



# Procesal-civil

## División de la herencia en la Ley de Enjuiciamiento Civil



David Juárez Alquezar • *Abogado*

En breve

Por su importancia y el número de casos que se dan en la práctica el presente artículo describe los rasgos más importantes del procedimiento de división judicial de la herencia tal y como se presenta en la vigente LEC como proceso especial que es, al tiempo que destaca los rasgos que le diferencian frente a la anterior regulación. Se completa con un estudio jurisprudencial a través de las Sentencias más significativas en la materia tanto de Audiencias Provinciales como del Tribunal Supremo.

### 1 INTRODUCCIÓN

El tema elegido para la realización del presente trabajo es la novedad introducida mediante la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000 en relación al proceso para la división de la herencia, enmarcada en el Libro IV del citado cuerpo legal bajo el nombre “De los procesos especiales”, a su vez contenida en el Título II con la rúbrica “De la división judicial de patrimonios”.

El principal motivo que ha llevado a la elección del nombrado tema son las novedades que ha supuesto en relación a la regulación que se contenía en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la cual regulaba el proceso de división de la herencia con el Título “De las Testamentarias”, incluyendo como principales apartados el juicio voluntario de testamentaría, el juicio necesario de testamentaría y la administración de las testamentarias.

Se trata de una materia, por tanto, novedosa y de actual regulación que inspira cuando menos un sucinto análisis desde el punto de vista teórico, intentando centrar lo analizado a un punto más práctico, basado, principalmente, en la más que reciente jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y la, todavía, escasa aportación del Tribunal Supremo.

Pues bien, resultará en adelante bastante apropiado comenzar primero por exponer brevemente las principales pinceladas teóricas que rigen la materia a tratar, para posteriormente proceder al examen y análisis más concreto de casos recientes que han empezado a alimentar la jurisprudencia española sobre la regulación del nuevo proceso civil ante el que nos encontramos: el procedimiento para la división judicial de la herencia.

No sin antes, no obstante, destacar las principales novedades que ha aportado esta nueva regulación, en contraprestación con la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

**2 DESARROLLO**

**A) Principales novedades del Procedimiento en relación con la LEC de 1881**

Las principales novedades se pueden sintetizar en cinco grandes aportaciones que ha realizado la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 que son:

1ª- Se ha efectuado una unificación de los tres grandes apartados que contenía la antigua LEC, como eran el juicio abintestato, el juicio de testamentaría y la adjudicación de bienes, contemplándose en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil bajo la rúbrica "De la división de la herencia". Se trata, según la propia exposición de motivos que realiza la misma LEC de 2000, de un procedimiento mucho más simple y menos costoso.

Ante la nueva regulación, en adelante se hablará del juicio de división de la herencia, y no de juicios sucesorios como ocurría con la antigua LEC.

2ª- El nuevo proceso civil mencionado, se subdivide ahora en otros tres apartados como son la propia división de la herencia, la intervención o aseguramiento del caudal hereditario y la administración del mismo.

3ª- La nueva LEC configura al procedimiento como de naturaleza contenciosa, centrándose en la división de la herencia y las medidas de aseguramiento. Al margen permanece la declaración de herederos abintestato, que se configura como un proceso de jurisdicción voluntaria, quedando en vigor los artículos 977 a 1000 de la derogada LEC, en tanto no entre en vigencia la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, según Disposición Derogatoria Única, 1ª-2ª.

4ª- Se ha eliminado la distinción que aparecía en la antigua LEC entre juicio voluntario y juicio necesario de testamentaría.

5ª- Se suprime la *vis atractiva*; es decir, se suprime la posible acu-

**Sumario**

<b>1.- Introducción</b>
<b>2.- Desarrollo</b>
A) Principales novedades del procedimiento en relación con la LEC de 1881
B) Principales características del procedimiento regulado en los Arts 782 a 805 de la nueva LEC
C) Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo
<b>3. Para saber más</b>

>>> **Nos encontramos ante un procedimiento de naturaleza contenciosa** <<<

mulación de otros autos al juicio sucesorio.

**B) Principales características del procedimiento regulado en los artículos 782-805 de la nueva LEC**

**1- Objeto del procedimiento:** se compone de un conjunto de actuaciones dirigidas a obtener judicialmente la división de un patrimonio hereditario cuando haya controversia y, por lo tanto, no acuerdo, entre quienes tienen derecho, testamentario o declarado, a optar al mismo.

**2- Requisito indispensable para poder recurrir a la vía procedimental:** es condición sine qua non que el cargo para efectuar la división de la herencia no esté atribuido a ningún comisario o contador-partidor designado por el testador, por acuerdo de los coherederos o por resolución judicial.

**3- Legitimación para instar el procedimiento:**

a) Exclusivamente está atribuida a quien acredite la condición de coheredero o legatario de parte alicuota sobre el patrimonio hereditario.

b) En la regulación establecida en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil hay una omisión del **cónyuge superviviente** como persona con legitimación activa para poder instar el proceso de división de la herencia; hecho, sin embargo, que se hallaba regulado en el artículo 1038 de la antigua LEC.

En opinión del Ilustre Notario *D. Juan José Rivas Martínez* "dicha omisión no supone la negación de su legitimación activa para promover el procedimiento".

c) **Caso especial de los incapaces y ausentes:** en el caso de que quien esté legitimado sea una persona declarada incapaz o se encuentre ausente o cuyo paradero se ignore, estarán legitimados sus representantes legítimos para pedir la partición de la herencia, conforme disponen el artículo 1052.2 del Código Civil y el artículo 45 del Código de Sucesiones Catalán.

d) El **menor emancipado** puede solicitar la partición de la herencia sin la necesidad de asentimiento de su padre y/o madre o curador, puesto que la tendencia



de las últimas dos décadas por parte del Tribunal Supremo ha sido la de ensanchar su esfera de actuación.

- e) Los **acreedores no tienen legitimación**; sin embargo, los que están reconocidos en testamento, por los coherederos y los que tienen su derecho documentado en un título ejecutivo pueden oponerse a la partición de la herencia hasta que sus créditos sean pagados o afianzados, en

tanto no se haya producido la adjudicación de bienes a los herederos.

**4- Prescripción de la acción para instar el procedimiento:** el derecho que tiene cada coheredero a pedir la división de la herencia es imprescriptible, como se desprende del artículo 1965 del Código Civil.

Del mismo modo, se puede entender del artículo 45 del Código de Sucesiones Catalán cuando expresa

que *“Todo coheredero, o su representante legítimo, puede pedir, en cualquier tiempo, la partición de la herencia”*.

**5- Prohibición de instar el procedimiento:** no obstante lo expresado en el apartado anterior, cabe la posibilidad de que el testador prohíba la división de la herencia durante un periodo de tiempo, según dispone el artículo 1051 del Código Civil, de modo que los legitimados para solicitar la partición judicial de la herencia no puedan utilizar su potestad en tanto el plazo no expire.

### >>> NOVEDADES APORTADAS POR LA LEC DE 2000 EN RELACIÓN AL PROCEDIMIENTO DE DIVISIÓN DE LA HERENCIA RESPECTO A LA LEC DE 1881

#### LEC 1881

Se habla de juicios sucesorios:

- juicio abintestato
- juicio de testamentaría
- adjudicación de bienes

Juicios sucesorios

Juicio de testamentaría voluntario

Distinción entre juicio voluntario y juicio necesario de testamentaría

Aplicación de la vis atractiva: posibilidad de acumular otros autos al juicio sucesorio

Posibilidad de nombrar en el juicio de testamentaría uno o más contadores

En el juicio de testamentaría cada parte interesada puede designar un perito

En el juicio de testamentaría el plazo para presentar las operaciones divisorias está determinado por el juez; no se refleja un plazo fijo

En el juicio de testamentaría el plazo para oponerse a las operaciones divisorias que tienen las partes es de 8 días

En el juicio abintestato, si las cuentas del administrador son impugnadas, se tramita la impugnación como un incidente conforme a los artículos 741 y siguientes

#### NUEVA LEC 2000

Un sólo juicio: división de la herencia, intervención o aseguramiento del caudal hereditario y administración del caudal hereditario

Procedimiento mucho más simple y menos costoso

Procedimiento para la división de la herencia

Procedimiento de naturaleza contenciosa

Desaparece la distinción; un sólo procedimiento: división de la herencia

No aplicabilidad de la vis atractiva

Nombramiento de un contador

Designación de un perito por cada clase de bien

El plazo para presentar las operaciones divisorias no puede exceder de 2 meses

El plazo para oponerse a las operaciones divisorias es de 10 días

Si las cuentas del administrador son impugnadas, se tramita la impugnación como un juicio verbal

Se discute el tiempo de prohibición máximo que se puede establecer. Algunos autores, como pueden ser *Sánchez Román y Ferrandis*, por analogía de la comunidad hereditaria con la comunidad de bienes, optan por el límite de 10 años que establece el artículo 400 del mismo cuerpo legal anteriormente citado. Otros, sin embargo, consideran que la prohibición se puede imponer por tiempo indefinido; defienden esta tesis autores como *Roca Sastre y Gitrama*.

Por su parte, *Luis Díez Picazo y Antonio Gullón* opinan que no tiene sentido la limitación de prohibición de dividir la herencia durante el plazo de 10 años, ya que consideran que éste puede durar más tiempo de acuerdo con el propio Código Civil para determinados supuestos. Y, asimismo, establecen la posibilidad de solicitar la partición de la herencia en el caso de que haya motivos justificados antes de la expiración del plazo, amparándose en el artículo 1707 del Código Civil.

La legislación catalana resulta ser más tajante y firme a la hora de fijar un plazo determinado para la viabilidad o no de acudir al procedimiento para la división de la herencia. El ya citado artículo 45 del Código de Sucesiones dispone que el causante puede establecer un plazo, de no proceder a la partición de la herencia, que no puede exceder de 10 años. Como excepción, el plazo puede llegar a los 15 años para el supuesto del inmueble que resulte

ser la vivienda habitual de uno de los coherederos en el caso de que se trate del cónyuge o hijo del testador. Finalmente, y en contraposición, se contempla la opción de incumplir la prohibición del plazo para dividir la herencia, mediante autorización judicial, en el caso de que concurra causa justa sobrevenida.

**6- Operaciones particionales del proceso para la división de la herencia:** una vez se ha solicitado la división de la herencia, puede resultar necesario proceder a efectuar una serie de operaciones para llegar a la determinación de la masa hereditaria. Estas operaciones son:

- **formación de inventario del caudal relicto:** se realiza una enumeración de los bienes que constituyen la herencia, clasificándolos en bienes muebles y bienes inmuebles.
- **avalúo, tasación o valoración de los bienes:** generalmente se valoran según el precio de mercado que tienen dichos bienes en el momento en que se efectúa la partición, no en el momento en que se abre la sucesión del testador.
- **liquidación:** se resta del valor hereditario las deudas y demás cargas que afecten al patrimonio del causante. Asimismo debe disminuirse de la masa hereditaria los gastos de partición hechos en beneficio común de todos los coherederos.

Realizadas todas las anteriores operaciones, se obtiene un valor líquido y divisible sobre el cual se puede comenzar a disponer para efectuar la **adjudicación** de los bienes a cada coheredero según corresponda.

**7- Convocatoria de Junta y celebración:** una vez se ha formado inventario, se convoca a Junta a los herederos, a los legatarios de parte alícuota, al cónyuge sobreviviente, a los interesados, a los acreedores del causante, y al Ministerio Fiscal en caso que hubiera menores o incapacitados sin representación o ausentes en paradero desconocido.

La Junta se celebra el día y hora señalado a tal efecto y es presidida por el Secretario Judicial. El objeto de la misma es que las partes reunidas acuerden nombrar un contador y peritos que se encargan de practicar el inventario, cuando éste no hubiere sido hecho, el avalúo, la liquidación y la división del caudal hereditario. No se puede designar más de un perito para cada clase de bienes que haya de ser justipreciado. Si no hay acuerdo sobre el nombramiento del contador o de los peritos, se designan por sorteo.

Una vez nombrados contador y peritos, se hace entrega de los autos al contador, poniendo a disposición de éste y de los peritos los objetos, documentos y papeles necesarios para practicar el inventario, el avalúo, la liquidación y la división del caudal hereditario.

>>> **Cabe la posibilidad de poner fin al procedimiento de división de la herencia en cualquier momento del proceso si los coherederos adoptan los acuerdos oportunos y lo solicitan de común acuerdo al tribunal <<<**

**8- Práctica de las operaciones divisorias y plazo:** el contador se encarga de realizar las operaciones divisorias según la ley aplicable a la sucesión del causante. En caso que el testador haya establecido ciertas reglas distintas para las operaciones divisorias, el contador deberá atender a las mismas, evitando perjuicio alguno a las legítimas de los herederos forzosos y evitando asimismo la indivisión y la excesiva división de las fincas.

El plazo máximo para presentar las operaciones divisorias es de 2 meses. Éstas se han de presentar por escrito firmado por el contador en el cual se expresen los bienes que forman el caudal, el avalúo y la liquidación, división y adjudicación de los mismos a cada partícipe.

**9- Oposición a las operaciones divisorias:** una vez aprobadas las

operaciones divisorias, se da traslado a las partes por un plazo de 10 días para que formulen en su caso oposición, que ha de ser por escrito.

Si no hay oposición o se muestra conformidad a las mismas, el tribunal dictará auto aprobándolas y las mandará protocolizar. En caso de oposición, el tribunal convocará al contador y a las partes a una comparecencia.

Si en la comparecencia se llega a un acuerdo, se ejecutará lo acordado, modificando el contador las reformas convenidas, las cuales serán aprobadas por el tribunal. Si no hay conformidad, el tribunal oír a las partes y admitirá las pruebas que estime pertinentes, continuando el procedimiento conforme a lo dispuesto para el juicio verbal.

La sentencia que dicte el tribunal se llevará a efecto, pero no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados interponer el juicio declarativo que corresponda.

**10- Efectos de la partición de la herencia:** aprobadas definitivamente las particiones, se procede a entregar a cada interesado lo que se le ha adjudicado. El principal efecto es que, una vez realizada la adjudicación de bienes a cada heredero, éste adquiere la propiedad exclusiva de esos bienes adjudicados, entregándosele su correspondiente título de propiedad, tal y como se desprende de los artículos 788 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, 1068 del Código Civil y 52 del Código de Sucesiones Catalán.

En los títulos de propiedad se ponen notas expresivas de la adjudicación,



las cuales son protocolizadas, dándose posteriormente a los partícipes que lo soliciten el testimonio de su haber y adjudicación respectivos.

**11- Fin del procedimiento por acuerdo de los coherederos:** cabe la posibilidad también de poner fin al procedimiento de división de la herencia, en cualquier momento del proceso, en el caso de que los coherederos adopten los acuerdos oportunos y lo soliciten de común acuerdo al tribunal, el cual deberá sobreseer el juicio y poner los bienes a disposición de los herederos.

### C) Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo

#### 1- Jurisprudencia del Tribunal Supremo:

a) *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, A 24-06-2003, rec. 1249/2002. Pte: Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio:*

*“Resolución incidental que no pone fin a una verdadera segunda instancia”*

La presente Sentencia, una de las escasas dictadas por el citado Tribunal sobre la materia regulada en el presente trabajo, inadmite el recurso de casación interpuesto por entender que la Sentencia cuyo acceso a casación se pretende no puso fin a una verdadera segunda instancia.

Se alegó en apelación un incidente sobre la inclusión o exclusión de bienes en un proceso sobre división judicial de la herencia, en trámite de formación de inventario, conforme al artículo 794, apartado 4º de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Según reiterada doctrina aplicada por el mismo Tribunal Supremo, plasmada en Autos resolutorios de recursos de queja, el presente caso se trata de la resolución incidental de una controversia surgida para la correcta formación del inventario, la cual no pone fin a la instancia.

De los términos en los que se formula la demanda de la que trae

causa el asunto, se desprende que el objeto principal es la inclusión o exclusión de bienes; teniendo en cuenta que mediante dicha resolución no se concluiría definitivamente la partición, sino que daría lugar a una rectificación del cuaderno particional que podría exigir nuevas operaciones divisorias, y que, en consideración del Tribunal Supremo, *“no tiene la naturaleza de una Sentencia que pone fin a una verdadera segunda instancia”*, se deduce en consecuencia la inadmisibilidad del recurso de casación.

Afirma la comentada Sentencia del Tribunal Supremo que *“El legislador de la LEC 1/2000 ha configurado el procedimiento para dilucidar las controversias sobre inclusión o exclusión de bienes en los procesos sobre división judicial de la herencia, como un verdadero incidente en trámite de formación de inventario, conforme se deduce del apartado 4 del artículo 794 de la LEC 1/2000, en el que además, se limitan los efectos de cosa juzgada material de la Sentencia que concluye el incidente”*.

b) *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, A 10-02-2004, rec. 124/2003. Pte: Auger Liñan, Clemente:*

*“Resolución incidental en apelación, no en segunda instancia”*

El Tribunal Supremo resuelve desestimando el recurso de queja interpuesto contra la resolución que tenía por denegada la preparación de un recurso de casación en un pleito sobre liquidación de la sociedad de gananciales. Entiende el Alto Tribunal que la resolución impugnada no es recurrible en casación ya que no es de las que ponen fin a una verdadera segunda instancia, al tratarse de una cuestión incidental de un pleito de separación.

La Audiencia Provincial de Álava declaró mediante Auto no haber lugar a tener por preparado recurso de casación contra la Sentencia dictada por ella misma, respecto a un juicio verbal promovido con posterioridad a la entrada en vigor de la LEC del 2000. El recurrente en apelación se opuso a las operaciones divisorias realizadas por el contador diri-



mente en la liquidación de la sociedad de gananciales llevada a cabo en la fase de ejecución de la Sentencia que decretó judicialmente la separación de las partes litigantes.

En dicha fase de ejecución de Sentencia, durante la sustanciación del procedimiento de liquidación de la sociedad legal de gananciales, se dictó Sentencia resolviendo el incidente sobre inclusión y exclusión de bienes en el inventario suscitado en el curso de su tramitación. La parte recurrente alegó como vulnerado el artículo 785.5 de la LEC del 2000, ya que la sentencia dictada por el Juzgado de Amurrio no constituye cosa juzgada.

El Tribunal Supremo entiende que la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Álava “carece de la condición de “Sentencia dictada en segunda instancia”, y ello porque la propia LEC 2000 distingue entre “apelación” y “segunda instancia”, configurando ésta última como aquella en la que se conoce de los procedimientos que han puesto fin a la primera instancia, lo que no ocurre en el presente caso en el que nos halla-

*mos ante una sucesión de incidentes planteados para dar efectividad a una Sentencia de separación, puesto que tal naturaleza tenían las operaciones de liquidación del régimen matrimonial extinguido, y, dentro de ellas, la oposición a las operaciones divisorias del contador”.*

A pesar de que la presente Sentencia del Supremo versa sobre la liquidación de gananciales, es aplicable la doctrina que implanta en la misma a la regulación del procedimiento para la división de la herencia, en tanto también se hace referencia al citado artículo 787.5 y principalmente en cuanto a la posibilidad de las partes a oponerse a las operaciones divisorias efectuadas por los contadores durante la tramitación del citado procedimiento.

Finalmente, declara el Tribunal Supremo que “a pesar de haberse tramitado el pleito del que trae causa la Sentencia que se pretende recurrir en casación por el cauce del juicio verbal, una vez iniciada la vigencia de la nueva LEC 2000, nos hallamos ante un incidente de índole declarativa dentro de un procedimiento de liquidación, sin

*que pueda afectar a esta naturaleza, tal y como dejó sentado esta Sala en Auto de fecha 25 de Marzo de 2003 (recurso de queja 1318/2002), la circunstancia de que el legislador de 1.881 decidiera, por considerarlo adecuado para la sustanciación de las controversias que podían suscitarse en esta clase de procedimientos, que, en el caso de oposición a las operaciones divisorias del contador sin haberse alcanzado un acuerdo en la comparecencia, debía de seguirse los trámites del juicio correspondiente según la cuantía –previsión ésta no contemplada en la nueva LEC 2000, que, en el caso de oposición a las operaciones divisorias del contador sin haberse alcanzado un acuerdo en la comparecencia, se remite al cauce del juicio verbal (art. 810.5 LEC 2000, en relación con su art. 787.5)...”.*

**2- Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia:**

*a) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil, S 3-10-2002, nº 23/2002, rec. 10/2002. Pte: Álvarez Caperochipi, José Antonio:*





*“Posibilidad de interponer el juicio verbal u ordinario correspondiente contra la resolución del procedimiento de división de la herencia”*

El Tribunal Superior de Navarra declara no haber lugar al recurso de casación foral por entender que contra la sentencia que aprueba la división de herencia en el procedimiento del artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento del 2000 no cabe recurso alguno, salvo la impugnación por el juicio ordinario que corresponda, y, en particular, el recurso de casación, cuyo sentido es extraordinario, se contradice con una sentencia que no produce efectos de cosa juzgada y tiene delimitada y notoriamente restringida la controversia al no admitirse reconvenión.

En el presente caso nos encontramos con la validez del testamento otorgado por el causante. Designado un contador partidador al efecto, presentó éste el cuaderno particional de la herencia del causante, dando traslado del mismo a las partes y siendo impugnado por una de ellas. La Sentencia de Primera Instancia desestimó íntegramente la impugnación del cuaderno particional y aprobó definitivamente el mismo. La propia parte impugnante, recurrió en apelación; la Audiencia Provincial de Navarra acordó que el contador partidador procediera a realizar, en relación con los bienes del causante correspondientes a la liquidación de la sociedad de conquistas de su segundo matrimonio, una nueva operación particional, a la que sólo se llamaran su segunda esposa y la hija fruto de dicho matrimonio.

El Tribunal Superior de Justicia declara que el artículo 787 de la nueva LEC tiene la función de simplificar el complejo régimen de la aprobación judicial de los procedimientos de testamentaria y abintestato. Asimismo, indica muy bien que en la redacción originaria del proyecto de la nueva LEC mencionada, nada se prevenía sobre el régimen de recursos contra la aprobación de la partición en juicio verbal. Sin embargo, mediante la enmienda 13989 del Grupo Parlamentario Catalán, se introdujo el vigente

párrafo segundo del artículo 787.5 de la LEC. Dicho párrafo prevé la posibilidad de iniciarse un juicio ordinario tras la aprobación de la partición judicial, y se justifica en que dada la complejidad de las cuestiones que pueden plantearse, se aconseja privar a la sentencia que pueda dictarse en dicho juicio de los efectos de cosa juzgada. De este modo, se abre la vía del juicio ordinario que corresponda como única vía de impugnación del procedimiento de la división de la herencia.

Considera el propio Tribunal que dicha interpretación es coherente con la Exposición de motivos que se contempla en la LEC que diseña *“un procedimiento más simple y menos costoso que el juicio de testamentaria de la Ley de 1881”*; pues, expone el Tribunal Superior de Navarra, de la interpretación contraria se seguiría un farragoso régimen de recursos contra la partición hereditaria, que sería más complejo y caro que el previsto en la derogada LEC de 1881.

Asimismo, la analogía del procedimiento de aprobación judicial de la partición hereditaria del artículo 787 de la LEC, con el procedimiento de aprobación judicial de la formación de inventario en caso de controversia, predica también la exclusión de los recursos contra la aprobación judicial, pues no tendría sentido que pudiese concurrir el procedimiento ordinario con un recurso contra una resolución en un proceso sumario de aprobación de una partición; y que, de esta manera, pueda complicarse la división de la herencia entre los coherederos si este proceso sumario concurre con una discusión en otro proceso sumario sobre los bienes que deben incluirse en el inventario.

Finalmente, declara el Tribunal que la función de la aprobación judicial de la división hereditaria es garantizar la ejecución inmediata de la partición, no resolver la controversia que susciten las partes, que en su caso debe ventilarse por el procedimiento que corresponda. Es por ello, considera el Tribunal, que el artículo 787.5 párrafo 2 de la LEC establece que la sentencia que recaiga se llevará a efecto,

sin que la falta de recurso específico contra la aprobación judicial de la partición suponga atentar contra la tutela judicial efectiva, ya que siempre queda a las partes la posibilidad de acudir al juicio ordinario correspondiente. En conclusión, declara no haber lugar al recurso de casación porque no se puede recurrir contra una sentencia que no produce los efectos de cosa juzgada, y que, la vía correcta de actuación hubiera sido acudir al juicio ordinario correspondiente para reclamar la pretensión.

### **3- Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales:**

A la vista de la escasez de Sentencias tanto del Tribunal Supremo como de los Tribunales Superiores de Justicia, la mayor riqueza jurisprudencial se halla, en cuanto al nuevo procedimiento de división de la herencia que recoge la LEC de 2000, en las distintas Audiencias Provinciales del territorio nacional, no por ello teniendo menos valor doctrinal.

De este modo, procedemos a plasmar sucintamente una buena recopilación de ellas, aprovechando la proliferación de Sentencias de las diversas Audiencias Provinciales, remarcando en cursiva y transcribiendo los fundamentos de Derecho más importantes y trascendentes que contienen las mismas. Asimismo, al inicio de cada Sentencia, tal y como se ha realizado con las tres anteriores del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Navarra se titula la misma definiendo la aportación jurídica más importante que nos proporciona.

**a) Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6ª, A 17-4-2002, rec. 331/2001. Pte: Mestre Ramos, María:**

*“A falta de partición hereditaria, posibilidad de instar el procedimiento de división de la herencia”*

La Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia al entender que el actor es heredero forzoso, y por tanto está legitimado para instar la acción de división de la herencia, además de no contener el



**I.S.D.E.**

Instituto Superior de Derecho y Economía

## Líder en formación jurídica de élite

[www.isdemasters.com](http://www.isdemasters.com)

[isde@isdemasters.com](mailto:isde@isdemasters.com) • 902 11 88 94  
c/ Magallanes, 25 - 3º • 28015 Madrid

**Open the door to a brilliant career!  
Investing in your future is priceless!**

### CONVOCATORIAS ENERO/FEBRERO 2007

#### MÁSTER EN MARKETING JURÍDICO Y ADMINISTRACIÓN DE DESPACHOS

Dirección y gestión estratégica de los despachos de  
abogados

Dirección financiera de los despachos de abogados

Dirección en marketing jurídico

Recursos humanos y gestión del conocimiento

#### MÁSTER EN ABOGACÍA INTERNACIONAL ISDE

Único que garantiza la incorporación integral en las  
principales plataformas jurídicas internacionales, Nueva  
York, París, Londres, Berlín, Munich, Roma, Québec, ...

#### MÁSTER EN INMOBILIARIO (A DISTANCIA)

Desde la compra del solar hasta la venta del inmueble

#### MÁSTER IN INTERNATIONAL SPORTS LAW LLM ISDE METHODOLOGY

Único que garantiza la incorporación a las asesorías  
jurídicas de los principales clubs de fútbol y organismos  
deportivos internacionales

#### Con la colaboración de:

Interamerican Bar Association • U.B. • I.E.B. • U.L. •  
U.S.C. • REX • ICAB



testamento de la causante una auténtica partición hereditaria, por lo que estima la apelación.

En el presente caso nos encontramos con la existencia del testamento otorgado por la causante. En éste, se hace designación de bienes, pero para el Tribunal Supremo no supone ello la partición de la herencia. Se intentó la división de la herencia por un hermano, pero hubo desavenencias. En consecuencia, el apelante, instó la división judicial de la herencia. Es heredero legítimo, heredero forzoso. Tiene legitimación activa, por tanto, para instar la división judicial de la herencia.

Según doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo: *“El artículo 1056 del Código Civil faculta al testador para realizar él mismo la partición hereditaria, otorgándole amplias posibilidades para ello, pero siempre con absoluto respeto a las legítimas”*.

Asimismo, la Audiencia considera que no toda disposición del testador realizada sobre bienes hereditarios puede estimarse como una auténtica partición hereditaria, sino que una verdadera partición se dará cuando el testador haya distribuido sus bienes practicando todas las operaciones como son el inventario, el avalúo, la liquidación y la formación de lotes objeto de las adjudicaciones. Aún cuando esto no es así, el testador puede limitarse 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, aplicando de este modo las **denominadas doctrinalmente normas para la partición**.

No obstante, en el caso resuelto por la Audiencia de Valencia, la causante no ha realizado una verdadera partición de la herencia ya que la adjudicación de los bienes que consta en su testamento no ha sido precedida de las operaciones particionales antedichas.

**b) Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz, Sección 4ª,**



## El efecto que produce la partición de herencia es la adjudicación de unos bienes a personas determinadas, coherederos o legatarios de parte alícuota <<<

**S 28-10-2002, rec. 670/2002. Pte: Moscoso Torres, Pablo José:**

*“Falta de legitimación activa del cónyuge”*

La Audiencia citada desestima el recurso planteado por la apelante, cónyuge del causante, quien alega al banco el uso de una cantidad líquida de dinero que su marido tenía en él. La Audiencia considera que, como declaró la sentencia de primera instancia, la apelante tiene falta de legitimación activa ya que el bien objeto de discusión no se ha adquirido por ella en virtud de la herencia, sino que pertenece a los herederos, correspondiéndole sólo el usufructo. Afirma que la cónyuge no es legataria de cosa cierta y determinada, por lo que no está legitimada para reclamar del banco depositario los bienes objeto de la herencia.

Argumenta, asimismo, que el Banco es ajeno a las discrepancias que puedan surgir entre herederos; discrepancias, por otro lado, que tienen que resolverse en el procedimiento adecuado. Y no considera la misma sentencia de apelación, que el mecanismo apropiado sea el del interdicto de adquirir para hacer efectivos los derechos hereditarios que, como usufructuaria que es la apelante, le puedan corresponder.

**c) Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª, S 15-6-2004, nº 485/2004, rec. 357/2003. Pte: Castresana García, Reyes:**

*“Nombrado contador-partidor en testamento, imposible instar procedimiento”*

La referida Sentencia afirma que en el testamento objeto de examen ha quedado probado que el causante ha nombrado contador partidor para realizar extrajudicialmente

las operaciones particionales y que en consecuencia no se puede reclamar judicialmente la división de la herencia.

En el presente caso se instó demanda de división judicial de herencia conforme a los artículos 782 y siguientes de la LEC. Tras citación de las partes y suscitada controversia tramitada por juicio verbal, se dictó sentencia en la primera instancia desestimando la división, partición y adjudicación del caudal hereditario por inadecuación del procedimiento.

Interpuesto recurso de apelación, la Sala, en su exposición de motivos declaró que *“dicha solicitud de división judicial de la herencia, que prevé el art. 782 de la LEC, la puede reclamar cualquier coheredero o legatario de parte alícuota, siempre que no deba efectuarla un comisario o contador partidor designado por el testador, como es el caso de autos, ya que la Cláusula Tercera del testamento dispone que “Nombrada albacea y contador partidor con las más amplias facultades para realizar todas las operaciones de partición a cualquier Notario de Vizcaya, quien contará para desempeñar su cargo con un plazo de tres años a contar desde la fecha en que se le requiera para ejercerlo. Dicho requerimiento podrá hacerlo cualquiera de los interesados en la sucesión. Pero si al hacer la partición actuaran por unanimidad todos los interesados en ella, quedará sin efecto este nombramiento”*.

En definitiva, la citada Audiencia, al amparo del artículo 782.1 de la LEC, entendiendo que ha sido válidamente acreditado el nombramiento del contador-partidor por parte del testador, declara no haber lugar a la reclamación judicial de la división de la herencia, desestimando el recurso de apelación.

**d) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, S 16-11-2004, rec. 612/2003. Pte: Navarro Estevan, Joaquín:**

*"Falta de facultades de la contadora-partidora"*

En Primera Instancia se estimó la solicitud de división judicial de la herencia formulada, aprobando las operaciones divisorias de la contadora-partidora. La demandada en instancia, recurre en apelación.

La Sala entiende que en el presente caso la contadora-partidora no ha sido nombrada por el juez a petición de herederos y legatarios que representen al menos el 50% del haber hereditario, sino que ha

sido nombrada dentro de un procedimiento especial de división judicial de la herencia, instado por uno de los herederos. Establece la Audiencia que la contadora-partidora ha sido nombrada, específicamente, por sorteo en la Junta de herederos dentro de dicho procedimiento.

La Sala argumenta que la contadora-partidora no ha sido nombrada para realizar la partición en la modalidad del contador-partidor dativo como arbitrador o amigable componedor, nombrado, en cuanto tal, por el juez, sino que es una contadora-partidora nombrada para realizar la partición judicial propia del procedimiento para la división de la herencia regulado en la Ley Procesal Civil.

En consecuencia, concluye la Audiencia, estimando el recuso planteado en el sentido de afirmar que *"la referida contadora-partidora carece de la condición de contadora-partidora dativa. No lo es tampoco testamentaria y como simple contadora-partidora de una partición judicial no tiene facultades para la adjudicación íntegra del único bien que se tenía que dividir. Por tanto, la sentencia apelada, al aprobar las operaciones particionales ha infringido el artículo 841 del Código Civil"*.

**e) Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, S 11-3-2005, nº 163/2005, rec. 85/2005. Pte: Escrig Orenga, Mª del Carmen:**

*"Juicio declarativo contra la partición aprobada"*

La Sentencia de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando entre otros pronunciamientos, que la obligación del demandado era la de traer a la masa hereditaria los bienes que recibió de su padre mediante diversos actos de liberalidad. Recurren en apelación tanto el demandado como la parte actora. La Audiencia desestima el recurso planteado por la parte demandada.

La parte actora/apelada/apelante solicita que se declare que la partición adicional o complementaria se verifique por los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque considera que el contador ya ha concluido su trabajo y su cargo ya está caducado conforme se desprende del testamento, añadiendo asimismo que las partes, dadas las discrepancias que sostienen, no van a llegar a un acuerdo.

La Audiencia de Valencia entiende, como la parte actora, que el encargo que el testado hizo al contador-partidor ya está agotado, pudiendo, en caso de ser necesario, conceder una prórroga judicial. Sostiene también que debe llevarse a cabo una adición. Y que cuando no hay acuerdo entre las partes sobre la partición

## >>> JURISPRUDENCIA DE INTERÉS

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, A 24-6-2003, rec. 1249/2002. Pte: Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, A 10-02-2004, rec. 124/2003. Pte: Auger Liñan, Clemente.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil, S 3-10-2002, nº 23/2002, rec. 10/2002. Pte: Álvarez Caperochipi, José Antonio.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6ª, A 17-4-2002, rec. 331/2001. Pte: Mestre Ramos, María.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz, Sección 4ª, S 28-10-2002, rec. 670/2002. Pte: Moscoso Torres, Pablo José.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª, S 15-6-2004, nº 485/2004, rec. 357/2003. Pte: Castresana García, Reyes.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, S 16-11-2004, nº 1070/2004, rec. 612/2003. Pte: Navarro Estevan, Joaquín.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, S 11-3-2005, nº 163/2005, rec. 85/2005. Pte: Escrig Orenga, Mª del Carmen.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, S 22-6-2004, nº 468/2004, rec. 417/2002. Pte: Uriarte López, César.

Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, A 3-10-2002, nº 105/2002, rec. 112/2002. Pte: Oliver Albuérne, Mercedes.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6ª, S 24-11-2003, nº 489/2003, rec. 426/2003. Pte: Barral Díaz, José Manuel.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª, S 15-12-2003, rec. 6534/2003. Pte: Herrera Tagua, José.

Sentencia de la Audiencia de Alicante, Sección 6ª, S 14-10-2004, nº 548/2004, rec. 772/2003. Pte: Prieto Lozano, Francisco Javier.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, S 21-11-2004, rec. 456/2003. Pte: Pastor Oliver, Antonio Luis.



ejecutada por el contador-partidor, incluso en el ámbito del procedimiento judicial de partición, se les remite al procedimiento declarativo correspondiente.

La Sala se remite a la Jurisprudencia asentada por el Tribunal Supremo, en el sentido de que el Alto Tribunal viene admitiendo que la partición hereditaria se lleve a cabo por los cauces de ejecución de sentencia. STS de 4 de Julio de 1994(núm. 721/1994, rec. 2031/1991. Pte. Almagro Nosete, José): *“Lo cierto es que el juicio voluntario de testamento, como su denominación denota, tiene un origen no contencioso, sino voluntario y ya esta característica establece una inicial barrera de separación entre el ámbito de lo que es contingentemente jurisdiccional y lo que es necesariamente jurisdiccional, como ocurre con el juicio declarativo ordinario. A ello se añade, como ya señaló la primera sentencia cuyos razonamientos confirma la recurrida, que no se puede negar virtualidad al juicio declarativo incoado, puesto que, sin perjuicio de que la amplitud de las cuestiones que se debaten, escapan del ámbito del juicio de testamento en cuanto que desde el momento de iniciado existen discrepancias entre las partes respecto de los bienes que integran la masa hereditaria, es notorio que el juicio declarativo tiene eficacia procesal suficiente para obtener cuantas declaraciones de derecho se pretenden de la jurisdicción ordinaria”, y como señala la doctrina científica, y acoge la jurisprudencia, el juicio declarativo resulta pertinente para decidir las cuestiones derivadas de la división de la herencia, determinación del patrimonio a dividir, fijación de las cuotas correspondientes a cada heredero e, incluso, realización de las operaciones divisorias en trámite de ejecución de sentencia”.*

El Tribunal Supremo concluye, en atención al principio de tutela judicial efectiva y para evitar posteriores procedimientos a las partes a fin de llevar a cabo la adición que *“para dar*

*estricto cumplimiento a lo juzgado, que la adición de la herencia se realice por los trámites de ejecución de la presente sentencia”.* Y así falla la Sentencia de la Audiencia de Valencia, acordando que la partición adicional se lleve a cabo en trámite de ejecución de sentencia.

**f) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, S 22-6-2004, nº 468/2004, rec. 417/2002. Pte: Uriarte López, César:**

*“Violación del procedimiento y nulidad de actuaciones”*

Se destaca la presente Sentencia por dos aportaciones principales básicamente. La primera recogida en el Fundamento de Derecho Cuarto en el cual la Sala declara que *“Como pone de relieve la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, establece los procesos especiales imprescindibles en su Libro IV y entre ellos en su Título II los procesos de “división judicial de la herencia” –arts.782 a 805– (...) y que la nueva Ley diseña un procedimiento más simple y menos costoso que el juicio de testamento, pero inspirado en los principios y finalidad de aquel antiguo y, por tanto, gran parte de la doctrina antes sentada para éste resulta también de aplicación al nuevo juicio”.*

La segunda se refiere a la violación producida durante el procedimiento en relación a los trámites establecidos en la LEC del 2000. La Sala declara que *“no se han seguido los trámites establecidos en los artículos 783 y siguientes de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que respecta al nombramiento de Contador o Contadores para que practique las operaciones particionales ni, en su caso, de Peritos que hayan de practicar el avalúo de los bienes, sino que saltándose esos trámites se va*

*directamente al juicio verbal –art. 781.5–, que está previsto para el caso de no existir conformidad con las operaciones divisorias del Contador o Contadores como presupuesto del mismo y el Juzgado dicta sentencia viniendo a practicar la Juez en ella la división de la herencia y todo con aquietamiento de las propias partes en su día y ahora en sus respectivos recursos, lo cual teóricamente debía llevar a una nulidad de las actuaciones al haber prescindido de las normas esenciales del procedimiento –art. 225.3º Ley Enjuiciamiento Civil vigente- y sin embargo dicha declaración le está vedada a la Sala de acuerdo con lo prevenido en el párrafo segundo del artículo 227.2 de dicha Ley Procesal, al no haber sido solicitada por ninguna de las partes recurrentes ni concurrir ninguno de los supuestos para poder hacerlo de oficio”.*

**g) Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, S 3-10-2002, nº 105/2002, rec. 112/2002. Pte: Oliver Albuera, Mercedes:**

*“Procedimiento de naturaleza contenciosa y ausencia de cosa juzgada”*

La presente Sentencia resuelve desestimando el recurso de apelación que se interpuso contra un auto que declaraba sobreesido el juicio ordinario planteado sobre división de herencia por inadecuación de procedimiento. Opina la Sala que el proceso para la división de la herencia es un proceso contencioso, lo que no impide que dentro del desarrollo del propio procedimiento se intente llegar a un acuerdo entre las partes.

Del mismo modo, comenta la Audiencia que por el hecho de que la Sentencia que decide sobre la oposición a las operaciones divisorias no produzca efectos de cosa juzgada, no puede considerarse que se trate de un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

La principal argumentación que aporta esta sentencia es que declara claramente que el proceso para la división de la herencia que se regula en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil está contemplado para una situación de controversia, entre partes determinadas, que ha de resolverse jurisdiccionalmente, y situándose, en consecuencia, dentro del ámbito de la Jurisdicción Contenciosa. Asimismo, arguye que el hecho de que una vez iniciado el procedimiento, nada se opone a la naturaleza contenciosa del propio procedimiento, por el hecho de intentar llegar a un acuerdo entre las partes en el transcurso del mismo.

Por otra parte, también defiende la Audiencia Provincial que la ausencia de cosa juzgada de la sentencia que decide sobre la oposición a las operaciones divisorias que se efectúan en todo procedimiento de división de la herencia, no es un dato del que inevitablemente pueda deducirse que no se trata de un procedimiento de naturaleza contenciosa. Porque, en palabras literales de la citada Sentencia: *“Esa ausencia de cosa juzgada, lo único que demuestra es la naturaleza sumaria del trámite de*

*oposición a las operaciones divisorias, ya que el legislador parece haber querido que los bienes de la herencia se repartan con la mayor rapidez posible, permitiendo que una vez hecha la partición, los coherederos disconformes puedan defender en juicio plenario los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados”.*

Es decir, que las partes, una vez concluido el procedimiento para la división de la herencia, pueden optar por proceder a acudir al juicio verbal o juicio ordinario que corresponda, sino se hallan del todo conformes con la partición que se ha hecho en el proceso particional; todo ello, según se desprende del artículo 787.5 de la nueva LEC.

**h) Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6ª, S 24-11-2003, nº 489/2003, rec. 426/2003. Pte: Barral Díaz, José Manuel:**

*“Obligación de aportar los documentos antes de la práctica del cuaderno particional”*

En este caso la Audiencia desestima el recurso interpuesto contra la des-

estimación en Primera Instancia a la oposición efectuada contra la partición de una herencia. La Audiencia considera que no se puede pretender la nulidad de la partición por el mero hecho de no coincidir los criterios de valoración del dirimente con los particulares de un concreto coheredero.

Por otro lado, la propia Audiencia Provincial indica que la facultad de abonar la legítima de los coherederos con bienes concretos de la herencia no es aplicable, al no estar en vigor dicha norma al abrirse la sucesión, y porque así viene determinado en el testamento, de modo que el heredero no puede aceptar lo que le beneficia y renunciar a las cargas que se le imponen.

Finalmente, declara la Sala que no existe quebrantamiento de forma por no haberse admitido la presentación de documentos en la vista del juicio, ya que éstos no pueden ser reservados a dicho momento, sino que debieron ser presentados con anterioridad. En este sentido, hay que acudir a la regulación del artículo 785.1 de la nueva LEC que establece que: *“Elegidos el contador y los peritos, en su caso, previa aceptación, se entregarán los autos al primero y se pondrán a disposición de éste y de los peritos cuantos objetos, documentos y papeles necesiten para practicar el inventario, cuando éste no hubiere sido hecho, y el avalúo, la liquidación y la división del caudal hereditario”.*

Esto significa que previamente al posible juicio que pueda derivarse de la impugnación del cuaderno, las partes están obligadas con carácter preclusivo a la aportación de los documentos, objetos y papeles, ya que de lo contrario, no tendría sentido realizar un cuaderno al margen de la documentación existente al respecto.

Señala además la Sentencia que el heredero no puede **reservarse** documentos o papeles para impugnar el cuaderno. Sólo podría impug-

>>> **CONVIENE SABER:**

**QUE** desde un punto de vista positivo, como mínimo a nivel teórico, el **procedimiento** para la división de la herencia regulado en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil resulta ser **mucho más simple y menos costoso** que el se encontraba establecido en la antigua LEC de 1881.

**QUE** nos encontramos ante un **procedimiento de naturaleza totalmente contenciosa**. El procedimiento se insta por la controversia existente entre dos o más coherederos a la hora del reparto de la masa hereditaria.

**QUE** La operación de valoración de los bienes, una vez iniciado el procedimiento, se fija en el **valor de mercado** que tienen dichos **bienes** en el momento en que se va a efectuar la **partición de la herencia**, no cuando se abre la sucesión del testador.

**QUE** el **efecto** que produce la partición de la herencia es la **adjudicación** de unos **bienes** a unas personas determinadas, coherederos o legatarios de parte alícuota, trasladándose con esa adjudicación el **título de propiedad** de esos bienes.

**QUE** la **Sentencia** que pone fin al procedimiento para la división de la herencia **no tiene eficacia de cosa juzgada**. Los herederos que se consideren perjudicados por la distribución de la masa hereditaria y posterior adjudicación, pueden recurrir al juicio ordinario correspondiente para reclamar lo que consideren ajustado a Derecho.



narlo en el caso de que pudiese demostrar que dichos medios de prueba se encontraban en alguno de los casos permitidos para una presentación posterior, regulados en la misma Ley de Enjuiciamiento Civil. En el presente caso, sin embargo, el apelante tenía los documentos en su poder y no los presentó ni en tiempo hábil ni tampoco incluyó en su inventario la partida cuya valoración impugna en esta apelación. Por este motivo, la Audiencia considera que no pueden ser tenidos en cuenta y desestima la apelación.

**i) Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª, S 15-12-2003, rec. 6534/2003. Pte: Herera Tagua, José:**

*“Preclusión del plazo para recurrir el inventario”*

En este caso las partes fueron convocadas a la formación de inventario según establece el artículo 794 de la LEC; comparecieron todos los interesados y mostraron conformidad sobre el único bien que formaba la masa hereditaria. Seguidamente nombraron, de común acuerdo, contadores y perito, practicando éstos la correspondiente valoración y distribución. Uno de los interesados se opuso, tramitándose el incidente conforme el artículo 787.5 de la LEC, dictándose Sentencia la cual estimó la oposición. Seis de los siete restantes interesados interpusieron recurso de apelación a dicha Sentencia.

La Sala defiende que en la formación del inventario, hecha de acuerdo a la LEC, los herederos estuvieron conformes, sin que por ninguno de ellos se formulara objeción alguna ni se mostrara disconformidad. Defiende también que *“cumpléndose con absoluta pulcritud las disposiciones procesales, las partes de común acuerdo nombran a perito que proceda al avalúo del inmueble y se nombra contadores-partidores”,* los cuales según doctrina jurisprudencial tienen limitadas sus funciones a los actos de verdadera partición, sometiéndose a los acuerdos

de los herederos sobre los bienes que integran el inventario. De este modo lo expone el artículo 785.1 de la LEC en cuanto señala que las funciones del contador son entre otras las del inventario, pero con la excepción de que se haya realizado, como sucede en el presente supuesto.

A continuación se procede al trámite de alegaciones de las partes que establece el artículo 787 y en ese momento es cuando se opone la parte interesada, tramitándose el incidente que regula el artículo 787.5. La Audiencia defiende que *“no se podía tramitar ya que los motivos de disconformidad que pueden alegar las partes sobre las operaciones divisorias realizadas por los contadores en ese momento procesal exclusivamente pueden referirse a las operaciones divisorias, nunca a los bienes que integran el inventario, porque el inventario se realizó en un momento procesal anterior, en el que la parte opositora expresa y perfectamente pudo oponerse y no lo hizo”.*

Entiende la Sala en conclusión que por aplicación del principio de preclusión no puede oponerse cuando se realizan las operaciones de partición por motivos diferentes a aquellos que se refieran las cuestiones de las propias operaciones

divisorias realizadas por los contadores. Como el motivo de oposición se refiere al inventario y se realiza en un momento procesal no oportuno para alegarlo, por preclusión del plazo, conforme al artículo 794.4 de la LEC, desestiman el recurso y dictaminan que *“todos los herederos han de estar y pasar por el resultado de dicho inventario, que ya no es posible atacarlo, al haber precluido el momento procesal oportuno para ello”.*

**j) Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6ª, S 14-10-2004, nº 548/2004, rec. 772/2003. Pte: Prieto Lozano, Francisco Javier:**

*“Modificaciones puntuales del cuaderno particional, no alternativas ni significativas”*

La Audiencia desestima la impugnación dirigida a obtener una modificación sustancial del cuaderno particional elaborado por el contador-partidor y confirma la resolución dictada. Argumenta la misma que no puede en el marco de la regulación contenida respecto de esta materia en la nueva LEC plantearse una nueva tasación de los bienes hereditarios una vez realizadas las operaciones particionales por el contador-partidor.

### >>> PARA SABER MÁS

- Código Civil Español (artículos 1035-1087).
- Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (artículos 959-1129).
- Ley 40/1991, de 30 de Diciembre, del Código de Sucesiones Catalán (artículos 43-63).
- Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil (artículos 782-805).
- IUS & LAW REVISTA JURIDICA HISPANO-ANGLOSAJONA, Nº Extraordinario 1 y 2, Año 2001. Artículo Práctica Jurídica, Práctica Civil; Juan José Rivas Martínez, Notario; Dirige: Oscar Monje Balmaseda.
- Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: “Sistema de Derecho Civil”, Volumen IV, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones. Editorial Tecnos, Madrid, 8ª Edición, 2001.
- José Luis Lacruz Berdejo y otros autores: “Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones”. Editorial Dykinson, Madrid, Nueva Edición, 2001.
- Alberto Montón Redondo: “El nuevo proceso civil (Ley 1/2000). Editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 2000.
- Ignacio Sancho Gargallo y Carmen Briones Jurado: “El Juicio Sucesorio, (Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil)”. Editorial Atelier, Barcelona, 2002.

En Primera Instancia de estimó íntegramente la demanda presentada para aprobar las operaciones divisorias de la herencia formuladas por el contador y obtener la entrega del legado correspondiente. Se desestimó la oposición realizada por la parte ahora recurrente en apelación. La parte actora/apelada interesó confirmación de la sentencia.

La Sala sostiene que la recurrente pretende una modificación significativa del cuaderno particional, impugnando además la valoración efectuada por el perito tasador, designado también de común acuerdo por los coherederos. Según la Audiencia *“tales pretensiones no tienen cabida en el trámite que regula el art. 788 de la LEC, destinado a plantear y obtener en su caso puntuales modificaciones de las operaciones divisorias ya realizadas por el Contador, que actúa siempre a modo de arbitrador a cuyo dictamen y buen hacer se han sometido en buena medida las partes al designarlo previamente, pero no a plantear y postular unas operaciones divisorias alternativas, ni tampoco y sobre todo, a plantear una nueva tasación o avalúo de los bienes y/o derechos que compongan el caudal hereditario, pues tal nueva tasación o avalúo no tiene cabida, por no hallarse prevista ni contemplada como posible ni de forma directa ni aún indirecta, en el citado precepto, por lo que en definitiva, la pericia extrajudicial traída a autos por la parte recurrente y de forma unilateral y el proyecto de adjudicación (...) no puede ser tenida en cuenta ni valorada en este incidente a los fines que pretende la recurrente”*.

Igualmente, la Audiencia de Alicante declara merecer la aprobación judicial la partición realizada por el contador partidor puesto que la misma, entre otras razones, *“se ajusta también a las genéricas directrices enunciadas por un lado en el art. 786.1 párrafo fina de la LEC, en cuanto prescribe que se han de evitar la creación de nuevas situaciones de indivisión”*.

**k) Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, S 21-1-2004, rec. 456/2003. Pte: Pastor Oliver, Antonio Luis:**

*“Efecto de cosa juzgada y principio de seguridad jurídica”*

La Sala estima en parte los recursos de apelación planteados por ambas partes contra la Sentencia que aprobó las operaciones divisorias por el contador repartidor, sin efecto de cosa juzgada. Considera que no se puede afirmar que el inventario de activo y pasivo de la sociedad conyugal habida entre los litigantes no produzca efecto de cosa juzgada, pues los intentos de modificar lo ya decidido es extemporáneo y contrario al principio de seguridad jurídica.

La resolución recurrida afirma, a tenor del artículo 787.5 de la LEC de 2000, con efecto de “parte dispositiva” que dicha sentencia carece de efecto de “cosa juzgada”.

La Audiencia de Zaragoza, en su fundamentación jurídica establece que *“la nueva ley de enjuiciar, si bien mejora en algo la sistemática de la regulación de los juicios de testamentaría, recoge esencialmente los principios que inspiraron aquella precedente LEC de 1881. Estaríamos en el seno de un procedimiento de naturaleza más próxima a la jurisdicción voluntaria. Afirmaríamos sin recato que plenamente de jurisdicción voluntaria, pues –al igual que en la LEC precedente, en este proceso de testamentaría la iniciativa corresponde a los instantes, que en cualquier momento pueden apartarse del procedimiento, darlo por finalizado o pedir su archivo por cualquier causa (STS 5-julio-1994). Así lo ha venido a positivizar el art. 789 LEC-2000”*.

La referida Sentencia del Tribunal Supremo razona que *“lo resuelto en procedimiento incidental de inclusión y exclusión de bienes del haber partible produce cosa juzgada material y no cabe plantear cuestión sobre lo mismo y todos los procesos posteriores en que se involucren tales bienes han de respetar lo decidido por la sentencia*.

*El cauce adecuado para excluir bienes del juicio de testamentaría es el juicio declarativo correspondiente, y la decisión produce cosa juzgada entre las partes, pero cosa juzgada también ha producido la sentencia dictada en proceso incidental”*.

El Tribunal Supremo defiende que el hecho de que el juicio de testamentaría tenga la naturaleza de jurisdicción voluntaria no impide que en él queden resueltas definitivamente las cuestiones hereditarias o que se confirmen tras la impugnación de las peticiones en juicio declarativo, cuando ésta no tiene otro apoyo que negar la eficacia de una resolución judicial firme (STS 27-octubre-2000).

Por lo tanto, afirma el mismo Tribunal que *“sería difícilmente comprensible que el inventario de bienes determinado en sentencia firme, tras un recurso de apelación y otro de casación, pudiera volver nuevamente a discutirse en otro proceso esencialmente igual al que ahora nos ocupa”*.

La Audiencia de Zaragoza defiende entonces que el inventario hecho de activo y pasivo del régimen conyugal del supuesto tratado sí ha producido efecto de “cosa juzgada” e indica que *“las operaciones particionales hechas “ex novo” (no dimanando directamente de los términos de la ejecución) caen también en el contexto del art. 787 y, como regla general, no producen efecto de cosa juzgada, aún cuando se trata de una partición hecha en fase de ejecución de sentencia (STS 22-junio-2001); lo que –insistimos– es cuestión diferente a la concreción de cuantías de un inventario hecho en sentencia firme de juicio plenario y contradictorio”*. Y finalmente concluye afirmando que *“los intentos de modificar lo ya decidido en dichas sentencias es notoriamente extemporáneo y contrario al principio de seguridad jurídica que consagra nuestra Constitución (art.9). Seguridad jurídica que configura uno de los fundamentos intrínsecos de la institución de la “cosa juzgada material” ■*