

SERVICIO DE FORMACION CONTINUA  
ESCUELA JUDICIAL

*CONCLUSIONES*  
*SEMINARIO*

---

**CUESTIONES PRÁCTICAS DERIVADAS DE LA  
APLICACIÓN DEL DERECHO DE SUCESIONES.  
ESPECIAL REFERENCIA A LA DIVISIÓN DE  
PATRIMONIOS Y PARTICIÓN HEREDITARIA**

Madrid, 2, 3 y 4 de marzo de 2011

**Coordinador: D. Luis Carlos Tejedor Muñoz. Magistrado**  
**Relatora: María Carmen Borjabad García. Magistrada**

# **ÍNDICE:**

## **INTRODUCCIÓN**

**I** Jurisdicción y Competencia.

**II** ¿Quién puede instar la partición judicial?.

**III** Personas no legitimadas.

**IV** Personas silenciadas por L.E.Civil.

**V** Posición jurídica de los Acreedores.

**VI** Herencia Yacente y cierta doctrina Dirección General de Registros y Notariado.

**VII** De la acumulación de procesos singulares a procesos universales Art. 98.2 L.E.Civil.

**VIII** Incidencia de la liquidación del Régimen Económico-Matrimonial.

**IX** Acción de división de herencia y acción de división de cosa común.

**X** Partición de Herencia innecesaria.

## **PROCEDIMIENTO**

- I** Admisión a trámite de la solicitud.
- II** ¿Formación de inventario o convocatoria de Junta para designar Contador-partidor?
- III** Convocatoria a Junta para designar Contador-partidor y Peritos.
- IV** Avalúo.
- V** Aprobación/Impugnación operaciones divisorias.
- VI** Impugnación de la Partición Judicial.
- VII** Intervención Judicial del Caudal Hereditario.
  - Formación de inventario.
  - Nombramiento de Administrador.
- VIII** Cesación de la intervención judicial de la herencia.

SE- 11021

“ Cuestiones prácticas derivadas de la aplicación del Derecho de Sucesiones. Especial referencia a la división de patrimonios y partición hereditaria”.

Celebrado en Madrid de 2 a 4 de marzo de 2011, dentro del programa de Formación Continua para Jueces y Magistrados:

ASISTENTES: 16

ATARES GARCÍA, EVA MARÍA  
CASTILLO GONZÁLEZ, MARÍA VILMA DEL  
FERNÁNDEZ-PORTO VÁZQUEZ, ANA  
FUENTES ARENAS, ANA MARÍA  
GARCÍA SOLANO, ÁNGELES ROSA  
GONZÁLEZ MARTÍN, LUIS AURELIO  
HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, MARÍA VICTORIA  
MARRERO FUMERO, CARMEN ROSA  
MOLINS GARCÍA ATANCE, EMILIO  
PASQUAU LIAÑO, MIGUEL  
SÁNCHEZ CONESA, RAÚL  
SÁNCHEZ GUCEMA, YOLANDA  
SANTOS BORLÁN, MARÍA ISABEL  
SIERRA SERRANO, MARGARITA  
TORRES VARGAS, LUISA MARÍA  
VELASCO RODRÍGUEZ, MARÍA ASUNCIÓN

**Coordinador:** D. LUIS CARLOS TEJEDOR MUÑOZ, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Valladolid

**Relatora:** D.<sup>a</sup> CARMEN BORJABAD GARCÍA, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Salamanca.

## INTRODUCCIÓN

El objetivo del Seminario, es la dimensión práctica y útil para los miembros de la carrera judicial a la hora de afrontar cuestiones procesales en la división judicial de la Herencia, tomando como referencia el criterio simplificador recogido en la Ley Enjuiciamiento Civil 1/2000 y ulteriores reformas, que pretende **impregnar a los juicios sucesorios de sencillez, claridad y agilidad**, reduciendo a 24 los 170 artículos de la vieja ley; en su Exposición de motivos justifica la innovación legislativa diciendo que para la división judicial de la herencia diseña un procedimiento mucho más simple y menos costoso que el juicio de testamentaria y junto a aquél regula otro específicamente concebido para servir de cauce a la liquidación judicial del régimen económico matrimonial: (Permanecen vigentes los arts. 977 a 1000 de L.E.Civil, 1981 hasta que se promulgue la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria).

El proceso de división de herencia se configura como un proceso de Jurisdicción Contenciosa, de carácter especial y sumario.

### I.- Jurisdicción y Competencia.

¿Cuándo conocen los Tribunales españoles en materia de sucesiones?

Los Tribunales españoles tendrán jurisdicción en materia de sucesiones cuando el causante haya tenido su último domicilio en España o posea bienes inmuebles en España. (Art. 22.3 L.O.P.J.).

La competencia objetiva, corresponde a los juzgados de primera instancia (art. 85 L.O.P.J. Y 45 L.E.Civil) y **la territorial** art. 52.1 L.E.Civil establece un **fuero especial indisponible** que excluye la sumisión expresa o tácita y que ha de ser apreciada de oficio.

El actor puede **optar** entre el juzgado del lugar donde radique la mayor parte de los bienes o donde tuvo el difunto su último domicilio. (Auto T. Supremo 25.02.2005 reiterado Auto 7.06.2007) sin necesidad de que el último domicilio se hallare en el extranjero.

### II ¿ Quien puede instar la partición judicial?

Art. 782 L.E.Civil, frente a la legislación anterior reduce el círculo de legitimados activamente para promover juicio divisorio a los herederos y a Legatarios de parte alícuota.

Se la niega de manera explícita a acreedores y no menciona al cónyuge

supérstite.

La expresión coheredero elimina la partición con heredero único.

¿Y el heredero afectado por una **condición**? Si los herederos están afectados por una condición resolutoria impuesta testamentariamente pueden instar la partición pero la adjudicación de bienes a su favor no será definitiva.

¿Y si todos los herederos concurren bajo **condición suspensiva**?. No puede efectuarse la partición hasta que el hecho futuro e incierto se cumpla, pues hacerla entonces no adquieren la cualidad de herederos (art. 1054 C.Civil).

Muy ilustrativa RDGRN 16 julio 1991.

- Cuando muere un coheredero antes de partir la herencia y deja herederos ¿quién puede pedir la partición?. Bastará que uno de éstos la pida, pero todos los que intervengan deben comparecer bajo una sola representación.

Si el **fallecimiento tiene lugar una vez promovida la partición judicial**, se producirá una sucesión procesal *mortis causa* del art. 16 (competencia del Secretario sobre la suspensión del procedimiento y notificación, así como el alzamiento de la suspensión).

### **Cesionario del coheredero.**

El cedente de su derecho hereditario que enajena su cuota indivisa del caudal, no puede pedir la partición que ha transmitido y perdido su titularidad, pero el **cesionario** de la cuota hereditaria en abstracto es parte en la partición, pues se subroga en la posición del cedente al no haber ejecutado los restantes herederos el derecho de retracto que les otorga el art. 1067 C.Civil.

La jurisprudencia concede legitimación al cesionario para instar la partición, concurrir a la misma y oponerse a la práctica sin su intervención. Si la cesión tiene lugar una vez instada la partición judicial se producirá una sucesión procesal “*inter vivos*”. Art. 17 L.E.Civil.

- ¿Puede el fiduciario, como heredero temporal y con limitación de las facultades dispositivas sobre los bienes de la herencia fideicomitidos instar la partición? Sí puede instar la partición.

- ¿Y el fideicomisario?

También en la sustitución pura, si está determinado y vive al fallecer el testador, pero no en la sustitución condicional y está vinculado al heredero bajo condición suspensiva.

### **- ¿El legitimario puede promover el juicio divisorio?.**

En su condición de heredero forzoso puede promover juicio divisorio. A excepción de que la legítima le hubiere sido satisfecha por vía de donación (que no sea de cuota hereditaria)

o por legado (que no sea de parte alícuota) o por institución de cosa cierta y determinada (art. 768 C. Civil).

El **legatario de parte alícuota**, no es un heredero pero goza de legitimación activa para promover la partición judicial, pues hasta que no se liquide la herencia del causante no puede realizar su derecho y convertir su participación ideal en bienes concretos. No responde de las deudas hereditarias, aunque le afectan porque reducen el caudal sobre el que calculará su participación.

### **III. Personas no legitimadas**

No está legitimado el heredero potencial (art. 782.2 L.E.C.) se exige que a la solicitud se acompañe el documento que acredite la condición de heredero o de parte alícuota del solicitante. Los parientes con posibilidades de heredar tienen que haber obtenido la declaración formal de herederos *ab intestato* y acompañar la documentación pertinente a la solicitud inicial.

Tampoco lo está el legatario que no sea de parte alícuota. Ni el heredero instituido en cosa cierta y determinada (art. 768 C. Civil se asimila al legatario). Tampoco el legatario de cosa cierta, pues sólo se le faculta para exigir la entrega al heredero o al albacea autorizado para darla y para promover la anotación preventiva de su derecho.

Ni el albacea, ni el Ministerio Fiscal gozan de legitimación para solicitar la partición judicial. El **Ministerio Fiscal** sólo interviene en el proceso, una vez instado, en defensa de menores e incapacitados, mientras carezcan de representantes, o de ausentes mientras no se personen.

### **IV. Personas silenciadas por la L.E.Civil: el **cónyuge viudo****

A diferencia de la legislación derogada no está previsto en el art. 782.1 L.E.Civil.

El art. 807 del Código Civil le confiere la condición de heredero forzoso, con independencia de la cuantía de los bienes que conforman su legítima, y por otra parte el art. 782 no lo excluye, la correlación de ambos preceptos le confiere legitimación para instar la partición judicial de la herencia, con independencia de su legítima.

Aparece expresamente citado. Art. 783.2 (convocatoria de junta para designar contador y peritos).

Art. 793.1 (citación para formación de inventario... el cónyuge sobreviviente).

Mayoritariamente las Audiencias Provinciales se muestran favorables.

(S.A.P. Valencia Sección 6ª, de 13.10.2008, A.P. Baleares Sección 5, 19.07.2006, S.A.P. Madrid Sección 25, 20.10.2004 o S.A.P. Salamanca 5.03.2003).

#### **– ¿La situación es análoga cuando es una **pareja de hecho**?**

En el caso de fallecer uno de los miembros de una pareja de hecho estable, el superviviente carece de derechos sucesorios legales en el Derecho Común, sin perjuicio de que pueda reclamar indemnizaciones compensatorias al amparo del principio general del derecho que proscribiera el enriquecimiento injusto o sin causa. (paradigmática a tales efectos resuelta STS 17 junio 2003).

La realidad social ha demandado una respuesta legislativa, que ha motivado en la actualidad leyes sobre parejas estables no casadas o de hecho de algunas Comunidades Autónomas:

- Ley Catalana 10/1985 y en la actualidad Libro IV del Código Civil catalán Ley 10/2008, reconoce derechos sucesorios al superviviente de pareja de hecho estable en igualdad de condiciones que al cónyuge viudo, siempre que la convivencia haya perdurado hasta la muerte del otro y sin establecer distinciones entre pareja homo o heterosexual.

- La Ley Aragonesa 6/1999, en su art. 9 concede al superviviente derecho al ajuar de la vivienda familiar, incluyendo mobiliario, útiles o instrumentos de trabajo y excluyendo objetos artísticos de extraordinario valor y bienes de procedencia familiar.

- La Ley Balear 18/2001 en sus arts. 12 y 13 otorga al sobreviviente de una pareja de hecho los mismos derechos que al cónyuge viudo.

- La Ley Navarra 6/2000, equipara a la situación del viudo al miembro sobreviviente de una pareja de hecho estable en caso de fallecer el otro, añadiendo un segundo párrafo al art. 253 de la compilación.

Ley 2/2003 de 7 mayo, del País Vasco, otorga la misma consideración a las parejas de hecho que a las casadas.

¿Gozará de legitimación “*ad partitionis*” el sobreviviente de la pareja de hecho en Cataluña, Navarra, Baleares, Aragón y País Vasco?

Parece indudable que la respuesta ha de ser **afirmativa** en atención a la realidad social actual. Señalándose, en un caso, controversia sobre la eficacia probatoria de la pareja de hecho estable.

Se deja constancia de la falta de una solución unánime entre los asistentes en relación con la citación para inventario. Art. 793 L.E.Civil (que será tratada más adelante), en los casos de ausencia de legislación autonómica que reconozcan derechos sucesorios.

## V. Posición jurídica de los acreedores.

Para proteger sus derechos y garantizar sus créditos, la Ley Procesal reconoce a los acreedores una triple vía de actuación.

a) Con **carácter general** el apartado 3 del art. 782 L.E.C. Le permite a los acreedores de la herencia o de los coherederos ejecutar las acciones que les asistan, **en el juicio declarativo que corresponda**, contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, pero les niega legitimación para instar la partición judicial de la herencia y no les permite suspender ni entorpecer las actuaciones divisorias

¿Pueden promover juicio cambiario o monitorio? Pese a la dicción legal no hay nada que lo impida, pero no suspenderá ni entorpecerá las actuaciones de división de herencia.

Se llama la atención sobre la necesaria coordinación entre la aparente independencia de estas acciones y la fuerza atractiva del proceso sucesorio universal (art. 98.1.2 L.E.Civil) que requiere que los procesos singulares que se sigan contra el caudal **queden exceptuados** de la acumulación al proceso universal que previene el art. 98.1.2 L.E.Civil, al igual que sucede con los procesos de ejecución hipotecaria.

b) Los acreedores hereditarios que hayan sido reconocidos como tales en el testamento, o por los propios herederos o que tengan su derecho documentado en título ejecutorio, en tanto acreedores privilegiados y con base al principio “antes pagar que partir” gozan del **derecho de oposición** a que se lleve a efecto la partición, hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos (art. 782,4).

¿La oposición cuándo se ejerce?

Desde que se insta el proceso de partición judicial (para la cual carecen de legitimación) hasta el momento anterior a la entrega de los bienes adjudicados a cada coheredero, pero no pueden interrumpir el proceso particional. (STS 5 marzo 1991 la única manera de evitar la consumación de la partición radica en suspender si no el proceso particional, si al menos la ejecución de las operaciones que previenen los apartados 1 y 2 del art. 7888 y así imposibilitar la inscripción registral).

Los acreedores privilegiados (reconocidos por el testador o por los herederos o poseedores de un título ejecutivo) pueden pedir la intervención (y administración) del caudal hereditario. Art. 792.2 L.E.Civil.

No pueden oponerse los acreedores cuyo crédito conste en documento privado no reconocido.

¿Qué mecanismos legales tiene los acreedores de la herencia frente a los acreedores de los herederos?

Art. 782, apartado 4 y art. 788, apartado 3.

Oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos y oposición a las operaciones divisorias.

En Cataluña y Navarra el beneficio de separación de patrimonios facilita la protección de los intereses de los acreedores de la herencia.

¿Y si el heredero ha aceptado la herencia a beneficio de inventario?.

Los patrimonios del causante y del heredero permanecen separados, los acreedores del coheredero beneficiado cobrarán una vez pagados los acreedores hereditarios y los legatarios (art. 1034 C. Civil) pudiendo mientras instar el embargo del remanente activo que pudiera quedar.

c) Los acreedores de uno o varios coherederos gozan del **derecho de intervenir, a su costa, en la partición**, para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos (art. 782.5 L.E.Civil y 1083 Código Civil).

No pueden pedir la partición ni oponerse a la entrega de bienes, pero sí participar en la designación de contador-partidor y de los peritos, e incluso impugnar la partición ya efectuada si la considera fraudulenta ejecutando la acción del art. 1111 Código Civil.

¿Cómo conocen la existencia del procedimiento? Las normas procesales sobre publicidad de procesos sucesorios resultan inadecuados y manifiestamente insuficientes. No hay previsión legal relativa a la comunicación a los acreedores particulares de la existencia del proceso divisorio, sólo son convocados a Junta cuando estuvieren personados en el procedimiento, y si no lo estuvieren, podrán participar (si se enteran) en caso de concurrir el día señalado y aportan los títulos justificativos e sus créditos (art. 783.5).

Además el art. 1001.1 Código Civil permite a los acreedores de un coheredero que repudie la herencia en perjuicio de aquéllos que pueden pedir la partición judicial para “aceptarla” en nombre del repudiante, si bien la aceptación sólo la aprovechará en lo que sea suficiente para cobrar sus créditos. Mientras la deuda no se haga efectiva, puede intervenir en la división judicial de la herencia a los meros efectos de obtener la satisfacción de su crédito, pero no puede instar la partición porque no se convierte en heredero.

## **VI. Herencia yacente y cierta doctrina de la D.G.R.N.**

Cuando en una herencia hay bienes en abundancia y muy pocas deudas, lo común es que los herederos se apresuren a aceptarla de modo expreso o tácito en forma pura o simple y que hagan relativamente pronto la partición. No sucede lo mismo cuando se trata de una persona sin familiares directos o cuando resulta muy problemática la composición del pasivo hereditario. La búsqueda de los posibles herederos supone el empleo de métodos detectivescos, que no siempre son posibles y

sobre todo de indudable coste e incierto resultado.

Otras veces se precisa de autorizaciones (menores, incapaces, etc.). La herencia está yacente, no sólo cuando aún no media delación o no ha habido aceptación de clase alguna. También lo está cuando hay un llamamiento sujeto a condición (art. 801 C.Civil), el testador ha dejado todo o parte de sus bienes a los pobres u otras personas que reúnan ciertas circunstancias sin designarlas nominativamente (art. 1101 C.C.) cuando se esté en espera de un *nasciturus* (art. 965 C.C.) ... etc.

**En la actualidad se la considera como una unión patrimonial con titular transitoriamente indeterminado** (art. 6.1.4º L.E.Civil).

¿Cómo demandar a la herencia yacente?. Al no poder ser personificada la herencia a los fines de ser demandada, en la práctica se demandaba simultáneamente a la herencia yacente y a quienes resultaren ser herederos, por lo general desconocidos. Los ulteriores problemas quedaban difuminados si existía un administrador nombrado por el testador o por el juez, o bien gestionaban la herencia los llamados a ella, de modo provisional.

A menudo durante la tramitación procesal de un procedimiento declarativo, cambiario, hipotecario..., etc. al producirse una indeterminación de los herederos, se procedía a citar o emplazar a indicación de la parte actora, a todos los posibles herederos, o bien al administrador-albacea o administrador judicial... si se conocían.

Si bien, si a los acreedores de la herencia les es posible conocer, sirviéndose de una mínima diligencia el nombre y paradero de los herederos, se considera maquinación fraudulenta demandar a la herencia yacente solicitando y obteniendo el emplazamiento de los herederos por edictos (STS 24.03.95, 27.12.94...).

La doctrina de la D.G.R.N. ante fallecidos que son titulares de bienes registrados a su nombre, con los cuales realizaron negocios jurídicos no consumados todavía, o sobre los cuales es preciso anotar el embargo del acreedor de la herencia o bien inscribir el auto de adjudicación correspondiente tras la subasta de bienes inmuebles, titulados a nombre del fallecido. El acreedor ha demandado a la herencia yacente ante la indeterminación y desconocimiento de quienes sean los herederos del fallecido titular registral, terminan siendo llamados por edictos, como permite el art. 164 L.E.Civil.

De forma reiterada la D.G.R.N., entre otras, Re 25.06.05, 7.05.06, 20.11.07 resolvía “La demanda interpuesta contra los ignorados herederos no equivale al emplazamiento de la masa hereditaria aún no aceptada del titular registral fallecido”. Por tanto no cabe inscribir la escritura de elevación a público del documento privado tras el proceso dirigido contra los herederos desconocidos.

“No puede inscribirse una anotación de embargo cuando se ha condenado a la herencia yacente y a los herederos desconocidos e inciertos que hayan sido demandados. No puede entenderse que la herencia haya sido parte en el proceso” “al haberse omitido el procedimiento legalmente establecido al efecto que prevé la adopción por el Juez de las disposiciones procedentes sobre seguridad y administración de la herencia, en espera de un heredero definitivo, designando a un administrador que la represente”.

Ante esta doctrina, si el administrador que propugna la D.G.R.N. se ha de nombrar a los meros efectos de representar la herencia yacente durante el proceso de reclamación de cantidad, de elevación a público de documentos privados, de “reinvindicación” de algún derecho real, etc....nos situamos más próximo a la figura de un defensor judicial de la herencia, que si no tiene contacto con los interesados o con

los bienes, propiciará la situación de rebeldía.

Se impone pues la prudencia en todo caso calibrando la situación, incluida la perspectiva de desembocar en el Registro de la Propiedad, sin dejarse guiar por meros y estériles formalismos.

En la práctica, la pelota se lazaba al tejado de los demandantes, requiriendo el Juez que designaran herederos, en caso de que no fueran conocidos se confería un plazo perentorio para que propusieran un administrador, que diera cumplimiento, a las mera exigencias formales, solo para ese procedimiento.

A todo ello cabe añadir un sinfín de cuestiones nada pacíficas, la retribución del administrador, el nombramiento debe seguir el orden establecido en el art. 795.2 L.E.Civil y así se llega a la catarsis en los supuestos de aplicación del Derecho internacional privado, por intervenir algún elemento extranjero (de carácter personal o territorial).

### **Cambio de orientación de la D.G.R.N.**

A destacar las resoluciones 19/08/2010, y en el mismo sentido R. 20.VIII.20010 sobre herencia yacente. Tracto sucesorio y 10 enero 2011.

“Se debate en este recurso la posibilidad de inscribir auto recaído en procedimiento ejecutivo seguido contra los herederos ignorados de la titular registral y su cónyuge, sin que conste que haya tenido lugar el nombramiento de administrador judicial de la herencia...

La exigencia del nombramiento judicial de administrador de la herencia yacente, no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, de manera que debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es precisamente genérico y **obviarse** cuando de los documentos presentados **resulte que el Juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.**

No cabe desconocer la doctrina jurisprudencial, en la que se admite e emplazamiento de la herencia yacente a través de un posible interesado, aunque no haya acreditado su condición de heredero ni por supuesto su aceptación. Sólo si no se conociera el testamento del causante, ni hubiera parientes con derechos a la sucesión por ministerio de la ley y la demanda fuera genérica a los posibles herederos del titular registral sería pertinente la designación de un administrador judicial.

La nueva doctrina D.G.R.N. En definitiva (como no pudiera ser de otra forma) deja en manos del juez, que sea éste quien valore como suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente y no necesariamente acudir a una mera formalidad (designación de un administrador solo para ese procedimiento) que en último término estaba abocada a propiciar la situación de rebeldía.

## **VII. De la acumulación de procesos singulares a procesos universales. Art. 98.2 L.E.Civil**

La acumulación de procesos también se decretará cuando se esté siguiendo un proceso sucesorio al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado o se formule una acción relativa a dicho caudal.

Se exceptúan de la acumulación los procesos de ejecución en que sólo se persigan bienes hipotecarios o pignorados, que en ningún caso se incorporarán al proceso sucesorio, cualquiera que sea la fecha de iniciación de la ejecución.

El fin de la norma es claro, pues con la acumulación se pretende la

resolución de todas las cuestiones concernientes a la formación de la masa partible de la herencia en un sólo proceso, formación que se vería entorpecida si hubiera varios juicios cuyo objeto fuera la determinación de los bienes susceptibles de integrar la misma. Este propósito, no está acompañado de una regulación procesal adecuada pues no establece normas al respecto cuando los procesos acumulados tiene una tramitación diferente (ST. AP Santa Cruz 8.10.2008).

Como ya se dejó constancia con anterioridad en relación con los acreedores apartado 3 art. 782 L.E.Civil, los procesos singulares que se dirigen contra el caudal deberán quedar exceptuados de la acumulación del proceso universal, al igual que sucede con los procesos de ejecución hipotecaria.

Por otra parte es preciso tomar en consideración que las pretensiones formuladas a través de un juicio ordinario tendente a la declaración de la nulidad del último testamento del causante o nulidad de alguna disposición testamentaria, puede acabar acumulado en virtud de lo dispuesto en el art 98.2 L.E.Civil al proceso de división de la herencia, en definitiva subyace una influencia en el proceso sucesorio, de manera que puede tener carácter de cuestión prejudicial civil que sin embargo, no cabe plantearse si procede la acumulación (art. 43 L.E.Civil), justamente porque a través de ésta se resuelven los problemas que suscita la prejudicialidad.

A diferencia de lo que establece la Ley Concursal de 9 julio 2003, que regula la materia en los arts. 8, 51 y concordantes, no existe previsión normativa concreta para los procesos sucesorios, por lo que serán de aplicación las disposiciones de L.E.C., pero como dice la misma “cuando proceda”.

La acumulación se prevé únicamente cuando se trata de **acciones contra el caudal hereditario**, es decir contra los bienes que lo integran, como por ejemplo una acción reivindicatoria ejecutada por un tercero o heredero contra los bienes de la masa (sin perjuicio de las medidas cautelares, como la anotación preventiva de demanda, no impedirían la continuación de la partición, sin perjuicio de la responsabilidad por evicción por parte de los coherederos en los términos art. 1069 y ss. C.Civil).

No sería factible, por ejemplo la acción reivindicatoria ejercitada en beneficio de la comunidad hereditaria o impugnación por simulación de transmisión realizada por el causante en perjuicio de legítimos, y si cabría el planteamiento de la prejudicialidad civil.

La falta de regulación legal conduce a paradojas derivadas de la propia intención del legislador en estos procedimientos, sencillez, claridad y agilidad.

Además el juicio ordinario está sujeto a una regulación específica que choca con la regulación del proceso universal sucesorio, que es sumario y concluye tras un juicio verbal con una sentencia que no produce efectos de cosa juzgada, excluida de recurso de Casación y aisladamente. (Tribunal Superior de Justicia de Navarra) le niega el recurso de apelación.

Ni se da respuesta legislativa, ni en la práctica del día a día de los juzgados de primera instancia existe al menos una orientación en los programas informáticos que permitan dar respuesta coherente y tuteladora de las diferentes pretensiones que difícilmente se pueden unificar en un procedimiento.

El fin perseguido por la norma loable, choca con los graves problemas prácticos detectados en este Seminario y más que aventurar soluciones, se urge a dar una respuesta legal que armonice el fin de la norma, con la tramitación procesal.

## VIII. Incidencia de la Liquidación del Régimen Económico matrimonial en caso de fallecimiento de uno o ambos cónyuges, en el proceso de división de Herencia.

### ¿Inadecuación de procedimiento?

A falta de resoluciones del Tribunal Supremo, se recoge la doctrina predominante de las diferentes Audiencias Provinciales.

Ninguna duda cabe, de que la liquidación de la sociedad e gananciales es un paso o presupuesto previo e indispensable, para poder proceder a la división de la herencia, cuando el causante de la misma falleció casado en régimen de gananciales. Pero ello no quiere decir que, desde el punto de vista procesal, ambos casos, liquidación de gananciales y división de herencia, no puedan llevarse a cabo en un mismo proceso, en aquellos en que la extinción de la sociedad de gananciales es consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges: el proceso de división.

En la exposición de motivos, se deja constancia de que se regulan dos procedimientos para la división judicial de patrimonios, uno para la división de la herencia y otro - Cap II- para la liquidación del régimen económico matrimonial; a destacar la importancia del tenor literal del art. 807 L.E.Civil. “Será competente para conocer del procedimiento de liquidación el Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o áquel ante el que se haya seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil.”

En el art. 810 se efectúa una remisión normativa al proceso de división de herencia (art. 788, 784 y 785).

Es decir, al delimitar el ámbito de aplicación del proceso especial, se habla de la falta de acuerdo de los cónyuges sobre la liquidación y el órgano competente es el juzgado de primera instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio. Es incuestionable la inadecuación del procedimiento especial establecido en los arts. 806 a 811 L.E.Civil para la liquidación del régimen económico matrimonial de comunidad disuelto como consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges. (A destacar por el amplio estudio de la sentencia de A.Provincial A Coruña sección 5.ª Ponente D.ª Carmen Villarino López 2 sept.2008).

¿Estamos ante una acumulación de procedimientos? ¿Se tramitan con el mismo número en un solo procedimiento?.

No existe tal acumulación de procedimientos, es un solo procedimiento, “el procedimiento para la división de la herencia” en sus artículos 782 a 805 L.E.Civil.

El fallecimiento del cónyuge determina la apertura de la sucesión; lo que exige, evidentemente la determinación de lo que es objeto de la herencia, que comprende, los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte y esta determinación habrá de hacerse necesariamente dentro de las operaciones particionales.

Se reitera que no estamos ante la acumulación de procesos, sino **un solo proceso**, el de división de la herencia, sin que se proceda a la apertura de pieza para la liquidación de gananciales.

Las acciones de liquidación de la sociedad de gananciales y de partición y adjudicación de los bienes hereditarios no son incompatibles, pues no se excluyen ni son contrarias entre si, sino que una de ellas es necesaria para realizar las otras.

A destacar, la agilización en la resolución de conflictos y el argumento de economía procesal y ausencia de duplicidad de gastos (abogado y procurador, contador-partidor y peritos...).

¿Es necesario que se mencione en la demanda la necesidad de practicar la previa liquidación de gananciales?

No asistimos formalmente a una acumulación de acciones, pero hay resoluciones judiciales entre otros Sentencia A. Provincial Madrid, sección 10 10.12.2010 que textualmente resuelve lo siguiente “*No habiendo sido liquidada previamente la sociedad de gananciales y sin solicitar dicha liquidación en el presente procedimiento; en consecuencia falta el presupuesto de procedibilidad necesario para que prospere la acción ejercitada.*” En el fallo de la sentencia resuelve “*No procede llevar a cabo la formación de inventario de la herencia de Doña.... ante la falta de liquidación previa del régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales*”.

Difícilmente si se guarda silencio en la demanda podrá ni el secretario, ni el juez y sólo tal vez al final el contador-partidor percatarse del presupuesto de procedibilidad para que prospere la acción ejercitada. Pero debe tenerse presente que la pretensión de división de herencia comporta la de liquidación de gananciales, en la medida en que “los derechos en la sociedad de gananciales forman parte del caudal del causante”.

No existe ninguna remisión normativa. En el proceso de división de la herencia al procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial y sin embargo dentro de este último si hay remisiones al de división de la herencia.

En la práctica notarial es habitual la consideración de la liquidación de gananciales como una operación integrada o incluida dentro del conjunto de operaciones a realizar para llevar a cabo la partición de la herencia. Los notarios suelen incluir dentro de un mismo documento ambas operaciones, nominándolo como “Escritura de liquidación de sociedad de gananciales y partición de herencia”. De modo que se inicia con inventario general o común de los bienes del causante y de los bienes comunes a ambos cónyuges. Se procede a liquidar la sociedad económico-matrimonial **desde el punto de vista contable** y posteriormente se liquida la herencia determinando la cuota hereditaria de cada heredero, incluyendo la del cónyuge superviviente y finalmente se forman las hijuelas con las adjudicaciones hereditarias de cada interesado en la sucesión.

En la práctica judicial durante décadas en el proceso de división de herencia se han inventariado conjuntamente los bienes gananciales y privativos del causante y por los contadores partidores designados judicialmente se ha procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales, adjudicando una parte de dichos bienes al cónyuge superviviente e integrando el resto al caudal relicto o masa hereditaria a dividir mediante adjudicaciones a los herederos del causante.

De forma reiterada la doctrina del Tribunal supremo ha declarado que los contadores-partidores encargados de dividir la herencia tiene plenas facultades para liquidar la sociedad de gananciales.

Algunas resoluciones judiciales, entre otras, AP. Salamanca auto 103/2010 de 30 nov. 2010 Ponente D. Ildefonso García del Pozo llama la atención sobre el supuesto de que ya fallecidos ambos integrantes de la sociedad de gananciales y por las previsiones sucesorias, de uno u otro pudieran no encontrarse presentes en un concreto procedimiento de división judicial de la herencia todos los que pudieran estar interesados o resultaren afectados por la previa liquidación de la sociedad de gananciales, podría ser necesario promover con carácter separado un procedimiento específico con la exclusiva finalidad de realizar tal liquidación de la sociedad de gananciales.

A efectos prácticos, nada impide que el contador efectúe el cuaderno particional

como en la práctica notarial, en el que se procede a liquidar la sociedad económico-matrimonial desde el punto de vista contable, sin que redunde en ulteriores problemas ante los Registros de la Propiedad.

Si se suscita oposición, en la fase de inventario y se resuelve por sentencia el juicio verbal, cuando exista una gran dificultad probatoria sobre la inclusión o no de algún bien o derecho en el inventario, en la duda, se optará por excluirlo pues siempre es menos complejo acudir a un complemento de la partición o de acudir a un procedimiento ulterior, que finalmente adjudicar lotes ficticios.

La resolución judicial, si ha precedido juicio verbal por discrepancias en el inventario, se efectúa sobre el 50% de los derechos en la sociedad de gananciales y no sobre cada uno de los integrantes de la comunidad postganancial.

### **IX. Acción de división de herencia y acción de división de cosa común.**

Por medio de la aceptación de la herencia (también tácitamente) el heredero viene a adquirir la titularidad de un derecho hereditario abstracto, en el sentido de que la cuota que les pertenece recae sobre el global del caudal hereditario. Sólo la partición atribuirá el dominio de bienes concretos pertenecientes a la herencia. Siempre que el dominio esté verdaderamente contenido en el caudal relicto.

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que la acción de partición hereditaria habrá de ser un presupuesto necesario de la acción de división de cosa común.

¿Cuando sólo exista un único bien y no discuten las partes su participación también?.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 28.05.2004 admite que existiendo un único bien en el inventario y a falta de contienda sobre la participación indivisa, puede instarse una acción de división de cosa común.

AP Vizcaya sección 1.<sup>a</sup> 205/2006. La sentencia tiene su origen en la tramitación de división de herencia en procedimiento judicial. El cuaderno adjudica la única vivienda inventariada a una de los coherederos, compensando al resto de los coherederos. El juez determina los porcentajes en que pertenece la vivienda a los coherederos pero la mantiene en proindivisión remitiendo a las partes al procedimiento de división de cosa común. Dicha resolución es confirmada pero puntualiza que en ejecución de sentencia puede solicitarse la venta de la vivienda en subasta pública, sin necesidad de acudir a otro procedimiento.

Sentencia T. Supremo 25.06.2008 núm. sentencia 596/2008 “la posición del coheredero demandado, ocupante de la vivienda que constituye el bien principal de una herencia que de facto, salvo bienes de menor importancia, ya ha sido partida, parece dirigida a prolongar la situación, que le beneficia claramente y perjudica a sus coherederos, por razones meramente formales, a través de la tensión entre un derecho aparentemente formal, contra intereses cuya traducción a derechos no debería ser impedida por consideraciones conceptualistas”....

Se llama la atención sobre la necesaria claridad y carácter verdaderamente comprensivo de todas las circunstancias relevantes de la subasta con el fin de evitar un rosario de problemas tras la celebración de la misma (se adjunta una propuesta de formulario facilitada por D. Emilio Molins).

### **X. Partición de la Herencia Innecesaria.**

Es innecesaria la partición cuando existe un único heredero y también cuando es

un único bien el que constituye el caudal partible, quedando determinada la participación concreta de cada heredero en la herencia.

¿Y si el único bien es indivisible?. Declarada la indivisibilidad del único bien de la herencia, cualquiera de los herederos puede pedir su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños. No cabe la atribución del bien a uno de los herederos con pago en dinero de los demás; este dinero ha de ser el existente en la herencia (a salvo de acuerdo entre los interesados). Sentencia 58 10.febrero.1997. Ponente Sr. González Poveda.

La acción de partición de la herencia ¿es prescriptible?. La acción para pedir la partición de la herencia es imprescriptible. La jurisprudencia ha declarado que no prescribe la acción cuanto los bienes sean poseídos de consenso o proindiviso por los coherederos y prescribe cuando uno ha poseído los bienes a título de dueño y por el tiempo suficiente para ganarlos por prescripción.

## **PROCEDIMIENTO**

### **I.- Admisión a trámite de la solicitud.**

A falta de regulación expresa, por decreto del Secretario/a quien examinará si concurren los presupuestos procesales o de fondo para la admisión, en caso contrario dará cuenta al Juez. Art. 404.2 L.E.Civil.

Si se hubiere solicitado la intervención de la herencia o la formación de inventario, deberá dar cuenta al Juez por ser el competente para acordar la intervención del caudal, así como la formación del inventario. Art. 790 L.E.Civil y ss.

También se dará cuenta al Juez en caso de que el testador haya prohibido acudir a la vía judicial, nombrando contador-partidor o instituido herederos sujetos a condición, y con carácter general siempre que no deba operar automáticamente la previsión legal del art. 783 L.E.Civil de convocatoria a Junta para designar contador y partidor.

#### **- ¿Demanda o solicitud?.**

El tenor literal art. 782.2 recoge la expresión solicitud, que por tanto no tiene necesariamente que adoptar la forma de demanda, suscrita por abogado y procurador y acompañada de los documentos específicos (certificado registral de defunción, certificación del registro de Actos de Última Voluntad y el título sucesorio que puede ser: testamento, declaración judicial de herederos *ab intestato*, acta notarial de notoriedad y, en su caso, puesto sucesorio).

- ¿La ausencia de la aportación del documento acreditativo de la condición de heredero constituye un defecto subsanable?. Las resoluciones de las A. Provinciales entienden que constituye un defecto subsanable, concediéndose plazo razonable para la presentación.

- ¿Hay que admitir la solicitud a trámite cuando el testador haya prohibido acudir a la vía judicial o haya nombrado contador-partidor? Encomendada por el testador la práctica de la partición a persona que no sea uno de los herederos ha de practicarla en el tiempo señalado por el testador. Transcurrido ese tiempo sin haberla practicado, cesa la prohibición impuesta a los herederos de acudir a la vía judicial.

Se deberá examinar por el Juez el tiempo transcurrido desde la muerte del testador.

Dicha prohibición exige que la partición la haya efectuado el testador o la haya encomendado a un contador-partidor. **No impide a los herederos acudir a la vía judicial cuando la partición adolece de un vicio de nulidad o lesiona los derechos legitimarios del algún heredero.**

- ¿Puede el testador establecer expresamente la prohibición a los herederos de practicar la división de la herencia dependiendo de un hecho futuro cierto, pero incierto en cuanto al tiempo de su realización? “Hasta que no se produzca la muerte de su esposa...”.

Puede, entran en juego Art. 1051.1 y 2 del Código Civil y art. 400 del mismo texto legal.

## **II. Formación de inventario o convocatoria de Junta para designar contador-partidor.**

A menudo al interesarse en la solicitud y a pesar de no existir una intervención formal del caudal hereditario (art. 790 a 792) se citaba por el juzgado a comparecencia de todos los interesados Art. 793.3 L.E.Civil al objeto de formación de inventario de bienes.

Ante las diferentes respuestas dadas por los juzgados y las Audiencias provinciales inicialmente A. Provincial Asturias, entre otras, sección 6.ª n.º 78/2010 y de la misma sección 461/2009. Pontevedra, Santa Cruz de Tenerife y recientemente el Acuerdo de las Secciones civiles A. Provincial Valencia en reunión 19.10.2010 “En la división judicial de herencia, cuando no hay intervención del caudal hereditario, el **Inventario** deberá efectuarlo el contador-partidor de conformidad. Art. 785 L.E.C.”, se ha generalizado la respuesta de que el inventario no aparece regulado en la Sección Primera, lo que en principio significa que no forma parte del procedimiento ordinario o general de división de la herencia, sino del que se establece en la **Sección Segunda** para “La intervención del caudal hereditario”. Lo que supone que sólo cuando el juez previamente ha decretado la intervención de dicho caudal, ya de oficio ya a petición de parte, que haya considerado procedente, sólo en ese supuesto es posible practicar el llamado inventario judicial.

**El inventario judicial no es una actuación independiente que pueda ser pedida de forma autónoma, sino que forma parte como una actuación más de las posibles del incidente de intervención del caudal hereditario, de tal forma que, de no pedirse tal intervención (y además fuese necesario) no es ajustado a la regulación legal practicar inventario judicial alguno.”**

A destacar el contenido de las sentencias A.P. Asturias Ponente Rodríguez-Vigil Rubio, M.ª Elena y ST 1.03.2010 y ST 21.12.2009 Ponente Bursal Díez, José Manuel “El procedimiento de división de la herencia se rige por el principio de *intervención*

*mínima judicial,*” proclamado en los Arts. 790.2 y 796.1 L.E.Civil dictados precisamente dentro del incidente de intervención judicial de la herencia, que **ordena** el juez cesar en dicha intervención (salvo los concretos y tasados casos que puedan continuar por expresa petición de partes arts. 792 y 796 L.E.Civil).

“Se pone de manifiesto la infracción cometida, al asumir el juzgador una actividad que legalmente no le corresponde por ser propia del contador...”

Algunos participantes de este Seminario entienden que por **razones prácticas** y a solicitud de los interesados se podrá convocar a la formación del inventario. Art. 794 L.E.Civil.

De forma mayoritaria se objeta la actuación, como constitutiva de un notorio exceso de jurisdicción al efectuarlo fuera de los concretos casos que la Ley autoriza.

### **III. Convocatoria a Junta para designar Contador y peritos. (art. 783)**

A la vista de la solicitud de división judicial de la herencia y cuando no se haya acordado la intervención judicial de la herencia o no se hubiera solicitado, el Secretario mandará convocar a Junta a los herederos, a los legatarios de parte alícuota y al cónyuge sobreviviente, señalando dentro de los 10 siguientes.

Los interesados ya personados, la citación se efectuará por medio de procurador y a los no personados, se les citará personalmente si su residencia fuere conocida. Si no lo fuere se les llamará por edictos.

#### **¿La pareja estable es citada como interesada? .**

No hay una respuesta unánime: A favor, se alega que donde exista una legislación autonómica que le confiera derechos sucesorios sin ningún género de duda, sin perjuicio del principio de prueba que aporte sobre la unión de hecho estable, y en todo caso por analogía al cónyuge para proteger sus intereses, respecto del ajuar doméstico y de otra naturaleza.

En contra se alega, que si pretende hacer valer derechos de crédito tendrá que acudir al procedimiento como los restantes acreedores ordinarios, y en su caso, de la convivencia no se presume ninguna comunidad de bienes, por tanto será más eficaz la protección que le dispensan los procedimientos ordinarios que concluyen con sentencias, que produzcan efectos de cosa juzgada, pero en todo caso si ostenta la condición de acreedor de la herencia necesariamente.

Se deja constancia de que por analogía con el cónyuge se propugna por algunos asistentes que debe ser citada, art. 783, como interesada y en su caso como acreedora de la herencia.

Además el Ministerio Fiscal para que represente a los interesados en la herencia que sean menores o incapacitados y no tengan representación legítima y a los ausentes cuyo paradero se ignore, la expresión **ausente** habría de interpretarse como que no se ha podido localizar por ignorar el paradero, distinto es que recibida la citación voluntariamente no se hayan querido personal.

#### **¿Y a los acreedores de la herencia?**

Si se encuentran personados en el procedimiento por analogía con los acreedores particulares de los herederos deberán ser citados a la Junta en cuanto titulares de un interés legítimo, para conseguir la satisfacción de sus créditos.

¿ Citación o emplazamiento?.

La convocatoria a los interesados se llevará a cabo mediante una **citación** y no de un “emplazamiento”. De manera que en la cédula habrá de figurar el objeto, día y hora en que el sujeto notificado tendrá que comparecer y a diferencia del emplazamiento donde solo constaría un término para personarse y actuar.

¿Se exige abogado y procurador?.

Mayoritariamente se entiende que no, porque es un acto procesal no jurisdiccional, no se practica la convocatoria con emplazamiento sino mediante una citación y la Junta se celebrará el día y hora señalado bajo la presidencia del Secretario “**con los que concurran**”.

¿El contador es quien decide si es o no preciso el nombramiento de peritos?.

Mayoritariamente, las Audiencias Provinciales en atención a los bienes integrantes del caudal hereditario, o porque consten en autos elementos de juicio suficientes para fijar el valor de los bienes autoriza al contador a que no efectúa designación de peritos (AP Asturias Sección 4, 17.02.2005, AP Cuenca 6 marzo 2005) en contra, AP Valencia Sección 8.<sup>a</sup> auto 3 diciembre 2004, por entender que el nombramiento de peritos para el avalúo es necesario, de manera que la facultad del contador se limita a fijar el número de peritos por cada clase de bienes, sin que pueda suplir la falta de los mismos y proceder a valorar los bienes que conforman el caudal hereditario.

¿Si el designado no acepta?.

Para ser reemplazado se debe de acudir al mismo mecanismo que sirvió para llevar a cabo la primera designación.

¿Se da traslado íntegro de los autos al contador y a los peritos?

**Si se ha solicitado la intervención judicial de la herencia**, del traslado de autos al contador **se excluirá la pieza de administración que habrá de estar siempre a disposición de los interesados en la Oficina Judicial.** (arts. 799.3 L.E.Civil).

El contador, que no es mandatario o gestor de las partes sino colaborador del Juzgado ostenta un cargo que es:

a) **Voluntario** (previa aceptación).

b) **Remunerado** (es un gasto realizado en beneficio de la Comunidad Hereditaria, a descontar del activo y soportado por los herederos, la jurisprudencia ha declarado la obligación del cónyuge viudo de contribuir a satisfacer los gastos de la partición. (STS 30 enero 1960).

c) **Personalísimo** (aunque pueda encomendarse a un tercero, la realización de operaciones que exijan especiales conocimientos técnicos).

d) **Temporal** (fijación a instancia de parte de un plazo cierto por el Secretario judicial.

¿Es ciego el respeto a la voluntad del causante expresado en testamento?.

Salvo que se perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos, y en todo caso

dentro del ámbito del patrimonio causante. (STS. 18-julio-1988).

¿Si la relación de bienes no concuerda con la realidad, está vinculado con la relación que se le presente o figura en el inventario?

Entre otras SA 8 A Coruña 19-01-2007. “Si se le presenta una relación de treinta fincas rústicas pero en realidad sólo puede localizar veintinueve, por haber desaparecido físicamente una, nadie se plantea que tenga que adjudicarla, pues es un bien inexistente...”. Con independencia de que un bien figure en el inventario, si no aparece en la realidad o se presenta con otro carácter, el contador debe excluirlo de la partición.

Las facultades del contador-partidor se agotan una vez que las operaciones particionales han sido aceptadas por los herederos. No puede modificar posteriormente la partición sin contar con el consentimiento unánime de los herederos que había aceptado la inicialmente practicada.

#### **IV. Avalúo.**

Las operaciones particionales comprenden el avalúo de los bienes, que deberá atenderse al **momento o tiempo en que las cosas fueron adjudicadas y no, al tiempo de fallecer el causante**; de acuerdo con el valor de mercado o real y no atendiendo a tasaciones tributarias o en función de la valoración catastral.

##### **a) Viviendas de protección oficial.**

El Tribunal Supremo de forma reiterada resuelve en el sentido de tener en cuenta el valor de mercado menos el importe del coste de la descalificación al tiempo del avalúo.

##### **b) Donaciones colacionables.**

El art. 1045 del Código Civil opta por el sistema de imputación o deducción “al tiempo en que se evalúan los bienes hereditarios”, será el momento de la tasación.

Las plusvalías de procesos urbanísticos o recalificación de terrenos, creación de infraestructuras o modificaciones sustanciales en el entorno, todas estas circunstancias coyunturales han de correr **a cargo y beneficio de la masa partible**.

¿Se aporta el valor a los bienes?

El valor (STS. 17.03.1989), aunque la jurisprudencia entiende que cabe incluir los propios bienes donados en el inventario, pero siempre que se entienda que se hace a los efectos de ser valorados en la fase siguiente.

¿Cómo despliegan eficacia las cláusulas testamentarias sobre colación?

A diferencia de las normas sobre imputación legitimaria, que son imperativas con la finalidad de proteger al legitimario, las normas sobre colación son voluntarias, parten de la naturaleza de la institución de heredero, de modo que si el testador puede hacer la institución de la forma que considere más conveniente, también resulta voluntaria la fijación de normas sobre colación o no de los bienes donados, sobre determinada valoración, distinta de la establecida en el Código Civil. Todo esto sin perjuicio de las legítimas.

En la práctica de las operaciones divisorias se procurará la mayor homogeneización entre los lotes, en atención a las circunstancias del caso, para alcanzar,

en la medida de lo posible, la mayor objetividad en la división, **buscando una igualdad cualitativa.**

¿Cabe liquidar la sociedad de gananciales dentro del proceso de partición judicial de la herencia?.

Sí, conforme se ha recogido en el punto VIII de estas conclusiones.

#### **V. Aprobación/Impugnación operaciones divisorias.**

A falta de oposición el Secretario convalida las operaciones divisorias. (Decreto aprobándolas mandando protocolizarlas).

– Si se formula oposición (10 días)

¿Qué requisitos precisa el escrito?

Debe expresar con claridad los puntos de las operaciones divisorias a que se refiere y las razones en que se funda.

¿Se exige Abogado y Procurador?

Dicha exigencia no se contiene de forma expresa pero se deduce de la propia naturaleza del acto, de la finalidad que persigue y tomando en consideración la cualificación profesional del contador-partidor, se precisarán necesariamente conocimientos jurídicos.

¿Pueden los acreedores cualificados de la herencia formalizar oposición a las operaciones divisorias?.

No, pero sí a las de culminación del proceso divisorio.

– Convocatoria al contador y a las partes a una comparecencia ante el Tribunal.

Si se alcanza la conformidad de todos los interesados respecto de las cuestiones promovidas, se ejecutará lo acordado el contador hará en las operaciones sucesorias la reforma convenida, que será aprobada por Decreto del Secretario.

- A falta de acuerdo, el Tribunal oír a las partes y admitirá las pruebas que propongan y que no sean impertinentes o inútiles, tramitación propia de un juicio verbal, concentrado y rápido en el que **será parte demandante** el discrepante y cuyo objeto de discusión, solo versará sobre los puntos de disidencia expresados en el escrito motivado de oposición.

¿Cabe reconvención?.

No, en atención a la naturaleza del juicio verbal-sumario, en el que la sentencia no tiene eficacia de cosa juzgada.

¿Es apelable la sentencia que ponga fin al juicio verbal?

La mayoría de las Audiencias lo admiten, por no tratarse de una resolución excluida de la apelación. En contra el Tribunal Superior de Justicia de Navarra (ref.2, 3.octubre.2002).

Respecto al recurso de Casación no procede y en tal sentido TS. 11.01.2011 Ponente Sr. Xiol Rios.

## VI. Impugnación de la Partición Judicial.

Las partes tienen la posibilidad de impugnar las operaciones divisorias aprobadas, si bien el Tribunal Supremo se muestra muy restrictivo al acogimiento de esta clase de impugnación limitando la invalidez de las mismas a los casos en que no exista otro remedio para restablecer el orden jurídico conculcado.

La partición aprobada judicialmente no crea cosa juzgada, siendo impugnabile por nulidad, rescisión, modificación o complemento.

Exteriorizada o no la oposición en el propio procedimiento judicial, la partición puede impugnarse, con el ejercicio de las acciones de nulidad, rescisión, modificación y complemento.

### Intervención Judicial del Caudal Hereditario.

#### Formación de Inventario.

El llamado inventario judicial (art. 793 y 794 L.E.Civil) no es una actuación independiente, que pueda ser pedida de forma autónoma, sino que forma parte como una **actuación más de las posibles, del incidente de intervención del caudal hereditario**, de tal forma que de no pedirse la intervención o no resultar procedente (**apreciación que es competencia exclusiva del juez**) no es ajustado a la Ley practicar el inventario judicial.

Debe tomarse en consideración que la intervención judicial de la herencia sólo puede acordarse **de oficio**. Art. 790 L.E.Civil en caso de inexistencia o desconocimiento del testamento o personas interesadas en la herencia.

¿Cuándo puede apreciarse que no resulta procedente la intervención del caudal hereditario?

Cuando la situación de indivisión se haya prolongado durante un significativo y dilatado período de tiempo, cuando no existan motivos racionales para poder temer la sustracción u ocultamiento de los bienes, o no fuera factible por la naturaleza de los mismos (bienes inmuebles inscritos a nombre del causante), etc.

Durante la sustanciación del procedimiento de división judicial de la herencia pueden pedir los herederos, de común acuerdo, el cese de la intervención judicial.

El Juez lo acordará, salvo cuando algún interesado sea menor o incapaz y no tenga representante legal, o cuando haya algún heredero ausente al que no haya podido citarse por ignorarse su paradero.

– El Secretario Judicial señalará día y hora para la formación de inventario, mandando citar a los interesados.

Se da por reproducidas las consideraciones sobre el miembro superviviente de la pareja de hecho, salvo que sea heredero testamentario, y en todo caso según los derechos reconocidos en la legislación autonómica (arts. 18, 33 y 34 de la Ley Catalana, Ley Aragonesa y Ley Navarra).

¿Se precisará la representación a través de Procurador y asistencia de Letrado?

Tomando en consideración que el art. 794 menciona “procederá el Secretario Judicial con los que concursan... de forma mayoritaria se advierte que no se precisa, si bien en la

cédula de citación deberá dejarse constancia de que en caso de que se suscite controversia sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario, debería servirse de Letrado y procurador (ojo a la excepción contenida Art. 23.n.º2 podrán comparecer por sí mismos los litigantes en los juicios universales, cuando se limite la comparecencia a la presentación de títulos de crédito o derechos, o para concurrir a Juntas).

¿Cómo se efectúa el inventario?

A pesar del silencio legal, nada impide un **papel activo del Secretario Judicial** para integrar el inventario separando el metálico, los bienes muebles, de los inmuebles... etc.. Detallar todos los documentos que se aportan, e igualmente el pasivo que habrá de ser inventariado con igual exactitud. Se deja constancia de la experiencia que aporta una Secretaria Judicial de primera instancia en este Seminario: La celebración del acto en la sala de vistas, revistiendo de solemnidad al mismo, sirviéndose de la grabación y descripción detallada de aquello que es objeto de controversia, con el fin de clarificar lo que constituye el objeto de debate del ulterior procedimiento judicial.

Averiguación sobre bienes colacionables, de manera que necesariamente si se quiere dotar de funcionalidad esta actuación, se indagará sobre la existencia de donaciones, así como sobre la existencia de bienes o derechos que estén afectados por la indivisión del régimen económico-matrimonial.

¿Basta con alegar de forma genérica la oposición a la inclusión o exclusión de bienes en el inventario?

**Controversia**, parece que precisa de alguna motivación, al menos por quien se opone, se llama la atención sobre la dificultad de las alegaciones y si carece de conocimientos jurídicos, con la ulterior trascendencia de este acto preclusivo.

– Citación a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.

El ámbito de discusión en el juicio verbal, queda limitado, a la controversia sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario, habiendo precluido procesalmente la posibilidad de efectuar nuevas alegaciones o discrepancias, y en todo caso no es el marco procedimental adecuado para discutir sobre una posible nulidad de los títulos ya que ello requiere el ejercicio de la acción correspondiente.

Ante una gran dificultad probatoria, la prudencia recomienda optar por la exclusión, en atención a la posibilidad de ejercitar las acciones en el procedimiento oportuno, en todo caso la posibilidad de complementar la partición (La sentencia que se pronuncie sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario dejará a salvo los derechos de terceros).

## **Nombramiento de Administrador.**

La última fase de la intervención judicial es el nombramiento de administrador.

Hecho el inventario, determinará el **Tribunal** por medio **de auto** lo que según las circunstancias corresponda sobre la administración del caudal, su custodia y conservación, ateniéndose, en su caso, a lo que estas materias hubiere dispuesto el testador, en su defecto con sujeción a las reglas siguientes: .... arts. 795 L.E.Civil.

¿Debe seguirse necesariamente el orden establecido en la L.E.civil para la designación del administrador?.

“**Capacidad necesaria**” para desempeñar el cargo deberá ser interpretada en el sentido de quien resulte finalmente designado reúna los requisitos de idoneidad exigibles.

En todo caso una aplicación estricta del orden de prelación establecido L.E.Civil podría resultar contraproducente para el objetivo pretendido.

Ante situaciones de extrema complejidad o confrontación total de los interesados es recomendable que el nombramiento recaiga en un tercero con capacidad necesaria (a quien habría que retribuir).

¿El juez una vez nombrado le puede destituir?.

Si, cuando no cumpla con los requisitos previstos o desempeñe su cometido inadecuadamente.

-Rendición periódica de cuentas y Rendición final.

La impugnación de la rendición final de las cuentas de la administración ha de efectuarse en un juicio ordinario, pero las restantes impugnaciones se sustancian en juicio verbal.

Coexiste con los administradores que actuaban en vida del causante (que mantienen la misma retribución y facultades que aquél les hubiere otorgado).

¿Ante quién rinden cuentas?.

Ante el administrador judicial, considerándose como dependientes del mismo, pero no podrán ser separados por éste sino por causa justa y con autorización mediante providencia del Juez.

**Administrador Judicial y Sociedad Mercantil integrante del caudal hereditario ¿Colisión de facultades?.** No, en todo caso siguen vigentes los órganos de administración, dirección y representación de las Sociedades Mercantiles según la legislación mercantil, si bien el administrador tendrá el derecho de información, o participación en función de las facultades de representación que se le confieren.

¿La cuantía de la caución es modificable?

El juez podrá modificar el importe de la caución y aún se dispensa atendiendo a una eventual variación de las circunstancias que determinaron su adopción.

– Cesación de la intervención judicial de la herencia (art. 796)

a) **Cuando se ha producido la declaración de herederos *ab intestato***, salvo que alguno de ellos, con ocasión de instar la división judicial de la herencia, solicite su continuación.

b) **Los herederos de común acuerdo** lo solicitan, durante la tramitación del procedimiento de división judicial de la herencia, a excepción de que algún interesado sea menor o incapacitado y no tenga representante legal o cuando haya algún heredero ausente al que no haya podido citarse por ignorarse su paradero.

Los acreedores reconocidos en testamento o por los coherederos o con derecho documentado en un título ejecutivo que se hubieran opuesto a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos, no se acordará la cesación de la intervención hasta que se produzca el pago o afianzamiento.

PARA CONCLUIR, se reitera la mención contenida en la Exposición de Motivos L.E.Civil 1/2000. “Para la división judicial de la herencia diseña la Ley un procedimiento mucho más simple y menos costoso que el juicio de testamentaria de la Ley 1981”. En todo caso parece que junto con otros principios procesales y constitucionales deberá ser tomada en consideración por quienes promuevan, transiten o resuelvan estos procedimientos.

## **MATERIAL UTILIZADO**

- SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, Procedimiento para la división judicial de la herencia, Cuadernos de D.º Judicial, División judicial de Patrimonios: aspectos sustantivos y procesales, año 2004.
- Pérez-Cruz Martín, Agustín Jesús, Intervención del caudal hereditario, mismo libro citado.
- Álvarez García, Manuel Damián, La partición judicial, en Cuadernos de Dº Judicial sobre Reflexiones sobre materias de Dº Sucesorio, año 2008.
- Leopoldo Marcos Sánchez, Abogado, colegiado 1025 del CASAL en sus alegaciones y fundamentos que obran en el recurso de apelación frente al auto dictado en el juzgado de 1.ª instancia n.º 6 de Salamanca, n.º 914/2010 y que dio lugar al Auto n.º 103/2010 de la AP Salamanca ya comentado.
- Bayo Delgado, Joaquín, Comentarios de la LEC, año 2000, Procesos especiales.
- Guía Práctica de la LEC, 4.ª edición, páginas 1266 a 1286, editorial la Ley, coordinador, Vicente Magro Servet.
- Resoluciones D.G.R.N..con la colaboración de D José María Valledor (registrador de la propiedad).

## **EDICTO DE SUBASTA DE BIENES INMUEBLES PARA DIVISIÓN DE COSA COMÚN**

- 1.- Anuncio de una venta en pública subasta para la división de cosa común.
- 2.- Los condueños:
  - 2.1 A los efectos de interpretar las normas procesales que regulan la subasta de inmuebles, los condueños tendrán la consideración de ejecutantes y ejecutados.
  - 2.2 Estarán exentos del deber de depósito previo.
  - 2.3 Aunque pujen con los restantes postores por la totalidad del bien, sólo

deberán luego depositar, si se aprueba a su favor el remate, el porcentaje del valor de la finca que no les pertenezca.

-2.4 Los condueños podrán pujar en la subasta aunque no existan más licitadores.

-2.5 Podrán ceder el remate a terceros.

- 3.- Las costas de la ejecución se causan en beneficio de todos los condueños.
- 4.- Cuando la mejor postura ofrecida en la subasta sea inferior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiese salido a subasta, podrá cualquier condueño, en el plazo de diez días, presentar tercero que mejore la subasta o bien pedir la adjudicación del inmueble para sí mismo, siempre que, en ambos casos, se ofrezca una cantidad superior al 70 por 100 del valor de tasación. Si hubiese varios interesados, será preferido el que ofrezca un importe superior por el inmueble.
- 5.- Cuando ninguno de los condueños haga uso de esta facultad, se aprobará el remate en favor del mejor postor siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 por 100 del valor de tasación.
- 6.- Si la subasta resultara desierta, cualquiera de los condueños podrá pedir la adjudicación de los bienes por el 50 por ciento del valor de tasación. Si hubiese más de un interesado será preferido el que ofrezca un importe superior.
- 7.- Quien resulte adjudicatario del bien inmueble habrá de aceptar la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, y subrogarse en la responsabilidad derivada de ellos.
- 8.- Si la mejor postura no cumpliera estos requisitos, el Tribunal, oídas las partes, resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso.