



**A partición pola maioría económica da herdanza na
Lei de Dereito Civil de Galicia**

**La partición por la mayoría económica de la
herencia en la Ley de Derecho Civil de Galicia**

**The partition by the economic majority of the
inheritance in the Law of Civil Law of Galicia**

MÁSTER DE LA ABOGACÍA
CURSO ACADÉMICO 2019/2020

Tutor: Rafael Colina Garea

Alumna: Noelia Manteiga Fachal

ABREVIATURAS.....	5
I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.....	6
II. PRESUPUESTOS OBJETIVOS.....	6
1. Que el testador no haya efectuado la partición	6
2. Que el testador no haya encomendado a un contador-partidor efectuar la partición.....	9
3. Que el testador no haya ordenado que se mantenga la indivisión	10
4. Que los coherederos no hayan acordado unánimemente mantener la división de la herencia durante un tiempo determinado.....	11
III. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS.....	12
1. Legitimación y composición de la mayoría.....	12
2. Capacidad.....	15
IV. LA PRÁCTICA DE LA PARTICIÓN. REGLAS GENERALÍSIMAS	16
V. EL REQUERIMIENTO INICIAL ANTE NOTARIO.....	17
VI. EL DEBER DE NOTIFICACIÓN DEL PROPÓSITO PARTICIONAL A LOS DEMÁS INTERESADOS	17
1. Sujetos que deben cumplir la obligación legal de notificar.....	17
2. Destinatarios de la notificación	17
3. La forma en la que ha de practicarse la notificación	18
A). <i>La notificación notarial</i>	18
B). <i>La notificación edictal</i>	19
VII. LA DESIGNACIÓN DE CONTADORES-PARTIDORES	19
1. La designación de contadores-partidores por los promoventes del inicial requerimiento particional. Sujetos que pueden ser designados como contadores-partidores.....	19
2. Determinación de la fecha y hora del sorteo en que se ha de elegir al contador-partidor.....	20
3. Sujetos a quienes se atribuye la facultad de designar contadores-partidores. Los partícipes no promoventes. Modo de designación	21
VIII. LA NOTIFICACIÓN DE LA DIVISIÓN JUDICIAL COMO CAUSA SOBREVENIDA QUE IMPIDE LLEVAR A EFECTO LA PARTICIÓN PROMOVIDA POR ACUERDO MAYORITARIO	21
1. Finalidad y objeto de la notificación.....	21
2. Sujetos de la notificación.....	21
3. Forma de la notificación.....	22
4. Plazo para la práctica de la notificación.....	22

5.	Consecuencias jurídicas derivadas de la notificación	22
IX.	PROCEDIMIENTO PARA LA ELECCIÓN DEL CONTADOR- PARTIDOR ENTRE LOS DESIGNADOS POR LOS PARTÍCIPES PROMOVENTES Y NO PROMOVENTES.....	23
1.	Momento en el que se ha de designar contador-partidor por insaculación..	23
2.	El acto de celebración del sorteo de contador-partidor	23
3.	Sobre la posibilidad de prescindir del sorteo como procedimiento para la elección de contador-partidor	24
4.	El nombramiento del contador-partidor elegido por sorteo. Procedimiento para suplir una hipotética vacancia en el cargo	24
X.	REGLAS ESPECÍFICAS PARA LA PRÁCTICA DE LA PARTICIÓN POR EL CONTADOR-PARTIDOR DESIGNADO NOTARIALMENTE. LAS OPERACIONES PARTICIONALES TÍPICAS.....	25
1.	Consideraciones generales	25
2.	La liquidación de la sociedad de gananciales como paso previo a la práctica de las operaciones propiamente particionales	26
3.	La formación de inventario.....	27
4.	El avalúo de la masa hereditaria.....	28
5.	La formación de los lotes y el principio de igualdad cualitativa.....	29
6.	Adjudicación de los lotes mediante sorteo	30
7.	Adjudicación de lotes mediante proyecto de partición sometido a aprobación de mayoría cualificada	31
8.	Las operaciones particionales previas, intermedias y complementarias.....	33
A).	<i>La liquidación de la sociedad conyugal de gananciales</i>	<i>33</i>
B).	<i>La entrega de legados</i>	<i>33</i>
C).	<i>Cálculo y pago de las legítimas.....</i>	<i>34</i>
D).	<i>La colación.....</i>	<i>34</i>
E).	<i>Adjudicaciones de bienes en relación con el pago de deudas hereditarias</i>	<i>34</i>
XI.	LA PROTOCOLIZACIÓN NOTARIAL DE LA PARTICIÓN	35
1.	La escritura de protocolización como instrumento público de formalización de la partición	35
2.	Sujetos otorgantes, comparecientes y autorizantes en el acto de protocolización notarial de la partición	36
XII.	LA NOTIFICACIÓN DE LA FORMALIZACIÓN DE LA PARTICIÓN ..	37
1.	Sujetos remitentes y destinatarios de la misma	37
2.	La práctica de la notificación.....	39
3.	Consecuencias jurídicas derivadas de la notificación.	40
4.	Consecuencias jurídicas derivadas de la ausencia de notificación	41

XIII. LA ADMINISTRACIÓN DEL CUPO ADJUDICADO AL AUSENTE DE HECHO	41
1. Ámbito de aplicación del art. 308 de la LDCG	41
2. Determinación de los sujetos llamados a la administración	42
3. Extensión objetiva de las facultades de administración	43
4. Contenido de la administración. Facultades y obligaciones del administrador	44
5. Extinción de la situación de administración	45
XIV. CONCLUSIONES	45
XV. BIBLIOGRAFÍA	48
XVI. JURISPRUDENCIA	50

ABREVIATURAS

Art(s).	Artículo(s)
CC	Código Civil
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia
LDCG	Ley de Derecho Civil de Galicia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LH	Ley Hipotecaria
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
LN	Ley del Notariado
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STSJG	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
RH	Reglamento Hipotecario
RN	Reglamento del Notariado

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Tanto los artículos 295 y siguientes de la LDCG, como los artículos 165 y siguientes de su predecesora, la LDCG de 1995, instalaron en la legislación foral gallega la excepción del principio de unanimidad del art. 1058 del CC, dada la imposibilidad de acudir a una partición convencional debido a un fenómeno que se daba con especial magnitud en Galicia: la ausencia de hecho de alguno de los partícipes, tanto a causa de los altos índices de población migratoria como de trabajos en altamar¹.

Si a ello le añadimos la heterogeneidad de los bienes y la complejidad del sistema de propiedad minifundista, la tesis de la unanimidad originaba frecuentes conflictos, lo que se traducía en herencias que, o permanecían en situación de indivisión, o bien se veían avocadas a la vía judicial². Asimismo, esta excepción se erigió como una herramienta útil en aquellos casos en los que la falta de consentimiento de un partícipe obstaculizaba el buen fin de la partición.

Ahora bien, aunque ambas regulaciones tenían una misma razón de ser, difieren en un elemento fundamental: la LDCG de 1995 legitimaba a la mayoría económica de la herencia para realizar la partición por sí misma, mientras que la actual LDCG faculta a esa mayoría para promover una partición ante notario, efectuada por contador-partidor. Dicho lo cual, resulta llamativo que este procedimiento particional se regule bajo la rúbrica de “partición por los herederos”, máxime cuando los herederos no son los únicos sujetos legitimados para instarlo³.

Por último, puesto que este cauce procedimental se asemeja a la partición realizada por contador-partidor dativo del art. 1057.II del CC, será de gran importancia analizar sus disposiciones, especialmente, tras la redacción que le otorga la entrada en vigor de la LJV, ley aplicable directamente a las comunidades autónomas por su carácter procesal, que supuso la asunción por parte del notario y del LAJ de gran número de competencias tradicionalmente judiciales, en aras de agilizar la Administración de Justicia⁴.

II. PRESUPUESTOS OBJETIVOS

1. Que el testador no haya efectuado la partición

Antes de nada, cabe advertir que este tipo concreto de partición implica la existencia de una colectividad de partícipes con un derecho sobre una cuota abstracta sobre la masa hereditaria, lo que a su vez conlleva la existencia de una comunidad hereditaria.

Partiendo de esta base, y en lo que a nosotros nos concierne, la partición de la herencia por el testador supone la inexistencia de la comunidad hereditaria. Cuando el testador realiza la partición no es que extinga la comunidad hereditaria, sino que la división impide

¹ COLINA GAREA, R. *La “partija” entre coherederos que representen la mayoría económica de la herencia (análisis de los artículos 165 y 166 de la Ley de Derecho Civil de Galicia)*. Ed. Tórculo. Santiago de Compostela 2000, pp. 7-22.

² STSJG núm. 3/2007, de 15 de febrero (RJ 2007\3633).

³ BUSTO LAGO, J.M. “Derecho de sucesiones V: la partición de la herencia”, en AA.VV, *Curso de derecho civil de Galicia*. J.M. Busto (Dir.). Ed. Atelier, Barcelona 2015, pp. 476-477.

⁴ FERNÁNDEZ EGEA, M.Á. “Aplicación de la partición del art. 1057 CC al régimen sucesorio gallego”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 107, 2018.

su nacimiento. En consecuencia, la división ya no sería necesaria, pues por esta vía cada partícipe obtendría de forma directa la propiedad exclusiva de los bienes y derechos adjudicados desde el momento de fallecimiento del causante (en virtud del art. 1068 del CC), por lo que no hay nada que repartir⁵.

Dicho lo cual, resulta de especial trascendencia estudiar el art. 294 de la LDCG, regla general para todo procedimiento particional: cuando el testador realizase la partición, sus herederos no podrán partir la herencia a su conveniencia, ni por sí mismos ni por medio de contador-partidor.

Pero ¿cuándo se entiende que la partición está hecha?⁶ Para responder este interrogante, la doctrina toma como criterio el siguiente: el testador debe adjudicar la totalidad de los bienes concretos y determinados existentes en el momento de la partición hasta cubrir las cuotas de sus sucesores.

En este punto, conviene transcribir la doctrina del Tribunal Supremo señalada en la STS núm. 1014/2008, de 4 de noviembre de 2008 (RJ 2008\5891): “no es requisito en este tipo de partición que el testador haya fijado la porción de la herencia que quiere distribuir a los herederos, sino que es posible una partición adicional de los bienes no comprendidos en ella, porque al hacer testamento, la testadora no sabía qué bienes iban a formar del caudal hereditario en el momento futuro, es decir en el momento de la apertura de la sucesión. Ningún testador puede saber, en el momento en que hace la partición, el alcance exacto de sus bienes en el momento de su fallecimiento, porque se está ante un evento que aún no ha llegado, que está por determinar”.

En consecuencia, si con posterioridad a la partición del testador se incorporan nuevos bienes a su patrimonio, la partición seguirá siendo válida y estos bienes serán repartidos entre los sucesores en proporción a su cuota hereditaria.

Así las cosas, las instrucciones para la realización de la división y las atribuciones singulares de bienes que no se destinan al pago de la cuota íntegra tienen la consideración de normas particionales que, de ninguna manera, se pueden calificar como partición.

En este sentido, la STS núm. 561/2011, de 19 de julio de 2011 (RJ 2011\5225) expone: “(...) cuando un testador, diciendo hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 1.056 CC, se limita en su testamento a adjudicar algunos de sus bienes a sus herederos forzosos, a los que atribuye por partes iguales el remanente de los demás bienes no adjudicados, y reserva la práctica de las operaciones particionales para que la realicen los contadores- partidores por él nombrados expresamente, tales adjudicaciones, aunque siempre respetables dentro de los límites legales, no pueden conceptuarse como una partición, a los efectos prevenidos en el citado precepto (...)”.

Igualmente, para que haya partición tiene que haber testamento -como muestra la dicción del art. 1056 del CC-, con su correspondiente institución de herederos y legatarios de parte alícuota, independientemente de que el mismo fuese anterior, posterior o simultáneo

⁵ COLINA GAREA, R. *La “partija” entre coherederos*, cit., pp. 123-124.

⁶GONZÁLEZ GARCÍA, J. “La partición de la herencia (I)”, en AA.VV. *Curso de Derecho Civil (IV) derechos de familia y sucesiones*. F.J. Sánchez Calero (Coord.). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 449. LASARTE, C. *Derecho de sucesiones. Principios de derecho civil VII*. Ed. Marcial Pons. Madrid 2019, p.315-316.

a la partición. En este sentido, ante la falta de testamento, “no equivale a una partición de herencia la distribución de los bienes de una persona, durante su vida, entre aquellas otras a las que desea favorecer, y ello, aunque estas otras sean presuntamente herederos suyos. En este caso, aunque las liberalidades agoten el patrimonio del causante, habrá donación, pero no herencia y partición”⁷.

Por otra parte, cabe la posibilidad de que en el testamento no exista referencia alguna al reparto del caudal hereditario. Sin embargo, como es sabido, el testador puede realizar la división tanto por medio de acto *mortis causa* como por medio de acto *inter vivos*. De todos modos, aunque la división se pueda realizar en otro documento a parte del testamento, el mismo ha de descansar sobre el testamento, dado que no se puede realizar una atribución de bienes sin la correspondiente institución de herederos, como se ha explicado anteriormente.

Finalmente, para terminar con los requisitos de la partición por testador, resulta de interés conocer si el testador que ha hecho la división, llenando de bienes concretos y determinados las cuotas predeterminadas por él mismo, está obligado a realizar las operaciones particionales típicas (inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes) para que se tenga por realizada la partición. La doctrina se ha pronunciado de manera favorable a la validez partición hecha por el testador sin llevar a efecto las operaciones particionales típicas⁸.

Por un lado, si, por el contrario, la validez de la partición realizada por el testador dependiese del cumplimiento estricto de la totalidad de las operaciones particionales típicas, la división carecería de toda operatividad práctica, ya que resulta poco probable que el testador distribuya los bienes y derechos que componen el caudal hereditario efectuando el inventario, el avalúo, la liquidación y la formación de lotes.

Asimismo, existen concretas operaciones particionales cuya ejecución no corresponde al testador, como es el caso de la liquidación de la sociedad de gananciales. A este respecto, apunta LETE ACHIRICA lo siguiente: “baste considerar, a título de ejemplo, cómo podría realizar el testador por sí solo la liquidación de la sociedad de gananciales antes de su fallecimiento, siendo ésta una de las causas que produce su conclusión de pleno derecho, tal como indica el artículo 1392.1º del Código Civil, en relación con el artículo 85 del Código Civil”⁹.

Por otro lado, hay que tener presente que el testador cuando hubiese adjudicado bienes y derechos concretos del haber hereditario para dotar a las cuotas abstractas predeterminadas de los instituidos herederos, cubriéndolas íntegramente, los herederos adquieren la propiedad en el momento del fallecimiento del testador pues, como se ha expuesto, en este tipo de partición la comunidad hereditaria no se llega a originar.

Prosiguiendo con la explicación, la titularidad de los bienes no se encuentra condicionada por la realización de las operaciones particionales típicas, sino que la titularidad depende de que el testador hubiese adjudicado y repartido esos bienes hasta cubrir de forma

⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de derecho civil. Tomo V: sucesiones*. Ed. Dykinson. Madrid 2009, p.136.

⁸ COLINA GAREA, R. *La “partija” entre coherederos*, cit., pp. 130-132.

⁹ LETE ACHIRICA, J. “Comentario art. 165 LDCG”, en *AA.VV Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. T. XXXII, Vol. II. Ed. Edersa. Madrid 1997, p. 1328.

completa las cuotas abstractas determinadas. Con lo cual, la inobservancia de las operaciones particionales típicas no determina el reconocimiento de la partición efectuada por el testador.

2. Que el testador no haya encomendado a un contador-partidor efectuar la partición

El art. 165 de la LDCG de 1995, autorizaba a la mayoría económica de la herencia para realizar las “partijas” cuando no existiese contador-partidor. Esta disposición se interpretaba del siguiente modo: se entendía por inexistencia tanto en los casos en los que el contador-partidor no hubiese sido designado, como en aquéllos en los que, habiendo sido nombrado, hubiese dejado de existir antes de concluir con el encargo particional. Esta es la línea interpretativa que fue adoptada por la actual normativa gallega.

Así pues, la única posibilidad para prescindir del contador-partidor designado por el testador sería el acuerdo unánime de todos los herederos, supuesto que no se va a dar en este tipo de partición, en el que se promueve notarialmente la división por la mayoría económica de la herencia.

Por consiguiente, según el art. 295 de la LDCG, la mayoría podrá promover notarialmente la división cuando no haya contador-partidor designado por el causante o esté vacante el cargo, precepto que se ajusta tanto al art. 165 de su Ley antecesora como a lo estipulado en el art. 1057.II del CC.

El nombramiento de un contador-partidor por el causante imposibilita la instancia de la partición por mayoría, siendo indiferente que hubiese realizado o no la división, salvo caducidad del cargo. Continuando con la exposición, es preciso observar lo normado en el art. 288.1 de la LDCG: “Los contadores-partidores sólo actuarán por requerimiento de cualquier partícipe en la comunidad hereditaria, excepto cuando el testador impusiera expresamente su intervención”. Atendiendo a su contenido, podría interpretarse que mientras no se produzca el requerimiento al contador-partidor, éste no puede desplegar su actividad, permaneciendo en una situación análoga a la inexistencia de nombramiento de contador-partidor, lo que daría vía libre a los partícipes promoventes a instar el procedimiento del art. 295 de la LDCG¹⁰. Esta tesis resulta del todo inviable, ya que el requerimiento al contador-partidor testamentario es un procedimiento mucho más sencillo que acudir al notario para designar contador-partidor.

En la hipótesis de que el cargo de contador-partidor quedase vacante antes de concluir su actuación, se aplicarán analógicamente las normas del albaceazgo recogidas en el CC y en el art. 290 de la LDCG, relativo a la renuncia del cargo de contador-partidor. Dicho lo que antecede, se podrá instar la partición del art. 295 de la LDCG si con anterioridad a proceder a la división se produce alguno de los siguientes supuestos:

- a) Fallecimiento o renuncia del contador-partidor (art. 910 del CC).
- b) Ausencia de aceptación expresa del cargo dentro de los diez días hábiles siguientes al requerimiento de los herederos (art. 290 de la LDCG).

¹⁰ LOURO GARCÍA, M. I. y VIDAL RODRÍGUEZ, M.A. “Comentario a los arts. 294 a 308 LDCG”, en AA.VV. *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia. Comentario a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio*. Vol. II. Ed. Colegio Notarial de Galicia y Colegios Notariales de España, Madrid 2007, p. 1209.

- c) Transcurso del plazo dispuesto por el testador para llevar a cabo la partición o, en su defecto, transcurso del plazo anual desde la aceptación del encargo o desde la terminación de los litigios que se promovieren sobre la validez o la nulidad del testamento o de alguna de sus disposiciones (art. 904 del CC).

Para determinar la vacancia del cargo en caso de que fuesen nombrados varios contadores-partidores podemos distinguir las siguientes hipótesis¹¹:

Por una parte, si la actuación de los contadores-partidores nombrados fuese de carácter sucesivo, esto es, que cada contador-partidor despliegue su actividad en defecto de los anteriores, se entenderá que ya no existe contador-partidor con posibilidades de partir y, por tanto, se podrá acudir a la partición de la mayoría, “cuando el último de los designados por orden sucesivo haya fallecido, renunciado con justa causa, o haya dejado transcurrir el plazo establecido testamentaria o legalmente (art. 904 del CC) sin haber realizado la partición encomendada”. Por ello, tras la terminación del cargo del contador-partidor, se devolverán las facultades divisorias a los herederos.

Por otra parte, si la actuación de los contadores fuese de carácter simultáneo¹², dependiendo de que la misma sea mancomunada o solidaria, obtendremos distintas conclusiones, basándonos en los arts. 286, 287 y 289 de la LDCG:

- a) Si los nombramientos fuesen efectuados de forma mancomunada, quedará extinguido el organismo particional cuando, debido a la renuncia, muerte o incapacidad de alguno o algunos de los contadores, solo permaneciese un solo miembro en el mismo, con lo que la mayoría tendrá vía libre para promover notarialmente la partición.
- b) Si los contadores-partidores fuesen nombrados solidariamente y solo uno de ellos permaneciese en el organismo particional, éste podría llevar a cabo la partición. Esto es así, porque los actos realizados por un contador solidario son válidos cuando el resto de los contadores no hubiesen manifestado su intención de intervenir y, si éstos hubiesen renunciado, fallecido o hubiesen incurrido en causa de incapacidad, éstos ya no podrán interponerse.

3. Que el testador no haya ordenado que se mantenga la indivisión

El art. 1051 del CC autoriza al testador para prohibir la partición de la herencia, siempre y cuando se explicita de forma expresa en el testamento. No obstante, los herederos,

¹¹ COLINA GAREA, R. *La “partija” entre coherederos*, cit., pp. 140-142.

¹² Art. 286 de la LDCG: “Si no se estableciera expresamente la solidaridad ni se fijara un orden sucesivo entre los contadores-partidores, se entenderán nombrados mancomunadamente”. Art. 287 de la LDCG: “1. Cuando los contadores-partidores fueran mancomunados, además de la partija hecha por todos, valdrá la que haga uno solo de ellos autorizado por los demás. En caso de disidencia, será válida la que haga la mayoría de ellos. 2. En caso de renuncia, fallecimiento o incapacidad de uno o varios contadores-partidores mancomunados, salvo que el testador dispusiera otra cosa, valdrá la partija hecha por los demás, siempre que sean más de uno”. Art. 289 de la LDCG: “Será válida la partición hecha por uno solo de los contadores-partidores solidarios cuando: 1.º Acredite que notificó fehacientemente a los demás su aceptación del cargo y el propósito de partir, sin que ninguno de ellos, dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación, justifique aceptar el cargo así como su voluntad de intervenir. 2.º Por muerte, renuncia expresa o incapacidad de los demás quedara como partidor único”.

amparándose en los arts. 1700 del CC, en relación con el mencionado art. 1051.2 del CC, podrán poner fin al estado de indivisión en los siguientes supuestos¹³:

- a) Expiración del término establecido por el testador.
- b) Pérdida de los bienes que forman la comunidad hereditaria o final del negocio que formaba la esencia de la misma.
- c) Muerte, insolvencia o incapacitación de cualquiera de los comuneros.
- d) Embargo a instancia de un acreedor de la parte de uno de los comuneros.
- e) Por voluntad de cualquiera de los comuneros, de buena fe, cuando el testador no haya establecido un plazo de duración de la prohibición de dividir determinado o determinable.
- f) Por voluntad de cualquiera de los comuneros cuando exista justo motivo.

En cuanto al plazo establecido por el testador, la doctrina mayoritaria aplica extensivamente a la comunidad hereditaria lo recogido en el art. 400 del CC, debido a lo cual, la vigencia máxima de la prohibición de la división es de diez años.

4. Que los coherederos no hayan acordado unánimemente mantener la división de la herencia durante un tiempo determinado

En la LDCG no existe precepto que lo regule. Sin embargo, tal situación podría darse con base en el principio general de la autonomía de la voluntad, mediante el cual las partes, por unanimidad, pueden establecer los pactos que crean convenientes, con el límite de las leyes, la moral y el orden público.

Esta posibilidad tiene su fundamento en el art. 1255 del CC, pues la facultad de pedir la división es de carácter renunciable, y en la aplicación analógica del art. 400 del CC, que impone como límite a la situación de indivisión el término temporal de diez años, susceptible de sucesivas prórrogas¹⁴.

Según LACRUZ BERDEJO¹⁵: “Como en la comunidad ordinaria, el pacto podrá prorrogarse sucesivamente cada diez años por nueva convención unánime de los herederos, ya que si el derecho a la división es renunciable una vez, lo es indefinidamente por plazos decenales, supuesto que renace al terminar cada plazo y que la prórroga no podría acordarse sino al momento mismo de acabar aquél, y no anticipadamente”.

Por consiguiente, la división se hará cuando haya transcurrido el término fijado y el de sus posibles prórrogas o por el desistimiento del pacto, por medio de acuerdo unánime de los herederos.

¹³ GONZÁLEZ GARCÍA, J. “La partición de la herencia (I)”, cit., p. 446-447.

¹⁴ PONS DE LA FLOR, M.P. *La partición de la herencia*. I. García (Coord.). Ed. Juruá. Lisboa 2016, p. 32.

¹⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho Civil*. Tomo V, nueva edición, revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa. Ed. Dykinson. Madrid 2001, p.105. Se cita esta obra porque la actual edición disponible no lo desarrolla con tanta profundidad.

III. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS

1. Legitimación y composición de la mayoría

El art. 295 de la LDCG atribuye a los partícipes que representen una cuota de más de la mitad del haber partible y sean, al menos, dos, la facultad de promover ante notario la partición de la herencia.

En primer lugar, y a diferencia de la Ley de 1995, que en su art. 165 otorgaba la legitimación exclusivamente a los herederos¹⁶, ahora la Ley legitima a los partícipes, esto es, a todos los llamados a percibir una cuota abstracta o parte ideal de la herencia. En este aspecto, se asemeja más a la regulación de la partición por contador-partidor dativo del art. 1057.II del CC, que legitima tanto al heredero como al legatario a instar el procedimiento particional¹⁷. Sin embargo, la normativa gallega va un paso más allá, y podrá promover ante notario cualquier partícipe, siempre y cuando, fuese instituido en una cuota de la herencia.

Es decir, independientemente de que el llamado a la herencia tenga la condición de heredero, legatario, legitimario, heredero del aceptante premuerto, sustituto, cesionario de heredero, o estemos ante un supuesto de representación sucesoria, lo importante es que el partícipe haya sido llamado a heredar una cuota alícuota de la herencia y no bienes concretos pues, en ese caso, no necesitaría la partición, ya que los bienes que le corresponden se encuentran determinados¹⁸.

En conclusión, tendrán la legitimación para iniciar la partición notarialmente promovida por la mayoría económica de la herencia todo partícipe, independientemente del título por el que ha sido llamado a heredar, que perciba una cuota o parte ideal de la herencia objeto de la partición.

A modo de aclaración, es necesario tener presente de que, a diferencia del antiguo art. 165 de la LDCG de 1995, que legitimaba a la mayoría para realizar las “partijas” por sí solos, los artículos 295 y siguientes de la actual LDCG facultan a la mayoría para promover la partición ante notario, que posteriormente realizará uno de los contadores-partidores propuestos por todos los partícipes, siendo indiferente que éstos últimos integren la mayoría promovente de la división o no. En este sentido, la LDCG se acerca a la regulación del art. 1057.II del CC, que solamente legitima a los herederos para instar el procedimiento particional, llevándose a cabo la división por un contador-partidor, aunque éste no será elegido por los mismos, sino que será nombrado siguiendo las normas

¹⁶ Pese a que la LDCG de 1995 solo otorgaba legitimación a los herederos, la doctrina, mayoritariamente, sostenía que dicho término debía aplicarse en un sentido más amplio, incluyendo también a los partícipes de la comunidad hereditaria. 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. 387.

¹⁷ POUS DE LA FLOR, M.P. *La partición de la herencia*, cit., p. 39.

¹⁸ COLINA GAREA, R. “De la partición por los herederos”, en AA.VV *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia: Ley 2/2006, de 14 de junio*. A.L. Rebolledo (Coord.). Ed. Thomson Aranzadi. Pamplona 2008, pp.1281-1282. COLINA GAREA, R. *La “partija” entre coherederos*, cit., pp. 58-91.

de los arts. 341 y concordantes de la LEC, escogiéndose por sorteo a partir de las listas remitidas por los colegios profesionales.

En segundo lugar, para promover notarialmente la partición de la herencia, no es suficiente con ostentar más de la mitad del haber partible, sino que se exige que los sujetos que insten la división sean como mínimo dos¹⁹. Esto es, se trata de dos requisitos cumulativos, no alternativos, y se tienen que dar ambos para acceder a la partición reglada en los arts. 295 y siguientes de la Ley autonómica. Estas condiciones ya estaban previstas en el art. 165 de la LDCG de 1995. Por el contrario, para instar la designación notarial de un contador-partidor dativo, el art. 1057.II del CC solamente exige la mayoría económica de la herencia, sin necesidad de que la misma esté formada por una pluralidad de herederos o legatarios²⁰.

En atención al requisito de la mayoría económica, es necesario que los partícipes promoventes de la partición ostenten una participación ideal superior a la mitad del haber partible, ni inferior ni igual, la partición ha de ser necesariamente superior a la mitad del haber partible. Esto concuerda con lo normado en el art. 165 de la LDCG de 1995, mientras que en el art. 1057.II del CC basta con que los promoventes representen, al menos, el 50% del haber hereditario, con lo que dicha proporción puede ser igual o superior a la mitad del haber hereditario.

Por otra parte, en contraste con la actual LDCG, la porción de la masa hereditaria a la que se refieren, tanto la LDCG de 1995 como el art. 1057.II del CC, es al haber hereditario, esto es, la masa hereditaria existente en el momento de fallecimiento del causante. En cambio, el art. 295 de la LDCG se refiere al haber líquido partible, entendiendo por tal, la cantidad resultante de añadir el valor de los bienes transmitidos al causante a título lucrativo, incluyendo los dados en apartación de acuerdo con el art. 244.2 de la LDCG.

En definitiva, pese a que la mayoría referente a la mayoría de más de la mitad del haber partible se trata de una mayoría económica, la misma se encuentra apuntalada por una pluralidad personal.

En este marco, se podría plantear hasta qué punto la excepción que hace el art. 295 de la LDCG con respecto al principio de unanimidad consagrado en el art.1058 del CC es una solución acertada para conseguir el buen fin de la partición. Como se ha adelantado, esta regulación se ha adoptado teniendo en cuenta el contexto social de Galicia: altas tasas de emigración y de trabajos de ultramar, lo que acarrea que gran número de herencias quedaran sin partir debido a la ausencia de hecho de alguno de los copartícipes. En suma, de lo que se trata aquí es de ponderar los derechos de los partícipes con los derechos de la comunidad hereditaria.

El art. 1058 del CC proveía a cada heredero de un derecho de veto, propiciando que uno solo de los partícipes pudiese impedir la partición convencional de la herencia, dotando así una primacía al interés individual sobre el interés de la comunidad, cuyos miembros

¹⁹ MÉNDEZ 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.285. LETE ACHIRICA, J. “Comentario art. 165 LDCG”, cit., p. 1345. GUTIÉRREZ ALLER, V. *Régime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia*. Ed. Ir Indo. Vigo 1997, p. 137.

²⁰ ZULUETA DE HAZ, A. “De las partijas”, cit., p. 392.

no podrían beneficiarse de acuerdo alguno para la división. Mas también el citado precepto otorga a cada heredero legitimación para instar la división hereditaria (arts. 1501 y 1502 del CC).

Lo que hace el art. 295 de la LDCG es limitar ese derecho de veto, confiriendo facultades particionales a la mayoría económica de la herencia, reforzada por una pluralidad personal, proporcionando de una mayor protección a los intereses de la comunidad y atendiendo a la realidad social gallega. Evitar situaciones de indivisión, agilizar la Administración de Justicia, evitar que el arbitrio o mala fe de algún partícipe obstaculice la efectividad de la partición evitando dilaciones y gastos, son razones más que suficientes que justifican la restricción de la autonomía individual del heredero, despojándole del derecho del veto.

Sin embargo, esto no quiere decir que se autorice a la mayoría económica a pasar por encima de los intereses del heredero, el heredero tiene derecho a recibir lo que le corresponde en la herencia, mediante un procedimiento particional objetivo e imparcial. Garantizar el interés de la comunidad no puede servir de excusa para partir la herencia de forma arbitraria. Lo que la norma gallega persigue es el equilibrio entre los derechos de la comunidad y los del heredero, sin que el parecer egoísta de uno de los miembros obstaculice la consecución de la partición.

Precisamente, para asegurar la imparcialidad de las operaciones particionales, y así salvaguardar los derechos de todos los partícipes de la comunidad hereditaria, se impone el deber de respetar las disposiciones del causante o, en su defecto, en las normas de la sucesión legal. Además, en este tipo de partición, existe la prohibición de realizar actos dispositivos que rebasen de lo estrictamente particional, y la misma será efectuada por un contador-partidor ajeno a la herencia, propuesto por los partícipes de la comunidad -promoventes o no- y elegido por sorteo.

Con lo cual, a pesar de que los partícipes han de acatar las decisiones de la mayoría, la misma no posee una total libertad de actuación, pues en la división se deberán atender a las disposiciones del causante o a las disposiciones de la sucesión intestada -norma de prescripción legal- sin que puedan practicarse actos dispositivos que excedan de lo puramente particional.

A mayor abundamiento, la LDCG protege los derechos de la minoría estableciendo la obligación de notificar a los partícipes e interesados el propósito particional, así como de notificar otros actos relativos al procedimiento de división como el derecho de los partícipes a proponer contador-partidor, el sorteo para la elección de contador-partidor, el proyecto particional (en su caso) o la protocolización de la partición.

Este deber de notificación se extiende a todos los partícipes -e incluso a los no partícipes pero interesados directa o mediatamente en la partición-, tanto a los partícipes ausentes de hecho como a los partícipes disidentes que no hayan compuesto la mayoría promotora de la partición, sin importar que tuviesen domicilio conocido o no. Esto último se contrapone a lo previsto en la anterior normativa gallega y en la normativa del contador-partidor dativo del CC, que exige de notificar a los partícipes e interesados en domicilio ignorado.

2. Capacidad

Si observamos el contenido del art. 165 de la antigua LDCG de 1995, la concurrencia de menores o incapacitados en la comunidad hereditaria cerraba la puerta a la partición por la mayoría, siendo de aplicación el art. 169 del citado cuerpo legal, que prescribía el acuerdo unánime de los representantes legales y de los herederos mayores de edad o menores emancipados.

En su momento, esta postura fue criticada por la doctrina, pues impedía acudir a la partición de la mayoría si se estaba ante la presencia de menores o incapacitados, privándoles de beneficiarse de un procedimiento particional extrajudicial sin justificación alguna, sobre todo, teniendo en consideración la obligación de respetar las disposiciones del causante o, en su defecto, las normas de la sucesión legal.

El art. 295 de la LDCG nada especifica en materia de capacidad, con lo cual, ha de acudir al art. 271 de la LDCG, relativo a todo procedimiento de partición. El precepto afirma la eficacia de la partición, sin necesidad de intervención o aprobación judicial, en el caso de que existan menores o incapacitados partícipes. De esta suerte, la partición será válida aun cuando concurren a la misma partícipes menores o incapacitados, integren o no la mayoría promovente de la partición, siempre y cuando se encuentren legalmente representados.

Con este planteamiento, ya no se pone en entredicho los intereses de los menores y los incapacitados, pues no se autoriza a la mayoría económica de la herencia a realizar por sí misma la partición, sino que se le otorga la facultad de promover notarialmente la división, que será practicada por un contador-partidor propuesto por los partícipes y elegido por sorteo.

El término incapacitado ha sido discutido a lo largo de los años por la doctrina. Un sector de la doctrina, entre los que se encuentra MÉNDEZ APENELA²¹, sostiene que dada la necesidad de una protección especial de los menores e incapaces en este tipo de partición, en el término incapacitado se encuentran embebidos los incapaces naturales o de hecho²². Por el contrario, autores como LETE ACHIRICA²³ manifiestan que la prohibición excluye a los incapaces sin declaración judicial, puesto que opera la presunción de capacidad del art. 199 del CC.

El precepto, que se refiere a los incapacitados de forma literal, establece que cuando existan incapacitados en la partición, ésta no necesita aprobación judicial, pero sí acuerdo de los representantes legales, por lo que podemos concluir que la norma no incluye a los incapaces de hecho, ya que solo poseen representantes los judicialmente incapacitados. Además, si observamos la legislación estatal, el 1263.2 del CC cuando regula qué sujetos pueden prestar consentimiento, solo hace referencia a los que tienen la capacidad judicialmente modificada. Por tanto, no cabe duda: el art. 271 de la LDCG solamente afecta a los incapacitados mediante resolución judicial.

²¹ MÉNDEZ APENELA, E. "Comentario al art. 165 LDCG", cit., p.281.

²² El incapaz natural o de hecho es aquella persona que padezca alguna enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que le impida gobernarse por sí misma (art. 200 del CC).

²³ LETE ACHIRICA, J. "Comentario art. 165 LDCG", cit., p. 721.

En otro orden de ideas, cabe preguntarse si el menor emancipado puede intervenir en la partición en su propio nombre, sin complemento alguno de capacidad. La respuesta ha de ser positiva. El complemento de capacidad del art. 323 del CC solo es preciso cuando se lleven a cabo negocios dispositivos que rebasen lo estrictamente particional y, en la partición por mayoría, no es posible pactar acuerdos que excedan del acto particional, acto que tiene la consideración de acto de administración, por lo que el menor emancipado puede intervenir válidamente en la división.

Eso sí, ante todo, el contador-partidor designado deberá realizar el reparto de los bienes hereditarios ajustándose estrictamente a las disposiciones del causante y ateniéndose a las formalidades establecidas en los arts. 296 y siguientes de la LDCG, en virtud del art. 295 de la LDCG).

Del mismo modo, y a pesar de que el anterior artículo no lo mencione (el art. 166 LDCG de 1995 sí lo hacía), el contador-partidor deberá respetar las disposiciones de la sucesión legal²⁴, dado que su actividad se circunscribe a contar y partir la herencia, sin poder traspasar la esfera de lo estrictamente particional, realizando actos dispositivos o ignorando lo prescrito por el causante o por las normas de sucesión legal, porque los únicos sujetos legitimados para ello son los copartícipes de la herencia mediante acuerdo unánime, circunstancia que no se da en el tipo de partición que nos ocupa.

IV. LA PRÁCTICA DE LA PARTICIÓN. REGLAS GENERALÍSIMAS

La partición promovida notarialmente por la mayoría económica de la herencia principalmente ha de regirse por el total respeto a las disposiciones del causante o, en su defecto, a las normas de la sucesión legal, aunque esto último no se encuentre previsto en la actual LDCG, extremo que sí preveía su antecesora.

A diferencia de la legislación de 1995, que autorizaba a la mayoría a realizar las “partijas” por sí solos, la actual LDCG simplemente faculta a la mayoría para acudir al notario, designando a un contador-partidor, que será el encargado de efectuar la división de la herencia.

El contador-partidor nombrado, para realizar el encargo, tendrá que dividir la herencia sin excederse de lo estrictamente particional. Por tanto, están fuera del límite de lo estrictamente particional los actos dispositivos, traslativos, los actos de enajenación o la inobservancia de las disposiciones del causante o de las normas de la sucesión legal.

El contador tampoco puede modificar las cuotas en las que han sido instituidas los partícipes, sean legales o testamentarias, pues para ello se necesita el acuerdo unánime de los partícipes, hecho imposible en este concreto tipo de procedimiento particional.

Y, por supuesto, la actuación del comisario ha de estar presidida por el respeto a las formalidades recogidas en los arts. 296 y siguientes de la LDCG.

²⁴ COLINA GAREA, R. “Reglas procedimentales para la práctica de la partición promovida notarialmente por la mayoría económica en la herencia según la Ley de Derecho Civil de Galicia”, *Foro galego: revista xurídica*, núm. 200, 2010, pp. 119-120.

V. EL REQUERIMIENTO INICIAL ANTE NOTARIO

El procedimiento que nos ocupa tiene su inicio en el requerimiento al notario, libremente designado, al contrario del procedimiento de partición por contador-partidor dativo, en el que se ha de requerir al notario territorialmente competente. El art. 296 de la LDCG nos indica las condiciones que se tienen que dar para que el notario acepte el encargo.

Para empezar, los promoventes de la partición deben probar que han sido instituidos en una cuota de la herencia objeto de la división y que esa cuota que les pertenece exceda del 50% del haber líquido partible. En este aspecto, las personas que pretendan instar la división deberán acreditar los citados requisitos aportando el testamento del causante o, en su caso, la declaración de herederos *ab intestato* ante notario del lugar donde el fallecido hubiese tenido su último domicilio en el momento de su muerte²⁵. Visto lo cual, parece extraño que no se subordine la aceptación del notario al cumplimiento del resto de presupuestos objetivos y subjetivos expuestos anteriormente. No obstante, ello no significa que se dispense a los partícipes de su cumplimiento, simplemente quiere decir que se encuentran liberados de la obligación de probarlo, siendo el notario quien deberá constatar su existencia de oficio²⁶.

Además, en el requerimiento inicial se han de proponer contadores-partidores. Esta obligación viene referida a la pluralidad de sujetos que componen la mayoría promovente, tratándose de una mera facultad para cada uno de los copartícipes individualmente considerados. Avanzando con la cuestión, cada promovente podrá designar un máximo de tres contadores-partidores (art. 298 de la LDCG) y para el sorteo en el que se elegirá contador-partidor serán necesarios, como mínimo, cinco (art. 301 de la LDCG). En consecuencia, aunque el partícipe no esté obligado a proponer contador-partidor, en ocasiones será imprescindible que realice alguna designación o, incluso, que complete su cupo, en cumplimiento del requisito del art. 301 de la LDCG.

VI. EL DEBER DE NOTIFICACIÓN DEL PROPÓSITO PARTICIONAL A LOS DEMÁS INTERESADOS

1. Sujetos que deben cumplir la obligación legal de notificar

Tal y como dispone el art. 296 de la LDCG, los partícipes promoventes de la división están obligados a notificar a los “demás interesados” de su propósito particional. Esta obligación surgirá tras la aceptación notarial del requerimiento, pues es el momento en que la mayoría económica se halla probada.

2. Destinatarios de la notificación

Se entiende por interesados en el procedimiento particional y, por tanto, serán destinatarios de la notificación, como es natural, los copartícipes no promoventes instituidos en una parte ideal de la herencia, porque necesitan la partición para cubrir su cuota con bienes concretos.

²⁵ LASARTE, C. *Derecho de sucesiones*, cit., p. 239.

²⁶ COLINA GAREA, R. “Reglas procedimentales”, cit., pp. 121-122.

En este punto, cabe comentar qué ocurre con los llamados a percibir bienes y derechos concretos que, por este motivo, no ostentan una cuota hereditaria que les legitime para promover la partición puesto que, aunque no precisen del procedimiento de la *pars quota* a la *pars quanta*, lo cierto es que no pueden ocupar los bienes recibidos en propiedad por su propia autoridad (art. 885 del CC). Estos sujetos, indirectamente, sí poseen interés en la división de la masa hereditaria y, por consiguiente, deberán ser notificados.

Por otra parte, el legitimario instituido en cosa cierta también está interesado en la partición, a fin de averiguar si el valor del bien que se le atribuye cubre su legítima. De la misma manera, el cónyuge viudo tiene interés en la partición, para determinar los bienes que le corresponden de acuerdo con su cuota legal usufructuaria de los arts. 253 y 254 de la LDCG. En conclusión, el legitimario de cosa cierta y el cónyuge viudo serán destinatarios de la notificación del propósito particional²⁷.

Finalmente, las notificaciones deberán practicarse en todo caso, sin perjuicio de que los interesados tengan o no domicilio conocido, o se traten de ausentes de hecho, extremo en el que la presente regulación discrepa del art. 166.1 de la antigua normativa gallega y el art. 1057.II del CC.

3. La forma en la que ha de practicarse la notificación

De conformidad con el art. 296 de la LDCG, los partícipes promoventes están obligados a notificar notarialmente su propósito de partir a los interesados, excepto cuando su domicilio no fuese conocido, en cuyo caso la notificación se practicará por el notario mediante la publicación de edictos.

A pesar de ello, el mero desconocimiento del domicilio no habilita a los promoventes de la división a acudir a la notificación edictal, sino que primeramente habrán de realizarse las oportunas averiguaciones²⁸ en Registros, padrones municipales, organismos públicos, etc. (en este sentido, cabe consultar los arts. 164 y 156 de la LEC, sobre las comunicaciones por edictos).

A). La notificación notarial

Cuando el domicilio de los interesados sea conocido, la notificación se practicará por medio de acta notarial, instrumento público que tiene como contenido la constatación de aquellos hechos que no puedan calificarse de contratos (arts. 144 y 198 del RN). Además del propósito particional, en el acta se comunicará a los interesados el derecho que les otorga el art. 299 de la LDCG de proponer contadores-partidores en los treinta días hábiles siguientes a la fecha de la práctica de la notificación. En el caso de que el interesado tenga domicilio conocido en el extranjero, podría acudirse a un acta de remisión de documentos por correo (art. 201 del RN²⁹).

²⁷ LOURO GARCÍA, M. I. y VIDAL RODRÍGUEZ, M.A. “Comentarios a los arts. 294 a 308 LDCG”, cit., pp.1228.

²⁸ COLINA GAREA, R. “Reglas procedimentales”, cit., p. 127.

²⁹ Art. 201 del RN: “El simple hecho del envío de cartas u otros documentos por correo ordinario, procedimiento telemático, telefax o cualquier otro medio idóneo podrá hacerse constar mediante acta, que acreditará el contenido de la carta o documento, y según el medio utilizado la fecha de su entrega, o su remisión por procedimiento técnico adecuado y, en su caso, la expedición del correspondiente resguardo

B). *La notificación edictal*

El art. 297 de la LDCG impone al notario la obligación legal de notificar a los interesados con domicilio desconocido mediante la publicación de edictos en el Boletín Oficial de la Provincia, en el tablón de anuncios del Ayuntamiento y en uno de los periódicos de mayor circulación, todo ello respecto al lugar donde el causante tuvo el último domicilio en España.

En este sentido, cabe señalar que, en el caso de las personas físicas, pueden tener la consideración de domicilio: la residencia habitual (art. 40 del CC), el domicilio que figure en el padrón municipal o en otros registros públicos oficiales y el lugar en que se desarrolle la actividad profesional o laboral no ocasional (art. 155.3 de la LEC).

VII. LA DESIGNACIÓN DE CONTADORES-PARTIDORES

1. La designación de contadores-partidores por los promoventes del inicial requerimiento particional. Sujetos que pueden ser designados como contadores-partidores

Los partícipes promoventes realizarán la designación de contador-partidor en el momento del requerimiento notarial. Por añadidura, los partícipes tienen total libertad para la designación, salvo por los límites siguientes: los contadores-partidores deben tener capacidad de obrar para contratar y contraer obligaciones (art. 893 del CC) y no podrán ser partícipes de la herencia³⁰, tanto si se trata de partícipes llamados a heredar una parte alícuota de la herencia como de llamados a percibir bienes concretos y determinados, ya que ambos poseen interés en la partición, lo que compromete la imparcialidad del procedimiento.

En atención a la regulación de la figura del contador-partidor en otros tipos de procedimiento particional, podría pensarse en aplicar a la partición de la mayoría lo establecido en el art. 284, que habilita al testador para nombrar expresamente como contador al cónyuge superviviente que solo hubiese sido llamado a percibir el usufructo universal.

La duda es la siguiente, ¿Sería factible que los partícipes propusiesen para el sorteo del contador-partidor al cónyuge viudo usufructuario universal para dividir la herencia? Dada la prerrogativa del cónyuge superviviente para liquidar la sociedad de gananciales por sí solo, se nos antoja que la respuesta ha de ser negativa, debido al palmario conflicto de intereses que acarrearía proponer al viudo para el sorteo, comprometiéndose la objetividad e imparcialidad que debe presidir todo procedimiento particional, así lo creen LOURO GARCÍA y VIDAL RODRÍGUEZ³¹.

De igual modo, cabría preguntarse en torno a la posibilidad de que el notario autorizante del testamento o, en su caso, de la declaración de herederos *ab intestato* del causante

de imposición como certificado, entrega o remisión, así como la recepción por el notario del aviso de recibo, o del documento o comunicación de recepción (...)"

³⁰ LOURO GARCÍA, M. I. y VIDAL RODRÍGUEZ, M.A. "Comentarios a los arts. 294 a 308 LDCG", cit., pp. 1228-1231.

³¹ LOURO GARCÍA, M. I. y VIDAL RODRÍGUEZ, M.A. "Comentarios a los arts. 294 a 308 LDCG", cit., p. 1232.

podiese ser propuesto para el sorteo del cargo de contador-partidor. Teniendo en cuenta las previsiones del art. 139 del RN y la jurisprudencia, nada impide que este notario pueda ser elegido para ostentar el cargo de contador.

En cambio, no ocurre lo mismo con el notario tramitador del procedimiento de partición por mayoría, quien se encuentra imposibilitado para ejercer el cargo pues, si no fuese así, se pondría en entredicho la función de control del procedimiento que le impone la Ley al superponerse la labor de división, con la correspondiente toma de decisiones que ello conlleva, con su deber de control del cumplimiento de las formalidades del proceso propio de la fe notarial.

Por otra parte, para la designación de contador-partidor será indiferente que posean titulación habilitante para la partición o no, mientras tengan los conocimientos técnicos y prácticos para la realización de la división. Es más, dado que el art. 302 habilita al contador-partidor para acudir al asesoramiento pericial en la valoración de los bienes, cabría preguntarse si una persona que carezca de los conocimientos necesarios podría ser designado comisario³².

2. Determinación de la fecha y hora del sorteo en que se ha de elegir al contador-partidor

Además de la designación de contador-partidor, se deberá incluir en el requerimiento particional, la fecha y hora del sorteo, que no podrá efectuarse antes del transcurso de treinta días hábiles desde la fecha en que se practicó la última de las notificaciones o comunicaciones y de sesenta días hábiles desde el requerimiento notarial.

En cuanto a la notificación a los interesados con domicilio desconocido, la comunicación se tendrá por practicada en la fecha de publicación de la notificación edictal, resultando indiferente que ésta fuese conocida por el interesado.

Cuando las notificaciones se destinen a interesados con domicilio conocido, se pueden dar las circunstancias³³ que se citan, a continuación:

En primer lugar, que el notario entregue en el domicilio la notificación a una persona autorizada de acuerdo con el art. 202 del RN, de suerte que la notificación se tendrá por efectuada en esa fecha.

En segundo lugar, en el supuesto de que el notario se persone en el domicilio y el interesado o la persona autorizada se negase a recibir la cédula, la notificación se tendrá por practicada (art. 203 del RN).

En tercer lugar, cuando el notario notificase a los interesados por correo certificado con acuse de recibo, la notificación se tendrá por efectuada en la fecha que conste en el acuse de recibo.

En el caso de que el operador postal no hubiese podido trasladar la comunicación, el notario hará constar el hecho mediante diligencia en el acta de notificación, pudiendo considerarse que no se ha realizado la notificación, lo que conllevaría la paralización de

³² COLINA GAREA, R. “De la partición por los herederos”, cit., 1318-1319.

³³ COLINA GAREA, R. “Reglas procedimentales”, cit., p. 135-137.

la partición, o que sí se ha realizado, bastando con que el círculo de intereses del interesado tenga conocimiento de su existencia. Si la persona destinataria rechazase la comunicación efectuada por el operador postal, podría aplicarse analógicamente el art. 203 RN y tener por practicada la notificación³⁴.

3. Sujetos a quienes se atribuye la facultad de designar contadores-partidores. Los partícipes no promoventes. Modo de designación

El art. 299 de la LDCG legitima los partícipes no promoventes a designar contadores-partidores, con independencia de que los partícipes fuesen instituidos en una cuota ideal de la herencia objeto de división o fuesen llamados a heredar bienes hereditarios determinados, sin perjuicio de que estos sujetos interesados en la partición tengan o no domicilio conocido. Para la designación, contarán con el plazo de treinta días hábiles desde la práctica de la notificación o publicación del art. 299 de la LDCG. Sin embargo, la Ley no se pronuncia sobre el modo de realizar la designación, aunque lo más conveniente sería utilizar un medio que deja constancia de la fecha de la misma³⁵.

VIII. LA NOTIFICACIÓN DE LA DIVISIÓN JUDICIAL COMO CAUSA SOBREVENIDA QUE IMPIDE LLEVAR A EFECTO LA PARTICIÓN PROMOVIDA POR ACUERDO MAYORITARIO

1. Finalidad y objeto de la notificación

La notificación del art. 300 de la LDCG tiene como objeto informar a los partícipes promoventes de la partición del art. 295 de la LDCG de la incoación de la división judicial. Aunque el referido precepto no lo concreta, la notificación se refiere a la partición judicial instada sobrevenidamente, puesto que, en caso contrario, la promoción de la partición nunca podría haberse materializado³⁶.

En este sentido, no es el inicio del procedimiento de división judicial lo que determina la eficacia de la partición promovida notarialmente sino la notificación, por lo que, si ésta no se ha realizado o no se ha realizado fehacientemente, ignorando los requisitos necesarios, la partición por mayoría adquirirá plenos efectos.

2. Sujetos de la notificación

Los sujetos que deben practicar la notificación son los que han iniciado la división judicial, para lo cual están legitimados todos los partícipes de la herencia (art. 782 de la LEC).

Los destinatarios de la notificación serán los partícipes, tanto los promoventes como los no promoventes, exceptuando de estos últimos a los que hayan reclamado judicialmente la partición.

A mayor abundamiento, no es precisa la notificación personal para todos y cada uno de los promotores de la partición por contador-partidor, dado que el objeto de la misma es

³⁴ COLINA GAREA, R. “De la partición por los herederos”, cit., pp. 1303-1304.

³⁵ COLINA GAREA, R. “De la partición por los herederos”, cit., p. 1308.

³⁶ MÉNDEZ APENELA, E. “Comentario al art. 165 LDCG”, cit., p. 280. LETE ACHIRICA, J. “Comentario al art. 165 LDCG”, cit., p. 1338.

extinguir la expectativa del procedimiento de partición por mayoría, luego basta con que uno solo de los promoventes haya sido notificado para lograr tal efecto. Esto es así porque los copartícipes, al componer la mayoría económica para instar la división, “se ha generado entre ellos una situación jurídica unitaria, inescindible, indivisible”³⁷.

3. Forma de la notificación

La notificación deberá practicarse de forma fehaciente, en virtud del art. 300 de la LDCG, sin embargo, no concreta la forma en la que se ha de efectuar. A este respecto, la doctrina da cumplido el requisito de fehaciencia cuando la notificación se practica por medio de acta notarial, o cuando los partícipes hubiesen tenido conocimiento de la partición mediante la citación judicial que les emplaza para designar contador-partidor y peritos³⁸.

4. Plazo para la práctica de la notificación

Para que la partición judicial paralice la partición de la mayoría, la notificación se tiene que realizar antes de la terminación del plazo de treinta días desde la notificación o publicación del propósito particional que se les otorga a los partícipes no promoventes para la designación de contador-partidor. La referida notificación conllevará a la suspensión del procedimiento de la partición notarialmente promovida, cerrándose el acta de su tramitación. A este respecto, si las referidas notificaciones se hubiesen efectuado en fechas diferentes, la última notificación practicada será la que se tome como referencia para la terminación del cómputo.

5. Consecuencias jurídicas derivadas de la notificación

Dentro de los treinta días hábiles siguientes a la práctica de la notificación de la promoción de la partición por mayoría, los partícipes no promoventes tienen dos opciones: o realizar la designación de contadores-partidores, o bien, instar la partición judicial.

Si los partícipes no promoventes notifican fehacientemente y dentro de plazo, la partición por mayoría quedaría sin efecto, a menos que dicha minoría desista de la partición judicial y se integre en la partición promovida notarialmente³⁹.

En contraposición, si los partícipes que no integran la mayoría económica de la herencia no notifican la incoación, o dicha notificación fuese defectuosa, la partición por vía del art. 295 de la LDCG seguirá su curso, adquiriendo plena eficacia tras la conclusión del procedimiento.

Por otro lado, surge el siguiente interrogante, ¿qué ocurre cuando una vez notificada válidamente la incoación de la partición judicial se desiste de la misma? ¿El procedimiento de la partición de la mayoría debería ser reiniciado o podría continuarse con el procedimiento en el punto suspendido notificándose a los partícipes? Nada se prevé en relación con esta circunstancia, aunque teniendo en cuenta el rigor formal que caracteriza a este tipo de partición, quizás se debería optar por la reiniciación, pese a que

³⁷ STSJG núm. 27/2016, de 7 de junio (JUR 2016\171917).

³⁸ COLINA GAREA, R. “De la partición por los herederos”, cit., 1310.

³⁹ MÉNDEZ APENELA, E. “Comentario al art. 165 LDCG”, cit., p. 280. LETE ACHIRICA, J. “Comentario al art. 165 LDCG”, cit., p. 1338.

este hecho no repercutirá indefectiblemente en una mayor garantía de los derechos de los partícipes o de los interesados en la división⁴⁰.

IX. PROCEDIMIENTO PARA LA ELECCIÓN DEL CONTADOR-PARTIDOR ENTRE LOS DESIGNADOS POR LOS PARTÍCIPES PROMOVENTES Y NO PROMOVENTES

1. Momento en el que se ha de designar contador-partidor por insaculación

Pese a que el art. 301 de la LDCG indique que el sorteo por insaculación de contador-partidor transcurrido el plazo del art. 299 del mismo cuerpo legal, lo cierto es que dicho sorteo no se llevará a cabo inmediatamente después del plazo reseñado, sino que la fecha del sorteo es la fijada en el requerimiento particional ante notario, de conformidad con el art. 298 de la LDCG.

2. El acto de celebración del sorteo de contador-partidor

La LDCG, en su art. 301, simplemente establece que el sorteo se realizará por insaculación entre todos los contadores-partidores propuestos, que serán como mínimo cinco.

El Diccionario de la Lengua Española define la insaculación como “poner en un saco, cántaro o urna, cédulas o boletas con números o con nombres de personas o cosas para sacar una por suerte”, aunque nada impide la utilización de instrumentos informáticos para este trámite.

El sorteo se realizará ante el notario requerido para el procedimiento particional (art. 298 de la LDCG) y no será necesaria la asistencia de los partícipes, tanto si son promoventes como si no.

En el caso de que al sorteo concurriesen un número inferior a cinco de contadores-partidores, éste no se podría celebrar, ni tampoco se podrían hacer nuevas propuestas, puesto que el momento oportuno ya ha transcurrido, situación que derivaría en la imposibilidad de continuar con el procedimiento.

No obstante, interpretando los arts. 296 y 299 de la LDCG, podría hallarse una solución, autorizando al notario para que suspenda el sorteo y requiera a los partícipes que no hubiesen agotado el número máximo de tres designaciones para que ampliasen su propuesta inicial de contadores-partidores⁴¹. Eso sí, lo más aconsejable sería que se agotasen las designaciones del requerimiento particional.

Para recoger las incidencias del sorteo, no es necesaria la utilización de un acta independiente, pudiéndose aprovechar el acta del requerimiento inicial, incluyéndose en forma de diligencia.

⁴⁰ LOURO GARCÍA, M. I. y VIDAL RODRÍGUEZ, M.A. “Comentarios a los arts. 294 a 308 LDCG”, cit., p.1235.

⁴¹ COLINA GAREA, R. “Reglas procedimentales”, cit., p. 151-152.

3. Sobre la posibilidad de prescindir del sorteo como procedimiento para la elección de contador-partidor

El art. 301 de la LDCG solamente hace mención del sorteo como mecanismo para elegir contador-partidor. En cuanto a si podría prescindirse del sorteo para elegir contador-partidor, la doctrina sostiene que sí se podría si todos los copartícipes se pusieran de acuerdo, circunstancia inviable en este tipo de procedimiento particional⁴².

En contraposición, el contador-partidor dativo del art. 1057.II del CC se nombrará por el notario o el LAJ siguiendo las disposiciones de los arts. 341 y siguientes de la LEC sobre la designación de peritos⁴³, y no será escogido por las partes, sino que será elegido por sorteo, a través de las listas que remiten cada año los colegios profesionales y entidades análogas (art. 50 de la LN), cuyo nombramiento será elevado a escritura pública (art. 66.1 de la LN).

4. El nombramiento del contador-partidor elegido por sorteo. Procedimiento para suplir una hipotética vacancia en el cargo

Cuando el contador-partidor designado decidiese no aceptar el cargo o lo dejase vacante, podrían plantearse dos soluciones⁴⁴:

Por un lado, podría llegarse a una solución convocando un nuevo sorteo con los contadores-partidores no seleccionados, convocatoria que ha de ser notificada a todos los partícipes. Si tras la vacancia en el cargo, el número de candidatos fuese menor de cinco, habrá que fijar un plazo para que los partícipes que no hubiesen agotado sus designaciones las completen.

Por otro lado, en el sorteo podrían realizarse extracciones sucesivas a parte de la extracción del contador-partidor que ha de realizar la partición, para que, en caso de quedar vacante el cargo, se siguiese el orden de prelación del sorteo para el nombramiento de un nuevo comisario.

Para concluir con este apartado, finalmente, se expondrán las disposiciones del art. 290 de la LDCG, relativo al contador-partidor testamentario: “El cargo de contador-partidor se entenderá renunciado si dentro de los diez días hábiles siguientes al requerimiento de los herederos no fuera aceptado expresamente”.

Nada recoge la LDCG en lo concerniente a la necesidad de notificar la designación del contador-partidor elegido. Sin embargo, parte de la doctrina considera aplicable el régimen del art. 290 del citado cuerpo legal al contador escogido por sorteo en la partición por mayoría, notificándose por el notario tramitador del procedimiento al comisario elegido para que éste, en el plazo de diez días que dispone el artículo, proceda a la aceptación del cargo⁴⁵.

⁴² COLINA GAREA, R. “Reglas procedimentales”, cit., p. 153.

⁴³ SEOANE SPIEGELBERG, J.L. *La partición de la herencia en el Derecho gallego*. Ed. AGJyL. A Coruña 2009, pp. 178-179.

⁴⁴ COLINA GAREA, R. “Reglas procedimentales”, cit., p. 154-157.

⁴⁵ LOURO GARCÍA, M. I. y VIDAL RODRÍGUEZ, M.A. “Comentarios a los arts. 294 a 308 LDCG”, cit., pp.1237.

X. REGLAS ESPECÍFICAS PARA LA PRÁCTICA DE LA PARTICIÓN POR EL CONTADOR-PARTIDOR DESIGNADO NOTARIALMENTE. LAS OPERACIONES PARTICIONALES TÍPICAS

1. Consideraciones generales

Para comenzar, ha de señalarse que la actual LDCG ha venido a completar la normativa de su antecesora. Las principales novedades son, por un lado, el reconocimiento de la legitimación del contador-partidor designado para liquidar la sociedad de gananciales con la asistencia del cónyuge viudo, así como para realizar las llamadas operaciones particionales intermedias y, por otro lado, la previsión de la posibilidad de prescindir de la asignación aleatoria de los lotes cuando no sea posible formar cupos homogéneos.

Además, es necesario hacer hincapié en dos principios que han de regir las operaciones particionales de todo procedimiento de división:

Por una parte, se encuentra el principio de conservación de la partición o el *favor partitionis*⁴⁶, que persigue mantener en lo posible la eficacia de la partición, siendo la ineficacia “el último remedio para acomodar la realidad a la partición efectuada”, lo que se traduce en la corrección de los defectos de los que adolezca la partición siempre que sea posible.

Por consiguiente, el régimen de invalidez tiene un carácter restrictivo, admitiéndose en su lugar indemnizaciones compensatorias con base en la eficacia parcial de la partición, la posibilidad del complemento de la partición o, incluso, la posibilidad de ejercitar la rescisión de las atribuciones mal valoradas; cuando no exista otro recurso legal para evitar una vuelta a la indivisión.

Por otra parte, se encuentran las facultades interpretativas de la voluntad del testador que la jurisprudencia le ha reconocido reiteradamente al contador-partidor para llevar a cabo su cometido. Así, el contador debe indagar la voluntad real del testador, ley suprema de la sucesión (siempre que se respeten las normas legales imperativas), pues de no observarse las disposiciones testamentarias expresadas por el mismo, la partición sería nula, sin que quepa invocar el principio de conservación de la partición que se acaba de exponer⁴⁷.

Asimismo, la STS de 7 de noviembre de 2006⁴⁸ ejemplifica como supuestos de nulidad de la partición hereditaria: “... la falta algún elemento esencial (así la certeza de la muerte del causante o la validez y vigencia del testamento), la realización de la partición en contra lo preceptuado en la ley, la inclusión en la masa partible de bienes no pertenecientes al causante, la ilicitud de causa por deliberada ocultación de componentes del caudal, la invalidez del testamento, el error sustancial cometido por el testador al proceder a la valoración de los bienes, o al haber omitido cosas importantes y no computar determinados inmuebles objeto de donación, el error sustancial cometido por el testador al proceder a la valoración de bienes la omisión de elementos de importancia

⁴⁶ STSJG núm. 5/2019, de 6 de febrero (RJ 2019\787).

⁴⁷ SAP de A Coruña núm. 347/2018, de 2 de noviembre (AC 2018\1689); STS núm. 994/2002, de 22 de octubre de 2002 (RJ 2002\8970).

⁴⁸ STS núm. 1093/2006, de 7 noviembre (RJ 2006\9165).

pertenecientes al causante o la infracción del principio de igualdad entre los herederos ...”.

2. La liquidación de la sociedad de gananciales como paso previo a la práctica de las operaciones propiamente particionales

El art. 302 de la LDCG reconoce al contador-partidor la legitimación para liquidar la sociedad de gananciales en presencia del cónyuge viudo.

En este paso previo a la partición, se confunden dos tipos de derechos: los derechos que afectan a la sociedad de gananciales y los derechos del caudal hereditario, hecho que ha motivado que parte de la doctrina hubiese criticado esta facultad del contador-partidor⁴⁹.

Sin embargo, este razonamiento no resulta muy coherente pues, a pesar de que la liquidación de gananciales no sea una operación propiamente particional, lo cierto es que se trata de una operación necesaria para cualquier tipo de procedimiento de división, ya que es preciso conocer el haber líquido partible para hacer el reparto⁵⁰.

Así lo ha declarado la STSJG núm. 40/2006, de 7 de diciembre⁵¹: “La liquidación de gananciales es un *prius* lógico de la partición en que existan bienes de ese carácter toda vez que únicamente después de concretados cuáles de entre ellos corresponden a cada cónyuge puede llevarse a cabo la partición, la cual -añadimos- no consiente mezclar bienes privativos y gananciales o incluir bienes ajenos al patrimonio del causante porque sólo puede recaer sobre bienes de su exclusiva propiedad y la otra mitad de los bienes gananciales no lo son ...”.

Además, si no se reconociese al contador la facultad de liquidar gananciales, sería el cónyuge viudo el encargado de practicar la liquidación en la compañía de todos los herederos, circunstancia del todo imposible en el procedimiento que nos ocupa, dado que estamos ante una partición promovida por la mayoría económica de la herencia, por lo que la partición sería impracticable⁵².

En conclusión, la discusión doctrinal en torno a la legitimación de la liquidación de la sociedad de gananciales queda solventada con la habilitación que realiza el art. 302 de la LDCG al contador-partidor para efectuarla, junto con un apoyo jurisprudencial que reconoce rotundamente la legitimación del contador sin precisar de la compañía de los herederos.

Para finalizar, a continuación, se señalarán los supuestos en los que -con base en la doctrina- no es preciso practicar la liquidación de la sociedad de gananciales para proceder a la partición⁵³:

- a) Renuncia del cónyuge viudo a los bienes gananciales.
- b) Inexistencia de bienes gananciales.
- c) El cónyuge viudo es el único heredero del causante.

⁴⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho Civil*, cit., p. 120.

⁵⁰ GUTIÉRREZ ALLER, V. *Régime económico-familiar e sucesorio*, cit., p. 138.

⁵¹ RJ 2007\3629

⁵² MÉNDEZ APENELA, E. “Comentario al art. 166 LDCG”, cit., p. 287.

⁵³ LOURO GARCÍA, M. I. y VIDAL RODRÍGUEZ, M.A. “Comentarios a los arts. 294 a 308 LDCG”, cit., p. 1243.

- d) Realización simultánea de la partición de la herencia de ambos cónyuges, cuando tuviesen los mismos herederos, siempre y cuando fuesen instituidos en la misma proporción.

3. La formación de inventario

El inventario es una operación particional que consiste en “la relación de los bienes que constituyen la herencia, descritos o detallados de manera que queden suficientemente individualizadas e identificadas”⁵⁴. El art. 302 de la LDCG habilita al contador-partidor para realizar el inventario, siendo una tarea de obligatorio cumplimiento para el comisario, sin que ésta pueda ser dispensada por el testador o por los copartícipes de la partición. Se trata de una operación indispensable, pues esta es la base donde descansan las operaciones particionales posteriores.

El inventario es el balance patrimonial de la herencia⁵⁵, en el que se deben incluir todos los bienes y derechos del causante (que constituirían el activo de la herencia) y todas las deudas, cargas e impuestos de la herencia (que constituirían el pasivo de la herencia). Salvo que el testador hubiese dispuesto el modo de relación de los bienes, en cuyo caso el contador está obligado a respetarlo, el comisario tendrá total libertad a la hora de efectuarlo, aunque normalmente los bienes se ordenan separando los bienes muebles y los inmuebles.

Esta labor particional será realizada por el contador-partidor en solitario, sin necesidad de la compañía de ninguno de los copartícipes de la herencia, incluso en caso de que concurren de menores o incapacitados a la herencia (art. 291 de la LDCG), a diferencia de las disposiciones de la Ley de 1995 y del art. 1057.III del CC. Únicamente, el contador contará con los interesados para que éstos le trasladen los documentos necesarios para el inventario, esto es, aquellos documentos que acrediten la titularidad de los bienes, derechos u obligaciones del causante⁵⁶.

Y se entiende por interesado a cualquier persona que tenga algún interés en la herencia, aunque no haya sido llamado a heredar (como pueden ser los acreedores hereditarios). Es obligación de los interesados aportar toda la documentación necesaria, no obstante, la misma será corroborada con la documentación emitida por los registros oficiales y las entidades crediticias donde el causante dispusiera de cuentas o depósitos⁵⁷.

En lo referente a los bienes inmuebles, aunque no se exija forma solemne⁵⁸ para la elaboración del inventario, tal y como indica PUIG BRUTAU, los bienes han de describirse con los datos que permitan su identificación, así como por el título por el que fueron adquiridos⁵⁹. En consecuencia, la descripción de los bienes inmuebles habrá de

⁵⁴ PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. III, Ed. Bosch, Barcelona 1983, p. 396.

⁵⁵ FERNÁNDEZ HIERRO, J.M. *La partición*, Ed. Comares, Granada 2009, p. 152.

⁵⁶ COLINA GAREA, R. “De la partición por los herederos”, cit., p. 1322.

⁵⁷ FERNÁNDEZ HIERRO, J.M. *La partición*, cit., p. 155.

⁵⁸ Por norma general, no se exige forma solemne para la realización del inventario, sin embargo, de acuerdo con el art. 1013 del CC, cuando algún heredero solicite el beneficio de inventario, la relación fiel y exacta de los bienes de la herencia se hará con las formalidades y dentro de los plazos previstos en los arts. 1014 y siguientes del CC.

⁵⁹ FERNÁNDEZ HIERRO, J.M. *La partición*, cit., p. 155.

sustanciarse según lo establecido en el art. 9 de la LH para poder inscribirlos en el Registro de la Propiedad.

Respecto a la exclusión de bienes de la partición, la jurisprudencia ha declarado que este hecho no implica que los mismos no pertenezcan al causante. Si tal situación llegara a darse, no se acudiría a una rescisión por lesión sino que, al amparo art. 1079 del CC, podría realizarse una partición complementaria en aras de subsanar los bienes omitidos, si el contador designado se encontrase dentro del plazo para el ejercicio de su cargo, pues “cualquier partición realizada no queda incólume en todo caso una vez verificada pues es posible que la misma llegue a modificarse, corregirse o matizarse por la presencia de circunstancias, inicialmente no ponderadas, que justifiquen aquella rectificación, corrección o matización”⁶⁰.

En suma, lo que se proscribe son las particiones parciales, “aquellas en las que, teniendo el contador partididor conocimiento pleno de la totalidad de bienes que integran el caudal partible, así como de la totalidad de aquellos a quienes habrán de ser adjudicados, lleva a cabo su tarea sin disponer destino de todos los bienes o sin disponer de los anteriores en favor de alguno de los que habrán de ser adjudicatarios”. Por tanto, serán nulas las particiones parciales, por contravención de norma imperativa (art. 6.3 del Código Civil). En cualquier caso, la partición adicional “procede cuando los bienes omitidos son de escasa importancia en relación con los inventariados, pero si son de importancia, la partición no se completa, sino que se anula y se practica una nueva”.

4. El avalúo de la masa hereditaria

Señala GONZÁLEZ ACEBES⁶¹: el avalúo “supone la valoración económica de cada uno de los bienes, derechos y deudas que figuran en el inventario, utilizando respecto de todos ellos un criterio uniforme”. Aunque técnicamente inventario y avalúo sean dos operaciones distintas, en la práctica se suelen realizar conjuntamente.

Para llevar a cabo el avalúo, el contador debe atender a las normas del causante para la valoración de los bienes o a los concretos valores que les hubiese asignado (art. 295 de la LDCG), siempre y cuando no se perjudique la legítima. En su defecto, el comisario tiene total libertad para asumir la tarea en solitario o para recabar el auxilio de un tercero. En este aspecto, el art. 302 de la LDCG autoriza al contador para buscar asesoramiento para la valoración de los bienes.

El perito elegido para realizar la labor no tiene por qué contar con titulación oficial, siendo suficiente que cuente con los conocimientos técnicos y prácticos. Eso sí, no puede ser designado como perito quien posea algún interés directo o mediato en la partición de la herencia, teniendo en cuenta el art. 343 de la LEC. Sin embargo, atendiendo al carácter personalísimo e indelegable del cargo de contador-partididor, el perito se limitaría a asistir al comisario, luego es el contador quien debe aceptar o rechazar la tasación de los bienes.

El avalúo ha de regirse por el principio de equivalencia patrimonial, que informa todo procedimiento particional de bienes. Derivado de este principio es el deber de utilizar los

⁶⁰ STSJG núm. 5/2019, de 6 de febrero (RJ 2019\787).

⁶¹ GONZÁLEZ ACEBES, B. *El contador-partididor dativo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2005, p. 313.

mismos criterios para la valoración de todos los bienes y derechos de la herencia⁶². En la práctica se suelen tasar los bienes de acuerdo con el valor venal o de mercado. En cualquier caso, si se decide valorar los bienes a la baja con la finalidad de soportar una menor carga fiscal, este criterio se tiene que aplicar a todos por igual, de esta forma, se preservan los intereses de los herederos. Con todo, este valor puede ser comprobado por la Administración tributaria, y podría ser más aconsejable optar por valores ajustados a la legislación fiscal para evitar que sean rechazados.

Asimismo, respondiendo al principio de equivalencia patrimonial, la totalidad de los bienes que conforman el caudal hereditario serán valorados tomando como referencia un mismo momento: el momento de realizar la partición, salvo en los supuestos que se describirán a continuación. De este modo, los bienes transmitidos por el causante a título lucrativo serán tasados teniendo en cuenta el valor en el momento de la transmisión (art. 244.2 de la LDCG), por otra parte, para la fijación de la legítima se atenderá al valor que tuviesen los bienes y derechos del haber relicto en el momento de la muerte del causante (art. 244.1 de la LDCG). Estos dos últimos valores serán susceptibles de actualización monetaria cuando se realice el pago de la legítima, en el caso de que entre la perfección de la transmisión -o la muerte del causante- y el pago hubiese transcurrido un periodo de tiempo en el que tuviese lugar una oscilación de los valores.

5. La formación de los lotes y el principio de igualdad cualitativa

El contador-partidor debe atender al principio de igualdad cualitativa del art. 1061 del CC, en virtud del cual cada copartícipe tiene derecho a recibir cosas de la misma naturaleza, calidad o especie que los demás. Se trata de un precepto facultativo para el testador y para los herederos que promuevan la partición mediante acuerdo unánime, a los que el art. 294 de la LDCG y el art. 1058 del CC les otorga la facultad de partir según convengan, con el límite de las legítimas (art. 1056 del CC).

Ahora bien, el citado principio deviene imperativo para el contador-partidor, pero dicha condición ha de entenderse como una imperatividad relativa, pues para la formación de los lotes no es preciso alcanzar una igualdad absoluta o matemática, sino que simplemente se exige guardar la posible igualdad, dependiendo su efectividad del caso concreto.

El art. 1061 del CC ha de aplicarse en la medida que sea posible, salvo en los siguientes supuestos⁶³:

- a) Cuando los bienes desmerezcan mucho con la división.
- b) Cuando se produzca un excesivo fraccionamiento de la propiedad, problema endémico de gran calado en Galicia.
- c) Cuando la división, en el caso de las fincas rústicas, dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo legalmente establecida, en cuyo caso la partición sería nula por imperativo de los arts. 24.1 y 24.2 de la Ley 19/1995, de 14 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias.

⁶² La STS núm. 323/2014, de 6 de junio (RJ 2014\3127) establece que han de aplicarse los mismos criterios para la valoración de todos los bienes de la herencia. Para el avalúo de los bienes relictos no se puede utilizar un criterio de prudencia para unos bienes y un criterio de expectativa para otros, ni se puede aplicar una tasación pericial a unos bienes y basarse en valores fiscales en otros, por ejemplo.

⁶³ COLINA GAREA, R. “De la partición por los herederos”, cit., p. 1326.

En fin, "... la falta de equidad en la formación de los lotes a que dan lugar las operaciones particionales únicamente puede considerarse como motivo de nulidad de la partición en los casos en que se pruebe que la desigualdad en la formación de aquéllos tiene suficiente relevancia para infringir el principio de igual distribución entre los herederos y excede de los presupuestos que pueden dar lugar al ejercicio de las acciones de rescisión, adición o complemento de la partición previstas en el CC"⁶⁴.

6. Adjudicación de los lotes mediante sorteo

En la Ley de 1995, el art. 166.2 regulaba la adjudicación de los cupos mediante sorteo sin nombrar algún supuesto en el que se pudiese prescindir de ese concreto procedimiento. Sin embargo, el sorteo presentaba una peculiaridad: se podía extraer del sorteo los lotes destinados a los legados de cosa específica, a las mejoras y a los legados de cuota. En este sentido, la doctrina estimaba el sorteo como esencial cuando existiesen participaciones y cupos iguales⁶⁵.

El legislador del 2006 ha decidido adoptar esta posición, afirmando que serán sorteados los lotes realizados por el contador-partidor si las cuotas de los partícipes fueran iguales (art. 303 de la LDCG). En consecuencia, estamos ante una igualdad cuantitativa, no solo entre el valor del lote con respecto a la cuota, sino entre el valor de cada lote con respecto al haber relicto. Si todas las cuotas son iguales, esto hace posible que no haya inconveniente alguno en repartir aleatoriamente los lotes, ya que nadie resultará perjudicado. La utilización del sorteo para repartir los lotes formados favorece la imparcialidad de la adjudicación pues, de otro modo, podría hacerse el reparto favoreciendo los intereses de la mayoría promovente de la partición, en detrimento de los derechos de la minoría.

El art. 303 de la LDCG no excluye el sorteo como método de adjudicación cuando, aun habiendo cuotas desiguales, se consiguen formar lotes iguales. Entonces, podrían ser adjudicados mediante sorteo los lotes obteniendo el máximo común divisor de las cuotas desiguales, para después formar tantos lotes como unidades tenga el denominador de la fracción, asignando a cada partícipe lo que indique el numerador de su respectiva cuota⁶⁶. Por ejemplo, "si el testador instituyó a un heredero en la mitad de la herencia (3/6), a otro en un tercio (2/6) y a un tercero en un sexto (1/6), se formarán seis lotes correspondientes a 1/6 de la herencia, donde el primer heredero llevaría tres, el segundo dos y el tercero uno"⁶⁷. No obstante, este procedimiento podría ser difícil de ejecutar, además del riesgo de fraccionamiento excesivo de la propiedad que supone⁶⁸, aunque seguramente sería más arriesgado adjudicar los lotes según la voluntad de los partícipes.

El sorteo lo podrá realizar el contador-partidor que hubiese formado los lotes, en presencia del notario. Aunque el art. 303 de la LDCG no lo concreta, puesto que el art. 306 del citado cuerpo legal dispone que la protocolización del cuaderno particional la ha

⁶⁴ STS núm. 1093/2006, de 7 de noviembre (RJ 2006\9165).

⁶⁵ GUTIÉRREZ ALLER, V. *Régime económico familiar*, cit., p. 141.

⁶⁶ COLINA GAREA, R. "Reglas procedimentales", cit., p. 172-173.

⁶⁷ MÉNDEZ APENELA, E. "Comentario al art. 166 LDCG", cit., p. 293.

⁶⁸ BUSTO LAGO, J.M. "Aspectos sustantivos de las operaciones particionales de la herencia", en AA. VV *La división judicial de patrimonios. Aspectos sustantivos y procesales*. J.L. Seoane Spiegelberg (Dir.), Ed. CGPJ. Madrid 2004, p. 430.

de realizar el notario que hubiera intervenido en los trámites anteriores, lo lógico será que el notario designado por la mayoría fuese el encargado de velar por que el sorteo se haga con las máximas garantías.

Asimismo, no es necesario que se convoquen a los partícipes al sorteo. A este respecto, resulta interesante observar lo establecido en la STSJG núm. 22/2004, de 30 de junio (RJ 2005\5281), referente a la falta de citación de un partícipe para el sorteo ante notario de los cupos: “se cumplió con la citación para el primer acto, requisito no exigido para acudir al sorteo ante Notario, lo cual es lógico porque la limpieza de este acto se garantiza con la intervención de fedatario público...”. Entonces, no se necesita la comparecencia de los partícipes, sean o no promoventes, al sorteo, pues el mismo se encuentra bajo el amparo de la fe notarial.

Tanto el resultado del sorteo, como la identificación de los adjudicatarios, con el correspondiente lote asignado, deberá constar en acta notarial, que deberá unirse a la escritura de protocolización de la partición.

7. Adjudicación de lotes mediante proyecto de partición sometido a aprobación de mayoría cualificada

La LDCG vigente prevé una solución en respuesta al supuesto de que existan cuotas desiguales que no permitan la creación de lotes iguales, en cuyo caso se deberá prescindir del procedimiento aleatorio, acudiendo a la elaboración de un proyecto particional por parte del contador-partidor, en atención a lo dispuesto en el art. 304 de la LDCG. Una parte de la doctrina, incluso, propone acudir a este mecanismo en el caso de que la reducción de cuotas desiguales a fracciones iguales provoque una excesiva división de la propiedad que origine la creación de parcelas rústicas con una extensión menor a la unidad mínima de cultivo legalmente establecida para Galicia por el Decreto 330/1999, de 9 de diciembre, dado que la partición se podría declarar nula por la contravención de los arts. 24.1 y 24.2 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias, normas de carácter imperativo⁶⁹.

El comisario tendrá la libertad de asignar los lotes libremente, siempre y cuando no rebase la barrera de lo estrictamente particional y respete las disposiciones del causante, tal y como sucede en la adjudicación de los lotes en el procedimiento de contador-partidor dativo del art. 1057.II del CC, en el que las asignaciones se llevan a cabo según el arbitrio del contador.

Para que se apruebe el proyecto particional, éste deberá ser aprobado por los partícipes que representen las tres cuartas partes del haber hereditario, con independencia de que los partícipes hubiesen integrado o no la mayoría económica promovente de la división. Dos precisiones al respecto⁷⁰:

- a) El proyecto puede ser aprobado por una mayoría igual, aunque no sea superior, a las tres cuartas partes de la herencia y esa porción no tiene por qué estar reforzada por una pluralidad de copartícipes.

⁶⁹ COLINA GAREA, R. “De la partición por los herederos”, cit., p. 1331.

⁷⁰ COLINA GAREA, R. “De la partición por los herederos”, cit., p. 1332-1333.

- b) Pese a que la LDCG se refiere al haber hereditario, el mismo ha de entenderse como el haber líquido partible, resultante de añadir el valor de los bienes transmitidos por el causante a título lucrativo y de los dados en apartación (art. 244.2 de la LDCG).

La Ley nada estipula con relación a la aprobación del proyecto particional, con lo que podría entenderse que no requiere formalidad alguna, bastando con exteriorizar la declaración de voluntad expresamente en cualquier documento, pudiendo aprovecharse el acta de protocolización notarial de la partición.

En principio podría pensarse en el acta notarial de requerimiento para recabar el consentimiento de los partícipes, no obstante, si se acudiese a este instrumento, los partícipes tendrían un tiempo bastante limitado para meditar la propuesta, ya que solo dispondrían de dos días para responder a la propuesta, en virtud de lo normado en el art. 204 del RN⁷¹.

Asimismo, sería conveniente que los partícipes acrediten la porción a la que fueron llamados a percibir en la herencia pues, aunque ello ha de realizarse en el requerimiento particional, este concreto trámite precisa de una mayoría económica superior y puede ser integrada por partícipes no promoventes de la partición.

Sin embargo, llegados a este punto, todavía no estamos ante una partición consumada, pues la misma está supeditada a la protocolización notarial y su posterior notificación a los interesados (art. 307 de la LDCG). Si comparamos el procedimiento de la partición por mayoría con la partición por contador-partidor dativo del art. 1057.II del CC, el reparto realizado por el contador es el momento en que la partición adquiere eficacia. Por el contrario, en este procedimiento particional, aunque la aprobación del proyecto constituya un negocio jurídico válido en sí mismo, la partición no será eficaz hasta la protocolización y notificación de la división.

Es posible que el comisario no consiga recabar el consentimiento necesario para la aprobación del proyecto particional. En este sentido, podrían darse dos hipótesis:

- a) Que los partícipes hayan denegado su consentimiento por irregularidades legales. En este caso, si se conocen estos vicios legales en el momento de la aprobación y no se alegan en el mismo, los partícipes perderán la oportunidad de impugnar la partición cuando ésta haya devenido eficaz.
- b) Que los partícipes no presten su consentimiento porque el lote que le corresponde no es de su gusto. Si no se consigue recabar el consentimiento exigido en el art. 304, el contador podría corregirlo teniendo en cuenta las sugerencias de los partícipes o considerar que el procedimiento particional ha fracasado⁷².

Con la entrega de los bienes que compongan cada lote, han de ser entregados los títulos correspondientes (art. 1065 del CC)⁷³. En el caso de que un mismo título comprenda

⁷¹ COLINA GAREA, R. "Reglas procedimentales", cit., pp. 176-177.

⁷² En este procedimiento no se puede acudir a la aprobación notarial, como ocurre en el procedimiento de partición por contador-partidor dativo del art. 1057.II del CC, en el que, a falta de acuerdo de los copartícipes, el fedatario público puede emitir un juicio de validez para la aprobación de la división.

⁷³ BUSTO LAGO, J.M. "Aspectos sustantivos de las operaciones particionales de la herencia", cit., p. 431-432.

varias fincas adjudicadas a diversos copartícipes o que una sola de ellas se haya dividido entre dos o más de éstos, el título quedará en poder del mayor interesado, facilitándose a las demás copias fehacientes, a costa del caudal hereditario. Si el interés fuera igual, el título se entregará, a falta de acuerdo, a quien por suerte corresponde (art. 1066 del CC). Estos criterios también se aplican a los títulos de adquisición de bienes muebles, a aquéllos que documentan créditos a favor del causante, y a los títulos-valores.

Finalmente, la inscripción de los bienes adjudicados se llevará a cabo de conformidad con las previsiones que resultan de los arts. 14 de la LH y 83 del RH.

8. Las operaciones particionales previas, intermedias y complementarias

A). La liquidación de la sociedad conyugal de gananciales

Nos remitimos al apartado 2 del epígrafe X, titulado: “La liquidación de la sociedad de gananciales como paso previo a la práctica de las operaciones propiamente particionales”.

B). La entrega de legados

Los legados de parte alícuota recaen sobre una parte ideal de la herencia y necesitan el procedimiento particional para dotar esa cuota de bienes concretos y determinados. Por el contrario, los legados de cosa cierta necesitan la partición para tomar posesión del bien, pues el legatario no puede tomarlo por su propia autoridad, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o albacea -si éste se hallase autorizado para hacerlo-, todo ello en virtud del art. 885 del CC. El contador-partidor también puede entregar los legados sin necesidad de autorización, en virtud de los arts. 81 b) del RH -“La inscripción a favor del legatario de inmuebles específicamente legados se practicará en virtud de: (...) escritura de partición de herencia o de aprobación y protocolización de operaciones particionales formalizada por el contador-partidor en la que se asigne al legatario el inmueble o inmuebles legados”- y del 292.2 de la LDCG -“(...) el contador-partidor podrá, bajo su propia responsabilidad, entregar los legados...”-.

En este sentido, se considera que el contador-partidor tiene preferencia sobre los herederos para realizar la entrega de los legados, con base en los siguientes motivos⁷⁴:

- a) Los copartícipes confieren poderes particionales al contador-partidor para que parta la herencia (art. 292 de la LDCG).
- b) El contador está facultado para calcular y satisfacer las cuotas legitimarias, por lo que también está facultado para la reducción de legados y donaciones inoficiosas, con lo que resulta más apropiado darle preferencia al contador para realizar la entrega de legados. Si fuesen los herederos quienes tuviesen que entregar los legados, éstos deberían reducir los legados inoficiosos, lo que ocasionaría el entorpecimiento de la labor particional del contador.
- c) El art. 81 c) del RH solo autoriza la inscripción registral de la escritura del legatario de inmuebles a los herederos en defecto de la otorgada por el contador o el albacea.

De todos modos, la entrega de los legados es una facultad del comisario y no una obligación imperativa, al contrario de lo que ocurría en la LDCG de 1995, ergo el

⁷⁴ COLINA GAREA, R. “Reglas procedimentales”, cit., p. 183-185.

contador tiene libertad de realizar o no la entrega de los legados. En caso de que acepte la tarea, deberá hacer frente a las responsabilidades derivadas de la misma.

En cuanto al momento de entrega de los legados, ninguna norma exige que la misma se deba hacer tras la terminación de la partición o tras la liquidación de la herencia. El art. 292.2 de la LDCG habilita al contador para entregar los legados tras el inventario, sin embargo, lo más frecuente es que la entrega se posponga al momento de liquidación de la herencia y cálculo de cuota legitimaria y de libre disposición, para saber si los legados pueden satisfacerse y, así, preservar los derechos de los legitimarios y los acreedores⁷⁵.

Dado que la protocolización precisa de escritura pública y en la misma pueden realizarse declaraciones negociales, de acuerdo con el art. 144.II del RN, podría aprovecharse la escritura pública para la satisfacción de los legados. No obstante, debe tenerse en cuenta que la partición no adquiere plena eficacia hasta la notificación de la protocolización (art. 307 de la LDCG).

C). Cálculo y pago de las legítimas

Atendiendo a los arts. 244 y siguientes de la LDCG, el contador-partidor está legitimado para efectuar el cálculo de la legítima. En el caso de que el contador se encargue de la entrega de los legados, el contador también habrá de reducir los que resulten inoficiosos por afectar a la legítima. Una vez se calcule la legítima, también está facultado para efectuar su pago, conforme a lo que prescribe el art. 248 del LDCG: “podrán pagar la legítima, o su complemento, el heredero, el comisario o contador-partidor así como el testamentero facultado para ello”. Cuando el legitimario fuese instituido en una cuota de la herencia, el contador no puede satisfacerla con dinero extrahereditario, puesto que es una posibilidad reservada a los herederos (art. 248 de la LDCG). En cambio, el precepto no excluye la posibilidad de realizar el pago de la legítima con metálico hereditario, por lo que el contador-partidor está facultado para satisfacer el pago de la misma mediante el cauce mencionado.

D). La colación

La doctrina, de forma general, considera que la colación es una operación de carácter particional, debido a lo cual, esta tarea podrá ser perfectamente asumida por el contador-partidor.

Respecto al pacto sucesorio de apartamiento, se debe tener presente lo normado en el art. 227 de la LDCG: “Salvo dispensa expresa del apartante, lo dado en apartación habrá de traerse a colación si el apartado o sus descendientes concurrieran en la sucesión con otros legitimarios”.

E). Adjudicaciones de bienes en relación con el pago de deudas hereditarias

El contador solo podrá realizar las adjudicaciones de carácter particional, esto es, en las que los bienes adjudicados no salgan del poder de los inmediatamente llamados al caudal relicto, porque, sino, estaríamos ante una enajenación a título oneroso, por precio debido o compensado que requiere el consentimiento de todos los partícipes en la herencia⁷⁶.

⁷⁵ RUBIO GARRIDO, T. *La partición de la herencia*. Ed. Thomson Reuters. Cizur Menor 2017, p. 308.

⁷⁶ COLINA GAREA, R. “Reglas procedimentales”, cit., p. 186-187.

Por otro lado, se admiten las adjudicaciones para el pago de deudas hereditarias de un heredero, pero no de un extraño, pues éste es un negocio que rebasa de lo estrictamente particional. No se podrán hacer adjudicaciones en pago de deudas ni a herederos ni a extraños porque estaríamos ante una dación en pago, acto dispositivo que excede de lo estrictamente particional. Tampoco se podrán realizar adjudicaciones a herederos a cambio de que éstos respondan ante las deudas, ya que se trata de un acto de disposición, fuera del límite de lo particional.

XI. LA PROTOCOLIZACIÓN NOTARIAL DE LA PARTICIÓN

Tras la terminación de las operaciones particionales, procede la protocolización de la división, tal y como prescribe el art. 306 de la LDCG, consistente en trasladar al notario el cuaderno particional de la partición efectuada para darle entrada en su registro, el llamado protocolo, por medio de la imposición de su sello y la asignación del número que corresponda (arts. 272 y siguientes del RN).

El CC nada determina sobre las operaciones que han de constar en dicho cuaderno particional, con lo que pueden constituirlo todas las operaciones necesarias para efectuar la partición, extinguiendo la comunidad hereditaria. Por consiguiente, en el cuaderno particional habrán de incluirse tanto las operaciones particionales típicas (el inventario, el avalúo, la liquidación o la adjudicación de los lotes) como las operaciones complementarias que procedan (la liquidación de la sociedad de gananciales, la entrega de legados, el cálculo y pago de las legítimas, la colación o las adjudicaciones de bienes para el pago de deudas hereditarias)⁷⁷.

Para que la partición pueda acceder al protocolo es necesario elevarlo a instrumento público con la correspondiente escritura de protocolización, así lo requiere el art. 306 de la LDCG para este tipo de partición. El requisito de la protocolización responde a la necesidad de este trámite para que los adjudicatarios de los bienes inmuebles puedan inscribirlos a su nombre en el Registro de la Propiedad⁷⁸ (art. 80 del RH).

A pesar de lo anterior, la partición todavía no despliega plenos efectos, sino que se habrá de esperar a la notificación recogida en el art. 307 de la LDCG que la división adquiera eficacia, poniendo fin a la situación de indivisión.

1. La escritura de protocolización como instrumento público de formalización de la partición

Dado que este tipo concreto de procedimiento particional no goza de naturaleza contractual, al carecer del acuerdo unánime de todos los copartícipes de la herencia, llama la atención que se exija la escritura pública como método de protocolización, cuando, teniendo en cuenta el contenido de los artículos 144.IV y 198.1 del RN, es el acta notarial el mecanismo de formalización de aquellos hechos jurídicos que no sean materia de contrato.

En la actual normativa, se exige expresamente la escritura pública, a diferencia del art. 166.3 de la Ley de 1995, que no especificaba el instrumento de formalización del

⁷⁷ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho civil tomo V Derecho de sucesiones*, Ed. Ramón Areces. Madrid 2012, pp. 333.

⁷⁸ COLINA GAREA, R. "Reglas procedimentales", cit., p. 188.

cuaderno particional. Este silencio por parte de la derogada legislación fue resuelto por la doctrina, por lo que la protocolización se haría a través de acta notarial de forma general, salvo en los casos en los que se realizasen declaraciones negociales utilizando la protocolización, que se formalizarían mediante escritura pública⁷⁹.

Continuando con la cuestión, parece que el legislador ha querido que este trámite sirva de cauce para realizar otros negocios jurídicos aparte de la protocolización de la división, pues el art. 144.II del RN prevé: “Las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases”.

Así las cosas, podría utilizarse la escritura de protocolización para formalizar el consentimiento de los copartícipes que formen la mayoría de tres cuartos para la aprobación del proyecto particional, que regula el art. 304 de la LDCG cuando no sea posible obtener lotes homogéneos, impidiendo el sorteo como método de adjudicación de los mismos. En el caso de que sí pudieran formarse lotes homogéneos, también podría aprovecharse la escritura para recoger las menciones del sorteo, realizándose la protocolización y el sorteo en un mismo acto, coincidiendo en el tiempo, sin necesidad de levantar un acta separado del sorteo, plasmándose el mismo directamente en la escritura de protocolización⁸⁰. También podría emplearse la protocolización para realizar la entrega de los legados, el pago de las legítimas y a la designación de la persona que deba administrar el cupo del partícipe ausente⁸¹. No obstante, considerando que la partición no adquiere plenos efectos hasta su notificación, podría ser arriesgado utilizar la protocolización para llevar a cabo negocios jurídicos.

2. Sujetos otorgantes, comparecientes y autorizantes en el acto de protocolización notarial de la partición

En virtud del art. 306 de la LDCG, el contador-partidor designado se encuentra legitimado para otorgar la escritura pública de protocolización, con la excepción de que se dé el supuesto del art. 303 de la LDCG, en cuyo caso serán los partícipes que conformen la mayoría cualificada de tres cuartos que requiere el precepto quienes ostenten la legitimación para otorgar la escritura pública de protocolización. Sin embargo, el legislador ha cometido un error en la remisión del precepto, pues la circunstancia aludida se encuentra regulada en el art. 304 de la LDCG y no en el 303. Éste se trata de un error de enumeración derivado de las alteraciones del texto legal durante su tramitación parlamentaria.

En cuanto a los sujetos que deben comparecer al acto de protocolización, solo deberán hacerlo los otorgantes, sin que los demás copartícipes o interesados estén obligados a ello. En la autorización de escritura pública no será preciso contar con testigos instrumentales⁸², salvo que su presencia sea reclamada por el notario autorizante, por

⁷⁹ MÉNDEZ APENELA, E. “Comentario al art. 166 LDCG”, cit., p. 294.

⁸⁰ MÉNDEZ APENELA, E. “Comentario al art. 166 LDCG”, cit., pp. 293-294. LETE ACHIRICA, J. “Comentario al art. 166 LDCG”, cit., pp. 1360-1361. ZULUETA DE HAZ, A. “De las partijas”, cit., p. 394.

⁸¹ COLINA GAREA, R. “La partición entre coherederos”, cit., p. 1341.

⁸² COLINA GAREA, R. “La partición entre coherederos”, cit., p. 1343.

cualquiera de las partes o por los otorgantes cuando alguno de ellos no sepa leer o escribir (art. 180 del RN). No podrán intervenir como testigos en la escritura (art. 182 del RN):

- a) Las personas que no posean el discernimiento necesario para conocer y para declarar o para comprender el acto o contrato a que el instrumento público se refiere.
- b) El cónyuge o persona con análoga relación de afectividad y los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, del Notario autorizante o del Notario autorizado para actuar en su mismo despacho de conformidad con el artículo 42 de este Reglamento.
- c) Los empleados del notario autorizante o del autorizado para actuar en su mismo despacho de conformidad con el artículo 42 de este Reglamento.
- d) Los cónyuges y los parientes de los otorgantes, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
- e) Los que hayan sido condenados por falsedad en documento público o mercantil o por falso testimonio.

De conformidad con el art. 306 de la LDCG, la escritura pública deberá ser otorgada ante el notario que hubiese intervenido en los trámites particionales anteriores. Esta exigencia no contraviene el derecho de los otorgantes a la libre elección del notario recogido en el art. 126.I del RN, ya que los partícipes promoventes de la partición por la mayoría económica de la herencia pueden elegir al notario libremente, sin que esta elección pueda ser revocada⁸³. Además, este derecho no es absoluto, pues el propio artículo 126.I dispone que dicho derecho se encuentra acotado por las limitaciones previstas en el ordenamiento jurídico, y el art. 306 de la LDCG constituye una limitación legal. Todo ello se concibe para conseguir una unidad del procedimiento particional, garantizando la preservación de la seguridad jurídica.

XII. LA NOTIFICACIÓN DE LA FORMALIZACIÓN DE LA PARTICIÓN

1. Sujetos remitentes y destinatarios de la misma

De conformidad con el art. 307 de la LDCG, la notificación de la formalización de la partición de la mayoría será practicada por el notario. La actual LDCG ha supuesto un importante estímulo a la figura del notario. Muestra de ello es la notificación notarial de la formalización de la división, pues la normativa derogada no exigía que dicha notificación tuviese un carácter fehaciente, con lo que podría ser practicada por cualquiera de los procedimientos válidamente admitidos en Derecho. No obstante, la doctrina ponía de manifiesto la conveniencia de utilizar un cauce que permitiese acreditar la realización de la notificación y, en concreto, recomendaba el empleo de la notificación fehaciente⁸⁴.

La falta de necesidad de una notificación de carácter fidedigna en la antigua Ley de 1995 resultaba comprensible, teniendo en cuenta que la doctrina mayoritaria sostenía que el

⁸³ COLINA GAREA, R. “Reglas procedimentales”, cit., pp. 194-195.

⁸⁴ MÉNDEZ APENELA, E. “Comentario al art. 166 LDCG”, cit., p. 295. LETE ACHIRICA, J. “Comentario al art. 166 LDCG”, cit., p. 1361.

momento de perfección de la partición era el de su protocolización y no el de la notificación de la misma, considerando la notificación como un mero trámite accesorio o complementario⁸⁵.

El art. 307 de la LDCG no menciona nada sobre qué notario debe notificar la formalización de la partición. De acuerdo con la aplicación analógica del art. 306 de la LDCG podemos concluir que dicho notario ha de ser quien ha formalizado la escritura pública de protocolización de la partición. El art. 306 de la LDCG prevé que el notario que autorice la escritura pública tiene que ser el mismo que ha autorizado los trámites particionales anteriores, con lo cual, lo lógico es que todo el procedimiento particional se sustancie ante un único notario⁸⁶.

Prosiguiendo con el art. 307 de la LDCG, la formalización se notificará a los interesados que no comparecieran a la protocolización. Entonces, el notario habrá de notificar tanto a los copartícipes de la herencia objeto de partición, como a los sujetos que posean un interés directo o mediato en la partición, incluyendo a los legatarios, legitimarios, cónyuge viudo, acreedores hereditarios, en definitiva, a los sujetos a los que les afecten las operaciones particionales y complementarias⁸⁷. Con todo, el único criterio que se debe observar para efectuar la notificación es la ausencia en el acto de protocolización.

Si tomamos en consideración la antigua regulación, el art. 166.4 de la LDCG de 1995 no solo utilizaba como criterio para proceder o no a la notificación la presencia en la formalización de la participación, sino que también requería tener domicilio conocido, excluyendo a los sujetos que no tuviesen domicilio conocido y, en consecuencia, a los ausentes de hecho.

Por una parte, si el contador-partidor, con base en el art. 306 de la LDCG, fuese el legitimado para el otorgamiento de la escritura de protocolización, esto implicaría que la notificación ha de remitirse a todos los no comparecientes al acto de protocolización, independientemente de que se tratasen de partícipes que hubiesen integrado la mayoría promovente de la partición.

Por otra parte, si los partícipes que representan la mayoría de tres cuartas partes del haber hereditario fuesen los que ostentan la legitimación, la notificación habrá de remitirse a los demás copartícipes que no hubiesen formado parte de dicha mayoría, así como a los demás interesados. Lógicamente, todo lo anterior sin tener en cuenta los partícipes o interesados que hubiesen comparecido al acto de formalización de la partición⁸⁸.

⁸⁵ GUTIERREZ ALLER, V. *Régime económico-familiar*, cit., pp. 141-142. ZULUETA DE HAZ, A. “De las partijas”, cit., p. 394. LOURO GARCÍA, M. I. y VIDAL RODRÍGUEZ, M.A. “Comentarios a los arts. 294 a 308 LDCG”, cit., p. 1257.

⁸⁶ COLINA GAREA, R. “De la partición por los herederos”, cit., p. 1345.

⁸⁷ LOURO GARCÍA, M. I. y VIDAL RODRÍGUEZ, M.A. “Comentarios a los arts. 294 a 308 LDCG”, cit., p. 1258.

⁸⁸ COLINA GAREA, R. “Reglas procedimentales”, cit., pp. 196-197.

2. La práctica de la notificación

En cuanto a la práctica de la notificación, establece el art. 307 de la LDCG que la misma se habrá de realizar conforme a lo reglado en los arts. 295 y 296 del mismo cuerpo legal. Una vez más, estamos ante otro error ocurrido durante la tramitación parlamentaria de la Ley, por lo que en realidad la norma se remite a los arts. 296 y 297 de la LDCG. Dos cuestiones sobre la práctica de la notificación:

En primer lugar, los copartícipes o demás interesados que tengan domicilio conocido y no hayan comparecido al acto de protocolización, han de ser notificados mediante acta de notificación. Esto tiene su fundamento en el art. 202 del RN, pues el acta “tiene por objeto transmitir a una persona información o una decisión del que solicita la intervención notarial”. A mayor abundamiento, el art. 198 del RN sostiene que las actas notariales se extenderán y autorizarán previa instancia de parte, por lo que se pueden propiciar distintas situaciones:

- a) Si la escritura de protocolización fuese otorgada por el contador-partidor, será éste quien inste al notario para autorizar el acta notarial
- b) Si la escritura de protocolización fuese otorgada por la mayoría de tres cuartas partes del haber hereditario a la que se refiere el art. 304 de la LDCG, deberá ser esa mayoría quien requiera al notario para extender el acta notarial.

Por el contrario, el art. 307 de la LDCG indica: “El notario notificará la formalización de la partición a los interesados que no comparecieran a la protocolización (...)”. Si atendemos al sentido literal de la norma podría llegarse a pensar que constituye una obligación legal del notario la notificación de la formalización de la partición⁸⁹. Esta solución encontrar encaje si observamos el art. 206.I del RN cuando expresa: “Las notificaciones o requerimientos previstos por las Leyes o Reglamentos sin especificar sus requisitos o trámites se practicarán en la forma que determinen los artículos precedentes. Pero cuando aquellas normas establezcan una regulación específica o señalen requisitos o trámites distintos en cuanto a domicilio, lugar, personas con quienes deban entenderse las diligencias, o cualesquiera otros, se estará a lo especialmente dispuesto en tales normas, sin que sean aplicables las reglas del artículo 202 y concordantes de este Reglamento (...)”.

Finalmente, el art. 307 de la LDCG no prevé plazo alguno para la notificación de la formalización de la partición. El art. 164 de la LDCG de 1995 establecía un plazo de noventa días hábiles siguientes a la protocolización. Con lo cual, ante la falta de previsión de un plazo para efectuar la notificación, debemos acudir al que el notario tenga por oportuno⁹⁰.

⁸⁹ COLINA GAREA, R. “Reglas procedimentales”, cit., p. 199.

⁹⁰ LOURO GARCÍA, M. I. y VIDAL RODRÍGUEZ, M.A. “Comentarios a los arts. 294 a 308 LDCG”, cit., p. 1258.

3. Consecuencias jurídicas derivadas de la notificación.

Como ya se había alentado con anterioridad, la partición desplegará todos sus efectos y pondrá fin a la situación de indivisión cuando se practique la notificación, y no cuando la partición se protocolice. Así lo dispone el art. 307 de la LDCG.

Para que la notificación sea eficaz, tiene que ser realizada a todos los partícipes e interesados no comparecientes al acto de la protocolización, adquiriendo la eficacia en el momento en que se produzca la notificación al último partícipes o interesados -en caso de que la notificación no sea simultánea a todos los sujetos-. De este modo, se preservan los derechos e intereses de los interesados en la partición de la herencia, pues, si las notificaciones se efectuasen en distintos momentos, el momento en el que la división devendría eficaz sería diferente para cada uno de los interesados, poniéndose en entredicho la seguridad jurídica que debe regir en el procedimiento. Además, este momento es único y común para todos los interesados, incluso para los asistentes al acto de protocolización.

Pero, ¿cuándo se tiene por efectuada la notificación?⁹¹ Si un interesado con domicilio conocido notificado mediante acta notarial (de acuerdo con los arts. 296 y 297 de la LDCG, en relación con el art. 307 de la LDCG), y el notario o el operador postal (notificación vía correo certificado con acuse de recibo, art. 202.II del RN) no pudiese entregarla en el domicilio correspondiente, sin ser a causa de la resistencia del receptor, podría entenderse que no se ha podido realizar la notificación, lo que supondría que la partición nunca adquirirá eficacia o, por el contrario, interpretar que no es preciso que la notificación llegue a manos de su destinatario, considerando suficiente que la misma haya ingresado en su círculo de intereses.

Con la notificación de la protocolización la partición desplegará plenos efectos, con las siguientes consecuencias (arts. 1068 y siguientes del CC): el fin a la comunidad hereditaria y cesará la situación de indivisión, la atribución a los partícipes de la propiedad exclusiva de los bienes o derechos adjudicados, con el correspondiente derecho a tomar posesión de los mismos, la entrega de los títulos de adquisición o pertenencia, la eficacia de la entrega de los legados y del pago de las legítimas, así como el resto de operaciones complementarias.

Por otra parte, nada obsta que una partición eficaz y válida pueda ser objeto de impugnación. En el caso de que la partición fuese aprobada por la mayoría cualificada de tres cuartas partes del haber hereditario a la que se refiere el art. 304 de la LDCG, solo se podrá impugnar la división si la causa de impugnación no fuese conocida en el momento de prestar el consentimiento. El plazo para el ejercicio de la acción de impugnación empezará a contar a partir de la fecha en la que se hubiese practicado la notificación del art. 307 de la LDCG, dado que este es el momento en que la partición adquiere plena eficacia⁹².

⁹¹ COLINA GAREA, R. “Reglas procedimentales”, cit., pp. 200-201.

⁹² LOURO GARCÍA, M.I y VIDAL RODRÍGUEZ, M.A. “Comentario a los arts. 294 a 308 LDCG, cit., p. 1257.

4. Consecuencias jurídicas derivadas de la ausencia de notificación

Para la validez de la partición es necesaria la observancia de los requisitos generales de legalidad y de las formalidades previstas en los arts. 296 y siguientes de la LDCG. Sin embargo, para la eficacia de la partición es preciso realizar la pertinente notificación de la protocolización, operando este trámite como una *conditio iuris* de naturaleza complementaria y suspensiva⁹³.

Si la notificación no tuviese lugar, y teniendo presente que el art. 307 de la LDCG obliga al notario a notificar la protocolización a quienes no hayan comparecido a la misma, el fedatario público podría incurrir en una responsabilidad civil personal por contravención de una obligación legal, si se consigue acreditar que la falta de eficacia de la partición produjese una lesión patrimonial a cualquier partícipe o interesado, siempre y cuando el notario hubiese adoptado una actitud pasiva ante el deber de notificar, pero no cuando éste hubiese intentado notificar y la notificación no se haya efectuado debido a circunstancias ajenas a su voluntad⁹⁴.

XIII. LA ADMINISTRACIÓN DEL CUPO ADJUDICADO AL AUSENTE DE HECHO

1. Ámbito de aplicación del art. 308 de la LDCG

Prescribe el art. 308 de la LDCG: “El quiñón adjudicado al partícipe que por ausencia de hecho no tuviera domicilio conocido será administrado por el viudo del causante que, interesado en la partición, fuera ascendiente del adjudicatario. En su defecto o por renuncia, el quiñón será administrado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 49 de la presente ley⁹⁵”. En vista de que el artículo se refiere a los ausentes de hecho, quedan excluidos de su ámbito de aplicación los partícipes declarados en ausencia legal en el momento de adjudicación de los lotes⁹⁶.

Con lo cual, existen dos tipos de régimen. Por un lado, si estuviésemos ante una situación de ausencia de hecho o no declarada serían aplicables las disposiciones previstas en el art. 308 de la LDCG, regulación específica de las disposiciones recogidas en los arts. 46 y siguientes del mismo texto legal. Por otro lado, cuando existe una declaración legal de ausencia, habrá que atenerse a la regulación general del CC, concretamente a los artículos 191 y 192.

Entre que se produce la adjudicación y concluye la ausencia de hecho, los bienes adjudicados permanecen en un régimen de administración transitorio con la finalidad de

⁹³ GUTIÉRREZ ALLER, V. *Réxime económico-familiar*, cit., p. 142.

⁹⁴ MÉNDEZ APENELA, E. “Comentario al art. 166 LDCG”, cit., p. 295. LETE ACHIRICA, J. “Comentario al art. 166 LDCG”, cit., p. 1364. GUTIÉRREZ ALLER, V. *Réxime económico-familiar*, cit., p. 142. COLINA GAREA, R. “Reglas procedimentales”, cit., p. 203.

⁹⁵ Sin embargo, este reenvío al art. 49 de la LDCG no está realizado correctamente, ya que el art. 49 de la LDCG nada determina sobre a quién le corresponde la administración de los bienes del ausente de hecho (recogido en el art. 48 de la LDCG), sino que simplemente habla de los derechos y obligaciones del representante.

⁹⁶ ZULUETA DE HAZ, A. “De las partijas”, cit., p. 394.

administrar y conservar los bienes pues, aunque el adjudicatario se encuentra identificado, debido a su condición de ausente no puede tomar posesión de los bienes ni tiene nombrado un representante legal, lo que podría derivar en la pérdida o deterioro de los mismos⁹⁷.

Este es un régimen de administración previsto para la partición promovida por acuerdo mayoritario y para los bienes y derechos que forman parte del lote adjudicado al ausente de hecho, independiente de las disposiciones de los arts. 46 a 50 de la LDCG, que regulan de forma general la administración del patrimonio de la persona en situación de ausencia no declarada legalmente⁹⁸.

2. Determinación de los sujetos llamados a la administración

La administración del cupo del ausente corresponde, en primer lugar, al cónyuge viudo del causante, cuando éste tuviese interés -directo o mediato- en la partición y fuera ascendiente del adjudicatario (art. 308 de la LDCG), al contrario que el art. 167 de la Ley de 1995, que exigía que el cónyuge viudo y ascendiente fuese partícipe de la herencia. El viudo del causante y ascendiente del ausente de hecho también está legitimado para administrar el lote cuando solo haya sido llamado a percibir la cuota legal usufructuaria (arts. 253 y siguientes de la LDCG). La aceptación del cargo es potestativa para el cónyuge viudo, aunque aceptado el cargo, no podrá renunciar al mismo, salvo fallecimiento, incapacidad o imposibilidad sobrevenida⁹⁹.

Pese a que la voluntariedad del cargo se recoge explícitamente en el art. 308 de la LDCG, un sector minoritario de la doctrina considera que la tarea encomendada al cónyuge viudo es de cumplimiento obligatorio, basándose en los siguientes argumentos¹⁰⁰:

- a) La renuncia podría limitarse a los casos en los que la asunción del cargo sea excesivamente gravosa.
- b) La remisión que hace el precepto al art. 49 de la LDCG, tendente al cumplimiento de las obligaciones del cargo.
- c) La relación entre la administración del cupo y la persona vinculada familiarmente con el ausente, sin que los herederos puedan organizar la administración del cupo del ausente adjudicatario, como recogía la anterior normativa de 1995.

Dicho lo que antecede, lo más adecuado parece seguir las reglas de la regulación específica recogida en el art. 308 de la LDCG, cuya dicción avala la renuncia del cónyuge viudo al cargo de administrador del cupo del ausente de hecho.

En segundo lugar, en defecto de cónyuge viudo o, existiendo cónyuge viudo, no cumpla los requisitos del art. 308 de la LDCG, o éste renuncie al cargo, el cupo será administrado conforme lo establecido al art. 48 del citado cuerpo legal -el artículo 308 redirige al art. 49, mas esta remisión está mal hecha-, por lo que la administración del cupo adjudicado

⁹⁷ COLINA GAREA, R. “De la partición por los herederos”, cit., p. 1352.

⁹⁸ LETE ACHIRICA, J. “Comentario a los arts. 167 y 168 LDCG”, cit., p. 1365. MÉNDEZ APENELA, E. “Comentario al art. 167 LDCG”, cit., p. 296.

⁹⁹ COLINA GAREA, R. “De la partición por los herederos”, cit., p. 1353.

¹⁰⁰ LOURO GARCÍA, M. I. y VIDAL RODRÍGUEZ, M.A. “Comentarios a los arts. 294 a 308 LDCG”, cit., pp. 1260-1262.

corresponderá al cónyuge del ausente, siempre que no estuviese separado legalmente o de hecho. En contraposición, a diferencia de lo que ocurre con el cónyuge viudo del causante, el cónyuge del ausente adjudicatario no puede renunciar el cargo, salvo que inste la declaración legal de ausencia, puesto que dejaría de aplicarse el art. 308 de la LDCG para aplicarse el régimen general de los arts. 46 a 50 de la LDCG.

En tercer lugar, en caso de que el ausente no tuviese cónyuge, o el cónyuge estuviese separado legalmente o, de hecho, o -sobrevinidamente- se hubiese separado, o el cónyuge hubiese iniciado la declaración legal de ausencia, o en caso de fallecimiento, imposibilidad o renuncia del cargo, el descendiente del ausente mayor de edad se encargaría de administrar el cupo adjudicado. En el caso de que hubiese varios descendientes mayores de dieciocho años, se utilizará como criterio de prelación la edad de éstos, teniendo preferencia el de mayor edad. Tampoco éstos pueden renunciar al cargo, pero sí pueden dispensarse del cargo iniciando la correspondiente declaración legal de ausencia. Además, los descendientes pueden eximirse de su obligación por fallecimiento, incapacidad o imposibilidad para ejercer su cargo, desplazándose esta obligación al descendiente inmediatamente más joven que el anterior.

En cuarto lugar, si el ausente no tuviese descendientes mayores de edad, o hubiese sobrevenido su fallecimiento, incapacidad o imposibilidad para ejercer el cargo, se encargará de la administración del cupo adjudicado a sus ascendientes, teniendo prevalencia el de menor edad. Del mismo modo, los descendientes tampoco pueden renunciar al cargo de administrador, aunque pueden eximirse del mismo promoviendo la declaración legal de ausencia, o por causa de fallecimiento, imposibilidad o incapacidad sobrevenida para asumir el cargo.

Ya que la LDCG no contempla cuando se ha de designar al administrador del cupo adjudicado al ausente, siguiendo las disposiciones previstas en la Ley autonómica para la partición por mayoría, lo más adecuado parece nombrar al administrador tras la práctica de la notificación de la protocolización de la división a los interesados no comparecientes en el acto, pues es en ese momento cuando la partición adquiere plenos efectos. Pero también hay que tener en cuenta que es de obligado cumplimiento emplear escritura pública para formalizar las operaciones particionales (art. 306 de la LDCG), la cual podría aprovecharse para efectuar declaraciones de voluntad, con lo que existe la posibilidad de designar el administrador en ese mismo acto, cuya eficacia dependería de la correspondiente notificación de la formalización de la partición¹⁰¹.

3. Extensión objetiva de las facultades de administración

El objeto de la administración, como indica el art. 308 de la LDCG, se refiere al “quiñón adjudicado al partícipe”. La referencia que hace el art. 308 de la LDCG a la administración del quiñón adjudicado ha de entenderse no solo a los bienes y derechos del cupo sino a todos los bienes recibidos de la partición, por cualquier título¹⁰².

¹⁰¹ COLINA GAREA, R. “De la partición por los herederos”, cit., p. 1353.

¹⁰² MÉNDEZ APENELA, E. “Comentario al art. 167 LDCG”, cit., p. 298. ZULUETA DE HAZ, A. “De las partijas”, cit., p. 394. LETE ACHIRICA, J. “Comentario a los arts. 167 y 168 LDCG”, cit., p. 1366. LOURO GARCÍA, M.I. y VIDAL RODRÍGUEZ, M.A. “Comentario a los arts. 294 a 308 LDCG, cit., p. 1260.

Lógicamente, esta situación de administración no abarca la totalidad del patrimonio del ausente, excluyéndose el resto del patrimonio del ausente, dado que para los bienes y derechos que no hubiese recibido de la partición opera el régimen general de los arts. 46 a 50 de la LDCG.

4. Contenido de la administración. Facultades y obligaciones del administrador

El cargo de administración del quión adjudicado tiene una doble vertiente, se trata de un deber para el administrador, pero el cargo también de confiere una serie de facultades para ejercitarlo, todo ello durante la situación de ausencia del adjudicatario. A grandes rasgos, el administrador ha de desplegar sus funciones en los actos de administración ordinaria, sin más derechos que los del mandatario y la retribución que le otorga el art. 50 de la LDCG. A continuación, se desarrollarán las cuestiones que suscitan estos planteamientos¹⁰³.

Como se ha mencionado, el administrador tiene derecho a ejercitar los poderes que, derivados de su cargo, se le han conferido. Pero también es su obligación ejercitarlos en aras de la conservación de los bienes que comprenden el cupo administrado. Por ello, el cargo de administrador es personalísimo e indelegable, aunque pueda recabar la ayuda y el asesoramiento de terceros.

Por otra parte, la actuación deberá estar orientada por el principio de buena fe, el cual le obliga a utilizar los derechos que le otorga el cargo para satisfacer los intereses del adjudicatario ausente de hecho. Asimismo, al administrador tiene la obligación de actuar con la diligencia debida pues, de lo contrario, será responsable de los daños y perjuicios causados a los bienes y derechos custodiados integrantes del correspondiente cupo, cuando concurra culpa o negligencia.

Esta situación de administrador es provisional, cuya vigencia se circunscribe a la situación de ausencia de hecho del adjudicatario, ya que el fin de este régimen es la custodia y conservación de los hechos para que se puedan poner a disposición de la persona a la que le pertenezcan.

Mientras que los actos de disposición quedan fuera del alcance del cargo, el administrador se encuentra legitimado para desempeñar todos los actos de conservación necesarios para proteger la integridad de los bienes y derechos y evitar la pérdida o desmejoramiento de estos. Además, el administrador también está legitimado para extraer los rendimientos de los bienes y derechos del cupo.

Como se ha adelantado, la administración provisional de los bienes se encuentra limitada por la situación de ausencia de hecho del adjudicatario, si bien el administrador se encuentra facultado para aquellos actos de custodia de carácter urgente acaecidos mientras el ausente o la persona a la que le corresponden esos bienes no recuperen los mismos, con la finalidad de evitar un perjuicio al cupo adjudicado¹⁰⁴.

¹⁰³ COLINA GAREA, R. "De la partición por los herederos", cit., pp. 1355-1357.

¹⁰⁴ LOURO GARCÍA, M.I. y VIDAL RODRÍGUEZ, M.A. "Comentarios a los arts. 294 a 308 LDCG", cit. 1262.

5. Extinción de la situación de administración

La situación de administración se extingue por las siguientes causas:

- a) Aparición del ausente de hecho, tras la cual el ausente tomará posesión de los bienes objeto del cupo adjudicado objeto de administración.
- b) Muerte o declaración de fallecimiento del ausente de hecho. En ambos casos se procederá a la apertura de la sucesión, que comprenderá los bienes y derechos del cupo administrado (arts. 657 y 196.I del CC).
- c) Declaración legal de ausencia, pues el ausente deja de ser de hecho. En este supuesto, el representante legal del ausente se encargará de administrar el cupo adjudicado junto con el resto de su patrimonio (arts. 181 y siguientes del CC).

Por último, una vez que haya cesado su cargo, el administrador deberá rendir cuentas de su gestión ante el adjudicatario, sus herederos o su representante legal, dependiendo de la causa de extinción de la situación de administración¹⁰⁵.

XIV. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Con la LDCG de 2006 (arts. 295 y siguientes) se implantó una partición promovida por los partícipes de la herencia, que los legitima para incoar la división ante notario, la cual será realizada por un contador-partidor propuestos por los partícipes de la herencia -promovientes o no- y no por ellos mismos, como consentía la Ley de 1995.

SEGUNDA.- Por mucho que este tipo particional se ubique en el citado cuerpo legal bajo el epígrafe “De la partición por herederos”, la partición no será llevada a cabo por los herederos o los partícipes, que simplemente se limitarán a promover la partición, sino por el contador-partidor.

TERCERA.- Para que se pueda promover la partición de la mayoría, resulta indispensable que los partícipes representen una cuota mayor a la mitad del haber partible de la herencia, entendiéndose por tal, la cantidad resultante de añadir el valor de los bienes transmitidos al causante a título lucrativo, incluyendo los dados en apartación. En consecuencia, lo que se necesita es una mayoría económica. Este requisito se encuentra reforzado por la exigencia de una pluralidad de sujetos pues, como mínimo dos, tienen que ser los partícipes que han de integrar dicha mayoría.

CUARTA.- En esta regulación se toma como referencia un concepto amplio de partícipe, estando legitimado para iniciar este tipo particional cualquier persona que ostente una cuota abstracta o parte ideal en la herencia, sin que sea necesario que posea la condición de heredero, con lo que se encuentran excluidos de esta categoría los herederos o legatarios instituidos en cosa cierta. Incluso puede darse la situación de que el sujeto tenga la condición de heredero o legatario, pero, como ha sido instituido en cosa cierta, no está legitimado para integrar la mayoría promovente de la partición.

¹⁰⁵ COLINA GAREA, R. “De la partición por los herederos”, cit., p. 1357.

QUINTA.- También podrán beneficiarse del procedimiento de la partición por mayoría, incluso en calidad de promoventes, los incapacitados y menores no emancipados, por medio de sus representantes legales, extremo en el que se opone a la Ley de 1995, pues ésta excluida a dichos sujetos. Con relación al menor emancipado, éste también podrá integrar la mayoría promovente de la división, aunque podría hacerlo por sí solo, sin precisar de representación alguna.

SEXTA.- Asimismo, es preciso observar una serie de requisitos objetivos: que el testador no haya efectuado la partición, que el testador no haya encomendado a un contador-partidor efectuar la partición y, aunque la LDCG no lo establezca, que el testador no haya ordenado que se mantenga la situación de indivisión y que los coherederos no hayan acordado unánimemente mantener la división de la herencia durante un tiempo determinado.

SÉPTIMA.- En contraste con la normativa derogada, la LDCG de 1995 (arts. 165 y siguientes), en la actual Ley autonómica se ha querido seguir un sistema análogo al de la partición por contador-partidor dativo recogido en el art. 1057.II del CC, para dotar de un mayor tenor formal a esta clase de partición, incidiendo en trámites como la instancia de la partición, las citaciones a los partícipes e interesados en la partición, el nombramiento del contador-partidor, la protocolización de la partición, la notificación de la protocolización, actos que se encuentran amparados por la fe notarial, constituyéndose el notario como una figura de control en todas las fases del procedimiento.

OCTAVA.- La normativa derogada nada aclaraba sobre la utilización del término heredero, no se pronunciaba sobre la facultad del contador-partidor para liquidar el régimen económico-matrimonial ni se regulaba la manera de efectuar las citaciones a partícipes e interesados, principales problemas que comprometían la operatividad de la partición realizada por este cauce y que ahora resuelve la actual Ley gallega.

NOVENA.- La naturaleza jurídica de la partición promovida notarialmente por la mayoría económica de la herencia guarda bastantes similitudes con la partición por contador-partidor dativo del art. 1057.II del CC, sobre todo tras la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que supone la asunción por el Notario o el LAJ de funciones tradicionalmente judiciales y, que se traduce en el procedimiento que nos interesa, en la supresión de la intervención judicial en la partición por contador-partidor dativo.

DÉCIMA.- No obstante lo anterior, existen notables diferencias entre la partición del art. 295 de la LDCG y la partición del art. 1057.II del CC en la naturaleza del procedimiento, en la legitimación para promover la división, en la intervención de los partícipes en el procedimiento particional y en el modo de designación del contador-partidor.

DECIMOPRIMERA.- En lo referente al procedimiento particional en sí, el mismo ha de estar presidido por el respeto a las disposiciones del causante o, en su defecto, en las normas de la sucesión legal, y el comisario, en su actuación, deberá limitarse a contar y partir la herencia, sin poder rebasar la barrera de lo estrictamente particional, estando fuera de esa barrera los actos dispositivos, traslativos y de enajenación.

DECIMOSEGUNDA.- La iniciación del procedimiento deberá ser notificada a los partícipes no promoventes y a los interesados mediante acta notarial, si éstos tuviesen domicilio en España, o mediante acta de remisión si residiesen en el extranjero. En caso de que estas personas estuviesen en paradero ignorado se podrá acudir a la publicación de edictos. Si sobrevenidamente tiene lugar la incoación de la partición judicial de la herencia, la misma también tendrá que ser notificada a estos sujetos en plazo y de forma fehaciente, de lo contrario, la partición de la mayoría adquirirá plenos efectos.

DECIMOTERCERA.- Para la realización del encargo particional, la LDCG no ha fijado plazo alguno, aplicándose analógicamente las normas del albaceazgo, según las cuales el plazo sería de un año, sin perjuicio de que se estipule un plazo diferente.

DECIMOCUARTA.- El contador primeramente liquidará la sociedad de gananciales en compañía del cónyuge viudo, y luego efectuará las operaciones particionales típicas (inventario, avalúo, liquidación y adjudicación de los cupos), así como las operaciones complementarias o intermedias (la entrega de legados, el pago de las legítimas, la colación, o las adjudicaciones para el pago de deudas hereditarias).

DECIMOQUINTA.- En la formación de los cupos, el principio de igualdad cualitativa será imperativo para el contador, aunque dicho principio no será de aplicación de forma matemática o absoluta, sino que se procurará la igualdad cuando sea posible. Si habiendo cuotas iguales, o habiendo cuotas desiguales, se consiguiesen elaborar lotes homogéneos, los mismos se adjudicarán a través de sorteo. Si no se pudiesen formar lotes homogéneos, el contador realizará un proyecto de partición, que deberá ser aprobado por las tres cuartas partes del haber partible, sin necesidad de que lo apoye una pluralidad de personas esta vez, bastando con que lo haga una persona.

DECIMOSEXTA.- El procedimiento concluirá con la protocolización notarial de las operaciones particionales y con la correspondiente notificación mediante escritura pública a los partícipes e interesados que no hubiesen intervenido en la misma. Si bien es cierto que la protocolización es un acto jurídico válido, no será hasta la preceptiva notificación cuando la partición despliegue plenos efectos y ponga fin a la situación de indivisión de la herencia. Aquí se resuelve un punto problemático de la legislación derogada, pues esta Ley disponía que la partición adquiriría plena eficacia en el momento de la protocolización.

DECIMOSEPTIMA.- En lo que respecta a la regulación de la partición de la mayoría en materia de la administración del cupo del ausente, la misma no se refiere al ausente declarado legalmente, al que se le aplica el régimen general de la LDCG, sino al ausente de hecho. Con lo cual, el cargo de administrador del quiñón adjudicado al ausente será asumido por el cónyuge viudo del causante, siempre y cuando tuviese un interés en la partición y fuese ascendiente del adjudicatario. En su defecto o renuncia, el cargo podrá ser asumido por el cónyuge del ausente no separado legalmente o de hecho, los descendientes mayores de edad del ausente y los ascendientes del ausente, en este orden.

XV. BIBLIOGRAFÍA

BUSTO LAGO, J.M.:

- “Aspectos sustantivos de las operaciones particionales de la herencia”, en AA.VV *La división judicial de patrimonios. Aspectos sustantivos y procesales*. J.L. Seoane Spiegelberg (Dir.), Ed. CGPJ. Madrid 2004.
- “Derecho de sucesiones V: la partición de la herencia”, en AA.VV, *Curso de derecho civil de Galicia*. J.M. Busto (Dir.). Ed. Atelier, Barcelona 2015.

COLINA GAREA, R.:

- *La “partija” entre coherederos que representen la mayoría económica de la herencia (análisis de los artículos 165 y 166 de la Ley de Derecho Civil de Galicia)*. Ed. Tórculo. Santiago de Compostela 2000.
- “De la partición por los herederos”, en AA.VV *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia: Ley 2/2006, de 14 de junio*. A.L. Rebolledo (Coord.). Ed. Thomson Aranzadi. Pamplona 2008.
- “Reglas procedimentales para la práctica de la partición promovida notarialmente por la mayoría económica en la herencia según la Ley de Derecho Civil de Galicia”, *Foro galego: revista xurídica*, núm. 200, 2010.

FERNÁNDEZ EGEA, M.A. “Aplicación de la partición del art. 1057 CC al régimen sucesorio gallego”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 107, 2018.

FERNÁNDEZ HIERRO, J.M. *La partición*, Ed. Comares, Granada 2009.

GONZÁLEZ ACEBES, B. *El contador-partidor dativo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2005.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. “La partición de la herencia (I)”, en AA.VV *Curso de Derecho Civil (IV) derechos de familia y sucesiones*. F.J. Sánchez Calero (Coord.). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

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

LACRUZ BERDEJO, J.L.:

- *Elementos de Derecho civil*. Tomo V, nueva edición, revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albasa. Ed. Dykinson. Madrid 2001.
- *Elementos de Derecho civil*. Tomo V: sucesiones. Ed. Dykinson. Madrid 2009.

LASARTE, C. *Derecho de sucesiones. Principios de derecho civil VII*. Ed. Marcial Pons. Madrid 2019.

LETE ACHIRICA, J. “Comentario art. 165 LDCG”, en AA.VV *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. T. XXXII, Vol. II. Ed. Edersa. Madrid 1997.

LOURO GARCÍA, M. I. y VIDAL RODRÍGUEZ, M.A. “Comentario a los arts. 294 a 308 LDCG”, en AA.VV. *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia. Comentario a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio*. Vol. II. Ed. Colegio Notarial de Galicia y Colegios Notariales de España, Madrid 2007.

MÉNDEZ 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.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho civil tomo V Derecho de sucesiones*, Ed. Ramón Areces. Madrid 2012.

POUS DE LA FLOR, M.P. *La partición de la herencia*. I. García (Coord.). Ed. Juruá. Lisboa 2016.

PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. III, Ed. Bosch, Barcelona 1983.

RUBIO GARRIDO, T. *La partición de la herencia*. Ed. Thomson Reuters. Cizur Menor 2017.

SEOANE SPIEGELBERG, J.L. *La partición de la herencia en el Derecho gallego*. Ed. AGJyL. A Coruña 2009.

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.

XVI. JURISPRUDENCIA

STS núm. 994/2002, de 22 de octubre (RJ 2002\8970)

STS núm. 1093/2006, de 7 noviembre (RJ 2006\9165)

STS núm. 1014/2008, de 4 de noviembre (RJ 2008\5891)

STS núm. 561/2011, de 19 de julio (RJ 2011\5225)

STS núm. 323/2014, de 6 de junio (RJ 2014\3127)

STSJG núm. 22/2004, de 30 de junio (RJ 2005\5281)

STSJG núm. 40/2006, de 7 de diciembre (RJ 2007\3629)

STSJG núm. 3/2007, de 15 de febrero (RJ 2007\3633)

STSJG núm. 5/2019, de 6 de febrero (RJ 2019\787)

SAP de A Coruña núm. 347/2018, de 2 de noviembre (AC 2018\1689)