del contador partidor

STS 254/2014, de 3 de septiembre¹⁰⁰

Estamos en un supuesto de sucesión testamentaria donde se cuestiona la aplicación de una cautela *socini* y las facultades conferidas al albacea contador partidor, pues en aplicación de esta cautela *socini* no entrega el legado de cantidad.

Explicamos de forma breve los hechos:

Don Juan, sin descendientes, falleció habiendo otorgado testamento abierto el 3 de abril de 2006, con ordenación de diversos legados e institución y nombramiento de herederos universales de todos sus bienes, por mitad, a don Calixto y al Convento de Madres Clarisas de Lerma.

100. STS 254/2014 de 3 de septiembre (RJ\2014\4795)

Las cláusulas quinta y sexta del testamento contemplan la configuración de la cautela *socini* y el nombramiento de albacea contador partidador en los siguientes términos: QUINTA.- *Prohíbe la intervención judicial en su herencia y si alguno la reclamara, quedara, privado de cualquier derecho que el testador le haya legado, acrecentando su parte el caudal hereditario citado como remanente. SEXTA: Nombra Albacea Contador Partidor con carácter solidario y con las más amplias facultades, incluso la de entregar legados, a cuyo fin podrá enajenar bienes, y prorrogándole el plazo por un año más si hiciera falta.*

La demanda se interpone por una legataria para la remoción del albacea por lo que su legado ha devenido ineficaz, siendo esta decisión tomada en el ejercicio de sus facultades, decisión comunicada a la demandante vía notarial en enero de 2010.

La sentencia de Primera Instancia concluye que es plenamente eficaz el legado a favor de la demandante e improcedente y nula la declaración de ineficacia del legado a favor de la demandante recogida en la escritura de 29 de enero de 2010, la cual no surte efecto jurídico alguno.

La sentencia de Segunda Instancia desestima el recurso y confirma la dictada en Primera Instancia.

Entiende que la demandante es legataria conforme a una disposición testamentaria y que la impugnación judicial que hace se dirige no contra el testamento, ni contra los herederos o sus bienes, sino contra el albacea en defensa de lo que constituye la voluntad del testador, máxime cuando el albacea declara la ineficacia del legado. Por tanto, la citada cláusula no puede prohibir la reclamación que realiza la demandante frente a quien cree está actuando de manera contraria a su derecho y no cumple correctamente con la misión encomendada.

En cuanto a las funciones del albacea, estima que tenía obligación de entregar los legados ordenados en el testamento, en los términos de éste, sin que este pueda crear o extinguir derechos testamentarios o determinar nuevas voluntades del testador mediante la declaración jurídica inatacable de declarar la validez o no de las propias declaraciones testa-

mentarias alterando así la voluntad del testador, confirmando así lo dispuesto en primera instancia. De ahí que entre las funciones o facultades del albacea no se encuentre la de declarar la nulidad del legado, careciendo de validez tal declaración.

El Tribunal Supremo considera que la prohibición de intervención judicial en la partición se admite en general, pero eso no quiere decir que no pueda verse impugnada si adolece de vicios o infringe la norma imperativa. La prohibición o cautela *socini* puede darse so pena de pérdida de lo legado en el testamento, salvo si se opone a una norma imperativa o impide la acción de nulidad o anulabilidad del testamento.

«se debe indicar que solo aquellos contenidos impugnatorios que se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador son los que incurren frontalmente en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta, como sanción testamentaria. Por contra, aquellas impugnaciones que no traigan causa de este fundamento y se dirijan a denunciar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de ejecución testamentaria, tales como la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes, sin la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales como, en su caso, la inclusión de bienes ajenos a la herencia diferida, entre otras, escapan de la sanción prevista en la medida en que el testador, por ser contrarias a la norma, no puede imbricarlas, ya de forma genérica o particular, en la prohibición testamentaria que acompaña a la cautela y, por tanto, en la correspondiente sanción».

Y concluye que debe valorarse injustificado el recurso a la vía judicial para forzar la remoción del albacea contador partidor, ya que no proceder al pago o entrega del legado de cantidad no es un supuesto de nulidad. El albacea carece de función jurisdiccional y ello resultaría contrario frontalmente a la función esencial del albacea de proveer la ejecución del testamento, validez del testamento y validez de sus respectivas cláusulas.

La ineficacia del legado trae causa del cumplimiento de la voluntad testamentaria, Cláusula Sexta.

De ahí, que en el presente caso la actuación del albacea al respecto debe de ser valorada, necesariamente, en el marco de la ineficacia del legado que trae causa de la propia voluntad declarada por el testador. *«Se le nombra albacea “con las más amplias facultades, incluso para entregar legados”, como de lo dispuesto por el artículo 902 del Código Civil, regla 3ª: “vigilar la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él”».*

El albacea contador partidor, al no proceder al pago o entrega del legado de cantidad lo hizo conforme a lo dispuesto en el testamento ante el incumplimiento de la prohibición ordenada, lícitamente, por el testador (cláusula quinta).

E) Responsabilidad civil y penal del contador partidor

STS de 14 mayo 2001¹⁰¹

Estamos ante un supuesto donde el albacea-comisario y el contador partidor realizaron una partición hereditaria en perjuicio de una de las hijas del causante que había sido preterida y que residía en Argentina.

Se realiza la adjudicación de bienes sin la intervención de la hija y sin su conocimiento. Los bienes no fueron valorados conforme a su valor de mercado sino a criterios fiscales inferiores al valor real. Cuando la heredera preterida se incorpora a la partición se le asigna una cuota sobre valores subestimados, aunque fuera coincidente con su legítima, sufriendo un perjuicio económico considerable.

En este caso el tema se resuelve por vía penal por delito de estafa, arts. 248 y ss. por entender el Tribunal Supremo que la conducta del albacea comisario y contador partidor fue dolosa, por inducir al engaño para obtener un beneficio patrimonial ilícito para terceros. Se trata de una actuación consciente y delibera-

101. En STS 14 mayo 2001, en <https://vlex.es/vid/division-herencia-maniobra-falaz-15206274>?

da, por ocultación de información esencial, tratándose por tanto de un supuesto de responsabilidad civil y penal.

Entiende el Tribunal Supremo que **el contador partidor asume una posición garante y responde no sólo por errores técnicos sino también por actuaciones que infrinjan los principios de equidad, legalidad o protección de los derechos de los herederos. La función del administrador, entiende debe llevarse a cabo de manera objetiva e imparcial y de respeto absoluto a la voluntad del causante. El contador partidor no es un mero contable técnico, sino que tiene un papel de naturaleza cuasi pública, como instrumento al servicio de la voluntad del causante.**

Entiende que el valor fiscal se utilizó como instrumento para defraudar los derechos de los legitimarios, poniendo esta sentencia freno a la práctica de utilizar valores fiscales con estos fines para favorecer a determinados herederos frente a otros. Se trata por tanto de un uso fraudulento de su posición de fiducia. Incide además en la transparencia, lealtad y equidad en las funciones que desempeña, así como en la importancia de realizar valoraciones justas y objetivas de los bienes objeto de adjudicación en la partición hereditaria. Final del formulario

F) Nulidad de la partición por no respetar la voluntad testamentaria

STS 115/2010 de 18 de marzo¹⁰²

En este supuesto se pretende accionar pidiendo la nulidad de la partición realizada por el contador partidor por no respetar la voluntad testamentaria.

Los hechos fueron los siguientes:

El matrimonio formado por D. Indalecio y D^a Milagros tuvo dos hijas, D^a María Ángeles y D^a Micaela. D^a María Ángeles tenía

102. STS 115/2010 de 18 de marzo (R)\2010\2409)

a su vez dos hijos, D^a Laura y D. Anselmo; D^a Micaela tenía también dos hijos, D^a Purificación y D. Carlos Francisco.

D. Indalecio falleció en Madrid, el 21 de mayo de 1987. Nombró a todos sus nietos legatarios en el tercio de mejora y el de libre disposición y a sus dos hijas herederas universales. De acuerdo con las reglas establecidas en su testamento, las herederas y los legatarios procedieron a efectuar la partición, con la siguiente distribución de sus bienes: a) hicieron dos lotes incluyendo dos grupos de bienes, los que el fallecido tenía en Madrid y los que tenía en Cantabria; b) a cada uno de estos lotes se añadió un bien de los que se encontraban en el lote contrario, de modo que al adjudicatario de los bienes de Madrid le correspondió uno de los bienes de Cantabria y viceversa; c) la viuda quedó como copropietaria de los bienes en la parte que le correspondía por los gananciales y además, por el usufructo que le legó su esposo.

La viuda, D^a Milagros, falleció el 31 enero 1995. En su testamento *«lega y mejora a sus nietos, Laura y Anselmo, Carlos Francisco y Purificación con los tercios de libre disposición y mejora de su herencia»* y nombró herederas universales a sus dos hijas, que *«se adjudicarán por mitad, el remanente de sus bienes»*. En el citado testamento se añadía la siguiente cláusula en lo relativo a la forma de efectuar la partición: *«Quiere que, por vía de partición, se adjudique a sus hijos y nietos, la mitad indivisa que pertenece al otorgante en los inmuebles, cuya otra mitad indivisa, se ha adjudicado a dichos legatarios y herederos en las operaciones particionales de su esposo D. Indalecio»*.

La testadora había nombrado un albacea contador partididor, que procedió a efectuar la partición, no de conformidad con las reglas establecidas por la testadora, sino que reorganizó los distintos lotes de acuerdo con los nuevos valores que tenían en el momento de la muerte de la testadora.

En Primera instancia se estima la demanda de nulidad de la partición y esta sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto.

La interpretación del testamento como ley de la sucesión y razonamientos jurídicos recogidos en los fallos judiciales vienen a

decir lo siguiente: la testadora quiso salvaguardar la homogeneidad de las adjudicaciones evitando más enfrentamientos familiares y estableció una disposición vinculante, de modo que el contador partidor no podría hacerlo de otra manera y estaría vinculado por estas instrucciones. La finalidad de la testadora fue asignar a cada grupo familiar la otra mitad de los inmuebles que se habían adjudicado con motivo de la partición de la herencia de su esposo, dando continuidad a la partición efectuada tras el fallecimiento de su esposo, por ello, al no haberse respetado esta voluntad la partición puede ser declarada nula.

El Tribunal Supremo entendió que se hizo una correcta interpretación partiendo de las circunstancias en las que se redacta el testamento, después de la partición de la herencia de su esposo y, por tanto, adjudicados ya los dos grupos de bienes.

G) Nulidad de la partición realizada por contador partidor

STS 994/2002 de 22 octubre¹⁰³

Estamos ante un supuesto donde se ataca la validez del cuaderno particional realizado por contador partidor por infracción de las disposiciones testamentarias o por causar agravios patrimoniales para un heredero.

D. Ignacio y D. Fernando, en concepto de albaceas, comisario y contadores partidores designados por D. Santiago, en testamento abierto, liquidaron la sociedad de gananciales de él y su esposa y realizaron la partición de su herencia. Una de las herederas, D^a Carmen no prestó aceptación ni consentimiento a la misma y es quien la impugna.

Se alude a una posible vulneración del art. 1058 CC que se rechaza porque una de las herederas no prestó aceptación.

No se entiende infringido el art. 1079 CC porque no se trata de una acción de adición o complemento, ya que ésta se produce

103. STS 994/2002 de 22 de octubre (R/2002\8970)

cuando se da la omisión de alguno de los objetos o valores de la herencia, pero lo que aquí ocurre es que los contadores partidores incurren en actuaciones y adjudicaciones que contradicen, en claro perjuicio de uno de los herederos, la voluntad testamentaria. No es posible aplicar el principio de conservación de la partición cuando los partidores marginan la voluntad del testador o se incide en defectos enormes o sustanciales con grave lesión económica para un tercero.

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

H) Remoción de albacea, funciones, liquidación de gananciales y partición conjunta

STS 954/2005, de 14 diciembre¹⁰⁴

En esta sentencia se pretende, entre otras, la remoción de la albacea contadora partidora. El tribunal entiende que es improcedente remover del cargo al albacea cuando ya se ha formulado cuaderno particional y han quedado extinguidas sus funciones.

«La representación procesal de D^a Lucía presentó demanda de menor cuantía por la que solicitaba la declaración de nulidad o la rescisión de las operaciones particionales, realizadas por la codemandada Sra. Carina, como contador partidore en la herencia de los padres de la demandante, D^a Espe-

104. STS 954/2005, de 14 de diciembre (RJ\2006\300)

ranza y D. José Pedro, por entender que: a) en las operaciones practicadas por la demandada se había beneficiado a los codemandados y hermanos de la demandante D^a María Virtudes y D. Inocencio, ya que el esposo de la demandada Sra. Carina es el abogado de sus hermanos; b) existía un defectuoso cálculo del importe que corresponde al tercio de mejora de D^a Lucía, D^a María Virtudes y D. Inocencio; c) el reparto de la herencia se había hecho como si se tratara de un solo causante, cuando en realidad se tendría que haber repartido primero la herencia de D^a Esperanza y después la de D. José Pedro; d) en el cuaderno particional había una serie de bienes que no se habían tomado en consideración, como son ciertos bienes de D. José Pedro que no se habían incluido; e) existía simulación o fraude en determinadas ventas realizadas a los herederos de bienes de D. José Pedro que no se habían incluido en la herencia; f) existían donaciones que debían ser traídas a la masa hereditaria; g) el cómputo particional se había realizado de manera incorrecta».

En Primera y Segunda instancia no se observa causa de nulidad alguna en las operaciones particionales realizadas ni determina el conflicto de intereses. Entiende que la valoración se hizo de forma correcta, atendiendo al valor de los bienes a la fecha de fallecimiento del causante y que no es necesario separar las particiones de los esposos, ni se ha demostrado el carácter simulado de las compraventas, ni hay que traer a colación los bienes donados por haberse dispuesto que no son colacionables expresamente.

El Tribunal Supremo entiende que **el contador partidor termina sus funciones en el momento de formular el cuaderno particional**, por lo que resulta obvio que **no es posible realizar la remoción del cargo *a posteriori*, una vez extinguidas sus funciones**. Pero sí estima que se trata de una partición procedente de herencias distintas y que necesita de la previa liquidación de la sociedad conyugal, por ello se debe proceder separadamente a la liquidación y a la partición separada de los bienes que forman parte de cada haber, **«al menos cuando no puede asegurarse que la omisión del orden correcto de proceder no determina alteraciones sustanciales en la integración o valoración de los lotes que deben adjudicarse a cada uno de los herederos»**.

Entiende el TS que en este supuesto sí aparece este efecto indeseado y se produce una:

*«vulneración del principio de equidad en la correcta formación de los lotes y de la nulidad de la partición, habida cuenta de que el fallecimiento de la primera causante hacía obligado liquidar la sociedad de gananciales que mantenía con su esposo, posteriormente fallecido, así como calcular de manera separada las consecuencias derivadas de la designación de éste como heredero en el tercio de libre disposición, para proceder a continuación a la partición del haber hereditario no adjudicado al esposo en virtud de dicha liquidación y, seguidamente, de manera separada, a la partición de los bienes integrantes de la segunda herencia —determinados con arreglo a las consecuencias ya conocidas de la liquidación de la sociedad conyugal y de la primera sucesión, en la que el esposo figuraba como heredero—. **Al no haberse hecho así, y haberse adjudicado indiferenciadamente un tercio de todos los bienes de la primera y de la segunda herencia —como si fuera equivalente al tercio de libre disposición de la segunda herencia— al hijo mejorado en ésta en dicho tercio, se ha producido una alteración grave en la regularidad de las operaciones particionales, que se han realizado sin respetar debidamente la secuencia de una y otra sucesión hereditaria».***

Hemos podido comprobar la cantidad de problemas que presenta en la práctica la partición de la herencia aún con la intervención de un contador partidor. Estas casuísticas presentadas son sólo una muestra.

Tenemos serias dudas de acoger propuestas como las que indican que la partición debiera realizarse siempre por un «partidor legal» cuando no hay un nombramiento de contador partidor voluntario o el testador no ha realizado la partición. Se le da un valor práctico muy relevante, por encima casi de la partición convencional; supone la eliminación de la figura del contador partidor dativo y el proceso de división judicial de la herencia¹⁰⁵.

105. Vid. REYES GUZMÁN, P., «Hacia una mejora en la partición de la herencia», en *Diario La Ley*, número 10375, octubre, 2023, págs. 1-7

Pensamos que, si este «*executor*» se presenta como figura capaz de prevenir los conflictos judiciales, este resultado difícilmente se consiga, aunque sí estamos de acuerdo en buscar soluciones que no requieran años de contienda judicial. Sólo la partición convencional arroja mejores resultados prácticos, incluso por encima de la partición realizada por el propio testador. Evidentemente la consecución del acuerdo unánime entre coherederos resulta difícil.

2.8. LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA Y LOS BIENES GANANCIALES

2.8 a) Dos comunidades; derechos y cuotas en abstracto. Posible nulidad o ineficacia de la partición realizada sin previa liquidación de la sociedad de gananciales

Tras el fallecimiento del causante, habiendo o no realizado la partición o encomendados a otros ésta, pueden aparecer bienes hereditarios que se enmarquen dentro del patrimonio ganancial de una sociedad disuelta pero no liquidada. La sociedad de gananciales ha quedado disuelta por la muerte o por la separación o el divorcio de los cónyuges y ahora parte de los bienes gananciales integran la masa hereditaria.

Este hecho no presenta problemas o no debiera presentarlos, siempre que se pueda determinar con claridad cuál es el patrimonio ganancial para diferenciarlo del resto.

El testador no puede disponer de bienes que no sean suyos con riesgo de viciar de nulidad la partición así realizada.

El testador sí podría disponer de la cuota en abstracto sobre los bienes de esta comunidad post ganancial. Y es que la falta de liquidación de la sociedad de gananciales produce la existencia de una comunidad post ganancial donde los bienes no han sido asignados a los cónyuges y lo que tiene cada uno es una cuota, derecho en abstracto y es sobre este derecho sobre el que puede disponer.

Podría disponer el testador de bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales si estuviesen determinados muy bien cuáles serían suyos como consecuencia de la liquidación.

Al igual que la falta de realización de la partición determina la existencia de una comunidad hereditaria, donde los bienes no pertenecen a los coherederos, sino que éstos tienen una cuota en abstracto sobre la misma, la falta de liquidación de los gananciales da lugar a la existencia de una comunidad post ganancial sin asignación directa de bienes, sin especificación concreta hasta la liquidación. La adjudicación concreta de los bienes a los herederos se produce con la partición de la herencia. La asignación concreta del patrimonio ganancial se produce con la liquidación de la sociedad de gananciales.

Se trata de dos comunidades distintas (comunidad hereditaria y comunidad post ganancial) que deben ser liquidadas, aunque puede aprovecharse la liquidación/partición de la herencia para realizar la liquidación de los gananciales.

Cada una de estas dos comunidades tiene normas de liquidación concretas, pero la liquidación de una influye decididamente en la otra, pudiendo hacer variar el inventario, la formación de lotes y el reparto de las legítimas, entre otras¹⁰⁶.

Los problemas en la práctica vienen referidos a la falta de liquidación de los gananciales y a lo que este hecho supone en relación con la partición, pues puede viciar de nulidad la partición cuando esta liquidación no se ha realizado, por la dificultad en la determinación de la masa hereditaria, y vicia también la partición cuando esta liquidación, pese a estar realizada, no se ha llevado a cabo correctamente. No olvidemos que presenta problemas la confección del inventario con el caudal hereditario cuando no se puede determinar bien el carácter ganancial de ciertos bienes, sobre todo respecto de aquéllos en los que es dudosa esta consideración, por ejemplo, derivada de la nula mención a la titularidad de

106. Vid. arts. 1392 y ss. Art. 1056 CC.

los fondos económicos de cuentas corrientes, indemnizaciones, seguros, negocios, empresas, o bienes privativos que se han nutrido de fondos gananciales y que dan lugar a ciertos derechos de reembolso o reintegro de cantidades¹⁰⁷.

El contador partididor tiene facultades de liquidación de la sociedad de gananciales, pues se entiende necesaria esta facultad para evitar problemas posteriores de ineficacia relacionados con la partición. Resulta de interés práctico que el contador liquide los gananciales al realizar las operaciones particionales y evite de esta manera futuros conflictos¹⁰⁸.

Los herederos podrían también arbitrar reglas liquidatorias de los gananciales al hacer la partición consensual con el consentimiento del otro cónyuge o ex cónyuge, disponiendo incluso de futuro sobre el resto de los bienes que podrían recibir con posterioridad del otro progenitor aún no fallecido, con el acuerdo y consentimiento también de éste; pactos internos de renuncia o abdicación. De esta manera, conseguirían un reparto consensual con cláusulas de futuro que hicieran más viable el acuerdo de partición de presente.

Estas aparentemente sencillas reglas no evitan la contienda judicial. Siendo este tema uno de los que más debate también suscita en la práctica. Se trata de particiones «afectadas» por la falta de liquidación de la sociedad de gananciales de los esposos.

Pero tenemos claves importantes para defender la validez de las particiones así realizadas cuando, entre otras¹⁰⁹:

- Se dispone sólo de la cuota en abstracto de la sociedad de gananciales no liquidada.

107. RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia*, ob. cit., págs. 141 y ss.

108. Vid. anterior apartado, comentario a la STS 954/2005, de 14 de diciembre (RJ\2006\300)

109. Aunque pudiera haber en algunos de estos casos dificultades para el acceso de los bienes al Registro de la Propiedad.

- Se sabe con exactitud cuáles serán los bienes que recibirá el causante tras la liquidación de los gananciales.
- No se dispone de los bienes gananciales en la partición como si fueran una única masa de bienes pertenecientes al testador o a los cónyuges, sin diferenciar, y ello, aunque se haga con el consentimiento del otro cónyuge.
- No se realiza la partición por el testador y se aplican normas, directrices particionales que respetan esta falta de liquidación de los gananciales.
- Se procede a liquidar los gananciales en el mismo documento particional.
- Se consiguen acuerdos o renunciaciones, abdicaciones de bienes y pactos internos que dan lugar a una partición consensual.
- Se elaboran particiones conjuntas con liquidación conjunta de los gananciales, y los cónyuges ya han fallecido.
- De contrario, hablaremos de conflicto, de posible ineficacia o imposibilidad de realizar la partición cuando (entre otros):
- No se puede repartir la herencia y se acude a la división y a la liquidación de la sociedad de gananciales vía judicial.
- El testador dispone de bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales como si fueran suyos y sin determinación de cuotas.
- Los herederos tienen problemas con la partición derivados al mismo tiempo de la liquidación de los gananciales y la formación del inventario, por la valoración de bienes o por la determinación del carácter ganancial o privativo de ciertos bienes, con imposibilidad de conseguir un acuerdo particional.
- Hay que realizar diferentes liquidaciones de gananciales por haber contraído el testador nuevas nupcias y la esposa y ex esposa entran en conflicto entre ellas y con los demás coherederos.
- Resulta muy difícil liquidar los gananciales por su valoración y determinación, trabando la partición hereditaria y desembocando los dos procedimientos en contienda ante los tri-

bunales. Hay ocasiones donde es difícil saber si un bien es ganancial o no o siendo privativo si este bien se ha nutrido de patrimonio ganancial. Hablamos del dinero en cuentas corrientes donde no podemos afirmar de entrada a quién pertenece los fondos que allí hay depositados, indemnizaciones, seguros, vivienda familiar, inversiones en fincas privativas con fondos gananciales, subvenciones, ayudas, titularidad de empresas o negocios, bienes inmuebles, etc.

Aclaremos, no obstante, que la liquidación de la sociedad de gananciales puede ser un pre requisito para realizar la partición, pero no podemos considerar que esta liquidación sea una operación particional propiamente dicha porque está regida por sus propias normas¹¹⁰.

A la liquidación de la sociedad de gananciales han de concurrir los herederos del causante, de lo contrario esta partición sería defectuosa.

Se plantean problemas relativos también a la materia procedimental, pues el procedimiento de división de herencia lleva un cauce procesal y el procedimiento de liquidación de gananciales tiene un procedimiento especial asignado imperativamente por ley. Por economía procesal sería conveniente que pudieran ser acumuladas las dos pretensiones en el mismo procedimiento, incluso acumular liquidaciones de varias sociedades gananciales porque el causante haya contraído matrimonio en más de una ocasión¹¹¹.

Pasamos a comentar ahora a modo de ejemplo de una de las principales problemáticas, la **STS 524/2012 de 18 de julio**, sentencia que declara la **validez de la partición hereditaria sin li-**

110. RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia*, ob. cit., págs. 141 y ss.

111. Arts. 782 y ss. LEC y arts. 806 LEC. Se discute si la acumulación de acciones es posible, vid. posterior apartado «Acumulación de acciones, legitimación procesal».

quidación previa de la sociedad de gananciales¹¹². En este caso se pedía la nulidad de la partición hereditaria porque no se habían liquidado previamente los gananciales.

El patrimonio de la causante estaba identificado, formado por la participación ganancial de un solar y dos fincas privativas.

Se pide la nulidad de la partición de la herencia. Entendían que antes de la partición de la herencia había que haber realizado la liquidación de los gananciales. Para el caso de no ser estimada la nulidad, se proceda a la rescisión por lesión de la partición.

En Primera instancia se estima que no es necesario liquidar los gananciales con anterioridad porque no se había dispuesto en la partición de patrimonio ganancial. **No se había adjudicado tras la partición la finca ganancial sino «un derecho abstracto que se materializará cuando se proceda a su liquidación, por lo que la adjudicación consiste en una cuota indivisa en los bienes de la herencia, un derecho abstracto de participación en una comunidad con una cuota ideal sobre dicho bien».**

Se confirma el pronunciamiento de la primera instancia en apelación porque dice la Audiencia Provincial que no es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales porque no se adjudica un bien ganancial, sino los derechos que corresponden a la causante, y que tanto la jurisprudencia citada como los preceptos referidos como infringidos se pronuncian en sentido contrario al decidido, porque no se podrá transmitir más de lo que se tiene.

El Tribunal Supremo entiende que **la partición tiene como objeto las titularidades de la herencia, aunque no se dividan materialmente; por tanto, se efectúa una división jurídica, que no debe ser necesariamente una división material.**

«Cuando el matrimonio del causante se había regido por el régimen de gananciales, se suele proceder a la división de la sociedad, lo cual obliga a dividir y liquidar a su vez dos comunidades. La razón se encuentra en que

112. STS 524/2012, de 18 de julio (RJ\2012\8364)

hay que determinar, a los efectos del art. 659 CC, cuál es el objeto de la herencia, es decir, los bienes, derechos y obligaciones del causante que no se extingan con la muerte. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que entre las titularidades que integran el caudal relicto se encuentra la cuota que el causante casado ostentaba en la sociedad que se ha extinguido con su muerte (art. 1392.1 CC), de modo que como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia de esta Sala, **cuando se produce el supuesto que determina la disolución de la sociedad, se transforma en una comunidad por cuotas sobre todos y cada uno de los bienes gananciales** (SSTS 523/2004, de 10 junio; 591/1998, de 19 junio, 17 febrero 1992 y 21 noviembre 1987, entre otras). Por ello, serán **dichas cuotas las que formarán parte del patrimonio relicto**, a pesar de que no se haya procedido a la disolución de los gananciales.

Esta regla general, sin embargo, no es imperativa, de modo que la no liquidación previa de los gananciales no comporta la nulidad de la partición realizada, cuando de las circunstancias concurrentes pueda identificarse el objeto de la partición, es decir, el caudal relicto. Este supuesto concurre en el presente litigio, ya que:

1º Existe una única finca ganancial. Los derechos que corresponden a la causante sobre esta finca, se han atribuido a los dos hijos, legatarios de los tercios de mejora y libre disposición, con la siguiente fórmula: “una mitad indivisa de los derechos gananciales que pertenezcan a la causante en la finca inventariada bajo el número 1”.

2º En virtud de la transformación de la comunidad de gananciales en comunidad por cuotas a consecuencia de la finalización de la sociedad, **lo único que puede atribuirse es el derecho que la causante ostenta en dicha comunidad**, que en el caso litigioso, será el que se determine en la posterior división de la comunidad subsistente entre el cónyuge superviviente y los atributarios de este derecho en la partición.

Las sentencias que se aportan como infringidas no imponen esta liquidación. En efecto, en la STS de 20 octubre 1952 se efectúa al mismo tiempo la partición de ambos patrimonios; en la STS de 7 diciembre 1988 se discutía si unas casas tenían o no el carácter ganancial y no aclarado este extremo, se afirma que nadie puede disponer de lo que no tiene; en las SSTS de 8 marzo 1995, 120/1997, de 22 febrero y 968/2002, de 17 octubre se discuten problemas de liquidación de la anterior sociedad de gananciales, ya que el causante habría contraído dos matrimonios y no se había liquidado el régimen correspondiente al primero, de donde la jurisper-

*dencia de esta Sala entiende que no se había determinado el patrimonio del difunto. Ninguna de ellas se ajusta al actual litigio, en el que **la albacea contadora partidora se ha limitado a adjudicar la parte correspondiente a los derechos que se ostenten en la sociedad de gananciales, con lo que el caudal hereditario está definido**».*

De contrario, sobre la posible nulidad o ineficacia de la partición realizada sin previa liquidación de la sociedad de gananciales, la **STS 641/2006 de 15 de junio** se pronuncia de la siguiente manera¹¹³: *«existe indeterminación de los bienes gananciales y esto puede conllevar una modificación de los lotes, cuantías, inventario en la partición»*. **Entiende el Tribunal Supremo que es nula la partición por la falta de liquidación de los bienes gananciales y por la falta de intervención del cónyuge viudo.**

Se había accionado pidiendo la nulidad del testamento y pidiendo la nulidad de la partición.

El juzgado de Primera instancia estima la nulidad de la partición por no haberse previamente disuelto la sociedad de gananciales constituida entre el causante y su esposa. Deberá hacerse una nueva partición.

La sentencia de la Audiencia confirma el pronunciamiento en primera instancia.

El Tribunal Supremo entiende que la *quaestio iuris*, había sido resuelta correctamente por las sentencias de instancia, esto es, **la nulidad de la partición por falta de la previa liquidación de la comunidad de gananciales es incuestionable**. Afirma que la partición produce la extinción de la comunidad hereditaria, mediante la división y adjudicación a los coherederos del activo de la herencia, tal como prevén los artículos 1051 y siguientes del Código civil, la cual, como dice el artículo 659 comprende los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, es decir, que no comprende la mitad de la comunidad ganancial que corresponde al cónyuge supérstite.

113. STS 641/2006 de 15 de junio (RJ\2006\3538)

«Tal como precisa la sentencia de esta Sala de 7 de septiembre de 1998, “el objeto de una partición hereditaria sólo puede recaer sobre bienes de la exclusiva propiedad del testador, y la otra mitad de los bienes gananciales no lo son”; y así se proclama en la emblemática Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 13 de octubre de 1.916, cuando, entre otras cuestiones, establece “que es necesario que los bienes distribuidos en una partición testamentaria sean propios del causante”.

Hacerlo, mezclando bienes privativos y gananciales no es otra cosa que incluir bienes ajenos al patrimonio del causante. Ya la sentencia de 7 de diciembre de 1988, citada por la anterior, destacaba que “como requisito condicionante de la validez y eficacia de la partición que contempla el artículo 1056 del Código Civil, es que la misma se refiera a bienes que forman parte del patrimonio del testador que la hace, como exige expresamente el citado precepto”».

No puede obviarse que existe una sociedad de gananciales cuando ni siquiera ha intervenido ni sido oído el cónyuge supérstite, y cuando ha quedado probado por lo menos que existe un inmueble que se compró con dinero ganancial.

No hay en este caso una verdadera partición hecha por el testador al amparo del art. 1056 CC, por ello no se puede entender infringido este precepto, pues esta verdadera partición sólo se dará cuando el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones particionales —inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes—, *«pero cuando, así, no ocurre, surge la figura de las denominadas doctrinalmente normas para la partición, a través de las cuales, el testador se limita a expresar su voluntad para que en el momento de la partición, determinados bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que mencione».*

En este caso hay normas particionales y nombramiento de dos contadores partidores que deberán hacer la partición conforme al art. 1057 CC. También podrán hacer la partición los herederos y legatarios de parte alícuota, como partición convencional contemplada en el artículo 1058 CC.

No se infringe el art. 1056 CC que dispone «cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos», en relación en este caso con la inexistencia de bienes gananciales. Defienden que no existe bienes gananciales para defender lo indefendible cuando se ha probado la existencia de al menos uno de ellos. El cónyuge superviviente no había renunciado a su parte ganancial, aunque podría haberlo hecho.

2.8 b) Acumulación de acciones, legitimación procesal

Hemos planteado anteriormente la cuestión procesal relacionada con la posible acumulación de pretensiones, de liquidación de la sociedad de gananciales y de división de la herencia, planteando esta cuestión como una materia controvertida en los tribunales. En este apartado queremos presentar esta problemática estudiando cómo ha sido resuelta en vía judicial. Igualmente queremos ver cuestiones referidas a la legitimación activa para hacer valer la liquidación de los gananciales antes de la partición.

STS 279/2023, de 21 de febrero¹¹⁴. Esta sentencia trata de la liquidación de la sociedad de gananciales como presupuesto previo para la partición, pudiendo provocar la nulidad de la partición si esta liquidación de gananciales no se realiza. Se plantea también la posible acumulación de acciones, división judicial de la herencia y liquidación de la sociedad de gananciales.

Se impugna el inventario y se pide la nulidad del procedimiento, entendiéndose que debe liquidarse previamente la sociedad de gananciales.

El juzgado de primera instancia que estaba conociendo el procedimiento judicial de división de herencia no estimó proce-

114. STS 279/2023, de 21 de febrero (RJ\2023\2949)

dente este argumento. Entendió que para evitar una dispersión procedimental y dilación de procesos y por economía procesal es conveniente un tratamiento procesal unitario de la liquidación del régimen económico matrimonial y la partición y adjudicación de la herencia.

No puede hablarse de nulidad planteando que deben liquidarse primero los gananciales, pues lo que procede es liquidar de manera conjunta ambos patrimonios.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación en la petición de pedir la nulidad de las actuaciones. Se pretende efectuar una partición de herencia relativa a bienes que pertenecen a una sociedad de gananciales. El apelante sostenía que el juzgado carecía de competencia objetiva para conocer de la liquidación de los gananciales invocando el art. 73 LEC, que esgrime que para la acumulación de acciones es necesario que el tribunal tenga jurisdicción y competencia por razón de la materia. También entiende infringido el principio de justicia rogada porque la acción de liquidación de la sociedad de gananciales no ha sido ejercitada, incongruencia también por no haber ninguna mención a la liquidación del régimen económico.

El Tribunal Supremo lo primero que hace es señalar que se trata ésta de una cuestión controvertida, aunque se inclina por sostener su viabilidad. Habla de la *vis atractiva* sobre los procedimientos de formación de inventario.

Afirma que el procedimiento previsto en el art. 806 LEC está pensando para los supuestos en que la liquidación trae causa en un previo pronunciamiento judicial, hay conexión jurídica que justifica tratamiento procesal unitario. También habla de la flexibilización vía procesal de los requisitos para la acumulación de acciones.

«En fin, las acciones de liquidación de la sociedad de gananciales y partición de la herencia no son incompatibles, no se excluyen, ni son contrarias entre sí; lejos de ello, el ejercicio de la primera es necesaria para llevar a efecto la segunda, siendo desde el punto de vista procesal una solución altamente eficiente y práctica».

Entiende que la posible acumulación es el criterio mayoritario, pese a ser una cuestión controvertida¹¹⁵.

La muerte de los cónyuges disuelve *ipso iure* la sociedad de gananciales y hace que nazca una sociedad post ganancial, ostentando cada comunero una cuota en abstracto.

La comunidad post ganancial carece de regulación en nuestro Código civil.

«Se trata de una comunidad en la que los partícipes no tienen una cuota sobre cada uno de los bienes sino sobre la totalidad del patrimonio y a la que no resultan de aplicación las reglas de la sociedad de gananciales (sentencias 754/1987, de 21 de noviembre; 547/1990, de 8 de octubre; 127/1992, de 17 de febrero, sentencia 1213/1992, de 23 de diciembre, 875/1993, de 28 de septiembre, 1258/1993, de 23 de diciembre, 965/1997, de 7 de noviembre, 50/2005, de 14 de febrero, 436/2005, de 10 de junio)».

Es necesario determinar los bienes y derechos que integran el patrimonio hereditario y para ello es necesario liquidar los gananciales.

Cita la STS 248/2018, de 25 de abril en la consideración de la liquidación como presupuesto previo a la partición, siendo nula la partición en la que esta liquidación previa no se ha producido y daba lugar a alteraciones sustanciales en la integración o valoración de los lotes que debían adjudicarse a los herederos.

«Así, en la sentencia 508/1999, de 8 de junio (en un caso en el que la madre instituyó herederos a los cuatro hijos, pero el marido, que falleció con posterioridad, otorgó testamento en el que adjudicó a dos hijos unas fincas privativas suyas, a las dos hijas un bien ganancial y a los cuatro hijos otro

115. Vid. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., Tema 11 «Los sujetos de la Sucesión», en *Manual de Derecho de Sucesiones*, Con materiales adicionales on line, dirigidos por RUIZ-RICO RUIZ, ALBIEZ DOHRMANN Y QUESADA SÁNCHEZ, Atelier, Barcelona, 2025, pp.231 y ss.

bien ganancial, lo que fue reproducido por el contador nombrado por el esposo); en la sentencia 968/2002, de 17 de octubre (en un caso en el que se liquidó la sociedad del segundo matrimonio sin haber liquidado la sociedad del matrimonio anterior del causante, de modo que en la liquidación se incluyeron bienes que no le pertenecían a él sino a su primera esposa); en la sentencia 845/2005, de 2 de noviembre (en un caso en que se incluyen en la partición de los dos cónyuges bienes de la sociedad de gananciales de los padres de la esposa y que corresponderían a esta por herencia, sin contar con los demás herederos de tal herencia); y en la sentencia 954/2005, de 14 de diciembre (cuando la esposa, fallecida en primer lugar, había nombrado al esposo heredero en el tercio de libre disposición y el esposo, que falleció después, había mejorado a un hijo)».

Sin embargo, no es procedente exigir la liquidación o declarar nula la partición cuando no se ha liquidado la sociedad de gananciales, pero no se han vulnerado los intereses de nadie. Por ejemplo, la madre consiente una partición realizada entre las dos hijas dando a entender su renuncia a la parte ganancial y renuncia a los derechos hereditarios que tenía sobre su hijo premuerto (STS 570/2003, de 11 de junio). O la STS 524/2012 de 18 de julio donde la herencia la integraba una única finca y se adjudica a los herederos la mitad indivisa de los derechos gananciales.

La Jurisprudencia ha admitido que los contadores partidores puedan liquidar los gananciales del causante y el cónyuge viudo (SSTS 18 de abril de 1928 194/1995 de 8 de marzo, 968/2002, de 17 de octubre).

Sobre el carácter flexible de la acumulación de acciones, liquidación de comunidad post ganancial con la división de herencia, cita las SSTS 788/2007, de 10 de julio, cuya doctrina es ratificada por la sentencia 564/2015, de 21 de octubre.

Afirma el Alto Tribunal que en este caso estas acciones son compatibles, en tanto en cuanto no se excluyen mutuamente, ni son contrarias entre sí (art. 71.3 LEC).

Hay un conexión jurídica y causal entre las dos acciones:

«Esta vinculación no solo existe desde el punto de vista material sustantivo, dado que el art. 1410 del CC, en sede de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, remite, en lo no previsto, a la reglas sobre tasación y venta de bienes, división del caudal, adjudicaciones a los partícipes y en lo no regulado a lo establecido para la partición y liquidación de la herencia, sino que, también, el art. 810 de la LEC, relativo al procedimiento de liquidación de la sociedad ganancial, cuando las partes no se pongan de acuerdo al respecto, dispone que se nombrará contador y, en su caso peritos, conforme a lo dispuesto en el art. 784 de la LEC, continuando el procedimiento por los trámites del art. 785 y siguientes de dicha disposición general; es decir, por el cauce de la división judicial de herencia.

Por último, concurren evidentes razones de economía procesal que aconsejan el ejercicio conjunto de ambas acciones; puesto que, de tener que acudirse previamente al procedimiento divisorio de la sociedad conyugal de los arts. 806 y siguientes de la LEC, con la posibilidad de agotar todas las instancias, sin que se produzcan los efectos de cosa juzgada, y con la posibilidad de acudir al juicio ordinario que corresponda a tenor del art. 787.5 LEC, incluso con interposición de recurso de casación, la acción de división hereditaria se podría dilatar de una forma inasumible, máxime si se usa con fines dilatorios, con vulneración del art. 24.2 CE, que proclama el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

La imposibilidad de la acumulación incrementaría, por otra parte, los gastos del proceso, con una duplicación de nombramiento de contador, cuando uno solo podría llevar a efecto la liquidación de ambos patrimonios tanto del conyugal como del hereditario.

Es más, el art. 783 LEC norma que debe ser llamado al procedimiento de división de la herencia el cónyuge sobreviviente.

Los coherederos, el legatario de parte alicuota o el cónyuge viudo no sufren indefensión alguna, en tanto en cuanto en el procedimiento pueden ejercitar sin cortapisa su derecho de defensa, siendo indiscutible su interés jurídico de intervenir en el ejercicio de ambas pretensiones divisorias.

Dentro del marco de dicha flexibilidad, la jurisprudencia ha reconocido, por ejemplo, que es perfectamente válida, y no contraviene norma alguna, que se haga la partición conjunta de los patrimonios hereditarios del padre y de la madre cuando fallece el último de ellos (SSTS 11/2012, de 19 de enero y 640/2012, de 18 de octubre).»

STS 1554/2023, de 13 de noviembre¹¹⁶. En este caso, la viuda, esposa en segundas nupcias del fallecido, **acciona pidiendo la liquidación de la sociedad de gananciales del primer matrimonio al haberle legado el esposo el usufructo vitalicio de una vivienda**. El juzgado de primera instancia estima la acción y la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación.

La viuda demandó únicamente a la primera esposa sin traer al procedimiento de liquidación de gananciales a las hijas del causante. Tanto en primera como en segunda instancia se había rechazado el argumento de la falta de legitimación activa y de litis consorcio pasivo necesario.

El Tribunal Supremo estima la **falta de litisconsorcio pasivo necesario**.

«Estamos por tanto ante una comunidad postganancial de la que indudablemente formaban parte los dos cónyuges de ese primer matrimonio, la Sra. Azucena (ahora demandada) y el Sr. Leon y, desde el fallecimiento del Sr. León, y ocupando su lugar, sus herederas. La solicitud de liquidación y partición debió dirigirse contra todos los partícipes o miembros de la comunidad postganancial, incluidas por tanto las herederas del Sr. León».

«El testador dispuso un legado del usufructo vitalicio sobre una vivienda concreta en pago de la legítima de la viuda. La viuda, por tanto, no ha sido instituida heredera ni legataria de parte alícuota, y por su sola condición de legitimaria con derecho al usufructo no forma parte de la comunidad hereditaria (de hecho, los herederos pueden decidir conmutar el usufructo del viudo, art. 839 CC y mientras la conmutación no se realice existe una afección real en garantía de su derecho). No existe una comunidad entre la viuda y las herederas. Otra cosa es que, para la tutela de su interés, el viudo deba ser citado en la división promovida por los legitimados, conforme al art. 783.3 LEC. En consecuencia, la actora tampoco puede ser considerada copartícipe de la comunidad postganancial que en este caso pretende liquidar y, por ello, no está legitimada para promover su liquidación».

116. STS 1554/2023 de 13 de noviembre (JUR\2023\437557)

La viuda tiene derecho a comprobar que el legado cubre al menos su legítima, usufructo tercio de mejora (art. 834 CC). Pero la ley no le reconoce al que no es heredero o legatario de parte alícuota el derecho a instar la división del art. 782 LEC; sí puede intervenir (art. 783.2 LEC) y también solicitar la intervención del caudal a efectos de inventario y administración (art. 792.1 LEC) sin necesidad de exigir la partición.

«La protección de los derechos de la viuda no le permite imponer la división con adjudicación de bienes, sino comprobar en su caso mediante las operaciones particionales correspondientes que su derecho legítimo queda cubierto por el legado».

La vivienda sobre la que recae el legado de usufructo de la viuda es un bien ganancial, por ello legitiman a la viuda en primera y segunda instancia, por lo que se hace precisa la liquidación de los gananciales para determinar si este bien se le atribuye o no al fallecido. Pero este hecho no le otorga el derecho de promover la liquidación de la sociedad de gananciales. Sí podría exigir a las herederas y la excónyuge que procedan a la liquidación de no hacerlo voluntariamente, y acudir a la vía de ejecución tras la sentencia condenatoria.

Las herederas deben entregar el legado (art. 885 CC) sin que puedan negarse a ello por no haber liquidado los gananciales.

Afirma el Tribunal que la viuda no puede pedir la liquidación de gananciales ni ello podría hacerse sin la presencia de las herederas.

«Por lo dicho, la actora debió dirigirse contra las herederas y la exesposa solicitando de las primeras la condena a la entrega del legado deferido por el causante en forma específica, interesando en su caso la práctica de las operaciones particionales que le permitieran verificar la cobertura de su derecho legítimo. Subsidiariamente, previa liquidación en su caso de la sociedad de gananciales existente entre la primera esposa y el causante, la condena a las herederas al pago en dinero del valor del legado al tiempo del fallecimiento del testador».

2.9. NULIDAD Y ANULABILIDAD DE LA PARTICIÓN HEREDITARIA

Hemos querido recopilar en este apartado una serie de supuestos, casuística práctica relacionada con la acción judicial de nulidad de la partición de la herencia. En apartados anteriores hicimos una pequeña introducción relativa a la ineficacia de la partición en general y nos centramos en problemáticas derivadas de la rescisión por lesión de la partición. A lo largo de nuestro estudio también hemos presentado supuestos referidos a acciones judiciales que pretenden atacar la validez de la partición por otros motivos, principalmente referidos a la valoración de bienes o liquidación previa de los gananciales¹¹⁷. En este momento temporal pretendemos recopilar las causas de nulidad de la partición (nulidad o anulabilidad) que resultan alegadas en los tribunales, con sus situaciones relevantes, hechos y respuestas judiciales. Se trata de extraer los principales problemas y sintetizar las respuestas que ofrece el estudio pormenorizado de las principales sentencias. Hemos querido para ello aglutinar el capítulo en los diferentes epígrafes que se detallan a continuación clasificados en las principales temáticas de interés.

No obstante, recordamos las siguientes ideas teóricas introductorias:

- La partición de la herencia en general y la acción de ineficacia e invalidez de la misma en particular es fuente de numerosos conflictos entre coherederos en la práctica judicial.
- La regulación sobre esta materia en el Código civil es poco clara y muy confusa y carece de sistemática (arts. 1073-1081 CC), ya que no distingue bien entre los diferentes regímenes

117. Vid. anteriores apartados «2.5 Valoración de bienes en la partición. El avalúo. Dificultades en la valoración de ciertos bienes. Problemáticas», «2.8 La partición de la herencia y los bienes gananciales»

de ineficacia de la partición y porque esta ineficacia presenta ciertas peculiaridades propias del acto de partición y su finalidad; por ello podemos decir que esta ineficacia no es del todo semejante a los regímenes de ineficacia contractual, pese a que la norma intenta conectarlos.

- El Código civil recoge que la partición puede ser impugnada si presenta algunas de las causas de ineficacia aplicable a las obligaciones y contratos en general. El art. 1073 CC establece literalmente que «podrá ser rescindida por las mismas causas que las obligaciones». Los preceptos siguientes están destinados a realizar una regulación expresa en este sentido. Sin embargo, no estamos ante un auténtico supuesto de «rescisión» relacionado directamente y exclusivamente con el art. 1291 y ss. CC, sino que este precepto refiere con carácter general con este término «rescisión» a cualquier supuesto de ineficacia contractual. En este sentido se ha pronunciado la Jurisprudencia determinando que el CC carece de una regulación específica sobre la ineficacia o invalidez de las particiones y que habrá que aplicar a la misma las normas de la nulidad de los negocios jurídicos, por lo que permite la impugnación de las particiones no sólo por rescisión sino por otros motivos (SSTS 7 enero 1975, 31 mayo 1980, 31 octubre 1996). También manifiesta la Jurisprudencia que las causas de ineficacia de la partición que recogen los arts. 1073-1081 CC no tienen un carácter limitativo ni exhaustivo (STS 29 de marzo de 1958), pues tiene un papel muy importante la figura de rescisión en sentido estricto, pero existen otros supuestos específicos de ineficacia (art. 1079 a 1081 CC) que no encajan en la teoría general de los contratos.
- No obstante, podríamos establecer tres causas de ineficacia de la partición: nulidad, anulabilidad y rescisión.
- Al ser la partición un acto negocio jurídico unilateral (acto divisorio patrimonial) no podemos entender aplicable a la misma sin más y por analogía la ineficacia que rige en ma-

teria contractual donde los negocios tienen carácter consensual y económico, salvo que estemos hablando de la partición consensual entre herederos del art. 1058 CC. No resulta totalmente extrapolable el art. 1291 CC ya mencionado por este mismo motivo.

- Debemos partir del principio de conservación del negocio jurídico como canon hermenéutico que informa nuestro ordenamiento jurídico y advertir que el principio *favor partitionis*, nos hace determinar que tendremos que conservar la validez de la partición siempre que esto sea posible. Esta idea se afianza y respeta porque indudablemente es más beneficioso que la partición pueda permitir la consolidación de la propiedad en títulos, evitando el excesivo fraccionamiento en cuotas o porciones ideales con los efectos antieconómicos que ello produce, y los conflictos y problemas en la práctica que este hecho puede ocasionar. Muy presente debemos tener también desde el punto de vista práctico, el principio general que determina la prohibición de ir contra los propios actos, por ser frecuente comportamientos mutables de los coherederos, incluso contradictorios, fuente habitual de conflictos.
- Advertimos, por tanto, que la Jurisprudencia hace una interpretación restrictiva de la invalidez de la partición, sin perjuicio de posibles rectificaciones o adiciones. Sólo será posible la invalidez de la partición si no existe otra solución. Expresión de esta idea es la recogida en el art. 1079 CC que determina la adición de los bienes omitidos en la partición, no pudiendo dar lugar a la rescisión de la partición, sino a la adición o complemento de lo omitido. Igualmente lo establece el art. 1080 CC cuando recoge que la preterición de alguno de los herederos en la partición no supone su rescisión, sino que hace nacer el derecho a que el preterido exija la parte que le corresponda a los demás.
- Las causas de nulidad y anulabilidad de la partición no están detalladas en su regulación. La mayor parte de sus artículos

- refieren la causa de la rescisión por lesión o «rescisión» cuando no se trata técnicamente de una rescisión. Sólo el art. 1081 CC recoge la nulidad de la partición hecha por quien creyó ser heredero sin serlo.
- Podemos hablar de nulidad de la partición cuando existe un vicio sustancial o faltan elementos esenciales de la misma, por ejemplo, falta el consentimiento, los bienes no son pertenecientes al causante, la causa es ilícita por la ocultación deliberada de los componentes del caudal hereditario, es inválido el testamento que la contiene, cuando la partición realizada infrinja normas imperativas, cuando exista un error sustancial en la valoración de los bienes adjudicados, por falta de liquidación previa de la sociedad de gananciales, por inclusión de bienes que no sean del partidor, por infracción de la naturaleza personalísima del cargo de contador partidor, por preterición de mala fe de un heredero (art. 1080 CC) etc.
 - Podemos hablar de la anulabilidad de la partición cuando se dan algunos de los supuestos de falta de capacidad y de vicios del consentimiento, cosa que puede ocurrir también en la partición hecha por los coherederos (art. 1058 CC). Por ello, los motivos que son causas de anulabilidad de la partición son los mismos que deben darse en cualquier otro contrato. El error puede ser más habitual, pues el juzgador percibe que hay disconformidad entre la mente y la realidad, exigiendo su carácter sustancial y la excusabilidad de haberlo sufrido. Pudiera ser que fuese difícil defender el carácter esencial del error y su excusabilidad, sobre todo, cuando el heredero ha contado con asistencia letrada en la partición, y que este posible error fuera más bien reconducible a las causas de rescisión que trataremos más adelante. Esta figura de la anulabilidad por vicios del consentimiento está admitida por la Jurisprudencia en supuestos de: partición hecha por el testador donde acredita que sufrió error sustancial y grave en la valoración de los bienes, error importante del

contador partidador a la hora de hacer el avalúo, valoraciones gravemente inexactas, por ejemplo, valoración en la cualidad de la cosa (pensaba que era terreno de secano y era de regadío), error en la cantidad de los bienes de la herencia con omisión importante de bienes, error de derecho en renunciaciones de bienes en particiones consensuales, falta de representación legal de menores o discapacitados sometidos a curatela representativa, entre otros. En algunos casos la Jurisprudencia habla de anulabilidad en supuestos de omisión de bienes, porque dicha omisión se había provocado dolosamente o porque se ha prestado un consentimiento viciado por error. También la omisión de bienes es causa de nulidad absoluta cuando alcanza una porción importante de los que debieran haber formado el caudal partible, y lo hace para declarar nula la partición realizada y llevar a cabo una nueva sin esta omisión.

- La rescisión por lesión de la partición es la figura más utilizada para declarar la ineficacia de la partición. Es la figura a la que más se dedica el Código civil en la regulación de la invalidez de la partición (arts. 1073 y ss.), la más habitual en los supuestos de conflicto judicial.

Sin embargo, advertimos que esta rescisión no es la misma figura que la recogida en el art. 1291 CC. La figura de la rescisión de la partición tiene más que ver con la rescisión por lesión específicamente. Y se trata de una rescisión por lesión más asociada al valor real de las cosas, al principio de igualdad o proporcionalidad en la distribución de lotes del art. 1061 CC, exigiendo que deba darse una equivalencia entre el valor de los lotes asignados a cada heredero, en función de su cuota en la partición, procedente por tanto cuando se da una desigualdad entre lo que el heredero recibe con la partición y lo que el heredero debe obtener según su cuota hereditaria, apelando a criterios de justicia distributiva y no conmutativa como ocurre con la rescisión contractual. Por ello, la rescisión en la partición cumple una función garantista del cum-

plimiento del reparto igualitario, pero pretendiendo la indemnización por el menor valor y no pretendiendo destruir la partición bien hecha en lo restante.

- La causa fundamental de la rescisión, por tanto, es la lesión (art. 1074 CC), pero diremos que esta rescisión de la partición por lesión tiene cierta especialidad. Podemos hablar de tres tipos de rescisión: de la rescisión por lesión, de la rescisión por omisión de bienes (art. 1079 CC) y de la rescisión por la preterición de algún heredero (art. 1080 CC).
- La partición realizada por el testador causante no puede ser impugnada por causa de lesión conforme al art. 1075 y art. 1056 CC; sólo será posible la impugnación si perjudica la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca o se presuma que fue otra la voluntad del testador, porque esta partición por testador no está regida por el principio de igualdad de lotes del art. 1061 CC.
- El art. 1074 CC permite como excepción a la regla contenida en el art. 1293 CC, la facultad que tiene el coheredero lesionado de rescindir el negocio que le ha causado un perjuicio económico en más de una cuarta parte (rescisión por lesión), normalmente por haberse realizado una valoración defectuosa de los bienes adjudicados, (si el daño es menor se le da prioridad al mantenimiento de la partición así realizada por la dificultad que en algunas ocasiones supone la realización de la misma) tomando como valor de referencia aquel que tuvieron los lotes al momento de realizar la adjudicación.
- La omisión de bienes o valores puede suponer lesión, pero el art. 1079 CC señala que esta omisión no dará lugar a la rescisión sino a una partición complementaria. Pero si la rescisión supone la rectificación parcial para evitar la lesión, no habría mucha diferencia en la práctica entre esto (rescisión por lesión) y una adición o complemento por la vía del art. 1079 CC (rescisión por omisión de bienes). La preteri-

ción de un heredero en la partición no producirá su rescisión, salvo que se pruebe mala fe o dolo por parte de los otros interesados, pero éstos tendrán obligación de pagar al preterido la parte correspondiente (rescisión por preterición de herederos).

- Para la rescisión por lesión, el art. 1077 CC establece que el heredero demandado puede optar entre indemnizar el daño o que se realice una nueva partición, pero la nueva partición no afectará a quienes no hayan sido perjudicados o hayan recibido lo que debían recibir. Por este motivo podemos decir que la rescisión en la partición tiene una proyección general y no residual como en la rescisión contractual, aunque evitando siempre la destrucción de la partición ya realizada en lo que pudiera mantenerse. Este precepto (art. 1077CC) es el que más refleja el principio *favor partitionis*. Los Tribunales prefieren la rescisión de la partición antes que la nulidad, para poder utilizar este art. 1077 CC, prefieren el complemento a la partición antes que la rescisión, es decir, prefieren ir «parcheando» la rescisión antes que declarar su ineficacia. Solamente después de ejercitar la rescisión y con una declaración judicial de lesión, podría el heredero hacer uso de este derecho de opción del art. 1077 CC, aunque en la misma contestación a la demanda podría reflejar el demandado su deseo de indemnizar en lugar de rehacer la partición o en trámite de ejecución. Reiteramos que el derecho de opción sólo procede por causa de rescisión y no cuando la partición atiende a cualquier otra irregularidad jurídica.
- El art. 1078 CC recoge una especie de renuncia tácita a la acción de impugnación de la partición cuando entiende que no cabe la rescisión por lesión en supuestos de enajenación de bienes inmuebles adjudicados.
- El art. 1076 CC señala el plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de rescisión.
- Debemos tener en cuenta que una partición consensual hecha por coherederos puede contener pactos de renuncia o

transacciones. Por tanto, la posible desigualdad en la asignación concreta de bienes o valores puede obedecer a esta causa, siendo perfectamente válida la partición con estos pactos así dispuestos, sin que pueda ser entendida como lesión a efectos de poder pedir la rescisión. Al igual que la aceptación de la partición realizada por contador partidor y la posible impugnación posterior puede verse como una actuación contra los propios actos. Incurrir en estos pactos y pedir luego la rescisión podría tratarse de una conducta desleal y contraria a la moral, de abuso de un derecho.

2.9 a) Nulidad por falta de consentimiento, por preterición de heredero forzoso y por fraude, mala fe y ocultación

La **STS 6 de abril de 1984**¹¹⁸ detalla un supuesto de nulidad radical de una escritura pública de adjudicación de bienes tras la partición hereditaria por **falta de consentimiento**.

En esta sentencia se relaciona lo ocurrido con la **falta de elementos esenciales del contrato del art. 1261 CC**. Niega que pueda ser causa de anulabilidad con plazo de caducidad de 4 años, entendiéndose este plazo sólo aplicable a la acción de anulabilidad.

STS 325/2010 de 31 de mayo¹¹⁹. Se alega en esta sentencia la nulidad de la partición por la preterición errónea de un heredero legitimario, hijo extramatrimonial del fallecido, conocido y declarado tras el otorgamiento del testamento. Se entiende que concurre mala fe al practicar la partición, pues tenían conocimiento de su hermano coheredero con ellos de la herencia de su padre.

Se habla de la **sanción de nulidad del art. 1080 CC**.

118. STS 6 de abril de 1984 (RJ\1984\1934)

119. STS 325/2010 de 31 de mayo (RJ\2010\2653)

Tres son los conceptos jurídicos de los que se debe partir para poder fundamentar el fallo en el presente caso: la interpretación del testamento, el concepto de preterición distinguiendo la intencional y la errónea y la partición y su nulidad.

«La interpretación del testamento. La finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador (así, sentencias de 24 de mayo de 2002, 21 de enero de 2003, 19 diciembre de 2006). Lo importante y, esencial en el presente caso, es conocer el momento en que se debe saber cuál es esta voluntad real. Y este momento es aquel en que declaró su voluntad, otorgando el testamento. Este es revocable hasta el momento mismo de la muerte: ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum, pero la revocación es precisa para conocer la voluntad real al tiempo de otorgarlo. El testamento se perfecciona en el momento de su otorgamiento, mediante la emisión de la declaración de voluntad no recepticia. Es un negocio jurídico unilateral y no recepticio, por lo que su interpretación debe referirse al tiempo de su otorgamiento y no al tiempo de su muerte: así lo ha mantenido reiterada jurisprudencia, como las sentencias de 29 de diciembre de 1997, 23 de enero de 2001 y 19 de diciembre de 2006.

La preterición intencional y errónea. Viene regulada por el artículo 814 del Código civil, redactado por la Ley de 13 de mayo de 1981 que produjo un cambio sustancial en su regulación. En todo caso exige la omisión de todos o algunos legitimarios en el contenido patrimonial del testamento, sin haberles atribuido en el mismo o anteriormente ningún bien y que le sobrevivan. La intencional se produce cuando el testador sabía que existía el legitimario preterido, al tiempo de otorgar testamento y la no intencional o errónea, cuando el testador omitió la mención de legitimario hijo o descendiente ignorando su existencia, siempre al tiempo de otorgar testamento (así la distinguen las sentencias de 30 de enero de 1995, 23 de enero de 2001 y 22 de junio de 2006). Los efectos son bien distintos: mientras en la intencional se rescinde la institución de heredero en la medida que sea precisa para satisfacer la legítima y si no basta, se rescinden los legados a prorrata, en la errónea de alguno de los hijos o descendientes, se anula la institución de heredero y si no basta, los legados. En todo caso, proclamada artículo 814 del Código civil la preterición de un legitimario no perjudica la legítima, como dice el artículo 813.

La partición: Implica la división y adjudicación de los bienes que forman el patrimonio del causante a los coherederos y legatarios de parte alícuota, extinguiendo así la comunidad hereditaria. El artículo 1080 del Código civil contempla el supuesto de que se haya practicado omitiendo a un coheredero, lo que la lugar a la nulidad si se prueba mala fe en la que los que la han practicado. La mala fe significa que conocían la existencia del coheredero y, pese a ello, lo han obviado».

STS 1093/2006 de 7 de noviembre¹²⁰. Se pide la nulidad de la partición por la falta de equidad, de igualdad en la formación de lotes y se rechaza la rescisión de la partición entendiendo que la lesión no se produce en más de una cuarta parte. La sentencia determina que **la falta de equidad sólo produce la nulidad de la partición cuando se pruebe que la desigualdad en la formación de lotes tiene suficiente relevancia para infringir el principio de igual distribución entre los herederos y excede de los presupuestos que pueden dar lugar a una rescisión, adición o complemento de la partición.**

No se había incluido un crédito en el activo, pero la omisión no era ocultación dolosa, fraudulenta o intencionada de bienes de mala fe. Había habido poca colaboración de los coherederos con el suministro de datos al contador partidor.

Se había pedido la nulidad y subsidiariamente la rescisión por lesión de la partición realizada por contador partidor.

Alegaban la utilización abusiva de las partes otorgadas a los coherederos antes de atribuirse la sucesión, falta de rendición de cuentas, ocultación y exclusión sustancial de los bienes de la partición y omisión de operaciones. Se había producido una infravaloración en un 29,4% del caudal hereditario y vulneración del art. 1061 CC.

El Tribunal estima que es causa de nulidad la infracción del principio de igualdad de lotes, porque vulnera lo precep-

120. STS 1093/2006 de 7 de noviembre (RJ\2006\9165)

tuado por la ley, pero en este caso entiende que la vulneración no es sustancial, sino que viene referida a algunas omisiones, y que estas irregularidades no alcanzan al $\frac{1}{4}$ parte del valor del caudal hereditario.

Se alega infracción del art. 1073 CC por ocultación maliciosa de bienes y por infravaloración en una parte importante de los bienes del causante, falta de equivalencia en la formación de lotes y partición con inexactitudes y mala fe, pero se desestima. **Entiende el Tribunal que la sanción de nulidad tiene un carácter subsidiario y sólo puede ser declarada cuando no quepa otra forma.**

Fundamentos de Derecho Quinto y Séptimo de esta sentencia:

«QUINTO (...) En suma, la falta de equidad en la formación de los lotes a que dan lugar las operaciones particionales únicamente puede considerarse como motivo de nulidad de la partición en los casos en que se pruebe que la desigualdad en la formación de aquéllos tiene suficiente relevancia para infringir el principio de igual distribución entre los herederos y excede de los presupuestos que pueden dar lugar al ejercicio de las acciones de rescisión, adición o complemento de la partición previstas en el CC.

Análisis Jurídico

SUCESION HEREDITARIA. PARTICION. Ineficacia. Nulidad.

Doctrina general

Falta de equidad: solo determina la nulidad de la partición cuando se pruebe que la desigualdad en los lotes tiene suficiente relevancia para infringir el principio de igual distribución entre los herederos y excede de los presupuestos que pueden dar lugar a la rescisión, adición o complemento de la partición

SÉPTIMO. (...) La jurisprudencia establece, como casos de nulidad, además del específico del artículo 1081 CC, la falta de consentimiento de la persona designada para realizar la partición, la inclusión de bienes no pertenecientes al causante (STS de 15 de diciembre de 2005 y supuestos en que no se ha liquidado previamente la sociedad de gananciales, SSTs de 2 de noviembre de 2005, 14 de diciembre de 2005, 15 de junio de 2006), la ilicitud de la causa por deliberada ocultación de componentes del caudal, la invalidez

del testamento, la infracción de prescripciones legales imperativas (STS de 28 de noviembre de 2005), el error sustancial cometido por el testador al proceder a la valoración de bienes (STS de 26 de noviembre de 1974) o haber omitido cosas importantes y no computar determinados inmuebles (STS de 7 de enero de 1975), además del supuesto ya examinado en el motivo anterior de infracción del principio de igualdad entre los herederos (STS de 2 de noviembre de 2005, ya citada).

Este tratamiento restrictivo de la invalidez, afirmado por gran número de sentencias, como la STS de 31 de octubre de 1996, que se refiere a las de 15 de junio de 1982 y 25 de febrero de 1969 (a las que pueden añadirse las SSTS de 25 de febrero de 1989 y 11 de abril de 1959, entre otras), comporta que la nulidad de la partición tiene carácter subsidiario y sólo cabe cuando no existe otro recurso legal (SSTS de 27 de febrero de 1995 y 17 de enero de 1956), siempre que no quepa resolver las atribuciones mal valoradas por vía de rescisión, y las omisiones de bienes o valores por el camino de la adición o complemento de la partición (STS de 11 de abril de 1959). En los supuestos de omisión en el activo partible de alguno de los objetos de la herencia y en el de preterición de algún heredero en la partición, el CC tiende a conservar la validez y eficacia de la partición, sin perjuicio de subsanar el defecto de que adolece y el perjuicio irrogado a alguno de los herederos (beneficio de la partición o favor partitionis)».

2.9 b) Nulidad por falta de representación de menores. Un supuesto de anulabilidad

STS 784/2025 de 19 de mayo¹²¹. En esta sentencia se analizó la posible nulidad de la partición realizada por contador partidor también nombrado defensor judicial de los hijos menores. La madre de los menores impugnó la partición por no estar de acuerdo con las operaciones particionales. Entendía que se causaba indefensión a los hijos. Argumentaba que las adjudicaciones efectuadas a sus hijos adolecían de insuficiencia de liquidez y poca productivi-

121. STS 784/2025 de 19 de mayo (JUR\2025\125577)

dad. Pide la nulidad de la partición y subsidiariamente su anulabilidad por infracción de los arts. 1061, 1060 y 1057.3 CC.

En Primera Instancia se declara nula la partición y adjudicación de bienes de la herencia con obligación de reintegrar todos los bienes a la masa hereditaria y llevar a cabo nuevas operaciones particionales, entendiendo que no es recomendable que el albacea contador partidador actúe como defensor judicial por posible conflicto de intereses en el reparto *«queda acreditado que se ha valorado incorrectamente por el contador partidador, éste no ha defendido los intereses de los menores a los que se ha perjudicado con la partición efectuada y no se ha producido una partición igualitaria, pero, sobre todo, no se ha respetado la voluntad del testador, por lo que se ha infringido el art. 1057, 1060 y 1061»*.

El Tribunal Supremo confirmó el pronunciamiento de la Audiencia Provincial en el sentido de entender que no podemos hablar de partición nula, que la partición es conforme a derecho y argumenta muy bien el fallo en este sentido. **Defiende que no existe situación de conflicto de intereses, pues el contador partidador ejerce sus funciones por derecho propio y no representa a ninguno de los herederos. La partición realizada por contador partidador no necesita el refrendo o ratificación de los afectados, no se trata de una partición convencional o plurilateral donde sí sería necesario que los menores estuvieran representados. Esta partición tiene un carácter unilateral, pues las operaciones particionales realizadas serían equivalentes a las llevadas a cabo por el testador. Cuando falta la representación de los menores conforme al art. 1057.3 CC podemos hablar de posible anulabilidad de la partición convalidable por confirmación.** La madre de los menores había iniciado un procedimiento de jurisdicción voluntaria por el conflicto de intereses con sus hijos menores y había sido nombrado el contador partidador como persona más idónea, no apreciando razón de incompatibilidad. Entendía que la madre había atacado la validez de la partición, no porque ésta fuese incorrecta sino porque no estaba de acuerdo con las operaciones particionales realizadas.

La intervención del contador partidor fue correcta y la ineficacia de la partición debe ser interpretada en sentido restrictivo, sancionando su nulidad sólo cuando no quepa mantener su validez de ninguna manera.

«La nulidad postulada se apoyó en cuatro concretos motivos: (i) por la contravención de la voluntad del testador; (ii) por la infracción del art. 1061 del CC, por la falta de equidad en la adjudicación de los lotes; (iii) por fraude de ley e infracción de los arts. 1057.3 y 1060 CC, al existir un conflicto de intereses por concurrir en la misma persona la condición de albacea, contador y defensor judicial. Aunque, señala la parte demandante, pudiéramos considerar que no existe una clara vulneración del art. 1057, párrafo tercero, del CC, pues aparentemente se inventariaron los bienes de la herencia en presencia del Sr. José Luis, no se ha dado cumplimiento efectivo a la prevención prevista en el referido precepto. Y, por lo que respecta a la solicitud de la aprobación judicial del art. 1060 CC, concurría el conflicto en el Sr. Jose Luis de tener que velar por los intereses de los menores con la circunstancia de que el mismo ejecutó las operaciones divisorias cuya aprobación judicial interesó; y (iv) la actuación dolosa del Sr. Jose Luis, en perjuicio de los intereses de los menores, derivada de una improcedente reclamación de honorarios y la completa arbitrariedad en la valoración de una serie de bienes adjudicados a éstos».

«Por ello, el cuaderno particional formalizado mediante la escritura cuya inscripción se deniega, al que alcanza el juicio de adecuación a la legalidad inherente a aquélla, no necesita ser confirmado ni ratificado por nadie más, especialmente por ningún interesado en la sucesión, por haber sido efectuado dentro del ámbito de facultades, y en definitiva de legitimación testamentaria, propia del contador-partidor. La regla anterior no se ve excepcionada por el hecho de que concurra como interesada o afectada por la sucesión una persona incapacitada. Tal y como ocurriría con la partición que efectúa directamente el testador, tampoco aquí se precisa la intervención de los mecanismos legales a los que se confía la representación y defensa de los intereses de los incapaces. Y al no ser precisa la actuación o intermediación de dichos representantes legales, tampoco son precisos los controles que se imponen para la adecuada vigilancia de sus actuaciones».

El art. 1057 del CC impone que, cuando en la partición concurra un menor sometido a patria potestad, como es el

caso que nos ocupa, en el que concurren dos hijos menores de edad del testador, el contador forme el inventario con la citación de los legales representantes de éstos. Se trata de una medida de precaución fijada por el legislador por la importancia que ostenta la formación del inventario en el curso de las operaciones particionales. Se discutió si la omisión de este requisito provocaba la nulidad o anulabilidad de la partición llevada a efecto por el contador partidor.

Las consecuencias de esta omisión fueron abordadas por la STS 179/1999, de 8 de marzo, que optó por la anulabilidad, con posibilidad de convalidación por confirmación o prescripción.

STS 179/1999 de 8 de marzo¹²². En este caso se pide la anulabilidad de la partición por no citar en la formación de inventario a los menores de edad. Se habla de anulabilidad y de posible convalidación. También de inaplicación de la partición complementaria del art. 1079 CC. El testador hizo testamento y encargó la partición a un contador partidor. Éste realizó las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de la herencia protocolizando las operaciones ante notario. Las particiones fueron impugnadas por los hijos y por los nietos, pues había tres nietos menores de edad representados por su padre. **Entendían que la partición no era conforme al art. 1057.3 CC por concurrir a la herencia menores de edad y por omisión dolosa de bienes en la partición.**

En primera instancia y en apelación se declara la omisión dolosa de bienes que excluye la aplicación del principio de *favor partitionis*. **Se trata de un supuesto de anulabilidad de la partición, que es posible convalidar, pero no se ha convalidado por actos propios de carácter inequívoco que haga pensar que los representantes legales de los menores han aceptado. La falta de citación de los representantes legales de los me-**

122. STS 179/1999 de 8 de marzo (RJ\1999\1855)

nores supone causa de anulabilidad. Los representantes legales de los menores tienen legitimación para impugnar la partición, pues no se dio confirmación expresa o tácita. Pudiera hablarse de complementariedad de la partición por la vía del art. 1079 CC, pero esta procede por omisión de bienes, pero no por infracción del art. 1057. 3 CC.

«Consecuencia de todo lo anterior es concluir que la partición infringió el art. 1057, que dicha infracción determina la anulabilidad de las operaciones, la cual ha sido ejercitada por persona legitimada, como es el padre de los incapaces, y que no es del caso producir un cambio jurisprudencial que permita aplicar el principio favor partitionis a supuestos que no tienen apoyo legal en los preceptos de los que se dedujo tan beneficioso principio».

STS 415/2011 de 8 de junio¹²³. En un supuesto de anulabilidad de la partición realizada por contador partidor por no haber designado un defensor judicial para los herederos menores de edad a efectos de su intervención en la formación de inventario. En primera instancia se declara la nulidad de la partición, pero la Audiencia Provincial entiende que no se declara la nulidad porque no se evidencia oposición de intereses entre la madre y los hijos menores. Dice que puede generar anulabilidad, pero no nulidad absoluta. No se ha producido vulneración del art. 1057.3 CC. **El Tribunal Supremo revoca la sentencia de la Audiencia y declara la nulidad de la partición.**

«Admite la Audiencia que, al adjudicarse bienes inmuebles a la viuda para el pago del usufructo viudal, se inobservó lo dispuesto en el artículo 839 del Código Civil, pero deja de pronunciarse sobre las consecuencias de tal infracción por el mero hecho de que la sentencia de primera instancia consideró tal conculcación como mero motivo de anulabilidad. Por el contrario, en cuanto a la falta de intervención de defensor judicial en interés de los

123. STS 415/2011 de 8 de junio (RJ\2011\4400)

menores, impuesta por el artículo 1057 del Código Civil, que dio lugar a que el Juzgado estimara la demanda declarando la nulidad de la partición, afirma que “no se ha evidenciado concluyentemente [esa] oposición de intereses entre la madre y sus hijos menores y, por otra, no deja de ser sorprendente que se esgrima la ineficacia de la partición por falta de intervención del defensor judicial cuando se carece de interés legítimo para ello, ya que no estamos ante un supuesto de nulidad absoluta, como se ha dejado expuesto”; todo ello tras razonar en el sentido de que en todo caso se trataría de un supuesto de anulabilidad, pero no de nulidad radical o absoluta “siendo llano que esta última ha sido la impetrada en el suplico del escrito iniciador del pleito”.

Sin embargo, tales argumentos no pueden ser compartidos y, por el contrario, se ha de considerar que **la partición efectuada incurre en la nulidad denunciada por la parte actora, en primer lugar por infringir claramente lo dispuesto en el artículo 839 del Código Civil, que determina las formas en que los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte en el usufructo, sin que lógicamente se puedan atribuir para ello bienes en propiedad sin el consentimiento expreso de todos los herederos, y en segundo lugar, porque faltó el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 1057, párrafo tercero, en cuanto a la formación de inventario por el contador partididor con citación de quien hubiera de ostentar la representación de los menores que, en este caso, siendo patente la posible oposición de intereses con la madre —pues incluso se liquidó allí la sociedad de gananciales que existía entre ésta y el causante— comportaba la necesidad de intervención de un defensor judicial; omisión que efectivamente puede generar anulabilidad, en cuanto pudiera ser subsanada por la conformidad posterior de los herederos y de dicho representante, pero no lo fue en el caso, sin que pueda negarse con carácter general la legitimación para el ejercicio de la acción de nulidad al coheredero que, como interesado en la partición, quedaría en otro caso, ante tal omisión, pendiente de una impugnación posterior por no haber sido salvaguardados los intereses de dichos menores.**

En consecuencia, el recurso ha de ser estimado, singularmente por **la infracción de los artículos 163 del Código Civil (sobre la necesidad de nombramiento de un defensor judicial), referido en el motivo primero; 1057, párrafo tercero, del mismo código (sobre la necesidad de intervención del defensor judicial de los menores para la práctica del inventario), a que alude el motivo tercero; y 1060 del mismo**

código, sobre la necesidad de aprobación judicial de la partición efectuada incluso en el supuesto de intervención del defensor judicial, salvo que el juez hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento, citado en los motivos segundo y tercero».

2.9 c) Nulidad por falta de liquidación previa de la sociedad de gananciales

Muchas de las impugnaciones a la validez de la partición tienen que ver con el hecho de no haber liquidado previamente los gananciales y la posible confusión o falta de identidad de patrimonios por este motivo, el patrimonio del causante y el patrimonio que pertenece al otro cónyuge tras la liquidación. No se puede repartir ni heredar bienes que no son del causante y pertenecen al otro cónyuge, salvando las situaciones de partición conjunta entre los esposos. Si esto se produce la partición puede ser declarada nula con nulidad absoluta o de pleno derecho. En el anterior apartado dedicamos parte de nuestro estudio a analizar esta cuestión. Sirva este punto como recordatorio y como apunte básico sobre una materia ya analizada¹²⁴.

STS 441/2009 de 12 de junio¹²⁵. En esta sentencia la esposa acciona contra los hijos del cónyuge pidiendo la nulidad de la partición por no haber realizado la previa liquidación de la sociedad de gananciales. La acción resulta estimada en primera instancia. La Audiencia revoca el fallo en primera instancia entendiendo que se había firmado un acuerdo consentido por todos, donde se habían dividido los bienes comenzando por los propios gananciales. Que este acuerdo tiene validez y sólo puede desvirtuarse alegando o probando un vicio del consentimiento y si esto se hubiese

124. Vid. anterior apartado 2.8 a) «Dos comunidades; derechos y cuotas en abstracto. Posible nulidad o ineficacia de la partición realizada sin previa liquidación de la sociedad de gananciales»

125. STS 441/2009 de 12 de junio (RJ/2009\3390)

producido ya ha pasado el plazo de 4 años del art. 1301 CC. En casación se insiste en la infracción el art. 1261 CC, en la nulidad de pleno derecho y en la imprescriptibilidad de la acción para hacerla valer. El Tribunal Supremo desestima la casación entendiendo que no se ha vulnerado ni el art. 6.3 CC, ni el art. 7 CC, ni el art. 1255 CC.

*«A juicio de la Audiencia, todas las partes que intervinieron en la partición y adjudicación de la herencia, a saber, la viuda y los hijos del causante, expresaron su voluntad de dividir los bienes referidos en la escritura, comenzando por los propios bienes gananciales. De este modo, **no cabe predicar la nulidad del acto de partición y división hereditaria, en tanto la liquidación de los bienes gananciales estaba consentida por todos los legitimados, sin que en modo alguno pueda declararse una inexistencia, al concurrir los elementos necesarios para la validez, es decir, consentimiento, objeto y causa.** Finalmente, razona la Audiencia que la demandante, en todo caso, podría alegar que el consentimiento prestado estaba viciado de error, en cuyo caso se predicaría una anulabilidad del contrato. Sin embargo, siendo que la acción de nulidad caduca a los cuatro años, dada la fecha en la que se consumó la división y adjudicación y división de la herencia (16 de septiembre de 1987) y la fecha de interposición de la demanda (25 de febrero de 2002), resulta que el plazo de caducidad ha transcurrido inexorablemente».*

STS 968/2002 de 17 de octubre¹²⁶. Los demandantes accionan pidiendo la nulidad de la partición por falta de liquidación de la sociedad de gananciales y subsidiariamente la rescisión por lesión por el mismo motivo relacionado con la inclusión de ciertas partidas. Tanto en primera como en segunda instancia se desestima la pretensión, no resulta procedente declarar la nulidad de la partición y tampoco la lesión puesto que no alega ni explica la lesión, no la cuantifica.

126. STS 968/2002 de 17 de octubre (R\2002\8968)

El Tribunal Supremo entiende que procede la nulidad por falta de un elemento esencial, infracción de norma imperativa o prohibitiva o vicio del consentimiento, defecto o falta de capacidad, pues se le aplican a la partición hereditaria las causas de nulidad e invalidez de los negocios jurídicos en general.

Estamos ante la existencia de un segundo matrimonio y se ha practicado la partición como si aquella comunidad ganancial nunca hubiera existido, sin determinar el patrimonio que correspondía al causante. El contador-partidor tiene entre sus facultades, la posibilidad de liquidar la sociedad de gananciales del primer matrimonio como trámite previo al segundo, pero ni siquiera se ha hecho ni se ha intentado, y entiende que se infringe el art. 1409 y 1431 CC, por lo que declara la nulidad de la partición.

«Antes de entrar en los motivos del recurso de casación es preciso clarificar la postura de esta Sala frente a una partición de la herencia del causante del que no se ha practicado previa o simultáneamente la liquidación de su comunidad de gananciales, sea ésta única o sean dos por haber concurrido dos matrimonios sucesivos. La nulidad de la partición no está regulada orgánicamente en el Código Civil, sino que se aplica la normativa general de la invalidez del negocio jurídico (así, la sentencia de 13 Jun. 1992 lo dice, refiriéndose a «las mismas causas que las de los contratos»). Se producirá, por tanto, cuando falta un elemento esencial, cuando se contravenga una norma imperativa o prohibitiva o cuando concorra con vicio del consentimiento o un defecto de capacidad.

Así ocurre en el presente: se practicó la partición de la herencia del causante D. Lorenzo O. P. de M. por el contador-partidor testamentario, sabiendo (había recibido un requerimiento notarial al respecto) que no se había liquidado la comunidad de gananciales formada por dicho causante y su primera esposa, fallecida en 1934, D.^a Rosario.

El artículo 1431 antiguo, coincidente con el texto del artículo 1409 vigente, contiene una norma de liquidación de más de una comunidad de gananciales correspondientes a varios matrimonios sucesivos; presupone la falta de exacta constancia de los patrimonios gananciales y establece una

primera exigencia de prueba y, subsidiariamente, una norma presuntiva. Nada se ha observado en el presente caso; simplemente se ha ignorado una evidente comunidad de gananciales que ciertamente existió y nadie pone en duda y se ha practicado una partición como si aquella no hubiera existido; es decir, sin la determinación del patrimonio que correspondía al causante, que no incluye a la parte (sus gananciales) que correspondía a su primer cónyuge.

En este sentido, es de tener en cuenta lo expresado en la sentencia de esta Sala de 8 Mar. 1995, que dice literalmente: «es también de tener en cuenta a estos efectos, que si entre las facultades de los albaceas-contadores-partidores entra la de liquidar la sociedad ganancial del causante y el cónyuge viudo (sentencias de 18 Abr. 1928, 10 Ene. 1934 y 17 Abr. 1947, además de DGRN RR 14 Mar. 1903, 30 Abr. 1906, 31 Ene. 1912 y 22 Ago. 1914), por la misma razón es evidente que en casos como el aquí comprendido deba también liquidar la sociedad de gananciales del primer matrimonio, como trámite previo a la del segundo, con intervención para ello de los partícipes —herederos— de la primera esposa del causante, y en la de la segunda sociedad ganancial de la viuda y herederos del segundo matrimonio, nada de lo cual se ha hecho ni tan siquiera intentado».

2.9 d) Nulidad por omisión de bienes o deficiente valoración de bienes

En el apartado relativo a la valoración de los bienes en la partición explicamos las acciones de impugnación de la partición relativa a diferencias de valor de los bienes, problemas en la valoración de los bienes y aparición posterior de nuevos bienes, relacionándolo con la acción de rescisión de la partición o la acción de adición o complemento del art. 1079 CC.

En esta sentencia que presentamos utilizamos el análisis a modo de muestra de una especial problemática ya estudiada¹²⁷.

127. Vid. anterior apartado 2.5 «Valoración de bienes en la partición. El avalúo. Dificultades en la valoración de ciertos bienes. Problemáticas»

STS de 27 de junio 1995¹²⁸. La sentencia señala que la omisión de bienes en la partición no tiene un plazo para hacerla valer puesto que la ley no señala un plazo perentorio, ya que no se trata de una nulidad ni de una anulabilidad, no sujeta a plazos de prescripción. El art. 1079 CC atiende no sólo a situaciones de omisión de bienes sino también de defectos en la valoración de ciertos bienes. Se deben incluir los bienes omitidos y esa rectificación se basa también en el principio de conservación de la partición, negando que sea éste un supuesto de rescisión del art. 1073 CC.

«(...) puesto que el artículo 1079, atendiendo a su redacción y a su espíritu abarca no sólo el supuesto de omisión de cosas en el inventario o en la partición, sino también a los defectos de valoración, siempre que como en el caso debatido la lesión o perjuicio no llegue a la cuarta parte. Se basa este criterio en el principio de conservación de la partición, salvo que se haya efectuado con olvido de las formalidades esenciales, lo que en el caso contemplado no se ha acreditado. Sin que en modo alguno pueda confundirse el supuesto de completar la partición con los bienes omitidos con el muy distinto de rescisión de la partición al que se refiere el artículo 1073, punto que no ha sido discutido en esta litis. En definitiva, teniendo en cuenta que la cuestión litigiosa consistió en que por haber omitido determinados bienes pertenecientes al caudal hereditario en la partición de fecha 4 de diciembre de 1978, la sentencia recurrida, aceptando sustancialmente lo resuelto por el Juez de primera instancia, estimó en parte la demanda y reconoció el derecho de las actoras ahora recurridas para incluir en la partición la totalidad de los bienes relictos de doña Agueda C. V., sin más diferencia que en lugar de 21 participaciones del total de 55 en las que idealmente se dividió la planta baja del Edificio España II, sito en Ronda de Levante de Murcia, procede incluir sólo 19, así como el puesto de atraque en el puerto de Tomás Maestre de la Manga del Mar Menor, y que tan solo tiene carácter ganancial aquella parte del negocio de

2.5 c) «Problemas en la valoración de ciertos bienes y por la aparición posterior de nuevos bienes. Acción de rescisión y acción de adición o complemento»
128. STS de 27 de junio de 1995 (RJ\1995\5307)

enseñanza conocido como Colegio de San José, que en ejecución de sentencia se señale como incremento de valor del inicial negocio, a partir de 27 de octubre de 1944 hasta la fecha del fallecimiento de doña Agueda C. (el 19 de marzo de 1978), según las bases que la Sala “a quo” señala en el fundamento octavo de su sentencia. Sin que nada obste en los motivos alegados para modificar esos pronunciamientos, debiendo ser aquéllos desestimados».

2.9 e) Nulidad en casos de partición consensual

STS 249/2003 de 13 de marzo¹²⁹. Se plantea en este caso la posible nulidad de una partición por haber sido ya objeto previamente de un acuerdo, partición convencional y por ello por inexistencia de una previa comunidad hereditaria sobre la que repartir y hacer asignación concreta de bienes. Se había realizado escritura particional por la viuda del causante y el contador partidor. Se alega la existencia de una previa partición convencional. Los herederos junto con el contador partidor redactan un acuerdo de partición en el siguiente sentido: «los herederos encargan mancomunadamente a D., D. y D. y la persona que pudiera designar D. y D. para que redacte y protocolice el oportuno cuaderno particional, así como los demás documentos complementarios de lo aquí convenidos antes del 15 de octubre de 1989». En 1990 realizan otra partición, cuando ya se había hecho la partición convencional y la liquidación de los bienes gananciales. Esta partición se realiza por la viuda y por contador partidor sin hacer mención alguna al anterior acuerdo.

La partición convencional del art. 1058 CC no requiere forma alguna para su validez, pero sí es necesaria esta forma para su acceso a los registros públicos.

La aplicación del criterio restrictivo de la ineficacia de la partición, lleva al tribunal a mantener la validez de la partición convencional realizada en 1989.

129. STS 249/2003 de 13 de marzo (RJ\2003\2582)

A la partición de la herencia se le aplica las causas de nulidad o el régimen de ineficacia de los contratos.

Se trata de una partición realizada **por el comisario contador-partidor una partición de la herencia con liquidación de gananciales, en un momento (1990) en que ya se había practicado la partición convencional y liquidación de gananciales por los propios interesados (en 1989) mayores de edad. Y en la escritura de 1990, no compareció el primero de consuno con los demás, como mandatario para ejecutar la partición convencional, sino que lo hizo solo, como contador-partidor, con la viuda y ambos «aprueban y ratifican en su integridad el cuaderno protocolizado» que ellos mismos han redactado. En ningún caso hacen mención de la partición convencional hecha anteriormente.**

«Consecuencia de ello, dos de los hermanos, D. José Luis y D. Gabriel G. A. han formulado demanda contra el que fue comisario-contador partidor, contra la viuda, su madre, y contra el resto de los hermanos, en pretensión de la nulidad de la partición hecha por los dos primeros y de los actos dispositivos basados en la misma. Cuya demanda ha sido estimada por la sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 18ª, de Madrid, en sentencia de 24 Jun. 1998. Contra la misma, algunos de los hermanos han formulado el presente recurso de casación.

*El testador, en su testamento, previó la partición por comisario-contador partidor, contemplada en el artículo 1057 del Código Civil. Transcurridas las prórrogas y, por ende, el plazo para realizarla, el propio contador-partidor, la viuda del causante y todos los hijos, herederos, practican la partición convencional, que contempla el artículo 1058, como negocio jurídico plurilateral que se plasma en el documento privado de 13 Jul. 1989. Por tanto, en este momento se ha extinguido la comunidad hereditaria y se han atribuido a los distintos sujetos —la viuda, respecto a sus gananciales y a su usufructo y los coherederos— la titularidad de los bienes y derechos que se le han adjudicado, tal como expresa el artículo 1068 y lo reiteran las sentencias de 16 May. 1991, 5 Nov. 1992 y 31 Ene. 1994. **Esta partición convencional no requiere una forma especial para su validez, sin perjuicio de que una escritura pública la dote de autenticidad y de acceso a los registros públicos.** Por ello, en la partición se encarga al que*

había sido nombrado contador-partidor y a otras personas que, mancomunadamente, redacten y protocolicen el cuaderno particional en ejecución de la partición convencional.

En consecuencia, cuando el que había sido contador partidor y la viuda, ante Notario, presentan un cuaderno particional como contador-partidor el primero y en su nombre y derecho la segunda, están partiendo una herencia que ya ha sido objeto de partición. Ni el primero puede actuar ya como contador partidor ni la segunda puede actuar por sí sola en una partición, que ya había sido practicada. La nulidad es, pues, evidente. Tal como dice la sentencia de 13 Jun. 1992 y reitera la de 17 Oct. 2002, “La nulidad de la partición no está regulada orgánicamente en el Código Civil sino que se aplica la normativa general de la invalidez del negocio jurídico (así, la sentencia de 13 Jun. 1992 lo dice, refiriéndose a ‘las mismas causas que las de los contratos’). Se producirá, por tanto, cuando falta un elemento esencial, cuando se contravenga una norma imperativa o prohibitiva o cuando concurra con vicio del consentimiento o un defecto de capacidad”. En este caso, falta el presupuesto esencial de una comunidad hereditaria que partir, ya que la partición estaba ya hecha. Si fuera una simple ejecución, está hecha por quienes no tenían derecho a ello».

STS 2002/2008 de 5 de diciembre¹³⁰. En esta sentencia se pide la nulidad de la partición o subsidiariamente la anulabilidad de la partición. Estamos ante una partición convencional del art. 1058 CC realizada de común acuerdo por los hijos, herederos testamentarios y dos de los tres albaceas nombrados por el testador. El tercer albacea contador partidor impugna la partición. Ni en Primera instancia, ni la Audiencia ni el Tribunal Supremo entiende que pueda ser atacada la validez de esta partición. El testador dispuso que podían intervenir dos de los tres contadores albaceas o los tres conjuntamente. **Entiende el Tribunal que «la aprobación de la partición por los interesados de las operaciones particionales pone término a las labores de los albaceas contadores partidores».** No podemos hablar en este caso de partición nula, aunque

130. STS 2002/2008 de 5 de diciembre (RJ/2008/6974)

haya errores en la valoración de bienes u omisiones de bienes, porque los herederos pueden repartirse la herencia como estimen conveniente. No tiene legitimación el tercer albacea para impugnar esta partición.

«Así las cosas, no es razonable que la actora D^a. Fátima, pretenda en este litigio la nulidad absoluta o relativa de la partición por entender que el haber hereditario se había calculado erróneamente con arreglo al art. 818 del Código civil, pues a los bienes dejados por el causante no se sumaron las donaciones hechas en vida por él a sus hijos y herederos. Esta Sala ha declarado que la aprobación por los interesados de las operaciones particionales pone término a las labores de los albaceas contadores particionales, “sin que les sea lícito practicar nuevas operaciones que modifiquen o sustituyan a las ya aprobadas aunque hayan incurrido en éstas en errores de valoración, omisión de bienes o adjudicación indebida, cuya enmienda, como el ejercicio de las acciones que de ella se deriven corresponde a los herederos” (sentencia de 14 de febrero de 1952). En la misma línea, también ha negado legitimación pasiva al contador partidor una vez efectuada la partición, pues se extingue el “interés legítimo” que le vinculaba a la misma (sentencias 15 de julio de 1988 y 28 de mayo de 2004). Si todo ello se dice respecto del contador partidor que ha desarrollado sus funciones como tal hasta la partición, con mayor lógica se ha de aplicar a un caso como el litigioso en que la figura del contador partidor se ha limitado a “intervenir” en una partición acordada y llevada a la práctica por los herederos, en modo alguno a partir, y son estos los que pueden distribuirse la herencia como estimen conveniente, por lo que no hay obstáculo legal para que, de común acuerdo, no computen como bienes de la misma las donaciones que les hizo el causante».

2.9 f) Nulidad en partición por contador partidor

STS 665/2009 de 26 de octubre¹³¹. En esta sentencia se pide la nulidad de la partición realizada por contador partidor

131. STS 665/2009 de 26 de octubre(RJ)2009\5707)

alegando la extralimitación de funciones. El contador partidor había creado un derecho de usufructo para solucionar el problema habitacional de la anciana madre con el consentimiento de los herederos. No se trata de una partición convencional. El contador partidor no tiene funciones dispositivas, pero plasma el acuerdo de los herederos creando este usufructo. El Tribunal Supremo no declara la nulidad de la partición.

«El fondo de la cuestión planteada se refiere a si el contador partidor tenía o no facultades para crear un usufructo y atribuirlo a una de las coherederas, siendo así que en el testamento de la causante no se preveía esta posibilidad.

En principio, la regla general es que el contador partidor no tiene facultades dispositivas, por lo que, si no hubiera existido el consentimiento de los coherederos, la creación de este derecho real en la partición no hubiera sido válida. Pero las coherederas como tales sí ostentaban estas facultades, como tales herederas. De ahí que la partición ha de ajustarse al testamento, a no ser que los coherederos estén de acuerdo en la creación de todo tipo de derechos reales.

Entramos aquí en una segunda cuestión, también puesta de relieve por la recurrente, pero que incide de nuevo en problemas probatorios: la voluntad de los coherederos debe manifestarse, cosa que ocurrió en el presente caso, puesto que la sentencia recurrida considera probada la existencia de un acuerdo entre las herederas para solucionar el problema de vivienda que planteaba la anciana madre de la recurrente, y es de hacer notar que este pacto no ha sido negado por D^a Catalina. De este modo el contador partidor se ha limitado a plasmar jurídicamente en el cuaderno particional la voluntad de las herederas, tesis de la sentencia recurrida, que así lo considera, ya que las herederas, en su pacto, habrían ya dispuesto de los bienes hereditarios, creando el usufructo cuestionado, para lo que tenían plena facultad.

“(…) porque la partición otorgada por el contador partidor es unilateral y no requiere el consentimiento ni la asistencia de los herederos, por lo que no puede nunca infringirse el aspecto que la recurrente califica como ‘contractual’ de la partición, porque esta naturaleza no concurre en este tipo de partición”».

STS 777/2007 de 27 de junio¹³². En este supuesto se pide la nulidad de la partición realizada por contador partidador dirimente en el juicio de testamentaria. Entiende el Tribunal que no existe defecto ni vicio invalidante ni extralimitación en la valoración de los bienes. El contador partidador dirimente actúa conforme al art. 1078 LEC sin que se vea limitado por la valoración que hagan las partes y debe atender al conjunto de la partición.

«Primer grupo: motivos segundo y cuarto, relativos a combatir directamente el cuaderno particional impugnado, del contador dirimente. Se alegan como infringidos los artículos 1061 y 1063 del Código civil y 1078 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativos al principio de igualdad y proporcionalidad de los lotes y a la partición hecha por el contador-dirimente. No aparece infracción alguna del tales normas: el contador-dirimente ha formulado, con arreglo a derecho, las operaciones particionales, como exige el artículo 1078 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sin que se vea limitarlo por unas concretas valoraciones de las partes, sino que debe atender al conjunto de la partición, guardando la posible igualdad, como impone el artículo 1061 del Código civil y matiza la jurisprudencia (especialmente en sentencias de 25 de noviembre de 2004 y 2 de noviembre de 2005) e incluyendo toda clase de frutos, como establece el artículo 1063 e insiste la jurisprudencia (sentencia 25 de julio de 2002)».

STS 27 mayo 1968¹³³. Estima esta sentencia que la partición realizada por contador partidador no es nula ni anulable, porque el contador partidador se subroga y reemplaza al testador *post mortem* y realiza la partición según las normas del testador. Los herederos podrán impugnar la partición por lesión, anularla o rescindirla dentro del plazo legal estipulado, pero la partición no está sujeta al consentimiento de los herederos. Trascurrido el plazo de su posible impugnación se

132. STS 777/2007 de 27 de junio (RJ\2007\3785)

133. STS de 27 de mayo de 1968 (RJ\2021\4236)

hace eficaz. No está afectada de vulneraciones capaces de provocar su nulidad absoluta.

«A) Que la ausencia, dentro del Código Civil, de una teoría general sobre la nulidad de los actos jurídicos, ha tenido que suplirse, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, apoyándose en preceptos dispuestos del propio Código, fijando el matiz absoluto o relativo que puede ofrecer tal nulidad y relacionando su posibilidad con los diversos elementos que integran la relación jurídica, y así se ha puntualizado que la nulidad absoluta se pueda apreciar en orden al “sujeto” (cuando el realizador del acto carece de titularidad para llevarlo a cabo), al “objeto” (si el acto contiene materia ilícita, contraria al orden público o que resulte imposible en el aspecto físico o repudiable en el moral); a la “causa” (si ésta no existe o es ilícita o totalmente falsa) y hasta a la “forma” en los casos excepcionales en que ésta es absolutamente necesaria para la validez del acto; fuera de todas estas hipótesis, el acto jurídico, si advino con algún vicio o produjo alguna lesión a un derecho protegido, será simplemente «anulable», dentro de los requisitos de tiempo y forma que la Ley, para cada caso, establece, siendo la posibilidad de subsanación o confirmación la que principalmente señala la línea divisoria entre las dos especies de nulidad. B) Por otra parte, y circunscrita la posible nulidad a la partición efectuada por contador, designado al efecto en el testamento, por el causante de, la herencia, hay que tener presente que tal contador subroga y reemplaza “post mortem” a la persona del “de cuius” y ostenta sus mismas facultades para llevar a efecto la partición, dentro de las normas señaladas por aquél y sin necesidad, para su validez, de asistencia o anuencia de los herederos, a quiénes, no obstante, queda a salvo su derecho de impugnarla en juicio, por defecto o lesión capaz de anularla o rescindirla, pero ello dentro del plazo de duración que la Ley concede a la oportuna acción impugnatoria, transcurrido el cual la partición se ofrece como incontestable; puede decirse, en suma, que la total y definitiva eficacia de la partición, realizada por contador testamentario, no requiere confirmación alguna de los herederos y basta por ello la inacción de los mismos, mientras dura la acción impugnatoria que la Ley al efecto concede, a los interesados en la sucesión. C) Que por ello, en el caso de autos, realizada la partición por uno de los contadores partidores, nombrados solidariamente por el testador, sin que en la misma se contenga nada

ilícito, inmoral ni abiertamente contrario a la voluntad del causante y sin más intervención que la obligada del cónyuge sobreviviente, para proceder a liquidar la sociedad legal de gananciales; formalizada por escritura pública tal partición, posesionados los partícipes de los bienes adjudicados y transcurrido, con exceso, el plazo de duración de la acción, para denunciar cualquier vicio concurrente o lesión resultante de ella, la partición se hizo total y definitivamente eficaz y ya no cabe denunciar con éxito su nulidad, ni aun con ese carácter absoluto que en nada se desprende de los hechos resultantes de autos, por lo que, al no existir las infracciones legales que en el motivo se aducen, éste resulta inviable».

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁ RUBIO, M.J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. B., «La partición extrajudicial», O'Callaghan Muñoz, x., (dir.) *La partición de la herencia*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, págs. 135-298.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., «Sólo el testador puede partir su herencia», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, núm. 71, 1974.
- ALBERRUCHE DÍAZ FLORES, M., «La rescisión de la partición hereditaria por lesión en más de una cuarta parte», *Actualidad civil* n° 11, noviembre 2014, págs. 1-10.
- ASOCIACIÓN PROFESORES DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, 2018.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., coord. por, *Manual de Derecho Civil, Sucesiones*, Bercal S.A., Madrid, 2015.
- BLASCO GASCÓ, F. de P., *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, coord. por, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, ed. La Ley, 2007.
- CARBALLO FIDALGO, L. *Las facultades del contador partidor testamentario*, Madrid, 1999.
- CARDÓS ELENA, J.M., «Notas sobre la utilidad de la donación-partición y de la partición bilateral en el derecho civil común», *Actualidad*

- Jurídica Iberoamericana* N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, págs. 288-319. AJI20bis_9.pdf
- CASADO CASADO, B.,
- Tema 10, «Las fases del fenómeno sucesorio (VII). La partición hereditaria», en *Manual de Derecho de Sucesiones*, Con materiales adicionales on line, dirigidos por RUIZ-RICO RUIZ, ALBIEZ DOHRMANN y QUESADA SÁNCHEZ, Atelier, Barcelona, 2025, págs. 207 y ss.
 - *La transmisión en vida de bienes inmuebles de padres a hijos como sucesión anticipada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- CUENA CASAS, M., *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 1732. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/uma/56964?>
- CUTILLASS TORNIS, J.M., *La partición parcial de la herencia y su impugnación por lesión*, Tirant lo Blanch. Valencia, 1998.
- DÍEZ SOTO, C.M., «La partición realizada por el propio testador en el CC», en *Libro Homenaje a Vicente Montés*, Tomo I, Valencia, 2011.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.,
- *La partición convencional*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019.
 - «Algunos aspectos de la eficacia y el régimen jurídico de la partición hecha por el testador, Comentario a la STS de 23 de febrero de 1999, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 53, 2000.
- ESPEJO RUIZ, M., «Invalidez de la partición hereditaria realizada por contador partidor por preterición de un heredero o por inclusión de un heredero que no lo es», en GONZÁLEZ PORRAS, J.M, MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., (Dirs.) *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España, Murcia. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, págs. 1725-1741.
- FERNÁNDEZ HIERRO, J.M. *La partición*, Comares, 2009.
- DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO. M.S., *La partición hereditaria como justo título de la usucapión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003
- GALICIA AIZPURUA, G.,
- «Comentario a los arts. 1074-1081» en *Código Civil Comentado*, Cañizares Laso, Pablo Contreras (coord.) Volumen II, 2ª edición, Civitas, Navarra, 2016, págs. 1739 y ss.

- «Una propuesta doctrinal de reforma del Régimen Sucesorio del Código Civil español», en artículo reforma sucesiones 2024.pdf
- GARCÍA PÉREZ, C.L., «Impugnación división injusta realizada por contador partidor testamentario», en *Libro Homenaje al profesor Albaladejo García*, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 2004, págs. 1907 y ss.
- GETE ALONSO Y CALERA, M.C (Dir.) y SOLÉ RESINA J. *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II, segunda edición, (Código civil y normativa autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y País Vasco), Civitas, Thomson Reuteur, Navarra, 2016.
- GÓMEZ LINACERO, A., *La ineficacia y rescisión de la partición hereditaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M., «Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador por actos inter vivos», *Revista de Derecho privado*, núm. 447, 1954, págs. 499-501.
- GONZÁLEZ VALVERDE, A.: «En torno a la transformación de la comunidad hereditaria en comunidad o comunidades ordinarias», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 778, 2020, pp. 781-850.
- GONZÁLEZ LOSANTOS, L., «Ineficacia de la partición hereditaria: en especial de la partición convencional», en *Revista Jurídica del Notariado*, número 111, julio-diciembre 2020, págs. 395-452.
- LACRUZ/RAMS, *Elementos de Derecho Civil*, Volumen V, Derecho de Sucesiones, 5ª edición, Barcelona, 1993.
- LASARTE, C., dir., *El Derecho de Sucesiones Contemporáneo, Aspectos civiles y fiscales*, coord. por Francisco Javier Jiménez Muñoz y Antonio Rodríguez González, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- LETE ACHIRICA, J., «Comunidad hereditaria y partición», *Tratado de Derecho de Sucesiones*, coord. Gete-Alonso y Calera, Solé Resina, Navarra, 2011, págs. 2547-2602.
- LLEDÓ YAGÜE, F., *La comunidad hereditaria y la partición de herencia*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1993.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, *Derecho de Sucesiones*, coord. por V. Montés, Valencia, 1992.
- LÓPEZ PELÁEZ, P., «La partición realizada por el propio testador en actos inter vivos y su problemática», *Revista de Derecho Civil*, vol. 10, 2023, págs.161-162.

- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., Tema 11 «Los sujetos de la Sucesión», en *Manual de Derecho de Sucesiones*, Con materiales adicionales on line, dirigidos por RUIZ-RICO RUIZ, ALBIEZ DOHRMANN y QUESADA SÁNCHEZ, Atelier, Barcelona, 2025, pp.231 y ss.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «Partición hereditaria, conceptos generales, operaciones particionales y tipos de partición», y «La partición hereditaria, efectos. Invalidez e ineficacia. La colación», en *Curso de Derecho Civil* (V), Madrid, 2016, págs. 443 y ss.
- MARTÍNEZ DEL TORO, S., «La partición de la herencia», *Actualidad Civil*, nº 4, la Ley 3263/2018, 2018, págs. 1-20.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., «La partición de la herencia: un estudio jurisprudencial», en *ADC*, Tomo LXXII, fasc. 4, 2019, págs. 1247-1329.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., coord. por., *La partición de la herencia*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2009. Capítulo I, «La partición de la herencia».
- OLIVA BLÁZQUEZ, F.:
- «La partición», en López y López Ángel M. (ed.): *Derecho de sucesiones*. (3ª Edición) Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 215-241.
 - «Rescisión por lesión de la partición hereditaria y favor partitionis», *Diario La Ley* 447/2015, 2015, págs. 1-12.
- ORDUÑA MORENO, F.J., *La responsabilidad por evicción y la partición de la herencia (con el tratamiento de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, Marcial Pons, Barcelona, 1990.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, Madrid, 1967.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Partición y Registro de la Propiedad: doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado*, Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019.
- REBOLLEDO VARELA, A.L. «Partición por el testador: redacción del testamento e interpretación de la voluntad manifestada (una perspectiva práctica a la luz de la Jurisprudencia)», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* núm. 20, febrero 2024, pp. 783 y 784, disponible en [AJI20_Art_24.pdf](#).
- REYES GUZMÁN, P., «Hacia una mejora en la partición de la herencia», en *Diario La Ley*, número 10375, octubre, 2023, págs. 1-7.

- RUBIO GARRIDO, T.: *La partición de la herencia*. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- ROBLES LATORRE, Pedro, comentario a los arts. 1068-1081CC, en *Jurisprudencia Civil Comentada*, segunda edición, Tomo II, dir. Pasquau Liaño, Comares, Granada, 2009, págs. 1783 y ss.
- RODRIGUEZ ADRADOS, A.: «La partición hecha por el testador», *Revista de Derecho Notarial*, 1970, p. 224.
- RUIZ RICO-RUIZ, J.M.: Tema 3, «Los sujetos de la Sucesión», en *Manual de Derecho de Sucesiones*, Con materiales adicionales on line, dirigidos por RUIZ-RICO RUIZ, ALBIEZ DOHRMANN y QUESADA SÁNCHEZ, Atelier, Barcelona, 2025, pp. 83-102.

JURISPRUDENCIA

STS 784/2025, de 19 de mayo JUR\2025\125577
STS 13/2025, de 7 de enero JUR\2025\996
STS 164/2025, de 3 de febrero TOL10.400.076
STS 1576/2024, de 20 de noviembre TOL10.302.780
STS 1378/2024, de 21 de octubre TOL10.248.898
STS 53/2024, de 19 de febrero RJ 2024/ 126475
STS 1554/2023, de 13 de noviembre JUR\2023\437557
STS 807/2023, de 24 de mayo RJ 2023/3724
STS 279/2023, de 21 de febrero RJ\2023\2949
STS 198/2023, de 9 de febrero TOL9.398.563
STS 184/2022, de 3 de marzo RJ\2022\1164
STS 280/2022, de 4 de abril RJ2022/3467
STS 691/2020, de 21 de diciembre TOL8.251.440
STS 196/2020, de 26 de mayo TOL7.966.068
STS 115/2016, de 18 de marzo RJ\2010\2409
STS 4 de mayo 2016 TOL5.718.294
STS 254/2014, de 3 de septiembre (RJ\2014\4795)
STS 108/2014, de 19 de febrero, RJ\2014\2505
STS 10 de junio de 2013
STS 6 de mayo de 2013 RJ 2013, 8072
STS 524/2012, de 18 de julio RJ\2012\8364
STS 15/2012, de 20 de enero RJ\2012\1899

STS 415/2011, de 8 de junio RJ\2011\4400
STS 325/2010, de 31 de mayo RJ\2010\2653
STS 115/2010, de 18 de marzo RJ\2010\2409
STS 665/2009, de 26 de octubre RJ\2009\5707
STS 441/2009, de 12 de junio RJ\2009\3390
STS 2002/2008, de 5 de diciembre RJ\2008\6974
STS 921/2008, de 14 de octubre
STS 252/2008, de 4 de abril RJ\2008\2944
STS 777/2007, de 27 de junio RJ\2007\3785
STS 1093/2006, de 7 de noviembre RJ\2006\9165
STS 641/2006, de 15 de junio RJ\2006\3538
STS 642/2006, de 12 de junio TOL961.863
STS 24 enero 2006 TOL816.720
STS 954/2005, de 14 de diciembre RJ\2006\300
STS 119/2005, de 24 de febrero RJ\2005\4031
STS 461/2004, de 28 de mayo RJ 2004\3978
STS 417/2004, de 28 de mayo RJ\2004\3551
STS 249/2003, de 13 de marzo RJ\2003\2582
STS 1185/2002, de 11 de diciembre RJ\2002\10928
STS 994/2002, de 22 de octubre RJ\2002\8970
STS 968/2002, de 17 de octubre RJ\2002\8968
STS 14 mayo 2001, en <https://vlex.es/vid/division-herencia-maniobra-falaz-15206274?>
STS 239/2001, de 16 de marzo RJ\2001\3199
STS 203/2001, de 8 de marzo RJ\2001\2597
STS 1169/2000, de 15 de diciembre RJ\2004\74
STS 179/1999, de 8 de marzo RJ\1999\1855
STS de 27 de junio de 1995 RJ\1995\5307
La STS 30 enero 1995 TOL1.668.310
STS 9 de abril de 1990 RJ\1990\2707
STS 717/1986, de 7 de julio TOL1.735.885
STS 6 de abril de 1984 RJ\1984\1934
STS de 27 de mayo de 1968 RJ\2021\4236
STS 29 octubre 1960 RJ 1960/3447
SAP Pontevedra 100/2024 de 23 de febrero TOL10.022.187
SAP Las Palmas 274/2022 de 25 de marzo JUR\2023\5582

SAP Lugo 267/2021, de 1 de junio TOL8.530.953.

SAP Vizcaya 278/2017 de 28 de junio TOL6.357.712

SAP Alicante, 606/2002, de 4 de noviembre AC\2003\113

SAP Valladolid, 31 de mayo 1999 LA LEY 88038/1999

