

LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA EN LA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA. ESPECIAL REFERENCIA A LOS ARTS. 165 Y 166 LDCG.

Rafael Colina Garea

I. LAS "PARTIJAS". INTRODUCCIÓN.

En la Ley de Derecho Civil de Galicia, la regulación de la partición de la herencia se ubica en el Capítulo VI, del Título VIII relativo al Derecho de sucesiones y, en concreto, en sus arts. 155 y ss., los cuales aparecen englobados bajo el título "De las partijas". Quizás, la utilización de tal término no resulta del todo precisa, porque parece ser una versión castellanizada del vocablo gallego "Partilla", que, en todo caso, debería ser correctamente traducido como "partición", sin perjuicio que se pretenda designar con ello los cuadernos o documentos en los que habitualmente se hace constar el reparto de bienes hereditarios.

Los arts. 155 y 156, relativos a la "apartación", "apartamento" o "apartamiento", constituyen una clara muestra de la deficiente técnica legislativa utilizada por el legislador gallego, ya que son una reproducción literal y, por consiguiente, repetición innecesaria de los arts. 134 y 135 de la Ley de Derecho Civil de Galicia¹. De la lectura de las referidas normas, se concluye fácilmente que el apartamiento se configura como un pacto sucesorio, el cual constituye una clara excepción a lo que disponen los arts. 813 y 816 Cc, y que como tal, su estudio deberá ser abordado en sede de pactos sucesorios, pero no en materia de partición de la herencia, aunque puede llegar a influir sobre esta cuestión².

¹ LETE ACHIRICA, J. "Comentario a los arts. 155 y 156 LDCG", en AA.VV. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. XXXII. Vol. II. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.). Ed. Edersa. Madrid 1997, p. 1252.

² Un ejemplo de lo que queremos poner de relieve lo podría constituir la composición de la mayoría particional a la que alude el art. 165 LDCG. Los arts. 134 y 155 LDCG permiten adjudicar en vida la plena titularidad de determinados bienes de cualquier clase a quien tenga la condición de legitimario del adjudicante en el momento de la adjudicación, pero el adjudicatario quedará totalmente excluido de la condición de legitimario con carácter definitivo. Por consiguiente, si se hiciese uso de este pacto sucesorio de "apartación" o "apartamiento", el apartado no podrá pedir la partición, ni tampoco integrar la mayoría requerida para partir de acuerdo con el art. 165 LDCG, ya que habría quedado definitivamente excluido de la comunidad hereditaria, por lo menos en lo que hace referencia a su participación a título de legitimario. Cuestión distinta es que, una vez apartado el legitimario, el causante apartante, que todavía viva tras el apartamiento, decida favorecerle de nuevo instituyéndole heredero o efectuando a su favor cualquier otra adjudicación testamentaria. En este concreto supuesto, el que fue legitimario podría componer la mayoría particional, pero no ya con base a su participación en la herencia a título de legítima, sino con base a la cuota o parte que le correspondería en la misma por razón de la adjudicación testamentaria hecha en su favor.

II. LA PARTICIÓN TESTAMENTARIA

De acuerdo con lo que dispone el art. 157.1 LDCG, el testador puede hacer la partija de la herencia en el propio testamento o en otro documento. Respecto esta cuestión, hay que señalar que resulta evidente que no sería válida la partición realizada fuera de testamento que no constase por escrito. El propio 157.1 LDCG alude expresamente a la exigencia de la existencia de documento, pero queda todavía la duda de si tal documento no testamentario ha de ser necesariamente público o bien puede tener carácter privado. Nos inclinamos por esta segunda posibilidad con base en dos razones fundamentales. Por una parte, parece que el legislador gallego permite efectuar la partición fuera de testamento, para evitar así las rígidas formalidades a las que estaría sujeto en caso de hacerse constar en documento testamentario. Resulta obvio que esta finalidad sería contrariada si se entendiese que la Ley gallega sólo tolera la partición fuera de testamento en documento público. Por otra parte, la admisibilidad de la partición en documento privado puede deducirse si se relaciona lo que dispone el art. 157.1 con lo que prescriben los arts. 157.3 y 159.1. En el primero de estos preceptos se señala que el documento particional no testamentario sólo prevalecerá, en caso de contradicción, sobre el testamento, cuando aquél conste en documento público de fecha posterior, lo que parece indicar que es posible que la partición puede practicarse en documento privado. En el segundo de los preceptos citados se afirma que el testador podrá encomendar, en el propio testamento o en otro documento público, la facultad de hacer la partija de la herencia a quien no sea partícipe en la misma, lo cual indica expresamente una exigencia de carácter público que no se expresa cuando se trata de efectuar la partición por el propio testador, lo que quizás significa que tal exigencia no se requiere ahora en este contexto.

Por lo demás, resta por decir que la partición del testador en documento privado o público deberá apoyarse en un testamento anterior, simultáneo o posterior a la misma, ya que, en sentido estricto, no existe partición, si la distribución de los bienes hereditarios no se efectúa con arreglo a unas cuotas abstractas predeterminadas³.

³ La mayor parte de la doctrina ha entendido que, aunque el testador pueda efectuar la partición mediante un acto *inter vivos* en documento no testamentario, es necesario que dicho documento se apoye en un testamento que haya sido otorgado con anterioridad o posterioridad al mismo, ya que no es posible que un acto de distribución de bienes pueda ser configurado como partición sin el correspondiente acto dispositivo o de institución de herederos con arreglo a cuotas predeterminadas. Vid. COVIAN, V. Voz "Partición de herencia", en AA.VV. *Enciclopedia Jurídica Española*. T. XXIV. Ed. Francisco Seix. Barcelona 1910, p. 360. ALBALADEJO GARCÍA, M. "Dos aspectos de la partición hecha por el testador". *ADC*. julio-septiembre 1948, pp. 924 y ss. Idem. "Sólo el testador puede partir su herencia". *Revista de la Facultad de Derecho de Oviedo*, núm. 71, diciembre 1954, pp. 45 y ss. DE LOS MOZOS, J. L. "La partición de la herencia por el propio testador". *RDN*, enero-marzo 1960, p. 176. RODRIGUEZ ADRADOS, A. "La partición hecha por el testador". *RDN*. abril-junio 1970, p. 224. CANOVAS COUTIÑO, G. "Derecho de sucesiones". *RCDI*, núms. 406-407, marzo-abril 1962, pp. 215 y 216. ROYO MARTINEZ, M. *Derecho sucesorio mortis causa*. Ed. Edelce. Sevilla 1951, p. 338. OGAYAR Y AYLLON, T. "Naturaleza jurídica de la partición hereditaria". *RJC*, núm. 1, enero-febrero 1957, p. 23. DE BUEN, D. *Notas al Curso elemental de Derecho Civil de Colin y Capitant*. T. VIII. Derecho sucesorio. Donaciones. Ausencia. Ed. Reus. Madrid 1928, p. 434. VALLET DE GOYTISOLO, J. B. *Panorama del Derecho de sucesiones*. T. II. Perspectiva dinámica. Ed. Civitas. Madrid 1984, pp. 874 y 875. Además, en el propio ámbito del Derecho Civil gallego, y con ocasión de la interpretación del art. 157.1 LDCG, se ha sostenido también que la partición mediante acto *inter vivos* debe tener como inexcusable punto de referencia un testamento anterior o posterior a la misma. Vid. ALBA PUENTE, F. "Comentario al art. 157.1 LDCG", en AA.VV. *Derecho de sucesiones de Galicia*. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995. Ed. Consejo General del Notariado. Madrid 1996, pp. 230 y 231. LETE ACHIRICA, J. "Comentario al art. 157 LDCG", en AA.VV. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. XXXII. Vol. II. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.). Ed. Edersa. Madrid 1997, p. 1254. DIAZ FUENTES, A. *Derecho Civil de Galicia*. Comentarios á Lei 4/1995. Ed. Seminario de Estudos Galegos. A Coruña 1997, p. 314. ZULUETA DE HAZ, A. "De las partijas", en AA.VV. *Derecho Civil Gallego*. Ed. Consejo General del Poder Judicial y Xunta de Galicia. Madrid 1996, p. 372. Como excepción a la mayoría, MARIN LAZARO, R. "La partición de la herencia hecha por actos *inter vivos*". *RGLJ* 1944, pp. 213 y ss.

El párrafo segundo del art. 157 LDCG se refiere a la facultad que tienen los cónyuges de partir conjuntamente en un sólo documento, aunque testasen por separado. Los problemas que se podrían derivar de las contradicciones existentes entre el testamento y el documento particional aparecen resueltos por el art. 157.3 en el sentido de otorgar preferencia al documento no testamentario, siempre que éste fuese público y de fecha posterior al testamento.

De acuerdo con el art. 158.1 “La partija hecha por el testador o por los cónyuges testadores será válida aunque el valor de lo adjudicado a cualquiera de los partícipes en la comunidad hereditaria no se corresponda con la cuota o participación atribuida en el testamento, sin perjuicio del derecho de los legitimarios a reclamar, en su caso, el suplemento de legítima”. El primer interrogante que plantea este precepto es la indentificación del tipo de partición a la que se refiere. ¿Se trata de la efectuada *mortis causa* mediante testamento, de la realizada *inter vivos* en documento no testamentario, o de ambas?. A nuestro modo de ver, parece que el citado precepto se refiere al documento particional no testamentario, porque de lo contrario, sería difícil poder apreciar una contradicción entre el valor de lo adjudicado y la cuota o participación atribuida en testamento. Consideramos que dicha contradicción habrá de ser resuelta atendiendo a lo que dispone el art. 157.3 LDCG, y si se tratase de partición hecha en el propio testamento deberían regir las normas de interpretación de la voluntad del testador en el Código Civil y la jurisprudencia consiguiente⁴.

Por último, las normas que la LDCG dedica a la regulación de la partición efectuada por el testador, finalizan con el art. 158.2, en donde, en el supuesto de la partición conjunta de ambos cónyuges, se permite que cualquier heredero pueda ser satisfecho con bienes de un sólo causante, aun cuando éste tenga la condición de legitimario. Por lo tanto, nos encontramos aquí con una novedad que no se armoniza con lo que en el Código Civil se considera un principio básico: la legítima se paga con los bienes del causante correspondiente. Naturalmente, esto por lo que se refiere a los legitimarios, que es uno de los supuestos del art. 158.2, pues otros supuestos que menciona este artículo hacen referencia al haber correspondiente a cualquier heredero o partícipe en las dos herencias.

III. LA PARTICIÓN EFECTUADA POR CONTADOR-PARTIDOR

Al igual que el art. 1057 Cc., el art. 159.1 LDCG concede al testador la posibilidad de encomendar, en el propio testamento o por acto *inter vivos*, la facultad de hacer la partija a quien no sea partícipe en la misma. Ahora bien, entre ambos preceptos no sólo existen coincidencias, sino también importantes diferencias. El art. 1057 Cc, alude exclusivamente al acto *inter vivos*, mientras que el art. 159.1 no exige cualquier tipo de acto *inter vivos*, sino un concreto: el documento público. El art. 1057 Cc, permite que pueda designarse como contador-partidor a toda persona que no sea uno de los herederos, pero el art. 159.1 LDCG reduce los sujetos susceptibles de ser nombrados contadores-partidores, pues no tolera que tal nombramiento se efectúe a favor de personas que sean partícipes en la partición, aunque carezcan de la condición de herederos.

Este regla general encuentra su excepción en la posibilidad que tiene el testador de nombrar contador-partidor al cónyuge viudo al que hubiese atribuido el usufructo universal de la herencia. Debe tenerse en cuenta también que el encargo particional encomendado al cónyuge viudo usufructuario universal caduca cuando éste deje de permanecer en estado de viudedad o cuando expire el plazo fijado por el testador. A falta de disposición en este sentido, el plazo será de un año, el cual comenzará a contar desde la apertura de la sucesión, o, de existir hijos comunes menores de edad, desde la

⁴ ZULUETA DE HAZ, A. “De las partijas”, cit. p. 375.

emancipación del último de éstos. Todo ello significa que cuando hayan transcurrido los plazos referidos sin que se lleve a efecto la partición, las facultades particionales se desplazarán del cónyuge viudo a los herederos, ya que, si el testador nombra un contador-partidor, se podría deducir que aquél tampoco ha realizado por sí mismo la partición.

En sus arts. 160, 161 y 162, la Ley de Derecho Civil de Galicia se ocupa de la regulación de aquellos supuestos en los que el testador decida encomendar la facultad de hacer la partición a una pluralidad de personas. Esta designación podrá efectuarse a favor de varias personas sucesivamente, o bien en favor de varios sujetos simultáneamente, en cuyo caso habrá de determinarse si éstos han sido nombrados mancomunada o solidariamente. Respecto a esta última cuestión, el art. 160.2 LDCG dispone que la regla general es la mancomunidad, porque la designación solidaria sólo podrá entenderse efectuada cuando así se establezca expresamente.

En el caso de que exista un nombramiento mancomunado, porque se dispone expresamente o porque no se establece de este mismo modo la solidaridad, la partición efectuada por uno sólo de los contadores-partidores mancomunados, será válida cuando éste haya sido legalmente autorizado por todos los demás y, en caso de disidencia será válida la que haga la mayoría de ellos. En el ámbito del Derecho Común se había defendido, aunque no pacíficamente, que, en el caso de que la inicial pluralidad de contadores-partidores mancomunados se hubiese visto reducida a la unidad, habría que considerar extinguido el organismo particional, porque, precisamente, los comisarios fueron designados para actuar conjuntamente y no de manera aislada⁵. Las posibles dudas que se planteaban en el marco del Derecho Civil común han quedado totalmente disipadas cuando nos acercamos al ámbito de aplicación del Derecho Civil gallego, ya que el art. 161.2 LDCG prescribe expresamente que “En caso de renuncia, fallecimiento o incapacidad de uno o varios partidores mancomunados, valdrá la partija hecha por los demás, siempre que sean más de uno”. Por lo tanto, cuando la renuncia, fallecimiento o incapacidad de uno o varios de los contadores-partidores nombrados mancomunadamente, reduzca la composición del organismo particional a tan sólo un único miembro, habrá de inferirse, de manera indubitada, que éste habrá quedado extinguido⁶. Cuando se deduzca que el nombramiento fue realizado solidariamente, porque así se dispuso expresamente, será válida la partición hecha por uno sólo de los contadores-partidores solidarios cuando acredite que se notificó previamente a los demás la aceptación del cargo y el propósito de partir, sin que ninguno de los restantes, hubiese manifestado nada en contra, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de la notificación (art. 162.1º LDCG). En el marco del Derecho Civil común, se había sostenido que los actos ejecutados aisladamente por los comisarios solidarios son válidos, siempre que los demás no hubiesen significado su propósito de intervenir⁷. Por consiguiente, si como

⁵ A favor de la extinción del organismo particional, Vid. OGAYAR Y AYLLON, T. “Contadores-partidores mancomunados. Caducidad de su nombramiento”. *RGLI*, núm. 6, diciembre 1959, pp. 807 y 808. BATISTA MONTERO RIOS, J. “Estudios sobre la ejecución testamentaria”. *RDP*, abril 1970, p. 328. En contra, DE LA CAMARA ALVAREZ, M. “Comentario al art. 1057 Cc.”, en AA.VV. *Comentario del Código Civil*. T. I. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid 1991, p. 2484. A modo de exposición del problema, Vid. ALBALADEJO GARCIA, M. *El albaceazgo en el Derecho español*. Ed. Tecnos. Madrid 1969, pp. 72 a 75. DIAZ ALABART, S. “La pluralidad de contadores-partidores”, en AA.VV. *Libro homenaje a Juan Berchans Vallet de Goytisolo*. Vol I. Ed. Consejo General del Notariado. Madrid 1988, pp. 190 a 193.

⁶ En general sobre esta cuestión, Vid. SANMARTIN LOSADA, R. “Comentario al art. 161 LDCG”, en AA.VV. *Derecho de sucesiones de Galicia*. Comentarios al Título VIII de la Ley 24 de mayo de 1995. Ed. Consejo General del Notariado. Madrid 1996, p. 269. ALONSO VISO, R. “Comentario al art. 161 LDCG”, en AA.VV. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. XXXII. Vol. II. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.). Ed. Edersa. Madrid 1997, p. 1306.

⁷ OGAYAR Y AYLLON, T. “Contadores-partidores mancomunados. Caducidad de su nombramiento”, cit. p. 777. TABOADA ROCA, M. “Los llamados contadores solidarios. Imposibilidad de que tal solidaridad produzca sus naturales efectos e inadecuación de aquella denominación”. Parte segunda. *RGD*, núm. 162, marzo 1958, p. 258. DIAZ ALABART, S. “Pluralidad de contadores-partidores”, cit. p. 197.

consecuencia de las sucesivas renunciaciones, fallecimientos, remociones, imposibilidades, etc., de los distintos contadores solidarios, sólo quedase uno en condiciones de cumplir el encargo particional recibido, se deduce que éste podría todavía realizar válidamente la partición, porque ha quedado suficientemente claro que aquéllos ya no van a intervenir⁸. Esta solución ha sido expresamente acogida por el art. 162.2º LDCG al prescribir que “Será válida la partija hecha por uno solo de los partidores solidarios: Cuando por muerte, renuncia o incapacitación de los demás quedase como partidador único”.

Por lo que se refiere a las facultades que corresponden al contador-partidor, además de las propias del cargo y de las que le hubiese concedido el causante, aquél tendrá que hacer la entrega de los legados, tal y como dispone el art. 163 LDCG. En relación con la facultad de entregar los legados, ya en el Derecho Común la doctrina⁹ ha venido afirmando que el contador-partidor no necesita autorización expresa del testador para proceder a dicha entrega, puesto que el contenido propio de su cargo le concede esta facultad, y ello a pesar del tenor literal del art. 885 Cc., según el cual solamente el albacea puede entregar la cosa legada cuando el testador le haya concedido autorización para ello¹⁰. No obstante lo dicho, conviene destacar el tono imperativo que utiliza el art. 163 LDCG, cuando alude a la entrega de legados. Literalmente señala este precepto: “tendrán que hacer la entrega de los legados”. Si se efectúa una interpretación literalista de esta norma se podría llegar a pensar que el contador-partidor está obligado a la entrega de los legados, con lo cual se invertiría el régimen del Código Civil, pudiéndose entender que, en caso de silencio del testador, incumbe al contador y no a los herederos la entrega de los legados. Con todo, parece más racional interpretar el art. 163 LDCG en el sentido de que si el causante no dispone nada al efecto, el contador estará facultado para hacer la entrega, pero sin perjuicio de que puedan hacerla los herederos¹¹.

IV. LA PARTICIÓN CONVENCIONAL POR ACUERDO UNÁNIME DE LOS HEREDEROS

Nos encontramos ante una partición de naturaleza contractual, de carácter bilateral o plurilateral, que no ofrece importantes especialidades respecto a su regulación en el ámbito del Derecho Civil Común. No obstante, conviene efectuar algunas precisiones que pueden resultar interesantes:

En primer lugar, y al igual que el art. 57.1 Código de Sucesiones por Causa de Muerte de Cataluña y la Ley 344 de la Compilación Navarra, el art. 164 LDCG manifiesta expresamente que los herederos mayores de edad y capaces podrán, por acuerdo unánime, distribuir la herencia de la manera que convengan, aunque hubiese partidador

⁸ Según OGAYAR Y AYLLON (“Contadores-partidores mancomunados. Caducidad de su nombramiento”, cit. p. 777), “El principal efecto que la solidaridad produce es el de evitar la caducidad de la institución cuando, aunque sólo quede uno de los designados, quiera cumplir la voluntad del testador”.

⁹ GARCIA RUBIO, M^a P. *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*. Ed. Civitas. Madrid 1989, pp. 167 y 168.

¹⁰ ALONSO VISO, R. “Comentario al art. 163 LDCG”, en AA.VV. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. XXXII. Vol. II. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs). Ed. Edersa. Madrid 1997, p. 1326.

¹¹ GUTIERREZ ALLER, V. “Régimen económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia”, en AA.VV. *Dereito Civil de Galicia*. Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de maio. Ed. Parlamento de Galicia y Revista Xurídica Galega. Santiago de Compostela 1996, p. 419.

nombrado por el causante. La posibilidad de prescindir del contador-partidor designado por el causante fue discutida por el doctrina en el Derecho Civil común, y pese a que la cuestión no dejaba de ser dudosa, algunos autores mantenían que los herederos podrían prescindir del partidor sólo cuando lograsen el acuerdo unánime en este sentido, pero a la vez, cuando también se pusiesen unánimemente de acuerdo sobre la forma en la que proceder al reparto de los bienes hereditarios¹².

En segundo lugar, la partición convencional de los herederos rige subsidiariamente siempre que se cumplan determinados presupuestos objetivos, entre los cuales destacamos los siguientes: a). que el testador no hubiese efectuado la partición (art. 164 LDCG). b). que el testador no hubiese ordenado que se mantenga la indivisión (art. 1051 Cc). c). que los herederos no hubiesen acordado unánimemente mantener la indivisión de la herencia durante un plazo de tiempo determinado (art. 400 Cc). d). que no concurra una causa de suspensión de la partición, por ejemplo la presencia de un *nasciturus* (art. 966 Cc).

En tercer lugar, y por lo que atiene a los presupuestos subjetivos de este tipo de partición, los herederos que la pretendan han de ser mayores de edad, menores emancipados y no incapacitados, porque de lo contrario la división hereditaria se regirá por lo dispuesto en el art. 169 LDCG, según el cual, la partija entre coherederos, cuando entre ellos exista algún incapacitado o menor no emancipado, legalmente representado, no precisará autorización judicial, pero sí el acuerdo unánime entre los representantes legales y los herederos mayores o emancipados. Además, esta clase de partición deberá ajustarse estrictamente a las disposiciones del causante o, en su caso, a las normas de la sucesión legal.

En cuarto lugar, y en íntima conexión con lo anterior, los herederos mayores y capaces podrán distribuir la herencia en la manera que convengan, lo que supone que rige el principio de libertad tanto en lo que se refiere al fondo como a la forma de efectuar la partición¹³. Los herederos podrán llevar a cabo actos que excedan de lo estrictamente particional y no estarán obligados a respetar las disposiciones del causante, ni, en su caso, las normas de la sucesión legal.

¹² A favor de la posibilidad de que los herederos puedan unánimemente prescindir del contador-partidor nombrado por el testador, Vid. MENENDEZ-VALDES GOLPE, E. "¿Pueden partir los herederos habiendo contador-partidor?", *RDN*, núm. 67, enero-marzo 1970, p. 155 y ss. ALBALADEJO GARCIA, M. y DIAZ ALABART, S. "Comentario al art. 1057 Cc. párrafo 1º", en AA.VV. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. XIV. Vol. II. M. Albaladejo (dir.). Ed. Edersa. Madrid 1989, pp. 219 y ss. VALLET DE GOYTISOLO, J. B. *Panorama del Derecho de sucesiones*. T. II., cit. pp. 916 y ss. En contra. ROYO MARTINEZ, M. *Derecho sucesorio mortis causa*, cit. p. 342. DIEZ PICAZO, L. y GULLON BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV. Ed. Tecnos. Madrid 1997, p. 596 y 597. DE LA CAMARA ALVAREZ, M. "Comentario al art. 1057 Cc.", cit. p. 2488. NUÑEZ BOLUDA, M. D. "Las facultades de los contadores partidores del artículo 1057 del Código Civil y su reforma por la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996". *Actualidad Civil*, núm. 43, 18-24 de noviembre de 1996, pp. 942 y 943.

¹³ MENENDEZ APENELA, E. "Comentario al art. 164 LDCG", en AA.VV. *Derecho de sucesiones de Galicia*. Comentarios al Título VIII de la Ley 24 de mayo de 1995. Ed. Consejo General del Notariado. Madrid 1996, p. 278. ZULUETA DE HAZ, A. "De las partijas", cit. p. 387. LETE ACHIRICA, J. "La partición de la herencia en el Derecho Civil gallego". *Actualidad Civil*, núm. 26, 28 junio-4 julio 1999, p. 718.

V. ESPECIAL REFERENCIA A LA PARTICIÓN ENTRE COHEREDEROS QUE REPRESENTEN LA MAYORÍA ECONÓMICA EN LA HERENCIA COMO UNA DE LAS PRINCIPALES NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LDCG EN MATERIA DE DIVISIÓN HEREDITARIA

1. Fundamento. Ventajas e inconvenientes. Naturaleza jurídica.

El art. 165 LDCG dispone que “Los herederos mayores en edad que representen más del 50 por 100 del haber hereditario y sean dos al menos podrán por sí solos hacer las partijas, siempre que no exista contador-partidor ni herederos menores no emancipados o incapacitados”. Como se puede constatar a simple vista, parece que, con este precepto, el legislador gallego ha incorporado una clara y tajante excepción al principio de la unanimidad que rige como regla general cuando se trata de efectuar la partición de una herencia por los herederos¹⁴. Sin duda, nos hallamos ante una importante novedad normativa que carece de precedentes en el Derecho Civil común codificado (arts. 1058 y 1059 Cc)¹⁵, así como en otras legislaciones forales (Leyes 344 y 345 Compilación de Navarra, art. 57 CSCMC) y en el Derecho comparado (art. 815.3 Code

¹⁴ El principio general de la unanimidad resulta expresamente recogido y mantenido por el propio art. 164 LDCG, al prescribir que “Cuando el testador no hiciese la partija, si los herederos son mayores de edad o menores emancipados, podrán, *por acuerdo unánime*, distribuir la herencia de la manera que convengan, aunque hubiese partidor nombrado por el causante” (la cursiva es nuestra). La configuración de la partición de la mayoría como una ruptura y excepción a la regla de la unanimidad ha sido sostenida prácticamente por todos aquellos autores que han dedicado comentarios doctrinales a este materia. Entre otros, Vid. MENDEZ APENELA, E. “Comentario al art. 165 LDCG”, en AA.VV. *Derecho de sucesiones de Galicia*. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995. Ed. Consejo General del Notariado, Madrid 1996, p. 279. DIAZ FUENTES, A. *Derecho Civil de Galicia*, cit. p. 325. ZULUETA DE HAZ, A. “De las partijas”, cit. p. 390. LETE ACHIRICA, J. “Comentario al art. 165 LDCG”, en AA.VV. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. XXXII. Vol. 2º. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.). Ed. Edersa. Madrid 1997, pp. 1336 y 1337. Idem. “La partición de herederos en el Derecho Civil gallego”, cit. p. 719.

¹⁵ El Proyecto de Código Civil de 1851, había recogido la posibilidad de que la mayoría absoluta de los coherederos, que tuviesen la libre administración y disposición de sus bienes, partiesen por sí mismos la herencia del causante, siempre que éste no la hubiese efectuado previamente ni hubiese concedido a otra persona facultades particionales. El art. 902 del Proyecto de Código Civil de 1851 disponía que “Cuando el difunto no hizo la partición ni cometió esta facultad a otro, si todos los coherederos se encuentran en el caso del art. 893 y están presentes, podrán, de común acuerdo o por mayoría absoluta, partir la herencia en el modo y forma en que convengan judicial o extrajudicialmente”. Al respecto comentaba GARCIA GOYENA que “teniendo todos los coherederos la libre administración y disposición de sus bienes según el art. 893, y hallándose todos ellos presentes, a ellos solos o a su mayoría toca decidir del uso de su derecho como mejor les pareciere”. De acuerdo con el art. 903 del mismo Proyecto, “La mayoría se regulará por el orden prescrito en el art. 1153; pero los que se creyeran agraviados podrán recurrir a los tribunales, sin perjuicio de llevarse a efecto lo acordado hasta que judicialmente se disponga otra cosa”; a lo que añadía GARCIA GOYENA que “Parece duro que se niegue todo recurso al agraviado; pero es necesario ocurrir a que no se prorogue la comunión y a que los curiales no se apoderen de la partición”. Sobre estos comentarios a los preceptos citados del Proyecto de 1851, Vid. GARCIA GOYENA, F. “*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*”. T. I-II. Ed. Basc. Barcelona 1973, pp. 264 y 265. No obstante, con la publicación del Código de 1889 se cambió de criterio y se optó definitivamente por prescribir el acuerdo unánime de los interesados, como requisito imprescindible de este tipo convencional de partición. La concepción liberal e individualista de la propiedad como un poder absoluto tendencialmente ilimitado, el rechazo a toda forma de comunidad dominical que restringiese la libertad del propietario, la intención de dotar de mayor fuerza a la voluntad del testador, así como asegurar a cada heredero su derecho a exigir, respecto a él, el cumplimiento del testamento o la ley, sin que la voluntad del resto se lo impidiera, son, posiblemente, algunas de las razones que motivaron el cambio. Vid, sobre esto último, ROBLES LATORRE, P. “*La partición convencional y su impugnación*”. Ed. McGraw-Hill. Madrid 1996, p. 37. Por este motivo, si aquéllos no se entendían sobre el modo de hacer la partición, la única manera de acometerla era acudir a la vía judicial en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 1058 y 1059 Cc). Las ventajas que, desde la perspectiva liberal, suponía la implantación del principio de la unanimidad pronto dejaron paso a graves inconvenientes derivados de la frecuente utilización abusiva del *ius prohibendi* que, por razón de este principio,

francés, art. 2102 Código Portugués). De lo hasta ahora expuesto, se puede intuir que la excepción introducida por el art. 165 LDCG debe responder a alguna circunstancia peculiar que únicamente se aprecie en Galicia o que se manifieste con mucha mayor intensidad en este ámbito territorial que en los otros restantes.

Para despejar esta incógnita es necesario recordar que Galicia ha sido una región que durante largos años ha padecido altísimos índices de población migratoria que normalmente se dirigía hacia países de ultramar en busca de unas mejores condiciones de vida. A ello hay que añadir que las Compilaciones de Derecho Civil de Galicia de 1963 y 1987 contenían escasas normas de Derecho sucesorio¹⁶, por lo que la partición de los herederos quedaba sujeta a las prescripciones del Derecho Civil común codificado y, por lo tanto, también a la vigencia del principio general de unanimidad. Si se conectan estos dos datos se comprende la razón por la que, en Galicia, el art. 1058 Cc y la regla de la unanimidad acabaron por convertirse en un insalvable obstáculo que impedía a los herederos efectuar la partición por mútuo acuerdo. Al no poderse obtener el consentimiento unánime para ello, la frecuente ausencia de hecho de uno o varios de los coherederos hacía inviable la partición convencional e imponía como únicas salidas alternativas, o bien el mantenimiento de la indivisión de la herencia hasta que retornase el ausente, o bien el recurso a la vía judicial mediante el correspondiente juicio de *ab intestato* o testamentaria. No obstante, en Galicia se sintió durante largo tiempo verdadero temor hacia las partijas judiciales¹⁷, lo que acabó por extender en la práctica la costumbre de realizar una especie de partición provisional y verbal entre los presentes, pero reservando el cupo correspondiente para el ausente o ausentes de hecho. Esta forma de dividir la herencia se conoció popularmente con el nombre de “*abandamento*”¹⁸ y, a nuestro juicio, parece ser el principal antecedente que el legislador gallego ha tenido en cuenta a la hora de otorgar facultades particionales a la mayoría¹⁹.

correspondía a cada copartícipe en la comunidad hereditaria. Junto a ello, las severísimas críticas doctrinales que se encargaron de resaltar las negativas consecuencias de la regla de la unanimidad, desembocaron en la reforma del Código Civil operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en virtud de la cual se añadió un nuevo párrafo al art. 1057 Cc, en el que se faculta a los herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario a solicitar judicialmente el nombramiento de un contador-partidor dativo que se encargase de partir la herencia indivisa (art. 1057.2 Cc). Por lo tanto, en caso de disidencias, desacuerdos o desavenencias entre los herederos, la mayoría de ellos podría evitar la siempre lenta, engorrosa y costosa partición judicial, pero, al igual que en el Derecho navarro y catalán, dicha mayoría seguirá careciendo de poder suficiente para afrontar por sí misma la distribución de los bienes hereditarios sin contar con la anuencia de todos los copartícipes.

¹⁶ En ambos textos normativos la abreviada disciplina del régimen sucesorio gallego abarcaba únicamente los arts. 84 a 87 en donde se contenía la regulación de la denominada mejora o “derecho de labrar y poseer”, en virtud del cual el ascendiente que quisiera conservar indivisos un lugar o una explotación agrícola podía adjudicarlos íntegros a cualquiera de los hijos o descendientes, por actos *inter vivos* o *mortis causa*, presumiéndose que se había llevado a cabo una mejora tácita en las siete quinceavas partes de la herencia. Sobre estas consideraciones, Vid. FUENMAYOR CHAMPIN, A. DE. “El Derecho sucesorio en la Compilación de Galicia”, en *Estudios de Derecho Civil*. T. II. Ed. Aranzadi. Pamplona 1992, p. 1301.

¹⁷ Prueba de ello pueden serlo algunos refranes y proverbios gallegos como “*A quen mal queiras en preitos vexas*” o “*Cen anos de guerra e non un de preitos*”, los cuales reflejan la repugnancia que el labrador gallego tiene hacia la curia y a los litigios y que no dejan de ser una manifestación de la tan conocida maldición gitana “*Pleitos tengas y los ganas*”. Para la consulta de estas y otras máximas expresivas del sentir popular gallego, Vid. GARCIA RAMOS, A. “*Arqueología jurídico-consuetudinaria-económica de la región gallega*”. Facsímil de la obra original editada por el Establecimiento tipográfico de Jaime Ratés en Madrid en el año 1912. Ed. Consello da Cultura Gallega. Santiago de Compostela, no consta fecha, pp. 188 y 189.

¹⁸ El primero en acreditar por escrito la existencia práctica de esta costumbre particional fue GARCIA RAMOS en su conocida memoria *Estilos consuetudinarios y prácticas económico-familiares y marítimas en Galicia*. Imprenta Asilo del Huérfanos de Sagrado Corazón de Jesús. Madrid 1909. pp. 55 a 57. Con posterioridad, y en este mismo sentido acreditativo, puede igualmente consultarse, ADRIÓ BARREIRO, G. “*Algúns aspectos do Dereito Privado Galego*”, en AA.VV. *Estudios do Dereito Civil de Galicia*. Ed. Sept. Santiago de Compostela 1973, pp. 175 a 177. Idem. “*La partición cuando hay ausentes*”, en *Primer Congreso de Derecho Gallego*. Ponencias y conclusiones. Ed. Comisión ejecutiva del I Congreso de Derecho Gallego”. La Coruña 1974. pp. 504 a 506. Recientemente, ZULUETA DE HAZ, A. “*De las partijas*”, cit. pp. 388 a 390.

Desde otro punto de vista, conviene también destacar que, en Galicia, el principio de unanimidad en materia de partición por los herederos se había convertido en un obstáculo a la división hereditaria debido, en parte, a la escasa tolerancia y obstinación que, a menudo, muestran los partícipes en la comunidad. Las conductas intransigentes son frecuentes cuando se trata de repartir los bienes que componen una herencia, sobre todo en aquellos casos en los que concurre un llamado que se considera defraudado por la voluntad del testador. La vigencia del principio de unanimidad dotaba a cada coheredero de un *ius prohibendi* que permitía impedir el reparto convencional de la herencia, aunque los restantes herederos estuviesen dispuestos a prestarse a ello. En caso de que el derecho de veto fuese ejercitado, la única solución era el recurso a la vía judicial. Siendo consciente de esta circunstancia, cualquier heredero defraudado u obstinado en su posición podría adoptar alguna de las siguientes conductas: o bien hacer valer de mala fe su consentimiento, esgrimiendo para ello el arma coercitiva de la partición judicial con la finalidad de arrancar así una transacción que le permitiese obtener en la herencia aquello que normalmente no le correspondería en proporción a su cuota¹⁹, o bien forzar la partición judicial mediante el ejercicio abusivo de su derecho de veto con el único propósito de perjudicar a los restantes coherederos²¹. Esta falta de consenso,

¹⁹ La Ponencia de la Sección IV (Castro Bolaño) del I Congreso Derecho Gallego (La Coruña, octubre de 1972) concluyó que, cuando se afrontase la revisión decenal de la Compilación de Derecho Civil Especial de Galicia de 1963, a la que autorizaba su Disp. Adicional, era necesario regular la partición de la herencia en los casos de haber herederos ausentes de hecho, denominando a esta institución con el nombre de “*abandamento*” (conclusión primera). Entre las distintas conclusiones obtenidas, se proponía que este tipo de partición fuese practicada por Letrado en ejercicio auxiliado por perito titulado de su nombramiento y con la intervención de un defensor judicial del heredero ausente (conclusión segunda). Del mismo modo, se consideraba conveniente que los bienes correspondientes al cupo o cupos adjudicados a los ausentes de hecho quedasen en poder del cónyuge supérstite (siempre que no contrajese nuevas nupcias) y, en su defecto, cuando se tratase de bienes predominantemente agrícolas, éstos quedarían en poder del heredero que viva en la casa paterna; siendo varios los ausentes los lotes que se les adjudicasen se distribuirán entre los presentes, bien de común acuerdo, bien por sorteo (conclusión tercera). Respecto a los frutos y cargas, se señaló que el que posea los bienes que integren el cupo del ausente satisfará las cargas e impuestos correspondientes sin que éste, al hacerse cargo de los mismos, pueda reclamar frutos, ni el poseedor cantidad alguna por mejoras, cargas y gravámenes (conclusión cuarta). Se defendió también que el administrador de los bienes del ausente quedase legitimado para el ejercicio y defensa de sus derechos sobre tales bienes (conclusión quinta). No obstante, tal revisión decenal nunca se llevó a cabo. En el año 1987 tampoco se incorporó a la legislación foral de Galicia la propuesta del I Congreso de Derecho Civil Gallego y lo único que se hizo fue adoptar e integrar en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma el texto normativo de la Compilación de 1963, con la salvedad de suprimirse el articulado relativo a los foros, subforos y otros gravámenes análogos que ya estaban llamados a desaparecer cuando se había aprobado aquella Compilación. Parece, pues, que el legislador gallego de 1995 ha sido quien finalmente ha tenido en cuenta las conclusiones del I Congreso de Derecho Civil Gallego, al introducir en la Ley de Derecho Civil de Galicia, de 24 de mayo de 1995, el art. 165 y permitir que los herederos mayores en edad que representen más del 50 por 100 del haber hereditario y sean dos al menos puedan hacer por sí solos las “partijas”. Los paralelismos existentes entre la nueva regulación positiva y la propuesta del I Congreso son evidentes: el art. 166.1^a LDCG exige que el inventario y avalúo sean realizados por perito, mientras que el art. 166.2^a prescribe que habrá de procederse al sorteo ante notario de todos los cupos formados o, en su caso, de los cupos de remanente después de haber fijado los correspondientes a legados de cosa específica y a las mejoras y legados de cuota; el art. 167 LDCG confía la administración del cupo adjudicado al heredero ausente al viudo del causante y, en su defecto, los herederos concurrentes habrán de designar entre ellos a un administrador que, a falta de acuerdo, se determinará por sorteo; por último, el art. 168 confiere al administrador legitimación para el ejercicio y la defensa de cuantas acciones y derechos correspondan al propietario, exceptuando los de disposición de los bienes objeto de la administración.

²⁰ MARIN PEREZ, P. “Comentario a los arts. 1035 a 1087 Cc.”, en *Código Civil de Quintus Mucius Scaevola*, T. XVIII. De la colación y partición. Ed. Reus. Madrid 1954, p. 323.

²¹ FUENMAYOR (“Derecho Civil de Galicia”, en *Estudios de Derecho Civil*. T. I. Ed. Aranzadi. Pamplona 1992, p. 246) pone expresamente de manifiesto que “Sabido es que el labrador gallego -“el paisano”- conoce muy bien lo que sean los derechos subjetivos, y que, con ellos al hombro como armas de combate, conduce a los demás ante el juez, para exigirles que cumplan sus deberes, devuelvan lo que no les pertenece según la norma jurídica, e incluso, a veces, para salir vencedor en la pelea entre ellos entablada por puro espíritu de emulación”.

desemboca, o bien en situaciones de indivisión que se prolongan a lo largo de generaciones²², o bien en numerosas particiones judiciales²³.

De todas estas consideraciones se deduce que quizás la excepción al principio de unanimidad que supone la partición de la mayoría de los herederos regulada en los arts. 165 y ss. LDCG obedezca, principalmente, al gran número de ausentes de hecho existentes en Galicia, pero también, y de modo secundario, a la intransigencia y obstinación que con frecuencia caracterizan la conducta de alguno o algunos de los partícipes en la comunidad hereditaria.

Por todo ello, la partición de la mayoría presenta las ventajas de adecuar el Derecho positivo gallego a la realidad social propia de Galicia, así como también es sumamente útil para facilitar el reparto de herencias que han permanecido indivisas a lo largo de los años y contribuir a reducir la ingente cantidad de juicios de testamento o *ab intestato* que a menudo se promueven en Galicia y que acaban por colapsar una ya congestionada Administración de Justicia.

Sin embargo, estas indudables ventajas no dejan de aparecer acompañadas por importantes inconvenientes. A título de ejemplo más significativo, cabe cuestionarse si la concesión de poderes particionales a la mayoría de los herederos puede generar un riesgo de arbitrariedad en la división hereditaria realizada a través de este procedimiento. Frente a lo que consideran ciertos autores²⁴, creemos que el legislador gallego ha sido consciente de tal riesgo de arbitrariedad y que, en congruencia con ello, ha adoptado toda una serie de medidas que pretenden garantizar el comportamiento imparcial y objetivo de los herederos mayoritarios que pretendan repartir la herencia de acuerdo con los dictados de los arts. 165 y ss. LDCG. Así, la partija de la mayoría se deberá ajustar estrictamente a las disposiciones del causante o, en su caso a las normas de la sucesión legal (art. 166 LDCG); la partición deberá ser efectuada conforme a las formalidades legales prescritas en el art. 166 LDCG, así como siguiendo el proceso detallado en el mismo. Se establece, en este contexto la intervención instrumental de perito y notario, y los cupos formados deberán ser adjudicados mediante sorteo efectuado ante notario. Por último, la LDCG se ha preocupado por poner a disposición de la minoría los instrumentos legales necesarios para proteger sus legítimos intereses y derechos en la herencia, tales como las citaciones y notificaciones que aparecen contempladas en sus arts. 166.1^a y 166.4^a.

Respecto la naturaleza jurídica de la partición de la mayoría, resulta obvio que este procedimiento particional no reviste carácter contractual, debido a que falta el acuerdo unánime de los herederos. Por esta misma solución se decanta GUTIERREZ ALLER cuando, al referirse a la "partija" entre coherederos que representen la mayoría económica, afirma literalmente que "*A partilla non ten carácter contractual: deberase axustar estrictamente ás disposicións do causante ou, se é o caso, ás normas de sucesión legal (art. 166) é dicir, intestada*"²⁵. En todo caso, parece que nos hallamos ante un

²² Vid. MENENDEZ-VALDES GOLPE, E. "*Las particularidades de Derecho patrimonial en el noroeste de España, ante la Compilación gallega y el Código Civil*". Ed. Tip. Faro de Vigo. Becerreá 1964, pp. 168 y 169.

²³ En este punto, las particularidades del caso gallego quedan constatadas cuando ROCA SASTRE ("*Anotaciones al Derecho de sucesiones de T. Kipp*". T. V. Vol. II, en Ennecerus, L.; Kipp, T. y Wolff, M. *Tratado de Derecho Civil*. Trad. B. Pérez González y J. Alguer. Ed. Bosch. Barcelona 1951, p. 41) afirma que "A la partición judicial en España pocas veces se acude, pues la partición hereditaria suele efectuarse por contador-partidor y más aún por los propios interesados, o sea que generalmente los herederos se entienden sobre la manera de proceder por sí mismos a la partición, por bien que en algún que otro caso la encomiendan a amigables compondores por todos ellos nombrados".

²⁴ DIAZ FUENTES, A. *Dereito Civil de Galicia*, cit. p. 326.

²⁵ GUTIERREZ ALLER, V. *Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia*. Ed. Ir Indo. Vigo 1997, p. 143.

partición extrajudicial que podría ser calificada como un negocio jurídico complejo que posee una anatomía jurídica singular, porque genera efectos *ex lege* respecto a personas que no han intervenido en su realización como partes²⁶. La partición de la mayoría es válida y eficaz frente a la minoría disidente o ausente, porque así lo determina expresamente el art. 165 LDCG. Si tal determinación legal no existiese, la voluntad de la mayoría, por muy loable que fuese, no podría afectar, ni imponerse a la minoría, pues, según los arts. 1058 Cc. y 164 LDCG, sería del todo insuficiente para llevar a cabo un negocio jurídico particional que sólo resulta eficaz cuando se logra el consenso unánime de todos los copartícipes, incluida la hipotética minoría. Como características esenciales debe destacarse su carácter excepcional, pues se trata de una quiebra del principio general de unanimidad²⁷, y subsidiario, ya que este procedimiento particional sólo entra en juego cuando el testador no haya efectuado la partición, cuando no haya nombrado contador-partidor y cuando los herederos no logren obtener un acuerdo unánime sobre el modo de repartirse los bienes que componen el caudal hereditario.

2. Presupuestos subjetivos de la partición de la mayoría

En el ámbito de los presupuestos subjetivos que deben concurrir para que la mayoría pueda realizar la partija por sí sola, la Ley Gallega exige que la partición sea promovida por aquellos herederos que representen más del 50 por ciento del haber hereditario y sean dos al menos. La determinación de los sujetos aptos para integrar la mayoría particional se muestra como una cuestión no exenta de complejidad y en la que existe cierto margen para la discusión. En cualquier caso, entendemos que podrán llegar a formar parte de la mayoría que pretende partir: a). aquellas personas que hayan sido llamadas a la herencia bajo el título de heredero, si bien se discute si es necesario que se trate de herederos que tengan un derecho definitivo, o basta con que posean un derecho efectivo (art. 1054 Cc). b). los herederos del heredero aceptante premuerto, aunque deben concurrir bajo una única representación (art. 1055 Cc). c). los sustitutos vulgares y los sustitutos fideicomisarios, éstos últimos en ocasiones acompañados por el fiduciario, especialmente en las hipótesis de fideicomisario determinado individualmente. d).

²⁶ Sujetos tales que podrían ser configurados como terceros desde el punto de vista de que no son autores del mismo; pero, en sentido estricto, no podrían serlo si se tiene presente que aquéllos poseen un interés directo en la partición que de este modo se efectúa. Tal es así que el propio art. 166.2^o LDCG sólo permite a la mayoría iniciar las operaciones particionales previa citación fehaciente de los restantes interesados que tuviesen domicilio conocido, con la intención de garantizar la posibilidad de que éstos efectúen las observaciones y reservas que estimen convenientes o se opongan a la partición mediante el recurso a la vía judicial, si consideran que sus legítimos derechos en la comunidad hereditaria se han visto agravados.

²⁷ Vid. MENDEZ APENELA, E. "Comentario al art. 165 LDCG", cit. p. 279. LETE ACHIRICA, J. "Comentario al art. 165 LDCG", cit. p. 1337. ZULUETA DE HAZ, A. "De las partijas", cit. p. 390. DIAZ FUENTES, A. *Derecho Civil de Galicia*, cit. p. 325. En el ámbito del Derecho Civil gallego, la unanimidad sigue siendo el principio que rige como regla general en materia de partición realizada por los herederos. Así parece poder deducirse del propio tenor literal de la LDCG. En un primer momento, y en su art. 164, se deja suficientemente claro que los herederos sólo podrán distribuir la herencia en la manera que convengan cuando concurra el acuerdo unánime de todos y cada uno de ellos. Parece, pues, que el art. 164 LDCG recibe, hace suyo e incorpora al ordenamiento gallego un principio que ya era general en sede de Derecho Civil común. Esta recepción resulta inequívoca, porque el art. 164 LDCG se refiere expresamente al acuerdo unánime de los herederos, mientras que el art. 1058 Cc no incluye esta referencia expresa a la unanimidad, afirmando únicamente que los herederos podrán distribuir la herencia de la manera en que tengan por conveniente. Sólo después de recibir este principio, y como excepción a lo manifestado en primer lugar con carácter general, el art. 165 LDCG admite que la mayoría pueda proceder a realizar la "partija" por sí sola; si bien, no en la manera que convenga, sino con el pleno respeto a las disposiciones testamentarias o, en su caso, a las normas de la sucesión legal (art. 166 LDCG). Otra cuestión distinta sería que sistemáticamente se hubiese dispuesto la partición de la mayoría antes que la de la unanimidad, o que ésta ni siquiera hubiese sido normativamente recogida. En este último caso, si se conservara la regla de la unanimidad lo sería como un principio general del Derecho Civil común, pero no como un principio general del Derecho Civil gallego y, en consecuencia, la excepción lo sería al primero de ellos, pero no al segundo.

los legatarios de parte alícuota. e). y los cesionarios de cuota, por aplicación del art. 170 LDCG. Por el contrario, consideramos que existen dificultades para que puedan llegar a integrar la mayoría particional: a). los legatarios de cosa cierta. b). los legitimarios de cosa cierta y el cónyuge usufructuario que reciban su legítima en virtud de un título distinto al de heredero y los legitimarios apartados mediante pacto sucesorio de apartación (arts. 134 y 155 LDCG). c). los acreedores del causante y los acreedores personales de los herederos, sin perjuicio de que, estos últimos, en virtud del art. 1083 Cc., puedan intervenir a su costa en la partición, y sin perjuicio también de las peculiaridades que se presentan como consecuencia de la aplicación del art. 1001 Cc., en caso de que uno de los herederos repudie la herencia en perjuicio de sus propios acreedores.

Además para que los sujetos legitimados puedan llegar a componer una mayoría suficiente para partir, es necesario que reunan en sus manos más del 50 por ciento del haber hereditario y sean al menos dos. El 50 por ciento al que alude el art. 165 LDCG lo es del haber líquido partible, del caudal realmente divisible que quede una vez que se hayan pagado las deudas, deducido las atribuciones de cosa cierta e imputado las donaciones colacionables. En orden a la valoración del caudal realmente divisible deberán de seguirse las siguientes pautas: a). Se atenderá al valor que tuviesen los bienes de la herencia en el momento de la partición. b). De la legítima, fijada según el valor de los bienes al fallecimiento del causante, se deducirá el importe de las mejoras útiles y gastos extraordinarios de conservación y reparación costeados por el mejorado por pacto en los bienes objeto de mejora (art. 147.2^a.c) LDCG). c). El valor de los bienes donados será aquel que tuviesen en el momento de la donación (art. 147.3^a LDCG)²⁸. Se observa, pues, que no se trata de una mayoría personal, sino una mayoría de intereses y económica en la herencia, pero, aun cuando ello sea así, se requiere que concurra una pluralidad subjetiva²⁹. Se trata, por lo tanto, de una mayoría económica cualificada y reforzada por la nota de la pluralidad personal, cuya imposición normativa parece acorde con el carácter excepcional que reviste este específico procedimiento particional³⁰.

²⁸ Sobre estas cuestiones relativas a la valoración, Vid. MENDEZ APENELA, E. "Comentario al art. 165 LDCG", cit. p. 285 y LETE ACHIRICA, J. "Comentario al art. 165 LDCG", cit. p. 1345. Idem. "La partición de herederos...", cit. p. 724. Como bien dicen ambos autores, las operaciones contables referidas en el texto no serán necesarias cuando no existan donaciones colacionables y los herederos hubiesen sido instituidos por cuotas.

²⁹ Vid. ZULUETA DE HAZ, A. "De las partijas", cit. p. 392. GUTIERREZ ALLER, V. *Régime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia*, cit. pp. 137 y 138. MENDEZ APENELA, E. "Comentario al art. 165 LDCG", cit. p. 285. LETE ACHIRICA, J. "Comentario al art. 165 LDCG", cit. p. 1345. Idem. "La partición de herederos...", cit. p. 724.

³⁰ El art. 113 del trabajo presentado al Parlamento de Galicia por algunos miembros de la extinguida Comisión Parlamentaria no permanente de Derecho Civil de Galicia no se conformaba sólo con exigir la mayoría económica de la herencia y la pluralidad personal subjetiva, sino que iba un poco más allá y además de la mayoría económica de intereses requería también la mayoría personal en la herencia. Literalmente decía dicho precepto: "También será válida la partija hecha por los herederos que representen la mayoría personal y económica en la herencia". A diferencia de ello, el art. 121 del trabajo presentado al Parlamento Gallego por el "Consello da Cultura Galega", omitía cualquier referencia a la pluralidad subjetiva, así como a la mayoría personal y únicamente exigía que los herederos representasen más del 50 por 100 del haber hereditario. Para la consulta de ambos trabajos Vid. *Foro Galego*, núm. 184, 1992. pp. 13 y ss, pp. 39 y ss. Por su parte, el art. 157 de la Proposición de Ley de Derecho Civil especial de Galicia (DOPG. 23 de junio de 1994, núm. 90), parecía seguir la pauta marcada por el trabajo del "Consello da Cultura Galega", porque para que se pudiese realizar la "partija" de la mayoría sólo requería que los herederos que la promoviesen representasen más del cincuenta por ciento del haber hereditario (mayoría económica), pero guardaba absoluto silencio respecto del requisito de la mayoría personal o de la pluralidad subjetiva. Hay que esperar hasta el Informe de la Ponencia sobre la Proposición de Ley de Derecho Civil de Galicia (DOPG. 22 de febrero de 1995, núm. 212), para que en su art. 165 se pueda encontrar la exigencia conjunta de la mayoría de intereses o económica en la herencia y la pluralidad personal en los sujetos que pretendan promover la partición. La redacción de este precepto es idéntica a la que definitivamente va a ser aprobada por el Parlamento de Galicia el 20 de abril de 1995 (DOPG núm. 57. Serie Pleno) y publicada en el DOPG el 16 de mayo de 1995 (núm. 264). Sin embargo, a lo largo de toda la tramitación parlamentaria no podemos hallar ni una sola enmienda que justifique las razones y ofrezca detalles sobre los avatares de dicho cambio. A nuestro modo de ver, el art. 165 LDCG se

En materia de capacidad, el art. 165 LDCG afirma que la partición de la mayoría sólo será viable siempre que no existan herederos menores no emancipados o incapacitados. La dicción del citado precepto presenta algunas cuestiones fundamentales:

1. La primera consiste en determinar a qué sujetos se refiere el art. 165 cuando utiliza el término incapacitados; en otras palabras, debemos preguntarnos si bajo el término “incapacitados” quedan comprendidos aquellos herederos que judicialmente hayan sido declarados como tales, o si por el contrario, también cabría incluir a los denominados “incapaces naturales o de hecho”, esto es, personas que padezcan enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que les impidan gobernarse por sí mismas, pero que todavía no hayan sido incapacitadas en virtud de sentencia judicial. A nuestro modo de ver, bajo el término “incapacitados”, sólo cabe comprender a las personas que judicialmente hayan sido declaradas como tales, y ello en virtud del tenor literal del art. 165 LDCG, de su contexto normativo, de sus antecedentes históricos y legislativos, de su finalidad y de la realidad social a la que ha de ser aplicada dicha norma.

2. La segunda cuestión radica en determinar el alcance subjetivo de la exigencia de capacidad ahora delimitada. Por una parte, hay que decir que tal exigencia rige no sólo para los herederos, sino también para todos los partícipes en la comunidad hereditaria, incluidos aquéllos que no hayan sido instituidos con la condición de herederos. Por otra parte, la capacidad requerida legalmente alcanza no sólo a los herederos o copartícipes que compongan la mayoría que parte la herencia por sí sola, sino también a los restantes comuneros que, por ausencia o disidencia, integren la minoría que no realiza la partición. El propio art. 165 LDCG manifiesta “siempre que no existan herederos menores no emancipados o incapacitados”.

3. La tercera cuestión, consiste en precisar cómo repercutiría en la eficacia de la partición realizada conforme los arts. 165 y ss. LDCG, el hecho de que integre la mayoría o esté presente en la comunidad hereditaria, una persona judicialmente incapacitada, un incapaz todavía no declarado incapacitado por sentencia judicial o un menor emancipado. En el régimen común del Código Civil la presencia o participación de un incapacitado daría lugar a la anulabilidad de la partición de la mayoría; la participación de un incapaz no incapacitado provocaría la nulidad de la división si se lograra destruir la presunción de capacidad, probando que la persona en cuestión careció de la aptitud necesaria para otorgar el consentimiento para el acto, si bien algunos autores defienden la solución de la anulabilidad, lo que a su vez supone que su mera concurrencia en la comunidad sin integrar la mayoría particional no tendría por qué afectar a la eficacia del reparto así realizado; la participación de un menor emancipado no repercutiría sobre la validez de la partición de la mayoría, siempre que con ocasión del reparto de los bienes hereditarios no se hubiesen llevado a cabo negocios dispositivos que traspasaran la barrera de lo estrictamente particional, en cuyo caso se precisaría el complemento de capacidad al que alude el art. 323 Cc³¹. En el contexto del Derecho Civil gallego, esta solución podría ser perfectamente aplicada cuando se pretendiese partir la

muestra como una solución de compromiso que se ubica eclécticamente entre las propuestas del trabajo de la Comisión Parlamentaria no permanente de Derecho Civil de Galicia y el trabajo del “*Consello da Cultura Galega*”. No se ha optado por acoger la mayoría de intereses y personal en la herencia, pero tampoco se ha preferido recibir tan sólo la mayoría económica silenciando cualquier referencia al ámbito personal. Al final se ha escogido el punto intermedio entre los extremos: mayoría económica junto a pluralidad personal.

³¹ En torno a estas consideraciones, Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J. B. *Panorama del Derecho de sucesiones*. T. II., cit. pp. 924 y 925. DE LA CAMARA ALVAREZ, M. “Comentario a los arts. 1058 a 1060 Cc”, en AA.VV. *Comentario del Código Civil*. T. I. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid 1991, p. 2493. ROBLES LATORRE, P. *La partición convencional y su impugnación*, cit. pp. 86 y ss. MARTINEZ DIE, R. “Partición de la herencia efectuada por los herederos”, en AA.VV. *Juicio de testamentaria*. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1997, p. 223.

herencia mediante el acuerdo unánime de todos los coherederos entre los cuales exista un menor emancipado (art. 164 LDCG), ya que, en este caso, al regir el principio de la unanimidad, pueden tener lugar actos dispositivos que excedan de lo particional³². Sin embargo, esta necesidad de diferenciar los actos dispositivos de los meramente particionales a efectos de determinar la capacidad del menor emancipado se diluye por completo cuando se trata de la partija de la mayoría, porque, al ser este procedimiento particional una excepción al principio de la unanimidad y ante el deber de ajustarse estrictamente a las disposiciones del causante o, en su caso, a las normas de la sucesión legal, los herederos mayoritarios no podrán realizar válidamente actos dispositivos que sobrepasen la barrera de lo particional, por lo cual no hay que cuestionarse si, además de la capacidad para partir en sentido estricto, el menor emancipado precisa el complemento de dicha capacidad. En definitiva, si el complemento de la capacidad del menor emancipado sólo es indispensable cuando con ocasión de la partición se lleven a cabo negocios dispositivos que excedan de lo estrictamente particional, y si en la “partija” de la mayoría no es posible concertar convenios que traspasen dispositivamente los límites del acto particional, se concluye que el menor emancipado podrá integrar la mayoría que por sí sola realice la partición, sin necesidad de contar con el complemento de capacidad al que se refiere el art. 323 Cc.

3. Presupuestos objetivos de la partición de la mayoría

Ya en el ámbito de los presupuestos objetivos de este particular procedimiento particional, aunque la Ley de Derecho Civil de Galicia no lo disponga expresamente, la ausencia de la partición del testador representa un presupuesto ineludible para que la mayoría pueda partir³³. Efectivamente, si el testador realizase por sí mismo la división de su herencia, en realidad lo que estaría haciendo sería impedir el nacimiento de la comunidad hereditaria³⁴ y, por este motivo, la partija de la mayoría ya no sería necesaria-

³² Así lo entiende LETE ACHIRICA, J. “Comentario al art. 164 LDCG”, cit. p. 1331, en concreto nota 11.

³³ MENDEZ APENELA, E. “Comentario al art. 165 LDCG”, cit. p. 280. LETE ACHIRICA, J. “Comentario al art. 165 LDCG”, cit. pp. 1337 y 1338. Idem. “La partición de herederos...”, cit. pp. 719 y 720. ZULUETA DE HAZ, A. “De las partijas”, cit. p. 390.

³⁴ Reiteradamente se ha dicho que la división testamentaria posee un carácter paradójico, puesto que no es una auténtica partición, sino un medio mediante el cual el testador impide que se constituya la comunidad hereditaria. Sobre este particular, Vid. RODRIGUEZ ADRADOS, A. “La partición hecha por el testador”, cit. p. 210. MENENDEZ-VALDES GOLPE, E. *Las particularidades de Derecho patrimonial en el Noroeste de España, ante la Compilación gallega y el Código Civil*, cit. pp. 175 y 176. MANRESA Y NAVARRO, J. M^o. *Comentarios al Código Civil español*, T. VII. Ed. Reus. Madrid 1943, p. 634. ROYO MARTINEZ, M. *Derecho sucesorio mortis causa*, cit. p. 336. DE LOS MOZOS, J. L. “La partición de herencia por el propio testador”, cit. p. 195. OGAYAR Y AYLLON, T. “Naturaleza jurídica de la partición hereditaria”, cit. p. 23. PUIG PEÑA, F. *Tratado de Derecho Civil español*, T. V. Vol. III. Relaciones sucesorias en particular. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid 1965, p. 173 y 174. PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil*, T. VII. Vol. III. Legítimas, reservas, sucesión intestada, sucesión contractual, partición de herencia. 3^a ed. Ed. Bosch. Barcelona 1983, p. 397. DE LA CAMARA ALVAREZ, M. “Comentario al art. 1056 Cc.”, en AA.VV. *Comentario del Código Civil*, T. I. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid 1991, p. 2476. DOMENECH, A. M^o. Voz “Partición de herencia”, en AA.VV. *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, T. XIX. B. Pellisé (dir.). Ed. Francisco Seix. Barcelona 1989, p. 15. CASAS VALLES, R. “Comentario a la STS de 21 de julio de 1986”. *CCJC*, núm. 12, septiembre-diciembre 1986, p. 3970. En la doctrina italiana, Vid. CICU, A. *La divisione ereditaria*. Ed. Giuffrè. Milano 1948, p. 68. Idem. “Le successioni per causa di morte”, en AA.VV. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Vol. XLII. A. Cieu y F. Messineo (dirs). Ed. Giuffrè. Milano 1961, p. 430. AZZARITI, G. *Le successioni e le donazioni*, Libro secondo del Codice Civile. Ed. Cedam. Padova 1982, cit. p. 645. FORCHIELLI, P. “Della divisione”, en AA.VV. *Commentario del Codice Civile*, Libro secondo. Delle successioni. Arts. 713-768. A. Scialoja y G. Branca (dirs). Ed. Zanichelli. Bologna 1970, p. 197. BOMBARDA, G. “Osservazioni in tema di norme date dal testatore per la divisione. Divisione fatta dal testatore e disposizioni dei conguagli”. *Giustizia Civile*, anno 1975, T. II. Parte IV, p. 109. AMADIO, G. “La divisione del testatore”, en AA.VV. *Successioni e donazioni*, Vol. II. P. Rescigno (dir.). Ed. Cedam. Padova 1994, p. 75.

ria ni tendría sentido, toda vez que, al adquirirse *recta viae* la propiedad de los bienes adjudicados desde el momento del fallecimiento del causante (art. 1068 Cc), no habría derechos que compartir, ni bienes que distribuir³⁵.

Por lo tanto, el problema que aquí se plantea es saber si efectivamente el testador ha realizado por sí mismo la partición, lo que a veces resulta complicado por las siguientes razones: a). El testador puede efectuar la partición tanto en testamento como en otro documento no testamentario, lo cual complica la búsqueda de la misma³⁶; b). Del mismo modo, en frecuentes ocasiones, en los testamentos se contienen disposiciones particionales esquemáticas con adjudicaciones de bienes concretos a los coherederos, pero sin inventario, avalúo o liquidación de haberes. Pues bien, en estos supuestos el dilema radica en determinar si tales disposiciones testamentarias son por sí mismas constitutivas de una verdadera partición o, si por el contrario, se trata tan sólo de meras normas para la partición que expresan la voluntad del testador de que, cuando ésta se lleve a cabo, ciertos bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que a tal efecto indique. En este tema, consideramos que la doctrina italiana ha estado acertada al considerar que para que exista partición no basta con que se adjudiquen, distribuyan o repartan entre los coherederos bienes hereditarios, sino que además es necesario que dicho reparto venga a ser concreción de unas cuotas abstractas previamente fijadas y determinadas³⁷. Siempre que ello se cumpla existiría partición testamentaria y, por lo tanto, ya no se podría promover la partición de la mayoría con arreglo a los arts. 165 y ss. LDCG, y ello, aunque el causante hubiese efectuado el reparto conforme a cuotas predeterminadas abstractas sin haber practicado las correspondientes operaciones particionales, ya que la reconocibilidad de la partición testamentaria no queda supeditada a que se hubiese formado inventario, valorado los bienes o practicado las liquidaciones pertinentes del haber hereditario³⁸. Las operaciones particionales sólo serían necesarias

³⁵ AMADIO, G. "La divisione del testatore", cit. p. 74. MANRESA Y NAVARRO, J. M°. *Comentarios al Código Civil español*. T. VII., cit. p. 602.

³⁶ El propio art. 157.1 LDCG. dispone que "El testador puede hacer la partija de la herencia en el propio testamento o en otro documento". Por su parte, el art. 1056 Cc. prescribe que "Cuando el testador hiciera, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos".

³⁷ Vid. DEIANA, G. "Concetto e natura giuridica del contratto di divisione". *Riv. Dir. Civ.* 1939, pp. 18 y 19. BURDESE, A. "Nuove prospettive per la qualificazione del contratto di divisione". *Riv. Dir. Civ.* 1982, p. 625. BARASSI, L. *Le successioni per causa di morte*. 3ª ed. Ed. Giuffrè. Milano 1947, p. 173. COMPORTI, M. "L'art. 720 cod. civ. e la sua applicabilità alla divisione della comunione volontaria". *Il Foro Italiano*, Vol. LXXXIII, anno 1960, p. 2033. CICU, A. *La divisione ereditaria*, cit. p. 36. Idem. "Successioni per causa di morte", cit. p. 387. MIRABELLI, G. "Transazione e divisione". *Il Foro Italiano*, vol. LXXV. 1952, p. 40. Idem. "Intorno al negozio divisorio". *Archivio Giuridico Filippo Serafini*. Sesta serie, vol. V, fasc. 1-2, 1949, pp. 47 y 48. MIRAGLIA, C. *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*. Edizioni Scientifiche Italiane. Camerino 1981, pp. 21 y 23. FORCHIELLI, P. *Della divisione*, cit. p. 15. MINERVINI, E. *Divisione contrattuale ed atti equiparati*. Ed. Scientifiche italiane. Napoli 1990, p. 25. ANDOLINA, I. "Riflessioni sulla struttura del negozio divisorio". *Ius.*, anno XV, gennaio-marzo 1964, pp. 535 y 538. MOSCATI, E. Voz "Divisione. Profili generali", en AA.VV. "Enciclopedia Giuridica". V. Cappelletti (dir.). Ed. Istituto della Enciclopedia Italiana. Roma 1989, pp. 4 a 6. Ya en un terreno más específico, algunos autores han intentado definir qué es lo que ha de entenderse por división testamentaria, para, una vez dejado claro este concepto, poder distinguir aquellos casos en los que el testador realiza por sí mismo la partición de aquellos otros en los que únicamente intenta predeterminar algún aspecto de la misma dictando normas que deban cumplirse en el momento de llevarla a cabo. En este contexto MENGONI (*La divisione testamentaria*. Ed. Giuffrè. Milano 1950, pp. 79 y 80) ha señalado que "el concepto de cuota (es) esencial a la división del testador [...]. La naturaleza de la división del ascendiente, y hoy de la división del testador, se agota en un fenómeno dispositivo-atributivo. [...]. La intención del testador de atribuir los bienes como cuota del todo reduce la multiplicidad de atribuciones a una unidad funcional, en vista de un resultado global de distribución, derivado de la realización del fin propio de cada disposición". Vid también, en este mismo sentido, CICU, A. *La divisione ereditaria*, cit. p. 79. Idem. "Successioni per causa di morte", cit. p. 444. FORCHIELLI, P. *Della divisione*, cit. pp. 195 y 196. AMADIO, G. "La divisione del testatore", cit. p. 76.

³⁸ AMADIO, G. "La divisione del testatore", cit. p. 74.

en un momento posterior para dar plena virtualidad a las adjudicaciones realizadas por el testador³⁹ y su práctica sólo podrá ser concebida como una actividad complementaria meramente ejecutiva del reparto predispuesto por el *de cuius*⁴⁰.

Otro de los presupuestos objetivos de la partición de la mayoría, ahora sí expresamente exigido por el art. 165 LDCG, es el siguiente: “que no exista contador-partidor”. Este presupuesto objetivo supone que la mayoría carece de poderes particionales por el hecho de la simple existencia o presencia de un contador-partidor, con independencia de si el designado para tal cargo hubiese realizado o no la partición hereditaria que se le haya encomendado⁴¹. Por consiguiente, se observa que la mayoría podrá proceder a la partija de la herencia siempre que no exista contador-partidor⁴², comprendiéndose dentro de estos supuestos no sólo aquéllos en los que simplemente éste no haya llegado a existir por no haber sido nombrado, sino también aquéllos en los que, habiendo sido designado en un primer momento, hubiera dejado de existir después, pero antes de haber realizado la partición.

Tomando como punto de partida estas últimas consideraciones, en la hipótesis de que el causante hubiese designado un contador-partidor potestativo para que actúe únicamente cuando ello sea solicitado por uno o alguno de los herederos, la mayoría podrá promover la partición mientras esa solicitud no se produzca, porque en ese preciso momento todavía no existiría como tal contador-partidor⁴³. Ahora bien, la minoría podría llegar a paralizar la partición de la mayoría solicitando al contador-partidor potestativo que la practique el mismo⁴⁴.

Por lo que se refiere a los casos en los que el contador-partidor, habiendo sido designado en un primer momento, hubiera dejado de existir después, merecen especial atención aquellos supuestos en los que el testador hubiese efectuado el nombramiento a favor de varios contadores para que todos ellos actúen simultáneamente, porque en este punto surgiría el problema de identificar el instante a partir del cual se podría entender que las sucesivas vacantes de los designados, motivadas por su fallecimiento, renuncia o incapacidad, han provocado la caducidad o terminación del organismo particional, por haberse extinguido la pluralidad subjetiva inicialmente prevista como presupuesto de su actuación. De la respuesta a esta cuestión dependerá que la mayoría pueda promover o no la partición con arreglo a los dictados de los arts. 165 y ss. Este problema

³⁹ CASAS VALLES, R. “Comentario a la STS de 21 de julio de 1986”, cit. p. 3970. DE LA CAMARA ALVAREZ, M. “Comentario al art. 1056 Cc.”, cit. p. 2476.

⁴⁰ AMADIO, G. “La divisione del testatore”, cit. p. 74.

⁴¹ Si el legislador gallego de 1995 hubiera querido limitar la extensión del impedimento legal a aquellos casos en los que el contador-partidor hubiese ya llevado a cabo la partición encomendada, la referencia a “siempre que no exista contador-partidor” debería haber sido sustituida por la expresión “siempre que el contador-partidor designado no hubiese efectuado antes la partija”, lo cual supondría una obviedad que es absurdo resaltar: no es necesario realizar la partición cuando ésta ya ha sido previamente efectuada válidamente con arreglo a Derecho; y ello, con independencia de quienes fuesen los sujetos autores de la misma. Otra cosa distinta, como posteriormente veremos, es que los coherederos puedan, en virtud de acuerdo unánime, prescindir, variar o alterar el reparto de bienes que previamente hubiese sido llevado a cabo por un contador-partidor nombrado por el testador.

⁴² Téngase en cuenta que el análisis del testamento no puede ser definitivo en orden a concluir la existencia o inexistencia del contador-partidor, ya que, según lo dispuesto en el art. 159.1 LDCG, el testador podrá efectuar también el nombramiento en documento público distinto al testamento, o incluso en capitulaciones matrimoniales, si tal nombramiento fuese a favor del cónyuge viudo usufructuario universal (art. 159.2 LDCG).

⁴³ Opinión que compartimos con MENDEZ APENELA, E. “Comentario al art. 165 LDCG”, cit. pp. 280 y 281. LETE ACHIRICA, J. “Comentario al art. 165 LDCG”, cit. p. 1339. ZULUETA DE HAZ, A. “De las partijas”, cit. p. 391.

⁴⁴ LETE ACHIRICA, J. “Comentario al art. 165 LDCG”, cit. p. 1340. Idem. “La partición de herederos...”, cit. p. 721.

que se planteaba como dudoso en el ámbito del Derecho Civil común⁴⁵, aparece resuelto por la Ley gallega en los siguientes términos: a). si los contadores-partidores han sido designados mancomunadamente, según el art. 161.2 LDCG, cuando la composición del organismo particional se reduzca a un sólo miembro, habrá de inferirse que éste habrá quedado extinguido, pudiéndose promover, a partir de ese momento, la partición de la mayoría, porque ya no se podrá sostener la existencia de contador-partidor. b). si los contadores-partidores hubiesen sido designados solidariamente, y de acuerdo con el art. 162.2 LDCG, cuando la composición del organismo particional solidario se reduzca a un sólo miembro, la desaparición de la pluralidad comisarial no provocará su extinción y, por esta razón, la mayoría no podría promover la partición, porque seguiría existiendo un contador-partidor legalmente habilitado para realizarla.

En otro orden de cosas, si el causante hubiese utilizado las facultades que le otorga el art. 159.2 LDCG y nombrase contador-partidor al cónyuge sobreviviente al que hubiese asignado el usufructo total de viudedad, la mayoría no podrá llevar a cabo la partición, salvo en el caso de que, antes de realizar la partición, el cónyuge viudo contraiga nuevas nupcias, expire el plazo fijado por el causante, o en su defecto transcurra un año sin actuar, a contar desde la apertura de la sucesión, o si existen hijos comunes a computar desde la emancipación del último de éstos. En esta hipótesis no hay duda de que el cónyuge viudo es un auténtico contador-partidor, porque de lo contrario no tendría sentido la exigencia de que sólo pueda llevar a cabo tales facultades particionales cuando le sea asignado el usufructo universal de la herencia, toda vez que ello garantiza su imparcialidad y objetividad en el reparto de los bienes hereditarios.

En cambio, resulta más dudosa la existencia de un contador-partidor si el testador utiliza las facultades que le otorga el art. 141 LDCG y nombra comisario al cónyuge no testador, al objeto de que pueda distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes. La duda sobre la existencia de un contador-partidor genera, a su vez, la duda de si la mayoría puede o no promover la partición. A nuestro modo de ver, y aunque, desde la reforma operada en el art. 1057 Cc. por la Ley del menor ya no se puedan utilizar como sinónimos los términos “contador-partidor” y “comisario”⁴⁶, la mayoría no estaría legitimada para efectuar la partición de la herencia cuando el cónyuge no testador hubiese sido designado como comisario con las

⁴⁵ Vid. OGAYAR Y AYLLON, T. “Contadores-partidores mancomunados. Caducidad de su nombramiento”, cit. pp. 807 y 808. BATISTA MONTERO RIOS, J. “Estudios sobre la ejecución testamentaria”, cit. p. 328. TABOADA ROCA, M. “Los llamados contadores solidarios. Imposibilidad de que tal solidaridad produzca sus naturales efectos e inadecuación de aquella denominación”, cit. p. 258. DE LA CAMARA ALVAREZ, M. “Comentario al art. 1057 Cc.”, cit. p. 2484. ALBALADEJO GARCIA, M. *El albaceazgo en el Derecho español*, cit., pp. 72 a 75. DIAZ ALABART, S. “La pluralidad de contadores-partidores”, cit. pp. 190 a 193. ALBALADEJO GARCIA, M. y DIAZ ALABART, S. “Comentario al art. 1057 Cc párrafo 1º”, cit. pp. 289 a 291. PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil*. T. V. Vol. III., cit. p. 456. DOME-NECH, A. M^o. Voz “Partición de herencia”, cit. p. 31.

⁴⁶ A menudo, los términos “contador-partidor” y “comisario” suelen ser utilizados indistintamente como sinónimos. Este uso indistinto quizás encontraba su fundamento en la propia redacción que el art. 1057 Cc. tenía con anterioridad a la reforma operada por la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, porque, en este precepto, se aludía a la figura del contador-partidor unas veces con tal denominación expresa (párrafo 2º), pero otras con la designación nominal de comisario (párrafo 3º). Designación esta última con la que el Código Civil, inicialmente y durante más de un siglo, nombraba a la persona a quien el testador, según el párrafo 1º, encomendaba la facultad de hacer la partición. Por consiguiente, si se interpretase que los arts. 141 y 159.2 LDCG se refieren indistintamente a los términos “contador-partidor” y “comisario” como sinónimos, resultaría que, tanto en un caso como en el otro, la mayoría no podría proceder a la partición de la herencia, porque en ambos supuestos existiría un contador-partidor que se lo impediría. No obstante, el estado de esta cuestión varía como consecuencia de la promulgación de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, en cuya Disp. Final 18^a.1 se otorga una nueva redacción al párrafo tercero del art. 1057 Cc, sustituyéndose ahora el término “comisario” por la expresión “contador-partidor”. Desde esta perspectiva, se comprende que, en el contexto del nuevo art. 1057 Cc., los significantes “contador-partidor” y “comisario” ya no poseen significado idéntico, porque, para nombrar a la persona a quien el testador ha encomendado la

facultades de distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes hereditarios y mejorar en ellos a los hijos comunes, porque, si se niega esta posibilidad cuando exista un contador-partidor, como sujeto únicamente facultado para partir, con mayor razón habrá de entenderse también proscrita cuando exista un comisario al que no sólo le corresponden facultades particionales, sino también otras facultades más amplias como mejorar a los hijos comunes, o todas aquellas que sean necesarias para dar pleno cumplimiento a la voluntad del testador.

Siguiendo con el análisis de los presupuestos objetivos de la partición de la mayoría, debemos destacar ahora que este procedimiento particional no será viable cuando el testador haya ordenado que se mantenga la indivisión de la herencia (art. 1051 Cc). En este contexto, conviene preguntarse si el hecho de que el testador condicione la posibilidad de hacer la partición al fallecimiento del cónyuge sobreviviente, alberga o no, en todos los casos, una auténtica orden testamentaria de mantener el estado de indivisión, la cual impida a los herederos mayoritarios proceder según los dictados del art. 165 LDCG. En el supuesto de que la indivisión de la herencia se mantenga no porque exista una cláusula testamentaria que lo imponga, sino porque los propios herederos se abstienen voluntariamente de solicitar la partición con la intención de garantizar la unidad y coherencia del patrimonio familiar⁴⁷, o si la orden de no partir hasta el fallecimiento del cónyuge viudo se dispone a modo de cláusula *socini*⁴⁸, resulta claro que los herederos mayoritarios podrán llevar a cabo la división de la herencia, aunque en este último caso, se podrían ver expuestos a sufrir una especie de sanción, tal y como sería que su participación en la herencia se redujese a la legítima estricta o corta. Finalmente, si la prohibición de proceder a la partición de la herencia hasta el momento del fallecimiento del cónyuge viudo fuese expresa e indubitada⁴⁹, la mayoría no podría proceder al reparto según los dictados de los arts. 165 y ss., ya que, al estar sujeta la prohibición a un plazo de tiempo no determinado pero determinable sin necesidad de ulterior disposición testamentaria adicional, tal prohibición sería válida y no podría ser obviada por los herederos recurriendo a la aplicación de los arts. 1051, 1700.4 y 1705 Cc.

Resulta también claro que la mayoría que cumpla los requisitos del art. 165 LDCG, no podrá promover la partición de la herencia siempre que previamente los herederos hayan acordado unánimemente mantener la situación de indivisión por un plazo de tiempo determinado que, por aplicación del art. 400 Cc, no podrá ser superior a diez años, aunque sí prorrogable por nueva convención. En esta materia, interesa

facultad de hacer la partición, dicho precepto se refiere inequívocamente al “contador-partidor”, pero no al “comisario”. En congruencia con ello, quizás podría interpretarse que, tras la reforma del Código Civil operada por la LO 1/1996, los términos “contador-partidor” y “comisario” comprendidos en los arts. 159.2 y 141 LDCG (respectivamente) han dejado de aludir a una misma cosa para referirse a situaciones distintas. Sólo identificando correctamente la figura del comisario, así como las facultades y atribuciones que le compete desarrollar, podremos saber si su presencia impide o no a los herederos mayoritarios proceder a la partición de la herencia de que se trate.

⁴⁷ LACAL, P. “La prohibición de dividir la herencia en nuestro Derecho positivo”. *RCDI.* núm. 80, agosto 1931, p. 577. GARRIDO DE PALMA, V. M. “El aspecto sucesorio hereditario en Galicia, y en especial el usufructo universal del cónyuge viudo”. Sección IV (Castro Bolaño), en *Primer Congreso de Derecho Gallego*. Ponencias y conclusiones. Ed. Comisión ejecutiva del I Congreso de Derecho Gallego. La Coruña 1974, p. 468. CASAS VALLES, R. “Comentario a la STS. de 21 de julio de 1986”. cit. pp. 3972 y 3973.

⁴⁸ GARRIDO DE PALMA, V. M. “El aspecto sucesorio hereditario en Galicia...”, cit. p. 468. CASAS VALLES, R. “Comentario a la STS. de 21 de julio de 1986”, cit. p. 3973. TAPIA PARREÑO, J. J. “La partición. Concepto y clases”, en AA.VV. *Derecho de sucesiones. Donación*. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1995, p. 25.

⁴⁹ En torno a ello señala VALLET DE GOYTISOLO (“Comentario al art. 1051 Cc”, en AA.VV. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. XIV. M. Albaladejo (dir). Ed. Edersa. Madrid 1989, p. 102) que “en mis años de ejercicio profesional de Notario he comprobado la práctica -que llegado el caso he seguido- de ordenar la indivisión durante la vida del cónyuge viudo o mientras el menor de los herederos no alcanzare determinada edad”.

subrayar que el referido pacto de indivisión vinculará igualmente a los cesionarios de cuota⁵⁰, ya que si, por aplicación del art. 170 LDCG, éstos se subrogan en la posición del cedente quedarán igualmente obligados por el convenio de indivisión en el que hubiese participado el heredero que le trasmitió su cuota.

4. El art. 166 LDCG y la práctica de la partición de la mayoría

Una vez que se hayan reunido los presupuestos subjetivos y objetivos requeridos para poder promover la partija de la mayoría, y de acuerdo con lo prescrito en el art. 166 LDCG, ésta deberá de ser practicada ajustándose estrictamente a las disposiciones del causante o, en su caso, a las normas de la sucesión legal.

Mediante la imposición del deber de respetar las disposiciones del causante, la Ley gallega obliga a los coherederos mayoritarios a practicar la partija acatando estrictamente no sólo aquellas cláusulas en las que se contengan actos de naturaleza dispositiva, sino también aquellas otras que tengan únicamente carácter particional y en las que se concrete algún aspecto del reparto de los bienes de los que previamente ya se ha dispuesto. Por lo que se refiere a las disposiciones del causante relativas a la partición de su herencia, hay que decir que éstas vinculan a los herederos que promuevan la partición de la mayoría con independencia de si se encuentran contenidas en testamento o en otro documento no testamentario. Prueba de ello es que el art. 166 LDCG alude al deber de ajustarse a las disposiciones del causante y no sólo a las del testador.

En principio, parece que la partición de la mayoría que fuese efectuada sin ajustarse a las disposiciones del causante, adolecería de nulidad (art. 6.3 Cc), porque, de la simple lectura del art. 166 LDCG se podría deducir que nos encontramos ante una norma de Derecho imperativo, toda vez que, por una parte, se afirma que “la partija habrá”, y no sólo podrá o convendrá, de ajustarse a las disposiciones del causante, y por otra parte, se señala que dicho ajuste deberá producirse en sentido estricto (“estrictamente”).

Sin embargo, consideramos que la sanción de la nulidad absoluta parece ser desproporcionada y excesiva, especialmente, por las siguientes razones: la doctrina y jurisprudencia⁵¹ han coincidido en afirmar que no toda disconformidad con una ley imperativa o toda omisión de formalidades legales llevan consigo la sanción límite de la nulidad, sino que ha de tenerse en cuenta la índole y finalidad del precepto legal contrariado y si, la levedad de la contravención así lo permite o aconseja, habría que declarar válido el acto realizado, pese a la infracción legal. Por consiguiente, en el caso de que la partición de la mayoría hubiese sido efectuada cumpliendo todas las formalidades legales, pero incumpliendo levemente el deber legal de acatar las disposiciones del causante, la sanción de nulidad absoluta no parecería procedente, ya que, precisamente, por razón de esa levedad, no creemos que se haya frustrado la finalidad que persigue el art. 166 LDCG de proteger los intereses de la minoría y, en consecuencia, podría dudarse que hubiera tenido lugar una contravención frontal de la norma imperativa contenida en dicho precepto que comportase tal sanción de ineficacia extrema.

⁵⁰ Según se ha reconocido, el pacto de indivisión resulta vinculante para los cesionarios de cuota. Vid., sobre este particular, ROCA SASTRE, R. M^a. *Notas al Derecho de sucesiones de T. Kipp*. T. V. Vol. II., cit. p. 25. PUIG PEÑA, F. *Tratado de Derecho Civil español*. T. V. Vol. III., cit. p. 201.

⁵¹ Vid SSTS. 19 de octubre de 1944 Cdo. 3º (RJA. 1176); 28 de enero de 1958 (RJA. 554); 2 de noviembre de 1965 (RJA. 4848); 1 febrero de 1966 (RJA. 304); 7 de febrero de 1984 Cdo. 2º (RJA. 580); 28 de julio de 1986 Fto. Dcho. 2º (RJA. 4621) y 17 de diciembre de 1988 Fto. Dcho. 3º (RJA. 9475). En la doctrina, CARRASCO PERERA, A. “Comentario al art. 6.3 Cc.”, en AA.VV. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. I. Vol. I. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs). Ed. Edersa. Madrid 1992, p. 804. GULLON BALLESTEROS, A. “Comentario al art. 6.3 Cc.”, en AA.VV. *Comentario del Código Civil*. T. I. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid 1991, p. 36. DOMINGUEZ LUELMO, A. “Comentario a la STS. de 17 de diciembre de 1988”. *CCJC*, núm. 19. enero-marzo 1989, p. 63.

De acuerdo también con lo que dispone el art. 166 LDCG, la partición de la mayoría estará sometida a las siguientes formalidades: 1ª formación de inventario y evaluación por perito, previa citación fehaciente, con treinta días de antelación, como mínimo, a los demás interesados, si su domicilio fuese conocido; 2º. sorteo ante notario de todos los cupos formados o, en su caso, de los cupos del remanente, después de haber fijado los correspondientes a los legados de cosa específica y a las mejores y legados de cuota; 3º. protocolización notarial de la partija; 4º. notificación de la protocolización, dentro de los noventa días hábiles siguientes, a los no concurrentes que tengan domicilio conocido.

El proceso particional establecido en el precepto citado tiene como ventaja fundamental, la de cumplir la trascendente función de dotar de un alto grado de certeza y seguridad jurídica a las particiones en las que existan herederos ausentes de hecho o disidentes, protegiéndose, de esta manera, los legítimos intereses y derechos que en la herencia pudiese tener esa minoría no concurrente. Sin embargo, la norma ahora comentada no está exenta de crítica por varios motivos.

En primer lugar, el sistema contemplado en el art. 166 LDCG resulta incompleto e insuficiente, ya que sólo se incluyen y enumeran algunas operaciones particionales, mientras que se guarda silencio respecto otras que resultan tan trascendentes como las que sí se recogen expresamente.

A título de ejemplo, la Ley gallega omite toda referencia respecto a la cuestión de si los herederos mayoritarios pueden, además de partir, proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales con la participación del cónyuge viudo, o si, por el contrario, esta eventualidad sólo será posible cuando concurren unánimemente todos y cada uno de los partícipes de la comunidad. El absoluto silencio guardado por la Ley podría ser interpretado en el sentido de negar tales facultades liquidatorias⁵², ya que, por un lado, de la propia literalidad de los arts. 165 y 166 LDCG, se deduce con claridad que legalmente sólo se habilita a la mayoría para partir y no se le concede de forma expresa la autorización para liquidar la sociedad de gananciales en presencia del cónyuge viudo; y, por otro lado, porque a falta de dicha autorización expresa, lo normal es que la liquidación de los gananciales sea practicada por la unimidad de los herederos⁵³. No obstante lo cierto de las anteriores afirmaciones, nosotros creemos que convendría permitir a la mayoría liquidar la sociedad de gananciales en compañía con el cónyuge viudo, y en ello, entre otras, por las siguientes razones: Si se maneja un concepto amplio de partición, en el sentido de comprender todas las operaciones a que da lugar la sucesión de una persona, la liquidación de los gananciales sería una operación que queda incluida dentro de la partición, y, como quiera que la mayoría está habilitada legalmente para partir, también lo estaría para liquidar. Aunque se sostenga que la liquidación de la sociedad de gananciales no es una operación particional, lo que sí resulta claro es que nos hallamos ante un presupuesto indispensable, no sólo de la partija de la mayoría, sino para toda partición en la que existan bienes de carácter ganancial⁵⁴. Entonces, si se negase a los herederos mayoritarios la facultad de liquidar los gananciales en presencia del cónyuge viudo, la partición de la mayoría resultaría inviable en todos aquellos supuestos en los que existan bienes de carácter ganancial, con lo cual la regulación contenida en los arts. 165 y ss LDCG se vería reducida a la casi completa obsolescencia práctica,

⁵² Aunque con distintos argumentos a los expuestos en el texto a continuación, compartimos esta afirmación con GUTIERREZ ALLER, V. *Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia*, cit. p. 138.

⁵³ Vid. TAPIA PARREÑO, J. J. "La partición. Concepto y clases", cit. p. 63.

⁵⁴ Vid. GUTIERREZ ALLER, V. *Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia*, cit. p. 138.

ya que, en Galicia la regla general es el régimen de gananciales y la excepción los regímenes de separación y participación⁵⁵. Por último, para fundamentar la posibilidad de la mayoría de proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales, se podría recurrir a la abundante doctrina⁵⁶ y jurisprudencia⁵⁷ que reconoce al contador-partidor esta misma facultad, pues, al igual que la mayoría, el contador sólo recibe la simple facultad de hacer la partición y en su actuación no puede sobrepasar la barrera de lo estrictamente particional llevando a cabo actos de carácter dispositivo.

Siguiendo con esta misma línea de ejemplos que ponen de manifiesto la insuficiencia del sistema contemplado en el art. 166 LDCG, la Ley gallega pasa directamente de la formación de inventario y avalúo al sorteo ante notario de los cupos formados, omitiendo toda referencia a las denominadas operaciones particionales intermedias, algunas tan trascendentes como la formación de los lotes a adjudicar. En este contexto, cabe preguntarse si en la formación de los lotes la mayoría ha de acatar estrictamente el principio de igualdad cualitativa recogido en el art. 1061 Cc, teniendo la obligación de adjudicar a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie. A este respecto, consideramos que el art. 1061 Cc, sólo puede ser configurado como una norma de carácter dispositivo o facultativo para el testador partidor, así como para

⁵⁵ ZULUETA DE HAZ, A. "De las partijas", cit. p. 392.

⁵⁶ COVIAN, V. Voz "Partición de herencia", cit. p. 362. SANCHEZ ROMAN, F. *Estudios de Derecho Civil* T. VI. Vol. III. Derecho de sucesión. Ed. Tip. Sucesores de Rivadeneyra. Madrid 1910, p. 1999. VALVERDE Y VALVERDE, C. *Tratado de Derecho Civil español*. T. V. Parte especial. Derecho de sucesión mortis causa. Ed. Talleres Tipográficos Cuesta. Valladolid 1926, p. 583. DE BUEN, D. *Notas al Curso elemental de Derecho Civil de A. Colin y H. Capitant*. T. VIII., cit. p. 435. ESCOBAR DE LA RIVA, E. "Partición por comisario", cit. p. 397. RUIZ ARTACHO, J. "Partición de herencia por comisario". *RCDI*, núm. 287, abril 1952, pp. 242 y ss. ROYO MARTINEZ, M. *Derecho sucesorio mortis causa* cit. p. 343. PUIG PEÑA, F. *Tratado de Derecho Civil español* T. V. Vol. III., cit. p. 228. CANOVAS COUTINO, G. "Derecho de sucesiones", cit. p. 219. VALLET DE GOYTISOLO, J. B. *Panorama del Derecho de sucesiones*. T. II., cit. p. 909. DE LA CAMARA ALVAREZ, M. "Comentario al art. 1057 Cc.", cit. p. 2485. ALBALADEJO GARCIA, M. y DIAZ ALABART, S. "Comentario al art. 1057 Cc párrafo 1º", cit. pp. 232 y ss. DIEZ PICAZO, L. y GULLON BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV., cit. p. 595. PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil*. T. V. Vol. III., cit. p. 471. TAPIA PARREÑO, J. J. "La partición. Concepto y clases", cit. p. 63. NUÑEZ BOLUDA, M. D. "Las facultades de los contadores-partidores del artículo 1057 del Código Civil...", cit. p. 944. BOLAS ALFONSO, J. "La partición hecha por contador partidor. Cuestiones prácticas", en AA.VV. *Juicio de testamentaría*. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1997, p. 110.

⁵⁷ Vid. Resoluciones de 9 de septiembre de 1895 Cdo. 2º (R. 278), p. 84; 12 de noviembre de 1895 Cdo. 4º (R. 283), p. 86; 14 de marzo de 1903 Cdos. 2º y 3º (R. 569), p. 195; 26 de febrero de 1906 Cdo. 1º (R. 645), p. 195; 25 de mayo de 1906 Cdo. 2º (R. 656), pp. 199 y 200; 11 de septiembre de 1907 Cdo. 2º (R. 726), p. 221; 29 de enero de 1908 Cdo. 2º (R. 733), p. 223; 7 de marzo de 1914 Cdo. 3º (R. 969), p. 291; 22 de agosto de 1914 Cdo. 1º (R. 985), p. 296; 12 de junio de 1930 Cdo. 1º (R. 1489), p. 488. Las referencias y páginas citadas corresponden al repertorio elaborado por GARCIA GIL, M. y GARCIA GIL, F. J. "*Jurisprudencia Registral, civil, mercantil e hipotecaria*". Ed. Bosch. Barcelona 1989. En el Cdo. 2º de la STS. 10 de enero de 1934 (RJA. 35) se afirma que "la mera facultad de hacer la partición que el testador puede conferir otra persona según autoriza el artículo 1057 del Código Civil, atribuye al Comisario según reiterada jurisprudencia la representación del "de cuius", para practicar con el otro cónyuge o los herederos de éste, la liquidación de la sociedad conyugal...". En esta misma línea, la STS 17 de abril de 1943 (RJA. 418) señala en su Cdo. 3º que "... la partición por comisario recibe de la Ley que la autoriza la fuerza de obligar, cual si fuese hecha por el propio testador, sin que sea preciso el consentimiento de los interesados, los cuales forzosamente habrán de pasar por ella mientras no sea anulada o rescindida por causa apropiada, sin más salvedad que la prevista en el párrafo final del citado artículo y la referente a la interferencia del viudo o viuda en la liquidación de la sociedad conyugal si el causante estuviera casado". En el ámbito de los Derechos forales, la Ley 340 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra reconoce expresamente la facultad del contador-partidor de liquidar, en su caso, con el cónyuge viudo la sociedad conyugal. El párrafo primero de este precepto dispone literalmente que "El causante, en cualquier acto mortis causa, podrá nombrar uno o varios contadores-partidores, quienes, salvo lo que aquél hubiese establecido, tendrán facultades para realizar por sí solos la partición de la herencia, liquidar en su caso con el cónyuge viudo la sociedad conyugal, y todas las demás necesarias para la partición de los bienes del causante o para intervenir en la división de bienes a los que aquél tuviere derecho".

los herederos que promuevan la partición por acuerdo unánime⁵⁸, pero en cambio muestra valor imperativo cuando se trata de la partija de la mayoría, precisamente por faltar el acuerdo unánime de todos los coherederos, y, en consecuencia, éstos no podrían prescindir del principio de igualdad cualitativa cuando se trate de formar los lotes que después hayan de ser adjudicados. No obstante lo dicho, es necesario tener en cuenta que en Galicia, durante largo tiempo, se ha aplicado con excesivo rigor el art. 1061 Cc⁵⁹, provocando que las particiones contribuyesen a la pulverización y atomización de las cosas hasta el punto de hacerlas inservibles para el uso al que eran susceptibles de ser destinadas⁶⁰. Para evitar estos problemas quizás se podría pensar, como posible solución, en el recurso a la aplicación del art. 1062 Cc., el cual permite adjudicar la cosa indivisible o que desmerezca mucho con su indivisión a uno de los herederos a calidad de abonar el exceso a los demás, pero bastará que uno sólo de los herederos lo pida para que se proceda a la venta del bien de que se trate en pública subasta con la admisión de licitadores extraños. No obstante, la aplicabilidad de este precepto deviene problemática cuando se trata de la partición de la mayoría. Por un lado, porque la adjudicación del bien difícilmente divisible a uno de los herederos con la obligación de pagar el exceso a los demás, sólo será viable cuando todos los partícipes lo consientan tácitamente al no ejercitar su derecho a solicitar su venta en pública subasta. Como quiera que la partija de la mayoría se caracteriza por la ausencia de hecho o disidencia de alguno de los coherederos, resultará que, a menudo, no será posible obtener dicho consentimiento tácito. Por otro lado, porque se podría cuestionar si la adjudicación de un bien a uno de los herederos a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero constituye un acto de carácter dispositivo, cuya consumación ponga de manifiesto que la mayoría se ha excedido en su cometido de realizar por sí sola la partija sin sobrepasar la barrera de lo estrictamente particional.

En definitiva, cuando se trata de formar los lotes que luego han de ser adjudicados, nos hallamos ante una especie de círculo vicioso. Debemos tratar de evitar una aplicación rigurosa del art. 1061 Cc que provoque un excesivo fraccionamiento de los bienes, pero para resolver esta cuestión tampoco resulta demasiado útil acudir al art. 1062 Cc, ya que este precepto presenta igualmente importantes problemas de aplicación a la partición de la mayoría. Entonces, ¿cuál debe ser la vía que debemos elegir para encontrar una salida a esta suerte de encrucijada?. En primer lugar, interpretar que la imperatividad del art. 1061 Cc no es absoluta, sino relativa⁶¹ y que los herederos mayoritarios deberán acatar estrictamente el principio de igualdad cualitativa sólo cuando ello sea posible por no provocar un excesivo fraccionamiento o pulverización de la propiedad⁶². En segundo lugar, cabría la posibilidad de admitir la formación de lotes que,

⁵⁸ DE LA CAMARA ALVAREZ, M. "Comentario a los arts. 1061 a 1066 Cc.", en AA.VV. *Comentario del Código Civil*. T. I. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid 1991, p. 2501.

⁵⁹ Así lo pone de manifiesto FUENMAYOR CHAMPIN, A. de. "Derecho Civil de Galicia", cit. p. 240.

⁶⁰ Tomamos la idea de VALVERDE Y VALVERDE, C. "*Tratado de Derecho Civil español*". T. V., cit. p. 569. Como ya decía COVIAN a principios de Siglo (Voz "Partición de herencia", cit. p. 355). "en casi todo el Norte, las particiones contribuyen al fraccionamiento de la propiedad en grado tal, que su territorio se halla ocupado en una tercera parte o más por tapias, especialmente de setos vivos, que si hermoscan el paisaje, disminuyen considerablemente la producción".

⁶¹ En este sentido, DE LA CAMARA ALVAREZ, M. "Comentario a los arts. 1061 a 1066 Cc.", cit. p. 2501.

⁶² Según la STS. 30 de enero de 1951 Cdo. 4º (RJA. 89) "... se aprecia que la igualdad en la distribución actuará sólo circunstancialmente en cuanto sea posible por tratarse de bienes fácilmente divisibles o que no desmerezcan mucho con la división, o ésta no conduzca a un excesivo y perjudicial fraccionamiento...". En este mismo sentido Vid. SSTS. 13 de junio de 1970 Cdo. 3º (RJA. 3112); 8 de febrero de 1974 Cdo. 2º (RJA. 484); 30 de noviembre de 1974 Cdo. 2º (RJA. 4554) y 25 de junio de 1977 Cdo. único (RJA 3015).

siendo desiguales, se equilibren con suplementos en metálico no hereditario, siempre que éstos sean poco relevantes, accesorios y de escasa entidad⁶³.

Volviendo al exámen de sistema contenido en el art. 166 LDCG, además de ser incompleto, este precepto no detalla con la precisión que sería deseable la forma y manera en que han de desarrollarse las operaciones particionales contempladas y enumeradas en el mismo, existiendo, por razón de esta falta de concreción, amplias zonas oscuras en las que no se sabe a ciencia cierta cómo se deberá proceder. De nuevo vamos a intentar facilitar algunos ejemplos indicativos de lo que pretendemos poner de relieve.

Cuando se trata de la formación de inventario y evaluación por perito, la Ley no aclara cuáles han de ser las cualidades necesarias para poder ser considerado perito a los efectos del art. 166 LDCG, lo cual genera la duda de si esta norma se refiere únicamente a los peritos titulados, o, si por el contrario, cabe que el inventario y avalúo sean realizados por peritos prácticos carentes de título oficial. Del mismo modo, se omite toda referencia respecto a los sujetos legitimados para designar al perito y la forma en que ha de efectuarse dicha designación, planteándose también la cuestión de si el perito ha de limitarse exclusivamente a formar el inventario y avalúo, o si su labor se podría extender a otras operaciones particionales. La exigencia legal de la previa citación fehaciente, con treinta días de antelación como mínimo, a los demás interesados con domicilio conocido genera innumerables dudas debido a la falta de precisión en la manera de ser requerida. Así, por ejemplo, no se dice nada respecto los sujetos que están obligados a practicar la citación. Por lo que atañe a su forma, la Ley sólo impone su carácter fehaciente, pero no dispone nada en relación con la forma que ha de ser llenada para entender suficientemente colmada esa exigencia de fehaciencia, ni tampoco en relación con el contenido mínimo que ha de revestir la referida citación. En esta misma línea de imprecisiones, tampoco se aclaran cuales son las posibilidades de actuación que corresponden a los destinatarios de la citación; es decir, si éstos pueden o no oponerse a la partición de la mayoría, y, si pueden, cuándo y cómo deben formular su oposición. Por último, se omite también toda referencia a las posibles repercusiones que sobre la eficacia de la partición de la mayoría podría tener el hecho de que se incumpla la obligación de citar fehacientemente, con treinta días de antelación a la formación de inventario y avalúo, a los demás interesados que tengan domicilio conocido.

Por lo que atiene al sorteo ante Notario de todos los cupos formados, nada se dispone sobre la posibilidad de prescindir de este procedimiento aleatorio de adjudicación. Nosotros entendemos que el sorteo de lotes será prescindible cuando sea inviable o innecesario⁶⁴ o cuando se trate de lotes desiguales, no sólo porque parece que el art. 166

⁶³ Vid. RDGRN. de 10 de enero de 1903 Cdo. 3º (R. 562), en repertorio elaborado por GARCIA GIL, M. y GARCIA GIL, F. J. "Jurisprudencia Registral...", cit. p. 173. En cambio, si los suplementos en metálico fuesen tan relevantes en la formación de los cupos que ello suponga actuar como si se aplicase lo dispuesto en el art. 1062 Cc. creemos que en algunos casos no serían susceptibles de ser admitidos como una medida válida para resolver los problemas que pudiese acarrear el principio de igualdad cualitativa en relación con la división de un determinado bien, ya que, por un lado, la válvula de seguridad que supone el párrafo segundo del citado precepto, al permitir la venta del bien en pública subasta a petición de uno solo de los herederos, no se aplicaría en la hipótesis de que se tratase de un bien único e indivisible habiendo interesados en la partición ausentes. (Vid. MENDEZ APENELA, E. "Comentario al art. 166 LDCG", en AA.VV. *Derecho de sucesiones de Galicia*. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995. Ed. Consejo General del Notariado. Madrid 1996, p. 291 y LETE ACHIRICA, J. "Comentario al art. 166 LDCG", en AA.VV. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. XXXII. Vol. II. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.). Ed. Edersa. Madrid 1997. pp. 1357 y 1358 Idem. "La partición de herederos...", cit. pp. 729 y 730). Por otro lado, porque es posible que se tratase de un acto de enajenación que sobrepasase el ámbito de lo estrictamente particional y, por este motivo, requeriría el consentimiento de todos los coherederos no siendo suficiente la aprobación de la mayoría.

⁶⁴ La extracción aleatoria de los cupos adjudicables será innecesaria y, por lo tanto, no revistirá carácter esencial, siempre que el *de cuius* haya concretado, sin indeterminación alguna, el haber que corresponda

LDCG pretende respetar las disposiciones concretas y desiguales que hubiese efectuado el testador por el hecho de excluir del sorteo los cupos correspondientes a los legados de cosa específica y a las mejores y legados de cuota⁶⁵ sino también porque si el sorteo de los lotes desiguales fuese una exigencia imperativa, se estaría obligando a los herederos mayoritarios a recurrir a una serie de procedimientos harto complicados⁶⁶ y rígidamente matemáticos que representarían un criterio algo fuera del Derecho⁶⁷ y que podrían provocar un nada deseado fraccionamiento económico de los bienes a repartir, lo cual es especialmente grave en Galicia⁶⁸.

En materia de protocolización notarial de la partija, el art. 166 LDCG guarda absoluto silencio sobre si la misma ha de ser llevada a cabo mediante acta o escritura pública, instrumento público este último que necesariamente deberá de otorgarse en el caso de que se manifiesten declaraciones negociales con ocasión de la entrega de la partición al Notario (párrafo segundo art. 144 RN), lo cual puede ser, en cierto modo, frecuente, porque debemos recordar que el momento de la protocolización es el idóneo para que se paguen las legítimas, se entreguen los legados y se designe o elija a la persona que haya de administrar el cupo que haya sido adjudicado a los herederos ausentes de hecho, si es que éstos forman parte de la herencia que se divide por la vía del procedimiento descrito en los arts. 165 y 166 LDCG⁶⁹.

Por lo que se refiere a la notificación de la protocolización, dentro de los noventa días hábiles siguientes, a los no concurrentes que tengan domicilio conocido, se vuelven a reproducir los mismos problemas que se planteaban cuando nos referimos a la citación para la formación de inventario y avalúo, si bien debemos insistir en qué manera puede repercutir sobre la eficacia de la partición de la mayoría la falta de la notificación de la protocolización. La respuesta a este interrogante viene condicionada directamente por la determinación del momento desde el cual se pueda considerar que ya se ha perfeccionado la partición de la mayoría, porque si se entendiese que la notificación de la protocolización es un requisito esencial para la perfección de la partija, su falta convertiría a ésta en ineficaz, mientras que si la perfección de la partición se sitúa en un instante anterior a la notificación de la protocolización, parece que la sanción de la nulidad absoluta sería a todas luces excesiva.

a todos y cada uno de los interesados. Pensamos que el sorteo será prácticamente inviable cuando, habiéndose excluido del mismo los cupos correspondientes a las mejoras de cuota y legados de cuota o cosa específica, el remanente que quede sea económicamente irrelevante frente a la totalidad del caudal hereditario. Imaginémosnos que lo que reste por repartir sea el tercio de legítima y que al mismo concurren una cantidad ingente de legitimarios (por ejemplo ocho hijos); en este supuesto, la escasa entidad económica de lo que deba componer los lotes podría utilizarse como argumento para evitar un sorteo que, sin duda alguna, no sería demasiado viable o útil por carecer de todo interés o funcionalidad.

⁶⁵ Da la sensación, pues, de que el sorteo sólo se reputa esencial cuando existan participaciones iguales y, en consecuencia, lotes iguales. Coincidimos en ello con GUTIERREZ ALLER, V. "*Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia*", cit. p. 141 y MENDEZ APENELA, E. "Comentario al art. 166 LDCG", cit. p. 293.

⁶⁶ VALLET DE GOYTISOLO, J. B. *Panorama del Derecho de sucesiones*. T. II., cit. p. 860.

⁶⁷ SANCHEZ ROMAN, F. *Estudios de Derecho Civil*. T. VI. Vol. III., cit. p. 2067.

⁶⁸ FUENMAYOR CHAMPIN, A. de. "Derecho Civil de Galicia", cit. p. 240.

⁶⁹ Según lo dispuesto en el art. 167 LDCG, las personas legitimadas para administrar el lote que hubiese sido adjudicado al heredero ausente de hecho que no tuviese domicilio conocido y que, por este motivo, no le fuese notificada la protocolización, serán las siguientes: en primer lugar, el cupo deberá ser administrado por el viudo del causante que concurriese a la "partija" y sea ascendiente del adjudicatario ausente; en su defecto o por su renuncia, los herederos concurrentes habrán de designar de entre ellos un administrador, y a falta de acuerdo deberán elegirlo mediante sorteo.

La doctrina gallega ha entendido que el momento de la perfección de la partija de la mayoría coincide con la protocolización notarial de la misma⁷⁰. Esta conclusión puede ser avalada por los siguientes argumentos:

En primer lugar, la protocolización pone fin a un proceso de división hereditaria en el que ya han sido llevadas a cabo la totalidad de las operaciones particionales típicas y en el que se han observado todas las formalidades legales necesarias para salvaguardar los derechos e intereses de los herederos minoritarios⁷¹.

En segundo lugar, la notificación de la protocolización constituye una formalidad legal que posee una naturaleza y trascendencia distintas de las tres anteriores comprendidas en el art. 166 LDCG⁷². La notificación de la protocolización cumple una misión básicamente informativa del resultado del proceso particional ya finalizado, su realización no está sujeta a control alguno por parte de tercero. Al no exigirse su carácter fehaciente, la notificación tampoco deberá revestir forma especial o solemne alguna.

En tercer lugar, si se defendiese que la perfección de la partija de la mayoría ocurre en el momento en que se notifique su protocolización, se llegaría a la absurda conclusión de subordinar la eficacia de una partición protocolizada mediante instrumento público a la remisión de una notificación informal que cumple una misión básicamente informativa, lo que contravendría la indudable seguridad jurídica inherente a la intervención del fedatario público⁷³.

En cuarto lugar, si la perfección de la partición de la mayoría se supeditase a la notificación de su protocolización, se podrían ver defraudados los derechos de terceras personas que hubiesen concurrido a dicha protocolización para relacionarse negocialmente con los herederos mayoritarios que hubiesen promovido la división de la herencia, por ejemplo aquellas personas a las que en ese acto se les pague las legítimas o se les entreguen los correspondientes legados⁷⁴.

Por consiguiente, si se admite que el momento del perfeccionamiento de la partija de la mayoría coincide con la protocolización notarial de la misma, se concluye que la falta de la notificación final del art. 166.4^a no supone la nulidad de la división hereditaria así realizada, sino sólo la responsabilidad civil personal de los sujetos que la deban practicar como consecuencia del incumplimiento culposo de la obligación legal de notificar.

Ahora bien, conviene precisar que los obligados a notificar incurrirán en responsabilidad personal cuando del incumplimiento de dicha obligación se derive, para alguno de los herederos no concurrentes, el daño de no poder impugnar la partición que lesione sus intereses patrimoniales por haber transcurrido el plazo de cuatro años establecido en el art. 1076 Cc para proceder al ejercicio de la acción de rescisión por lesión⁷⁵.

Por lo tanto, para que se pueda afirmar la responsabilidad civil de los herederos mayoritarios que deban notificar la protocolización, es necesario que concurran los siguientes presupuestos:

⁷⁰ GUTIERREZ ALLER, V. “*Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia*”, cit. pp. 141 y 142. MENDEZ APENELA, E. “Comentario al art. 166 LDCG”, cit. p. 295. LETE ACHIRICA, J. “Comentario al art. 166 LDCG”, cit. p. 1362. Idem. “La partición de herederos...”, cit. p. 732. ZULUETA DE HAZ, A. “De las partijas”, cit. p. 394.

⁷¹ GUTIERREZ ALLER, V. “*Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia*”, cit. p. 141. MENDEZ APENELA, E. “Comentario al art. 166 LDCG”, cit. p. 295.

⁷² MENDEZ APENELA, E. “Comentario al art. 166 LDCG”, cit. pp. 294 y 295.

⁷³ MENDEZ APENELA, E. *Ibidem* Supra.

⁷⁴ MENDEZ APENELA, E. *Ibidem* Supra.

⁷⁵ LETE ACHIRICA, J. “Comentario al art. 166 LDCG”, cit. p. 1364. Idem. “La partición de herederos...”, cit. p. 733.

1º. Que exista la obligación de notificar la protocolización, cosa que resulta evidente de la propia lectura del art. 166.4ª LDCG. 2º. Que efectivamente se haya incumplido la obligación de notificar y que, como consecuencia de ello, se cause un daño a la minoría no interviniente destinataria de la notificación. La apreciación de la existencia del daño no está exenta de complejidad. Sólo habrá daño cuando los herederos no concurrentes demuestren que hay razón suficiente que justifique el ejercicio de la acción de rescisión por lesión y que además se pueda acreditar que efectivamente ha prescrito el plazo de cuatro años disponible para ejercitar dicha acción. La obtención de esta última conclusión no parece sencilla, ya que existen serias dudas sobre cuál ha de ser el *dies a quo* que deba de ser tenido en cuenta para comenzar a contar el plazo de cuatro años del que se dispone para el ejercicio de la acción de rescisión por lesión. Este puede ser, o bien la fecha de protocolización de la partija, o bien la fecha de notificación de la protocolización, en cuyo caso no habría responsabilidad, pues si no se ha notificado no ha comenzado a correr el plazo y, por lo tanto, no ha prescrito la acción, o bien el momento en que los herederos no concurrentes hubiesen podido conocer el contenido del acta de protocolización, lo cual plantea el problema de hacer depender el inicio del cómputo del plazo, la prescripción de la acción y, en definitiva, la existencia del daño, de una circunstancia tendencialmente subjetiva y de difícil prueba.