



FACULTAD DE DERECHO

La partición de la herencia desde la óptica notarial

Autor: Plácido Barrios Manrique de Lara

5º E-3A

Área de Derecho Civil

Tutor: M^a de los Reyes Corripio Gil-Delgado

Madrid

Abril de 2018

Resumen

El presente trabajo aborda el cambio introducido a partir de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria en virtud de la cual el Notario ha pasado a tener un papel relevante en

determinadas materias de Derecho Sucesorio. Por ello, el Notario ha asumido importantes funciones tanto en la aceptación como en la partición de herencia, sustituyendo así a los Jueces los cuales estaban ejerciendo funciones en las que su intervención no era necesaria. En concreto, se le encomiendan dos funciones principales (i)compeler al llamado a heredar a que acepte la herencia en un plazo de 30 días y (ii)nombrar a un contador-partidor que se encargue de la partición de la herencia en caso de no existir acuerdo entre los coherederos respecto de la misma.

Esta cesión de facultades es positiva en tanto que agiliza los trámites, reduce el colapso judicial existente y se le dota de seguridad jurídica al acto al ser el Notario quien lleve a cabo la misma. Sin embargo, se ha de tener especial cautela con las facultades que se ceden a los Notarios puesto que no se puede llegar al extremo de "judicializar" la profesión del Notario; siendo necesario recordar que la función jurisdiccional esta reservada a los jueces y tribunales, de acuerdo con el artículo 117.3 de la Constitución Española.

Palabras clave: Notario, jurisdicción voluntaria, herencia, aceptación, partición.

Abstract

This paper will analyse the changes introduced by “Ley de la Jurisdicción Voluntaria” according to which the Notary has gained certain powers regarding some Inheritance

Law issues. Therefore, the Notary has recently assumed key functions not only in the acceptance but also in the division of the inheritance. By doing so, the Notary takes somehow the role of the judge as they –the judges- were performing actions not really necessary. More specifically, Notaries will be entrusted with two main duties: (i) compelling the heir to accept the inheritance in a 30 days' term and (ii) name a person, the “contador-partidor”, in order him to divide the inheritance in case there is no agreement between the co-heirs.

This faculties' transfer seems to be positive as it speeds up the formalities, reduce the current judicial slowness and give some legal security to the whole process as the Notary is the one controlling it. However, it is needed to be cautious about which faculties are given to the Notaries as they are neither judges nor have a judicial duty. Having said that, it is necessary to remember that judicial duties are reserved to judges and courts, according to section 117.3 of the Spanish Constitution.

Keywords: Public Notary, voluntary jurisdiction, inheritance, acceptance, division.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1. Introducción.....	1
1.1 Contextualización del tema	1
1.2 Justificación del tema.	2
1.3 Metodología y estructura del trabajo.....	3
2. La apuesta del legislador por la jurisdicción voluntaria.....	5
2.1 Consideraciones generales de la jurisdicción voluntaria	5
2.2 El proceso de desjudicialización de la jurisdicción voluntaria	6
2.3 La importancia del Notario, en concreto, en relación con la herencia.....	8
3. La <i>interpellatio in iure</i>	11
3.1 Concepto de <i>interpellatio in iure</i>	11
3.2 Regulación anterior a la modificación de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.....	12
3.3 Modificación de la <i>interpellatio in iure</i> tras la Ley de la Jurisdicción Voluntaria	15
4. Mecanismos para evitar la negación al otorgamiento de la partición.....	18
4.1. La comunidad hereditaria y la posterior partición de la herencia	18
4.2 El papel del Notario en la partición de herencia: El nombramiento del contador-partidor dativo.	23
4.3 El papel del Notario en la partición de herencia: La aprobación de la partición realizada por el contador-partidor.....	29
5. El tratamiento de la cuestión en los distintos derechos forales.....	33
6. Conclusiones.....	36
7. Bibliografía.	39
7.1. Legislación.....	39
7.2. Jurisprudencia.	39
7.3 Obras doctrinales.....	40

1.Introducción.

1.1 Contextualización del tema

A partir de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se produce un giro en nuestro ordenamiento jurídico en tanto que la jurisdicción voluntaria a nivel estatal deja de estar regulada en distintos cuerpos legales como lo había estado hasta ahora. Para ello, se realiza la figura del Notario teniendo que ejercer distintas funciones de jurisdicción voluntaria, sustituyendo así a los jueces en determinadas tareas en las que su intervención no era necesaria. Antes de ahondar en cómo afecta esta nueva norma a la aceptación y partición de la herencia, se va a realizar una explicación de la finalidad que ha tenido el legislador con esta reforma puesto que ha sido un gran cambio para el sistema español, liberando, de esta manera, a los jueces de la excesiva carga de trabajo con la venían encontrándose.

En materia de Derecho Sucesorio, existen diversas situaciones en virtud de las cuales se genera una parálisis en la partición de herencia, generando numerosos problemas, en primer término, para los distintos coherederos y, en segundo término, para el resto de interesados en la partición la misma. En concreto, se pretenden estudiar cuáles han sido los principales cambios en dos de los supuestos más controvertidos: la negativa a aceptar la herencia de forma expresa o tácita, así como la negativa a la partición de la herencia una vez formada la comunidad hereditaria. Ambas situaciones generan diversos problemas tanto en el ámbito personal, en tanto que, en la mayor parte de los casos, lo que la familia pretende es una solución ágil dada la dura situación que genera la pérdida de un ser querido, así como desde el punto de vista económico, en tanto que la situación de bloqueo inmoviliza a todos los coherederos, no pudiendo recibir los bienes hereditarios que le pertenezcan; además, no se puede olvidar la exigencia de la Hacienda Pública para efectuar el pago del Impuesto de Sucesiones, siendo este, de acuerdo con el artículo 67 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones¹, de 6 meses en caso de tratarse de adquisiciones por causa de muerte.

¹ Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Estas situaciones de bloqueo han de encontrar una solución dentro de la legislación española, la cual ha de proveer una solución eficaz y operativa, dejando atrás las ambigüedades existentes en el Código Civil² de 1889.

En primer lugar, se hace referencia a una solución eficaz y operativa puesto que, como se expondrá, han de evitarse las obsoletas fórmulas expuestas por el Código Civil puesto que con anterioridad, para el desbloqueo de dichas situaciones era necesario acudir a la vía judicial; hecho que resulta contradictorio a la tendencia actual de búsqueda de soluciones alternativas, las cuales reducen en tiempo la solución al problema.

Igualmente, se ha querido hacer referencia a las distintas ambigüedades ya que, durante décadas, las soluciones dadas por dicho Código han sido difusas y poco claras, buscándose distintas interpretaciones por parte de la doctrina para dar solución a las mismas, como se expondrá a lo largo del trabajo.

Otra de las cuestiones a estudiar en este trabajo es incluir un estudio de cómo las legislaciones forales resuelven dicho problema y ver si realmente dichas legislaciones ya venían incluyendo tales posibilidades o si, por el contrario, siguen optando por la intervención del juez en dichas situaciones.

Por tanto, se ha de indicar que en estos momentos se está apostando por lograr la agilidad del sistema intentando así superar de forma rápida y eficaz tales situaciones de bloqueo relacionadas con la herencia. Para ello, tal y como se expondrá, el Notario parece ser una figura adecuada para agilizar tales trámites ya que, de esta manera, no se tendrá que acudir a los Jueces para llevar a cabo este tipo de acciones, evitando así el colapso existente en el sistema judicial español.

1.2 Justificación del tema.

Como se ha indicado anteriormente, se está ante un momento de cambio dentro de la jurisdicción voluntaria por lo que será necesario conocer cuál es la forma en la que se han insertado dichos cambios, teniendo en cuenta que el procedimiento cambia sustancialmente puesto que es ahora el Notario el que asume dichas competencias. En este sentido, sería oportuno conocer lo establecido en la regulación notarial en todo lo

² Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

referido al procedimiento, la cual ha de sustituir al procedimiento establecido en las normas civiles. Sin embargo, como se indicará posteriormente, esta regulación ha sido insuficiente en tanto que el legislador se ha olvidado de regular determinados aspectos esenciales, en especial en lo referido a la regulación de la figura del contador-partidor dativo.

Por otro lado, también tiene sentido conocer esta nueva legislación para saber si realmente la misma es eficaz para resolver dichos problemas en el ámbito sucesorio ya que, con anterioridad a dicha Ley, existían ciertas carencias en la misma, teniendo que recurrir a las interpretaciones doctrinales para resolverlo. Sin embargo, en algunos aspectos la nueva regulación sigue pareciendo escasa, por tanto, se podría indicar que el legislador no ha utilizado tal oportunidad para resolver todas estas cuestiones dejando aún algunas incorrecciones, principalmente en lo referido a la regulación de la *interpellatio in iure*.

Por último, es vital el desarrollo en esta materia debido a la alta litigiosidad existente en el momento de la partición de la herencia y esta figura de recurrir al Notario para que nombre un contador-partidor dativo, puede servir para reducir el número de particiones judiciales, lo que ayudaría también a reducir el colapso judicial existente. Además, de esta manera se estarían potenciando mecanismos alternativos para resolver conflictos, cumpliendo así una de las finalidades que más persigue el legislador en este tiempo.

1.3 Metodología y estructura del trabajo

En lo que se refiere a la metodología del trabajo, hay que indicar que se ha empleado un metodología descriptiva con el objetivo de mostrar el cambio que se ha producido en la legislación como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

En cuanto a la estructura, se han diferenciado cuatro apartados principales. Primeramente, se ha decidido explicar lo que se entiende por jurisdicción voluntaria, así como el motivo por el cual se ha dotado de mayor relevancia a la figura del Notario en la misma. Posteriormente, se ha estudiado el cambio legislativo que se ha producido tanto en la figura de la *interpellatio in iure*, así como en el nombramiento del contador-partidor dativo. Por último, se ha indicado cómo ha afectado esta nueva ley a nivel

autonómico, teniendo en cuenta que las Comunidades Autónomas cuentan con competencias para regular materias de Derecho Civil.

2. La apuesta del legislador por la jurisdicción voluntaria

2.1 Consideraciones generales de la jurisdicción voluntaria

Es cierto que con anterioridad a la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, existían en España distintas regulaciones dispersas acerca de la misma, lo que hacía que la doctrina definiese la misma con anterioridad a dicha Ley de la siguiente manera: *"aquella actividad no contenciosa atribuida ex lege a un órgano judicial en garantía de derechos con la finalidad de satisfacer los intereses jurídicos de los particulares, precisamente para la protección, con el debido "desinterés objetivo", de intereses preferentemente públicos como son la certeza de las relaciones jurídicas, la verificación de las condiciones exigidas legalmente o la tutela de las personas."*³

La jurisdicción voluntaria ha entrado de lleno en el ordenamiento jurídico español tras la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria; siendo, en la propia Ley, donde se establece el concepto de jurisdicción voluntaria, en concreto, en el artículo 1.2 de dicha Ley⁴: *"se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso."* En este sentido, se podría acudir a lo ya establecido por la Dirección General de los Registros y del Notariado en el año 1985⁵, donde se indicaba que lo característico de la jurisdicción voluntaria es la ausencia de jurisdicción, ejerciendo determinados órganos, que podrían ser judiciales o no, una serie de funciones administrativas del Derecho en aras de tutelar el orden jurídico a través de la creación, aseguramiento y alteración de estados y relaciones jurídicas.

Sin embargo, antes de ahondar en cuál es la finalidad de la jurisdicción voluntaria, es necesario hacer referencia a que diferencia existe entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa, puesto que el legislador no ha querido establecer de una manera clara la distinción entre una y otra. Para ello, se puede acudir a lo establecido por diversos autores de la doctrina, los cuales hacen una distinción clara de la misma basándose

3 LIÉBANA ORTIZ, J.R., *Hacia una teoría de la Jurisdicción Voluntaria*, Práctica de Tribunales, nº95, Sección Tribuna Libre, Julio-Agosto 2012, pág. 24.

⁴ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

⁵ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 8 de mayo de 1995.

principalmente en que el eje de la distinción entre ambas se encuentra en el conflicto de intereses en tanto que en el caso de la jurisdicción voluntaria, se está ante un conflicto de intereses potencial, puesto que aún no existe el conflicto, buscándose la manera de evitarlo, mientras que, en el caso de la jurisdicción contenciosa, se está ante un conflicto de intereses actual en donde la contienda ya existe, siendo necesaria la búsqueda de una solución⁶. También, otra diferencia que se ha alegado entre la jurisdicción contenciosa y voluntaria es que esta última suele caracterizarse por la simpleza de la materia a tratar puesto que en caso de la jurisdicción voluntaria se acude a la intervención judicial en aras de garantizar un derecho y en el caso en que se acuda a dicha intervención para tratar alguna cuestión que sea dudosa o de la que se necesite un pronunciamiento previo, se estaría, de manera implícita, dando respuesta a cuestiones que indirectamente son controvertidas y, por ello, las mismas se encontrarían fuera del ámbito de la jurisdicción voluntaria, formando parte, por tanto, de la jurisdicción contenciosa.⁷

En lo referido a la finalidad de la jurisdicción voluntaria, tal y como se ha anticipado, se pretende evitar el conflicto protegiendo para ello los derechos e intereses de los particulares, ya que existen determinados casos en los que ellos mismos no pueden protegerse y como consecuencia de ello pueden ver lesionados sus derechos⁸. Sin embargo, en la actualidad, existen una heterogeneidad de casos en los que interviene la jurisdicción voluntaria, como puede ser en la habilitación para comparecer en juicio o en el nombramiento de defensor judicial, no existiendo, por tanto, un acuerdo acerca de si realmente es esta la única finalidad del mismo.

2.2 El proceso de desjudicialización de la jurisdicción voluntaria

En el sistema español, ha existido a lo largo de numerosas décadas un abuso a la hora de acudir a la vía judicial, es tanto dicho abuso que, a día de hoy, no son pocos los que abogan por dotar de un apoyo superior a las vías alternativas a la judicial, como pueden

⁶ DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., *El nuevo perfil de la jurisdicción voluntaria*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 4, 2007, p. 1570

⁷ En este sentido, se puede atender a lo establecido en el Memento Procesal Civil Francis Lefebvre en donde se indica que esta cuestión ha sido tratada por algunas resoluciones como AP Soria auto 20-4-02, EDJ 7008 o AP Barcelona auto 5-5-10, EDJ 234910. MELÓN MUÑOZ, A, (Coor.), *Memento Procesal Civil*. Parte II. Capítulo 18. Jurisdicción Voluntaria. Ed. Francis Lefebvre. 2017.

⁸ GIMENO GAMARRA, R., *Ensayo de una teoría general de la jurisdicción voluntaria*, Anuario de Derecho Civil, vol. IV, núm. 1, enero-marzo, 1953, pp. 10-13

ser el arbitraje o la mediación⁹. Una de las materias sobre las que se ha discutido acerca de su desjudicialización es de la jurisdicción voluntaria puesto que existen numerosos casos en los que se podría evitar el acudir a un juez, pudiendo un Notario o Registrador de la Propiedad o Mercantil realizar dichas tareas.

Esta cuestión ha sido una preocupación continua del legislador, sirviendo como punto de partida la Recomendación del Consejo de Europa de 16 de septiembre de 1986 en donde se hacía eco de la necesidad de "*evitar incrementar el volumen de las tareas no jurisdiccionales de los jueces y reducirlo progresivamente, confiando dichas tareas en otros órganos*"¹⁰. Además, ahondando en la legislación española, se puede ver como existe una tendencia en aras de desjudicializar determinadas cuestiones, es, por ello, que se empiezan a promulgar leyes como la Ley 36/1988, de 5 de diciembre de Arbitraje, la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal en donde se le atribuye al Notario la competencia para la declaración de herederos abintestato, en línea recta y entre cónyuges o la Ley 30/1981, de 7 de julio, en donde se reconoce el matrimonio civil el cual lo podrán celebrar autoridades y funcionarios, evitando así la intervención judicial.

Sin embargo, no es hasta el año 2015 cuando se lleva a cabo el verdadero paso hacia la desjudicialización a partir de la promulgación Ley de la Jurisdicción voluntaria ya que como se puede ver en su Exposición de Motivos se produce una apuesta por la misma "*dado el elevado grado de modernización y especialización que alcanza hoy la Administración pública, profesionalizada y regida por los principios de objetividad, eficacia e interdicción de la arbitrariedad, y sujeta a la Ley y al Derecho por mandato*

⁹ En este sentido, puede verse como no solo la intención del legislador es promover la desjudicialización a través de dotar de mayor protagonismo a los Notarios y Secretarios judiciales, sino que también se buscan otros medios como la promoción del arbitraje y de la mediación. En este sentido, se podría tener en cuenta lo establecido por SÁNCHEZ GARCÍA que indica que "*la justicia está en crisis por la monopolización por parte del juez[...]. Jurgiendo la necesidad de ofrecer soluciones, recurriendo a métodos más eficaces y prácticos para la resolución de conflictos*", además, se puede ver como el legislador ha apostado por estos métodos reformando la Ley del Arbitraje en 2011 y por medio de la promulgación de la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles en el año 2012. SÁNCHEZ GARCÍA, A. (coord.), *Métodos alternos de solución de conflictos. Herramienta de paz y modernización de la justicia*. Ed. Dykinson. Madrid 2011, pp. 42-43

¹⁰ En concreto, Recomendación (86) 12 del Consejo de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa respecto a medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva en los Tribunales (Adoptada por el Consejo de Ministros de 16 de septiembre de 1986, durante la 39ª reunión de los Delegados de los Ministros)

constitucional, justifican igualmente la apuesta por la desjudicialización de ciertas materias que hasta ahora eran atribuidas a Jueces y Magistrados"

2.3 La importancia del Notario, en concreto, en relación con la herencia

Se ha querido prestar especial atención al papel que la Ley de la Jurisdicción Voluntaria da a la figura del Notario puesto que una de las novedades más importantes de dicha Ley es la importancia que se le da al Notario en los procedimientos relacionados con la herencia, los cuales posteriormente serán desarrollados en este trabajo.

Quizás, en este punto la cuestión sería si el Notario cuenta con la suficiente capacidad para actuar en dichos actos de jurisdicción voluntaria. Es cierto que el Notario ha sido siempre una figura íntimamente ligada a esta institución puesto que es en la propia Edad Media cuando empiezan a realizar funciones propias de la jurisdicción voluntaria, en concreto, *"se atribuyeron a los Notarios competencias en materia de jurisdicción voluntaria, primero como profesionales adscritos a los tribunales y después como titulares de los juzgados, iudices chartularii, competentes para conocer asuntos de jurisdicción voluntaria"*¹¹; sin embargo, ¿pueden los Notarios, a día de hoy, asumir determinadas funciones jurisdiccionales?

En este punto, la doctrina es bastante clara estableciendo que el cuerpo notarial cuenta con las características idóneas para actuar en dichos actos, debido a su doble condición, siendo, por un lado, titulares de una función pública y, por otro, profesionales privados del derecho, teniendo que dejar de lado, por tanto, la visión de que el Notario es un simple fedatario público sino que lleva a cabo una tarea compleja realizando *"un juicio de legalidad del acto en que interviene, cuidando que no sea contrario a las leyes ordinarias y a los presupuestos constitucionales, al propio tiempo que debe realizar un juicio de asesoramiento de los intervinientes."*¹²

Es más, no han sido pocos lo que han venido exigiendo la necesidad de dotar a los Notarios y Registradores de más facultades en materia de jurisdicción voluntaria ya no

¹¹ BARRUTIA SOLIBERDI, B., *La intervención del Ministerio Fiscal. Principios de actuación. Funciones. Expedientes en los que interviene el Ministerio Fiscal*. Obtenido de <https://www.fiscal.es>. Última visualización el 23 de febrero de 2017.

¹² RODRÍGUEZ ADRADOS, F., *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, D.L. Madrid. 1988.

solo por el colapso judicial que se estaba viviendo, sino también por que dichas funciones son más propias de dichos cuerpos¹³.

Sería necesario indicar qué aportan los notarios para que sean ellos los más idóneos para asumir este tipo de facultades. En concreto, se podría hablar de tres características como son: la seguridad jurídica, la agilidad y la reducción de costes para la Administración de Justicia.

En referencia a la seguridad jurídica, hay que tener en cuenta que el Notario, como indica el propio artículo 1 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado¹⁴, gozan de fe pública notarial que les permite " *a) en la esfera de los hechos, la exactitud de los que el Notario ve, oye o percibe por sus sentidos; b) en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes*"; lo que supone que el Notario cuenta con la suficiente capacidad como para dotar de seguridad aquellos actos que lleva a cabo en materia de jurisdicción.

En lo que se refiere a la agilidad, es más que evidente que el tener que acudir a un juez es una tarea mucho más compleja y que requiere de mayor tiempo y más teniendo en cuenta el colapso existente en la justicia española, lo que hace que para un ciudadano sea mucho más rápido y eficaz acudir a un Notario para realizar este tipo de actividades.

En lo referido a la reducción de costes en la Administración de Justicia, habría que tener en cuenta que realmente se reducirán costes a la Administración al acudir en menor medida a los juzgados, lo cuales son sustentados con fondos públicos.

Por último, es necesario tener en cuenta que en relación con materias de Derecho Sucesorio, los Notarios han ido ganando competencias debido a que no es necesario la actuación de los jueces. En concreto, hay que tener en cuenta las novedades aportadas por la Ley de Jurisdicción Voluntario, en donde se suprime la actuación del juez para llevar a cabo la aceptación, repudiación, aceptación a beneficio de inventario y el

¹³ En este sentido, se podría traer a colación lo establecido por uno de los autores que más ha estudiado la jurisdicción voluntaria como es FERNÁNDEZ DE BUJÁN el cual indica que es necesario que "*se desjudicialice competencias, en aras de la racionalización del sistema, y las atribuya a otros profesionales del derecho, Notarios y Registradores, de forma especial, las que razonablemente les correspondan por su propia naturaleza.*" FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Memoria histórica de la jurisdicción voluntaria*, RDUNED. Revista de derecho UNED, núm. 8, 2011.

¹⁴ Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

derecho a deliberar, pasando esta competencia a ser únicamente del Notario. Para ello, se ha llevado una reforma de los artículos 1005 CC, 1008 CC, 1011 CC y 1014 CC, como en los siguientes apartados se desarrollará.

3. La interpellatio in iure

3.1 Concepto de interpellatio in iure

Antes de hacer referencia a cómo es regulada la figura de la *interpellatio in iure* antes y después de la reforma de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, sería necesario explicar que se entiende por dicho concepto y el por qué de su existencia.

En primer lugar, se debe caer en la cuenta de que en el Código Civil no se establece un límite de tiempo durante el cual el llamado deba decidir si acepta o repudia la herencia. La única referencia en materia temporal que se realiza en el dicho Código se encuentra en los artículos 1014 y 1015, donde se señala el término para solicitar el beneficio de inventario y el derecho a deliberar; mientras que en el resto de los casos, salvo que se haya presentado demanda contra el heredero, se podrá aceptar o repudiar hasta que la acción no se encuentra prescrita.

En este sentido, la prescripción de dicha acción ha sido discutida por la doctrina, existiendo defensores de que se tendría que aplicar el plazo de 5 años del artículo 1964 CC o el de 30 años recogido en el artículo 1963 CC. En aras de resolver esta cuestión, la jurisprudencia¹⁵ se ha decantado por el plazo de 30 años alargando, de esta manera, el mismo y generando una situación de incertidumbre en tanto que el llamado no estará obligado a aceptar o repudiar hasta que finalice esa plazo.

Con el objetivo de mitigar dicha extensión en el plazo para aceptar o repudiar se creó la figura de la *interpellatio in iure*, en este sentido, se podría atender a lo establecido por la Abogacía del Estado¹⁶ en donde se indica que "*la finalidad de esta singular institución jurídica es la de acabar con la incertidumbre que sucede cuando el llamado a herencia no expresa su voluntad de aceptarla o repudiarla[...]. En efecto, la denominada interrogatio in iure consiste en una institución tendente a evitar la vacancia hereditaria a los interesados en la sucesión, para que el llamado o llamados manifiesten si aceptan o repudien*". Por todo ello, en último término, se trata de una figura que pretende proteger aquellos interesados en que se lleve a cabo la sucesión, forzando así al llamado a tomar una decisión respecto a la herencia yacente en un plazo de 30 días.

¹⁵ En este sentido, se pueden atender, SSTS de 18 de mayo de 1932 (RJA 1932-1933/1056), 12 de abril de 1951 (RJA 1951/1012), 12 de noviembre de 1964 (RJA 1964/5093), 15 de julio de 1997 (RJA 1997/5511)

¹⁶ Dictamen de la Abogacía del Estado de 15 de febrero de 2007 (JUR 2007, 351440)

3.2 Regulación anterior a la modificación de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria

Con anterioridad a la modificación realizada con la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, el papel del Juez era determinante en caso de que se llevase a cabo la negativa a aceptar la herencia por parte de uno de los herederos. En concreto, la redacción del artículo 1005 CC era la siguiente:

"Instando, en juicio, un tercer interesado para que el heredero acepte o repudie, deberá el Juez señalar a éste un término, que no pase de treinta días, para que haga su declaración; apercibido de que, si no lo hace, se tendrá la herencia por aceptada."

Este artículo contaba con una serie de deficiencias técnicas, en primer lugar, puesto que habla de heredero cuando, en realidad, hace referencia al llamado heredar. En segundo lugar, el concepto de tercer interesado ha generado numerosas dudas en la doctrina puesto que no es del todo claro si los legitimados a instar al heredero a aceptar eran solo los acreedores, otros coherederos o los legatarios o si, por el contrario, estaban también legitimados los restantes llamados a la herencia. Por último, la figura del Juez no parecía necesario en este caso, teniendo en cuenta que no ejerce ninguna función jurisdiccional.

El primero de los problemas es de vital importancia puesto que es necesario diferenciar entre el llamado a heredar y el heredero ya que no gozan de las mismas facultades ni cuentan con la misma condición jurídica.

En referencia al llamado a heredar, hay que tener en cuenta que se trata de aquella persona a la que se le ofrece la herencia para que la acepte o la repudie debido a que cuentan con derecho sobre la misma, es decir, tienen lo que es llamado en Derecho Sucesorio, delación. En lo que se refiere a sus facultades, la mayor parte de la doctrina¹⁷ considera que se el llamado a heredar no es un administrador ordinario y representante de la herencia yacente sino que su figura se asemeja más a la de un gestor de negocios ajenos, teniendo esto distintas consecuencias en función de si se acepta o repudia la herencia puesto que en caso de que se acepte, los actos llevados a cabo por el llamado

¹⁷ En este sentido, se podría atender a lo establecido por numerosos autores como GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo XIV, vol. 1º, artículos 988 a 1034, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado. 1979. pág. 214; ROCA SASTRE, R.Mª., *Notas al Derecho de Sucesiones de Kipp*, Barcelona, Ed. Bosch, tomo V, vol. I. 1951. Págs. 291-292, entre otros.

hasta el momento, serán automáticamente ratificados, mientras que en caso de que se repudie, dichos actos estarán sometidos a los establecido en los artículos 1888 y ss. del Código Civil. Esta posición defiende que el llamado a heredar no cuenta con una especial capacidad para administrar, sino que su posición le hace estar en una posición de preferencia en lo relativo a la gestión de la herencia yacente sobre todos aquellos que tienen un expectativa sucesoria menor. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que, en determinados casos, es necesaria una protección superior por la existencia de ciertos intereses, entrando en juego la administración judicial de la herencia dejando al llamado a heredar sin capacidad de actuación en la gestión del caudal relicto.

Por otro lado, existe una postura minoritaria de la doctrina¹⁸ que defiende que el llamado es el administrador legal de la herencia yacente, estableciendo que en caso de no existir albacea o administrador testamentario, el llamado como consecuencia de la delación de la que goza, es el encargado de llevar a cabo todas aquellas actividades necesarias e indispensables para garantizar el caudal relicto existente; convirtiéndose así en una administración legal del llamado, la cual concluirá en el momento en el que se acepte o repudie la herencia o en el momento que se nombre un administrador judicial, a petición de un interesado.

Una vez sentado el concepto de llamado a heredar, es necesario tener en cuenta que el heredero es aquel que ha aceptado la herencia, teniendo en cuenta que la misma puede ser pura y simple (que puede ser expresa o tácita) o a beneficio de inventario (únicamente expresa), y será a partir de ese momento cuando se cree la comunidad hereditaria en donde se llevarán a cabo las operaciones de partición de herencia, siendo los herederos dueños de la parte de la herencia que les corresponde, a pesar de aún no saber cuál será la parte que les corresponderá tras la división de la comunidad hereditaria, y teniendo, por tanto, plena disposición sobre la misma. Además, a diferencia de lo que ocurría con los llamados a heredar, en este caso serán ya los coherederos los encargados de la administración de los bienes que forman parte de la comunidad hereditaria, tomándose las decisiones por acuerdo mayoritario del capital de los coherederos.

Por todo, ello el artículo 1005 CC cometía una incorrección al hablar de heredero cuando realmente en ese momento no se tiene disposición de la herencia y es, en el momento

¹⁸ PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho civil español*, tomo V, Vol. III, Relaciones sucesorias en particular, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.1965. págs. 378-379.

posterior, en el de la aceptación cuando se podría hablar de heredero y no de llamado a heredar.

El segundo de los errores de dicho artículo se encuentra en el hecho de que al emplear el término tercer interesado se estaba acudiendo a una expresión ambigua que dejaba dudas acerca de quién se podría considerar tercer interesado.

Esta ha sido una cuestión que generó un arduo debate puesto que es cierto que existe acuerdo entre todos en considerar que dentro del concepto de tercer interesado se incluye todo aquel que tiene un interés legítimo en que exista una persona que asuma la titularidad de la herencia, incluyendo a acreedores, otros coherederos, legatarios, incluso, se ha considerado tercer interesado al propietario de un terreno colindante con el del causante, el cual pretendía construir en ambos terrenos queriendo para ello realizar una oferta al nuevo propietario¹⁹. En donde no existe tal acuerdo es si dentro del concepto de tercer interesado se incluyen aquellos que cuentan con vocación pero no delación debido a que se encuentran en una situación de subordinación respecto al llamamiento, ya sea por elección del testador o por estar establecido legalmente. Por un lado, se encuentra aquellos autores que consideran que no se puede considerar a estos terceros interesados en tanto que éstos han de respetar a que aquellos que cuentan con delación acepten o repudien durante el tiempo que la ley les permita²⁰, mientras que, por otro lado, se encuentran aquellos que deciden apostar por una interpretación amplia del concepto de tercer interesado en tanto que si el legislador hubiere querido limitar dicha posibilidad lo habría indicado de manera explícita, en concreto, se indica que *"parece indudable que pueden acreditar un interés legítimo en terminar con la incertidumbre sobre la definitiva actitud del llamado, todas aquellas personas titulares de derechos expectantes o que de alguna manera resulten afectadas por dicho comportamiento"*²¹

A modo de conclusión respecto de este problema, se puede indicar que parece que lo más apropiado es decantarse por la segunda de las opciones ya que, en ningún

¹⁹ GALVÁN GALLEGOS, A., *La repudiación de herencia en el Código Civil español*. (Tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 1994. pág. 368.

²⁰ ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho sucesorio mortis causa*. Edelce. Sevilla. 1951, pág. 276.

²¹ GIMATRA GÓNZALEZ, M., *Comentario al artículo 1005 del Código Civil*, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XIV, vol. 1º, arts. 988-1034, Edersa, Madrid, 1989, págs. 279-280.

momento, el precepto pretendía limitar la actuación de dichos sujetos; además de que es la opción más seguida por la mayoría de la doctrina.²²

Por último, es necesario hacer referencia a que con anterioridad a la reforma, el encargado de señalar un día, no superior a 30 días, para que el llamado a herencia se pronuncia acerca de si acepta o repudia es el Juez. Hay que tener en cuenta que el hecho de tener que acudir al Juez lo único que generaba era alargar en el tiempo esta opción que tenían los terceros interesados, generando, de esta manera, que la herencia continuase yacente, sin posibilidad de constituir una comunidad hereditaria, a partir de la cual empezar a realizar la partición de los bienes que la forman.

3.3 Modificación de la *interpellatio in iure* tras la Ley de la Jurisdicción Voluntaria

Es necesario atenerse a la nueva redacción del artículo 1005 CC para saber hasta que punto se han puesto solución a las deficiencias dicho artículo con anterioridad:

"Cualquier interesado que acredite su interés en que el heredero acepte o repudie la herencia podrá acudir al Notario para que éste comuniqué al llamado que tiene un plazo de treinta días naturales para aceptar pura o simplemente, o a beneficio de inventario, o repudiar la herencia. El Notario le indicará, además, que si no manifestare su voluntad en dicho plazo se entenderá aceptada la herencia pura y simplemente."

En lo que se refiere al primero de los problemas, como se puede observar, se sigue manteniendo al seguir denominando al llamado a heredar como heredero; hecho, que como se explicó anteriormente, es erróneo.

En donde sí que parece haber una diferencia es en el término de interesado ya que cambia la denominación de tercero interesado por la de cualquier interesado; hecho que, aunque no parezca relevante, sí que lo es, puesto que el término tercero generaba dudas

²² A modo de conclusión, se puede indicar lo establecido por MINGORANCE GONSÁLVEZ, C. que indica que "el precepto pretende legitimar a "cualquier interesado" que justifique un interés legítimo en terminar con la incertidumbre sobre la decisión definitiva del llamado y, por tanto, hemos de comprender a los demás coherederos, legatarios, acreedores de la herencia y del propio heredero, sustitutos sucesores, y en general, a cualquier persona que justifique un interés legítimo en que se determine de forma definitiva la persona del sucesor." GONZÁLEZ PORRAS, J. M./MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (Coords.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, págs. 3267-3262.

en torno a sí se podrían incluir a aquellos que tenían vocación pero no delación, y ahora al indicar cualquier interesado parece no dejar dudas que éstos si que podrán instar al Notario para que señale una fecha al llamado a heredar para que la acepte o la repudie.

En lo que se refiere al figura del Notario, el cual sustituye al Juez, hay que tener en cuenta cómo se lleva a cabo dicho procedimiento. En este caso, cualquier interesado podrá solicitar al Notario que le comunique al llamado a heredar que tiene treinta días para aceptar la herencia pura y simplemente o a beneficio de inventario, o repudiarla, además se le indicará que, en caso de no manifestar su voluntad, se considerará aceptada pura y simplemente con las consecuencias que ello conlleva.

En este nuevo artículo, se pueden ver dos principales novedades que son, por un lado, que el Notario le dará un plazo de 30 días, no pudiendo ser éste inferior, mientras que antes el Juez podría darle un plazo inferior lo que, en ocasiones, podría generar injusticias para el llamado a heredar. Por otro lado, el mayor cambio es el procedimiento que ha de seguir el Notario para comunicar dicho plazo; en concreto, habrá que acudir a lo establecido en el artículo 202 del Reglamento Notarial, en donde se indica que se emplearán las actas de requerimiento para intimar al requerido para que adopte una determinada conducta, no teniendo que ser dicha entrega presencial, sino que lo podrá hacer mediante el envío al destinatario de la cédula, copia o carta por correo certificado con aviso de recibo.

En este sentido, es necesario conocer las consecuencias en caso de que el interesado se negase a aceptar la notificación puesto que es en el propio Reglamento Notarial en su artículo 203, donde se indica que se entenderá por notificado con las consecuencias que esto puede tener para el llamado a heredar ya que a partir de ese momento el plazo empezaría a correr y en caso de transcurrir treinta días, se entendería que ha aceptado pura y simplemente, siendo necesario recordar que el hecho de aceptar pura y simplemente supone, tal y como indica el artículo 1003 del Código Civil, que el heredero será *"responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios."*

A modo de conclusión, parece evidente que, de esta manera, se están reduciendo los plazos para alcanzar una solución de este problema, evitando así que la herencia continúe yacente durante un largo período de tiempo perjudicando los intereses de terceros, en este sentido, hay que tener en cuenta que existe unanimidad en considerar

que *"con esta atribución de competencia a los Notarios, se logra una disminución de costes que, a nuestro juicio, era necesaria"*²³

²³ CARRAU CARBONELL, J. M., *La partición de herencia conflictiva tras la Ley Jurisdicción voluntaria*, Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm.4, febrero 2016, págs. 321-328.

4. Mecanismos para evitar la negación al otorgamiento de la partición

4.1. La comunidad hereditaria y la posterior partición de la herencia

Una vez aceptada la herencia por los llamados a heredar que cuenta con vocación y delación, se constituye la comunidad hereditaria, a título de ejemplo, se podrían citar algunas definiciones de comunidad hereditaria que ha dado la doctrina como puede ser: "*la comunidad hereditaria se inicia con la apertura de una herencia a la que están llamados varios herederos y termina por la división o partición*"²⁴; o "*la comunidad hereditaria surge como consecuencia del llamamiento de varias personas como sucesores a título universal a la herencia de un mismo causante y de su aceptación, y termina con las operaciones de partición del caudal hereditario.*"²⁵

Respecto de la comunidad hereditaria habría que realizar una serie de consideraciones ya que durante ese tiempo los bienes concretos siguen sin ser de un sujeto concreto y, por tanto, habrá que fijar una serie de reglas para gestionar los mismos. Si se atiende a lo establecido en el Código Civil, es cierto que, en ningún momento, se hace referencia a la regulación de la comunidad hereditaria sino que únicamente se hace referencia a cómo llevar a cabo la disolución de la misma por medio de la partición, como posteriormente se explicará.

Por todo ello se entiende que se ha de seguir una orden de prelación de fuentes normativa, en concreto, en primer lugar, habrá que considerar que la comunidad hereditaria se regirá por las reglas de la autonomía de la voluntad del testador y si no hubiere establecido ninguna habrá que atenerse a lo pactado entre los coherederos (art.1255 CC), sin olvidar que dicha autonomía de la voluntad está limitada por lo establecido por la ley, la moral y el orden público.

En segundo lugar, y en defecto de pactos, habrá que atenerse a lo establecido en el Código Civil en materia de partición (artículos 1051 CC y ss.), administración de herencias (artículo 1026 CC), pago de las deudas hereditarias (artículos 1082 CC y ss.), y enajenación y derecho de retracto de del derecho hereditario en abstracto. Además,

²⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil español, común y foral*. T. VI. Derecho de sucesiones. Vol. 1. La sucesión en general. 8 ed. Ed. Reus. Madrid 1978, p. 296.

²⁵ Díez Pícazo, L. y Gullón Ballesteros, A. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. V. Derecho de familia. Derecho de sucesiones. 11 ed. Ed. Tecnos. Madrid 2001, p. 261.

habrá que atender a distintas legislaciones especiales como la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por último, y de manera supletoria, habrá que atender a lo establecido en el Código Civil en materia de comunidad de bienes, regulado en los artículo 392 y ss.

En lo referido a los miembros que forman parte de la comunidad hereditaria, hay que indicar que no todos los herederos formarán parte de la comunidad hereditaria ya que únicamente formarán parte de ella *"todas las personas que sucedan al causante en una parte alícuota de la herencia, quedando excluidos los sujetos que hayan sido llamados a percibir bienes o derechos concretos y particulares de la misma."*²⁶ Lo que sí que es necesario indicar que lo serán todos aquellos herederos sin importar si están sometidos a condición o término salvo que se cumpla la condición impuesta o expire el plazo fijado durante la existencia de la comunidad hereditaria puesto que, en este caso, se habría producido una modificación de los partícipes en la comunidad hereditaria que habría que tener en cuenta.

Por otro lado, en lo que se refiere a los bienes, habría que tener en cuenta que formaran parte de la comunidad hereditaria todos aquellos bienes transmisibles que pertenecían al causante en el momento de su muerte, salvo aquellos que se han de adjudicar a título particular, esto es, los legados de cosa cierta y las instituciones de herederos de cosa cierta. En este sentido, la doctrina ha querido dar una interpretación amplia al considerar que no solo formarán parte de la herencia los bienes en sí, sino que también lo serán *"los aumentos que experimente por accesión continua y discreta, ingresando, asimismo en la masa, por subrogación real, los bienes adquiridos a consecuencia del ejercicio de un derecho perteneciente a la misma, los recibidos como indemnización o pérdida de objetos hereditario, o por permuta con ellos..."*²⁷

En lo tocante a las obligaciones, hay que tener en cuenta que existen importantes autores de la doctrina que abogan por considerar que el pasivo hereditario no forma parte de la comunidad hereditaria²⁸. Sin embargo, la posición dominante es que sí que

²⁶ COLINA GAREA, R., *Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria*. Anuario da Facultade de Dereito Nº 6-2002. Universidad da Coruña. pág. 245.

²⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de derecho civil. Tomo V. Sucesiones*. Dykinson. Madrid. 2007. Págs. 113 y 114

²⁸ En este sentido, se podría tener en cuenta lo establecido por ALBADALEJO GARCÍA. M. el cual indica que *"los copartícipes en la comunidad, no siendo necesariamente herederos, que son los únicos que suceden el pasivo, no han tenido que necesariamente convertirse en deudores de las deudas y en obligados en soportar las cargas, de forma que si pesan sobre ellos"*

han de formar parte; en este sentido, se podría traer a colación lo siguiente *"si de acuerdo con el artículo 659 CC, la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan con la muerte, y si la comunidad hereditaria recae sobre la herencia excluidos los bienes y derechos atribuidos a título personal por el causante, se podría concluir que aquélla alberga las deudas y cargas hereditarias, porque son componentes de la herencia que constituye su objeto."*²⁹

Antes de entrar en cómo se va a llevar a cabo la partición de herencia, hay que tener en cuenta cuáles son los derechos de los copartícipes durante la pervivencia de la comunidad de bienes. Tal y como se anticipó, una vez constituida la comunidad hereditaria, los copartícipes de la misma pasan a tener una serie de derechos, los cuales se han de tener en cuenta. Estos se pueden resumir en dos grandes bloques: (i) Derechos de los coherederos sobre la herencia indivisa, en donde se incluye la posesión de los bienes hereditarios, el uso y disfrute de los mismo, la administración, el ejercicio de las acciones hereditarias en defensa de los bienes que la integran y la disposición de bienes concretos y (ii) derechos de los coherederos sobre su propia cuota donde se incluyen las facultades de aseguramiento de la futura efectividad del derecho (se puede solicitar la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad antes de la partición, como recoge el artículo 42.6º Ley Hipotecaria), facultades de disposición sobre la cuota y el retracto de los coherederos

Aunque existen otras formas de extinción de la comunidad hereditaria, como puede ser la pérdida de todos los bienes, o que el pasivo sea mayor que el activo y la misma se haya aceptado a beneficio de inventario, la forma más común de extinción de la misma es a través de la partición de la misma, donde el Notario, tras la reforma de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria ha pasado a tener un papel determinante.

La partición de herencia es *"el acto o negocio jurídico que extingue el estado de indivisión y comunidad, atribuyendo bienes y derechos singulares a los coherederos. Sus cuotas se convierten en bienes concretos, desapareciendo totalmente la comunidad hereditaria, o transformándose en comunidad ordinaria (dado que los comuneros lo*

unas y otras, será, no porque sean partícipes en la comunidad, sino porque se trata de copartícipes que son herederos." ALBADALEJO GARCÍA, M. *Curso de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*. 9ª edición. Edisofer. Madrid. 2008. Pág. 121.

²⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Derecho de Sucesiones*. Tecnos. Madrid. 2009. Pág. 175

*mismo pueden acordar repartirse los bienes hereditarios, que proyectar sus cuotas en cada uno de ellos)*³⁰"

Llegado este punto, hay que tener en cuenta cómo se lleva a cabo la partición de herencia:

- A lo primero que habrá que atender es a la voluntad del testador en tanto que es él mismo el que goza de capacidad para decidir el destino de sus bienes puesto que la voluntad del testador es ley de sucesión³¹ y siempre que se realice la partición dentro de los límites legales, ésta prevalecerá.
 - En primer lugar, se ha de considerar que el propio testador puede fijar cómo se va a llevar a cabo la partición como indica el artículo 1056 CC, aunque es necesario indicar que este caso es considerado por la doctrina como un supuesto en el que no se ha llegado a constituir comunidad hereditaria puesto que el testador no ha querido que se constituya adjudicando, en su testamento o por medios de actos *inter vivos*, bienes y derechos concretos a cada uno de los coherederos. Por todo ello, no será necesario la constitución de la comunidad puesto que, como se explicó anteriormente, el objetivo de la misma es llevar a cabo las operaciones particionales para dividir el caudal hereditario y en este caso ya ha sido dividida previamente.
 - Seguidamente, se ha de indicar que el testador también tiene la facultad de nombrar a una tercera persona que se encargue de llevar a cabo la partición; denominándose esta figura, contador-partidor, tal y como permite el artículo 1057 CC
- También, podrá llevarse a cabo la partición a través del pacto entre los distintos coherederos, teniendo que tomarse un acuerdo unánime:
 - La partición de la herencia podrá ser promovida por cualquier coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes salvo que el testador haya prohibido expresamente la división, tal y como

³⁰ DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil*. op cit. p. 294 y ss.

³¹ En este sentido, podría atenderse a lo establecido por GÓNZALEZ MIQUEL, J. el cual indica que "*la voluntad del testador es una expresión plurivalente. No se discute que sea ley de la sucesión si se respetan forma, capacidad, legítimas y cualesquiera prohibiciones.*" GÓNZALEZ MIQUEL, J., *Notas sobre la voluntad del testador*. Universidad Autónoma de Madrid. 2016

indica el artículo 1051 CC. Generalmente este tipo de prohibiciones se deben por el establecimiento de una fecha por parte del testador para lo cual se ha considerado lo siguiente:

- Si el testador no ha fijado una fecha, sí que se podrá solicitar la partición por cualquier heredero en virtud del artículo 1700 CC.
- Si el testador hubiese fijado una fecha hay que atender a la discusión doctrinal existente entre los defensores de que dicha fecha no tiene límite³², mientras que otros consideran que sí que tiene el límite de 10 años (artículo 400 del Código Civil por aplicación supletoria de la normativa de la comunidad de bienes) puesto que se considera que el testador no tiene por qué tener más derechos que los herederos³³. Sin embargo, parece más adecuada la primera de las soluciones en tanto que el testador es libre para decidir el futuro de sus bienes y la ley no parece limitarle tal posibilidad.

Por último, teniendo en cuenta que los herederos sometidos a condición están limitados respecto de la partición, existe la posibilidad de llevar a cabo una partición provisional en el caso de que exista algún tipo de condición para alguno de los coherederos, no pudiendo éstos exigir la partición hasta que no se cumpla la misma, tal y como indica el artículo 1054 CC.

- En caso de que no exista un acuerdo unánime, el 50 por ciento del haber hereditario podrá solicitar al Secretario judicial o al Notario el nombramiento de un contador partidador-dativo, como posteriormente se explicará a la hora de explicar el papel del Notario en este procedimiento.
- Por último, en caso de que no hubiese ninguna posibilidad de llevar a cabo la partición por alguna de las vías anteriores, se podrá acudir a la vía judicial, siguiendo lo establecido en los artículos 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

³² MOLINA PORCEL, M., *Derecho de sucesiones*. Ed. Difusión jurídica y temas de actualidad. Madrid. 2007. pág. 622.

³³ SÁNCHEZ ROMÁN, F. , *Estudios de Derecho Civil VI. Derecho de Sucesiones*. Vol. I. Ed. Analecta Ediciones y Libros. Navarra.2008.

- Al hilo de esta cuestión, los acreedores reconocidos de la comunidad hereditaria podrán oponerse a la partición hasta que no se le paguen las deudas o se le garanticen la totalidad de las mismas, como recoge el artículo 1082 CC

4.2 El papel del Notario en la partición de herencia: El nombramiento del contador-partidor dativo.

Una vez introducido el proceso a llevar a cabo tras la aceptación de herencia, hay que hacer un acercamiento de cual es el papel del Notario en este proceso, principalmente, tras la reforma de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Con anterioridad a la reforma de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, el Notario solo intervenía en la partición de herencia en el momento en el que había que realizar una escritura pública para llevar a cabo la misma; produciéndose esto principalmente cuando existen bienes que son inscribibles en distintos registros públicos.

Una vez entrada en vigor dicha Ley, el Notario pasa a tener un papel vital en una de las operaciones introducidas en el apartado anterior, en concreto, en el caso en el que se pretenda acudir a la figura del contador-partidor dativo. En el párrafo segundo del artículo 1057 CC, es donde se indica cuál es la figura del Notario en este supuesto, estableciéndose lo siguiente:

"No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Secretario judicial o el Notario, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Notariado establecen para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación del Secretario judicial o del Notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios."

El Notario, junto con el Secretario judicial, ha pasado a sustituir al Juez al ser el encargado de nombrar el contador-partidor dativo; así como la partición llevada a cabo por este tendrá que ser aprobada por el Notario o Secretario judicial en caso de que no haya acuerdo entre todos los herederos o legatarios.

Antes de ahondar en como se llevará a cabo el nombramiento y la posterior aprobación de la partición, habría que hacer referencia a cuál es la función del contador-partidor dativo y cuándo tiene sentido acudir al mismo.

El contador-partidor ha sido una figura reconocida en el Código Civil, pero, en ningún momento, ha contado con un desarrollo legislativo acerca de cuáles son sus funciones; en este sentido, se puede traer a colación lo establecido en la Sentencia 605/2002 de 4 de noviembre de la Audiencia Provincial de Alicante donde se indica que *"ante la falta de una reglamentación sistemática de esta figura jurídica, una antigua línea jurisprudencial lo asimila al albaceazgo y a su normativa correspondiente, por razón de la « semejanza » entre ambos cargos (STS de 19 de febrero 1993, con cita de las Sentencias de 22 de febrero de 1929, 5 de julio de 1947 [RJ 1947, 937] y 21 de julio de 1986 [RJ 1986, 4575] y STS de 8 de marzo de 1995 [RJ 1995, 2157] [...] definiendo al contador-partidor como aquella persona designada por el testador para llevar a efecto las operaciones particionales de su herencia en razón a su pericia y confianza depositada en ella, sin olvidar que además de estos contadores-partidores testamentarios, puede haber otra clase de contadores, llamados electivos, que son los designados, para realizar esas mismas operaciones, por los herederos"*.

Lo primero que hay que indicar es que el contador-partidor se encarga de llevar a cabo la partición, diferenciándose de la figura del albacea en tanto que este último se encarga de llevar a cabo las funciones recogidas en el artículo 619 Código Civil, las cuales hacen referencia a labores relacionadas con el gestión y control de los bienes del testador.

Tal y como se indicó en el apartado anterior, la figura del contador-partidor puede ser escogida por el testador o puede ser solicitado por el 50 por ciento del caudal hereditario en aras de resolver los problemas que puedan surgir en torno a la partición. Este contador-partidor, denominado dativo, tiene una función principal que es la de llevar a cabo la partición en caso de que existan conflictos entre los coherederos ya que para que estos puedan realizar la misma necesitan unanimidad, produciéndose, por tanto, una situación de bloqueo en caso de que uno se niegue a aceptar la partición.

Una vez explicada de manera sintética la figura del contador partidor, hay que tener en cuenta en cómo este será designado por el Notario tras la reforma de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. En este sentido, el precepto anteriormente citado remite a las normas establecidas en la Ley de Notariado³⁴ en lo referente a la designación de peritos.

³⁴ Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862

En primer lugar, en lo referente al Notario competente habrá que tener en cuenta lo establecido en el artículo 66 de la Ley del Notariado, en donde se indica que será competente aquel que tenga su residencia en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También podrá elegir a un Notario de un distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el Notario del lugar del domicilio del requirente.

En lo que se refiere al procedimiento, habría que indicar que el artículo 1057 del Código Civil remite al artículo 66.1.b) de la Ley del Notariado en donde se indica que el Notario autorizará mediante escritura pública el nombramiento del contador-partidor dativo, en caso de que se lo solicite el 50 por ciento del caudal hereditario. En este punto, hay que indicar que el artículo 1057 del Código Civil establece que el Notario "podrá" nombrar contador-partidor en caso de que lo soliciten; sin embargo, parece tratarse de una imprecisión en tanto que el Notario no cuenta con facultad para decidir si nombrar o no al contador-partidor en base a los hechos dados, sino que siempre que se cumplan los requisitos objetivos y subjetivos para nombrarlo estará obligado a ello. Es más, de lo contrario, el Notario estaría *"frustrando la finalidad de la institución, la prevención del litigio sucesorio."*³⁵

Lo primero que el Notario ha de comprobar es que se cumpla el requisito de que le hayan solicitado el nombramiento del contador-partidor el 50 por ciento del caudal hereditario. Los legitimados para solicitarlos son aquellos que estaban capacitados para solicitar la partición, esto es, los herederos de cuota indivisa y los legatarios de parte alícuota, siempre que no estén sometidos a condición.

Seguidamente, el Notario tendrá que cerciorarse de que no existe testamento, o que en el caso de existir no se ha nombrado contador-partidor por el Notario, o que el cargo se encuentre vacante; para ello, el Notario solicitará el Certificado de Defunción junto con el testamento o el acta de declaración de los herederos, en su caso.

³⁵ GONZÁLEZ POVEDA, B, *La Jurisdicción Voluntaria. Doctrina y formularios*, 4ª edición actualizada por Pedro González Poveda y Jorge González Rodríguez. Cizur-Menor. Thomson-Aranzadi. Navarra. 2008. pág. 1403.

Además, tal y como indica el propio artículo 1057 del Código Civil, se deberá de citar a los demás interesados con domicilio conocido. De nuevo, el legislador deja abierto a interpretación el término de interesados, en tanto que parece evidente que dentro de este concepto se entenderán aquellos coherederos y legatarios que no han solicitado el nombramiento del contador-partidor; sin embargo, los acreedores no parece que tengan que ser llamados en tanto que no tienen ningún interés en el nombramiento del contador-partidor puesto que la partición que éste lleve a cabo para el acreedor es indiferente.³⁶

Al hilo de lo anterior, hay que indicar que la notificación se realizará por los cauces del artículo 202 del Reglamento notarial, esto es, por medio de un acta de notificación, enviando al destinatario la cédula, copia o carta por correo certificado con aviso de recibo. Para llevar a cabo la misma, los coherederos proveerán de los datos que conozcan al Notario puesto que hay que caer en la cuenta de que el legislador no ha previsto la notificación por edictos en caso de desconocimiento del domicilio; hecho que resulta extraño en tanto que solo por el hecho de no conocer el domicilio no se puede desproteger a aquellos interesados en la partición de la herencia, además, hay que recordar que el Notario no cuenta con facultades ni medios para conocer dicho domicilio por lo que no tiene sentido el omitir las notificaciones por edictos en este tipo de procedimientos. En este sentido, se podría seguir lo establecido en el artículo 297 de la Ley que regula Derecho Civil de Galicia³⁷ en donde se recoge que *"si el domicilio de algún interesado no fuera conocido por los requirentes, el notario lo notificará 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 en donde el causante tuvo el último domicilio en España."*

En lo que se refiere a la forma de nombrar al contador-partidor dativo, en el propio artículo 1057 Código Civil, se indica que se deberá llevar a cabo, de acuerdo con las normas del Notariado referidas a la designación de peritos. Esto hace que haya que remitirse directamente a lo establecido en el artículo 50 de la Ley del Notariado, en donde se indica que *"en el mes de enero de cada año se interesará por parte del Decano de cada Colegio Notarial de los distintos Colegios profesionales, de entidades análogas, así como de las Academias e instituciones culturales y científicas que se*

³⁶ FÉRNANDEZ EGEA, M^a, *La jurisdicción voluntaria notarial. Su especial relevancia en el ámbito sucesorio*. (Tesis doctoral). Universidad del País Vasco. País Vasco. 2016. Pág.370.

³⁷ Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia el envío de una lista de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos, que estará a disposición de los Notarios en el Colegio Notarial. Igualmente, podrán solicitar formar parte de esa lista aquellos profesionales que acrediten conocimientos necesarios en la materia correspondiente, con independencia de su pertenencia o no a un Colegio Profesional" Por todo ello, en el momento en el que el Notario tenga que nombrar a un contador partidor, se lo comunicará al Colegio Notarial, indicándole qué conocimientos concretos debería tener la persona que se ha de nombrar en aras de que se nombre a una persona con la suficiente cualificación para llevar a cabo la partición que, en muchos casos, puede resultar excesivamente compleja al existir una pluralidad de bienes de distinta naturaleza.

Surgen dudas en lo tocante a la figura del contador-partidor puesto que este no solo tiene que tener conocimientos específicos respecto de los bienes que forman parte de la comunidad hereditaria, sino que también ha de tener conocimientos jurídicos para llevar a cabo la partición. A día de hoy, no existe una regulación concreta relativa a cuáles son los requisitos que han de tener los contadores-partidores pero parece necesario llevar a cabo una regulación de los mismos en tanto que sí que tienen que tener conocimientos específicos, no pudiendo ser legos en Derecho ni en materia de valoración de bienes; en este sentido, se podría tener en cuenta que existen distintos autores que abogan por tal profesionalización de esta figura como lo son otras figuras en el ordenamiento español como los peritos³⁸; además consideran que, de lo contrario, se podría llegar a caer en el absurdo de que una persona sin conocimiento en la materia pueda llegar a ser nombrado contador partidor, siendo dicha elección válida ya que nada lo impide.³⁹

Al hilo de lo anterior, una de las cuestiones que ha generado más discusión es si los propios Notarios pueden ser nombrados contadores-partidores; hecho que parece totalmente lógico ya que cuentan con los conocimientos suficientes como para ser

³⁸ En este sentido, se podría atender a lo regulado en el artículo 340 LEC en donde se indica las condiciones que se necesitan para ser peritos.

³⁹ Se podría traer a colación lo establecido TORRES LANA, J. el cual establece que en caso de no profesionalizar dicha figura hace que exista "*una legitimación tan amplia la cual permite colocar en pie de igualdad para acceder al cargo a personas que, como consecuencia de disminuciones en sus capacidades físicas, experimentan ciertas restricciones en la de obrar*". Por todo ello, este autor aboga por dar una mayor regulación a la figura del contador partidor estableciendo ciertos requisitos para poder serlo. TORRES LANA, J. *La partición por comisario*. Universidad de Granada. 1983. Pág. 105.

nombrados. Sin embargo, lo establecido en el artículo 50 de la Ley del Notariado anteriormente citado hace pensar que dicha lista de profesionales que podrán ser llamados contadores-partidores son listas elaboradas a partir de la comunicación por parte del Decano de cada Colegio Notarial con los distintos Colegios profesionales de profesiones externas a la misma ya que, en ningún momento, se hace referencia al propio Colegio Notarial. Esta particular exclusión parece no estar justificada en tanto que el cuerpo notarial es uno de los más capacitados para llevar a cabo esta labor dado su alto conocimiento en materia sucesoria⁴⁰.

La única limitación que sí que parece obvia es la que se le impone a los coherederos puesto que cada uno tendrá unos intereses respecto de la partición por lo que la misma no se realizaría en condiciones de igualdad, puesto que *"el interés del partidor se hallaría en oposición con el de los otros"*⁴¹. En este mismo sentido, se podría indicar que el legatario de parte alícuota también está privado de ser contador-partidor en tanto que también cuenta con intereses en la partición de la herencia. Situación distinta es la del usufructuario universal de la herencia ya que sí que podrá llevarla a cabo puesto que no tiene ningún motivo para tener un interés en la partición de la misma puesto que no le afectará, aunque los Tribunales han tenido mayores reticencias en nombrar al cónyuge viudo⁴² como contador-partidor y más en aquellos casos en los que los herederos no son únicamente los hijos comunes puesto que pueden existir ciertos intereses indirectos que hagan favorecer, de una u otra manera, a alguno de los coherederos.

Por último, en materia de quién puede ser nombrado por el Notario como contador-partidor, hay que indicar que la regulación es bastante escasa en la Ley del Notariado por lo que la misma necesita de un mayor desarrollo puesto que existen supuestos que no están cubiertos por la misma. En este sentido, se podrían citar algunas de las deficiencias de la misma, por ejemplo, en el caso de que sea el Notario el que nombre al

⁴⁰ BARRIO DEL OLMO, C. (coord.), *Jurisdicción voluntaria notarial*, Aranzadi. Pamplona. 2015. Pág. 750

⁴¹ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852. Zaragoza.1974. Pág.449.

⁴² Al cónyuge viudo si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora (Artículo 834 del Código Civil), mientras que en el caso de que no existan descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia (Artículo 837 del Código Civil) y en el caso de no existir ni descendientes ni ascendientes el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia (Artículo 838 del Código Civil)

contador-partidor, ¿se podrían llegar a nombrar dos, siendo uno de ellos experto en materia sucesoria y otro en la valoración de los bienes concretos que conforman la herencia? En la Ley de Enjuiciamiento Civil sí que está regulado mientras que en la Ley del Notariado, no, en concreto, en el artículo 784 LEC se indica que en el proceso de división de herencia, los interesados deberán ponerse de acuerdo para fijar "*un contador que practique las operaciones divisorias del caudal, así como sobre el nombramiento del perito o peritos que hayan de intervenir en el avalúo de los bienes.*" Además, existen otras deficiencias puesto que la Ley del Notariado no menciona como se regula el llamamiento, la aceptación ni la tacha del contador-partidor por lo que lo más lógico será acudir a lo establecido en la legislación civil en donde sí que se establece de manera desarrollada tales puntos.⁴³

4.3 El papel del Notario en la partición de herencia: La aprobación de la partición realizada por el contador-partidor.

Otra de las funciones que la Ley de la Jurisdicción Voluntaria ha delegado en el Notario es la de la aprobación de la partición realizada por el contador-partidor dativo, salvo que todos los coherederos estén de acuerdo con la partición realizada por el mismo y así lo confirmen de manera expresa; en concreto, el artículo 1057 CC *in fine* establece lo siguiente: "*la partición así realizada requerirá aprobación del Secretario judicial o del Notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.*"

En primer lugar, es necesario indicar que esta facultad dada al Notario goza de una importante relevancia en tanto que hay que recordar que los contadores-partidores dativos han sido nombrados debido a la falta de acuerdo entre los coherederos por lo que los mismos no estarán dispuestos, en muchos de los casos, a conformarse con la partición realizada por dicho contador-partidor, siendo imposible llegar a un acuerdo en el que todos confirmen de forma expresa su acuerdo con la misma, por lo que tendrá que ser el Notario quien apruebe dicha partición. En lo referente a la forma de llevar a cabo dicha aprobación, habría que atender a lo establecido en el artículo 66.1.d) de la Ley del Notariado en donde se indica que "*el Notario autorizará escritura pública:[...] d) Para la aprobación de la partición realizada por el contador-partidor cuando resulte necesario por no haber confirmación expresa de todos los herederos y legatarios*", por lo que será necesario recurrir, de nuevo, a una escritura pública para

⁴³ En concreto, dicha regulación se encuentra en los artículos 335 al 352 LEC.

aprobar dicha partición.

Sin embargo, el legislador, de nuevo como ocurrió en el caso anterior, deja numerosas deficiencias en la legislación notarial respecto de cómo se ha llevar a cabo la aprobación de tal partición. En concreto, se pueden establecer las siguiente deficiencias:

1. El encargado de solicitar tal aprobación tiene que ser obligatoriamente el contador-partidor dativo o podría serlo también alguno de los coherederos. Parece lógico que el encargado sería el contador-partidor dativo, teniendo que solicitar a cada uno de los coherederos su consentimiento con la partición y en caso de no obtenerla, tendrá que solicitar la aprobación al Notario; sin embargo podría darse el caso de que el contador-partidor decida abandonar sus funciones, pudiendo ser totalmente válido que sean los coherederos los que soliciten tal aprobación, por lo que lo más lógico sería que se realizase un cambio legislativo incluyendo tal posibilidad.
2. ¿El Notario que ha de aprobar la partición realizada por el contador-partidor dativo tiene que ser el mismo que lo nombró o, al contrario, tiene que ser un nuevo Notario?. De nuevo, la legislación no hace ninguna referencia a la misma por lo que no parece existir ningún inconveniente en que sea el mismo Notario el encargado de aprobar tal partición, es más se podría discutir si debería ser obligatoriamente el mismo Notario en tanto que no se está ante dos actos diferenciados sino ante la extensión de un mismo acto. Además, también puede discutirse si ha sido el Letrado de la Administración de Justicia el que ha nombrado al contador partidor dativo, ¿podría ser ahora un Notario quien lleve a cabo la aprobación de la partición?. Por todo ello, parece necesario aclarar quién ha de ser el encargado de llevar a cabo la aprobación ya que la regulación existente parece escasa.
3. Lo que genera mayores dudas está relacionado con la función que realiza el Notario puesto que, tal y como se indicó en el punto segundo de este trabajo, existen ciertas dudas acerca de si el Notario está asumiendo demasiadas facultades, excediéndose de su campo de actuación. En este sentido, es necesario recordar que el hecho de que el Notario asuma determinadas facultades es positivo para el sistema judicial español en tanto que ayuda a reducir el colapso existente en los tribunales españoles; sin embargo, no pueden asumir todo tipo de funciones puesto que los Notarios no cuentan con funciones jurisdiccionales

para llevar a cabo las mismas, siendo la aprobación de la partición de la herencia realizada por el contador-partidor dativo una de ellas. En concreto, se puede indicar que los Notarios no cuentan con las facultades para resolver un conflicto, siendo únicamente el encargado de dar fe pública de los actos; no olvidando que la jurisdicción voluntaria se caracteriza por la no existencia de contienda; en este sentido hay que recordar que existe cierta discusión acerca de cuál es la tarea que ha de llevar a cabo el Notario con la aprobación puesto que existen ciertos sectores doctrinales que consideran que es una mera aprobación formal en la que únicamente se ha de examinar si el contador-partidor dativo se ha extralimitado en sus funciones, mientras que, por otro lado, existen otros que abogan por defender que se trata de un verdadero enjuiciamiento de la partición realizada por el contador-partidor dativo.

No parece que la intención del legislador con esta aprobación sea únicamente controlar si el contador-partidor se ha excedido en sus facultades por lo que al defender que realmente se ha de examinar si la partición se ha llevado a cabo correctamente se puede entender que se excede de las facultades propias del Notario puesto que, aunque de manera indirecta, denegando la partición realizada por realizar una valoración arbitraria o por no cumplir con las legítimas, lo que se está haciendo es juzgando si realmente se ha llevado a cabo la partición correctamente, siendo esta tarea más propia del Juez que del Notario por lo que se puede entender que, en este caso, el legislador se ha excedido cediendo esta facultad al Notario.

4. La última deficiencia de esta facultad se encuentra en la forma de llevar a cabo la aprobación puesto que la misma, tal y como se ha indicado, se realizará por medio de escritura pública, mientras que lo más lógico sería que se realizase por medio de una acta. Esto es así puesto que si se acude al artículo 144 del Reglamento Notarial se indica que las escrituras se emplearán para manifestar *"declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases"* mientras que las actas se emplearán para manifestar *"la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como sus juicios o calificaciones"*; por lo que realmente con la aprobación no se está poniendo de manifiesto

ninguna declaración de voluntad de los coherederos, sino que es el propio Notario el que está constatando que se trata de una partición correctamente realizada por el contador partidario dativo por lo que la figura del acta notarial encajaría mejor en este supuesto.

5. El tratamiento de la cuestión en los distintos derechos forales.

Una de las cuestiones que suscita mayor controversia dentro del ordenamiento jurídico español es la dispersión existente en la normativa civil en los distintos territorios puesto que es necesario recordar que los parlamentos autonómicos cuentan con facultades para legislar en materia civil en cada uno de sus territorios. Esto ha generado que cada una de las Comunidades Autónomas tenga una regulación distinta en materia de jurisdicción voluntaria teniendo, en primer lugar, que cuestionar qué efectos tiene la Ley de Jurisdicción Voluntaria en cada una de las Comunidades Autónomas.

En concreto, el legislador siendo consciente de tal dispersión llevó a cabo una regulación insuficiente en la propia Ley de la Jurisdicción Voluntaria en la Disposición Adicional Primera donde se indica que *"las referencias realizadas en esta Ley al Código Civil o a la legislación civil deberá entenderse realizada también a las leyes civiles forales o especiales allí donde existan"*; lo que supone que se ha pretendido que la Ley de la Jurisdicción Voluntaria afecte a todas las Comunidades Autónomas intentando homogeneizar los actos de jurisdicción voluntaria en todas las Comunidades Autónomas. Sin embargo, no se puede olvidar que el legislador nacional no puede entrar a legislar en materias que son competencia del legislador autonómico por lo que este precepto únicamente tendrá sentido para modificar aspectos procesales (y no civiles) de materias de jurisdicción voluntaria ya existente en las distintas Comunidades Autónomas. Lo que supone que si en una Comunidad Autónoma con competencia normativa en el ámbito civil no existe tal institución el legislador nacional no podrá instaurarla; en este sentido, la doctrina ha tenido una posición clara estableciendo que únicamente tendrá sentido tal precepto en caso de que se cumplan dos condiciones: *"a) que la norma contenida en la LJV pueda ser calificada como procesal, porque establece un procedimiento para una categoría de casos de jurisdicción voluntaria, y b) que esa misma categoría esté contemplada también en la norma civil autonómica"*⁴⁴.

Por tanto, las regulaciones estudiadas son regulaciones del Derecho Civil en donde el propio Código Civil estatal es modificado por lo que las mismas no serán de aplicación en aquellas Comunidades Autónomas en donde las competencias normativas en materia

⁴⁴ PARRA LUJÁN, M^a, *La jurisdicción voluntaria y las leyes civiles autonómicas*. Derecho Privado y Constitución. n°30. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.2016. Págs. 127-175.

civil hayan sido cedidas.

Sin pretender realizar un análisis exhaustivo de los procedimientos de aceptación y partición de herencia en cada una de estas Comunidades Autónomas, se va a indicar cuáles son sus principales características en aquellas en las que existen tales figuras.

Aragón.

En lo que se refiere a esta Comunidad Autónoma, hay que tener en cuenta que hasta el momento no se ha producido un cambio en la figura de la *interpellatio in iure*, siendo el Juez el encargado de compeler al llamado a heredar a aceptar o repudiar la herencia, si así se lo solicita algún interesado, tal y como recoge el artículo 348 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón.⁴⁵ No se hace ninguna referencia al contador-partidor dativo.

Cataluña.

En Cataluña no ha sido hasta el año 2017 con la reforma realizada por la Ley 3/2017⁴⁶ cuando se ha producido la adaptación a lo establecido en la Ley de Jurisdicción voluntaria armonizando así ambas legislaciones. En concreto, el artículo 461-12 de la Ley 10/2008⁴⁷ se establece que será el Notario al que deberán solicitar los interesados para compeler a los llamados a heredar a aceptar o repudiar la herencia. Sin embargo, no existe la figura del contador-partidor dativo en dicha legislación.

Galicia.

Esta legislación es la única que con anterioridad a la Ley de la Jurisdicción Voluntaria había previsto el nombramiento del contador-partidor dativo por parte del Notario en el artículo 295 de la Ley 2/2006⁴⁸, además existe una regulación amplia de esta figura, la cual debería servir de ejemplo a seguir para adaptar la legislación notarial, la cual como se ha indicado es deficiente en esta materia.

Navarra.

⁴⁵ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

⁴⁶ Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto.

⁴⁷ Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

⁴⁸ Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

En Navarra ya estaba previsto la figura del contador-partidor dativo con anterioridad a cuando se integró en el Código Civil español, en concreto, en Navarra se introdujo en 1973 mientras que en España se introdujo 1981 con la reforma de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil, aunque, en la actualidad, se ha de seguir solicitando al juez que sea el que lo nombre.

País Vasco.

En el País Vasco se prevé la posibilidad de que el cónyuge viudo con hijos del matrimonio solicite al juez para que éste inste a los sucesores del fallecido a que acepten cualquier herencia en que éste estuviera interesado, siendo únicamente el cónyuge viudo el capacitado para esto, en concreto, en el artículo 143 de la Ley 5/2015⁴⁹.

⁴⁹ Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

6. Conclusiones

El presente trabajo muestra cómo ha afectado la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria al ordenamiento jurídico español, siendo de especial relevancia el papel que ha asumido el Notario en sustitución del Juez en aras de reducir el colapso existente en los Tribunales españoles. En este sentido, el legislador ha dotado de mayores facultades al Notario, junto con el Letrado de la Administración de Justicia, alcanzándose así el objetivo propuesto. Sin embargo, ha sido y es bastante cuestionable que estos actores tengan la legitimidad suficiente para llevar a cabo dichas actuaciones en tanto que en algunas ocasiones, son actuaciones en las que es el Juez el que ha de llevarlas a cabo puesto que requieren una tarea jurisdiccional la cual está privada para los Notarios y Letrados de la Administración de Justicia, como bien señala el artículo 117.3 de la Constitución Española.

Una de los campos en los que se ha cedido mayores facultades a los Notarios es en el ámbito del Derecho Sucesorio; hecho que goza de sentido teniendo en cuenta que los Notarios han sido unos profesionales que siempre han estado íntimamente ligados a este campo del Derecho por lo que su conocimiento acerca del mismo es muy extenso. Sin embargo, de nuevo, es necesario remarcar que no se pueden ceder determinadas facultades en las que el Juez haya de ejercer facultades jurisdiccionales, como ocurre con el caso de la aprobación de la partición herencia realizada por el contador-partidor dativo.

Hay que tener en cuenta que una vez fallecida una persona, se abre un período en el que se han de llevar a cabo distintas acciones para atribuir a cada uno de los coherederos y legatarios lo que les corresponda. Es durante ese período donde se generan numerosos conflictos entre los distintos herederos, produciéndose en algunos casos situaciones de bloqueo para las cuales el legislador ha de buscar soluciones efectivas y rápidas, evitando que el proceso de extienda infinitamente. En esas situaciones de bloqueo es cuando entra en juego el Notario, el cual ha tomado un papel especialmente relevante en dos casos: (i) en el momento de la aceptación de herencia y (ii) en el momento de la partición de la herencia.

En el primero de los casos, el legislador ha previsto la figura de la *interpellatio in iure*

en virtud de la cual cualquier interesado podrá solicitar al Notario (con anterioridad a la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, al Juez) que fuerce al llamado a heredar para que acepte o repudie la herencia en un plazo de 30 días y, en caso de que éste no se pronuncie se considerará aceptada pura y simplemente. Respecto de esta reforma, habría que tener en cuenta que el legislador ha mejorado la redacción anterior solucionando ciertos problemas que generaba el mismo, lo cual dejaba ciertas dudas en la interpretación del mismo, además, en este caso, la intervención del Notario en sustitución del Juez es totalmente válida ya que, en ningún momento, se va a dar una situación en la que el Notario haya de ejercer funciones jurisdiccionales.

En lo referido a la partición, el Notario tiene un papel bastante relevante en dos momentos que, aunque puedan parecer diferenciados, están íntimamente relacionados. El primero de ellos es cuando el cincuenta por ciento del haber hereditario solicite el nombramiento de un contador-partidor dativo para que lleve a cabo la partición de herencia. En este sentido, es necesario indicar que la intervención del Notario es adecuada en tanto que es un mero nombramiento; sin embargo, la legislación notarial no ha sido desarrollada lo suficiente como para no tener dudas acerca de la forma de llevar a cabo el nombramiento, siendo, por tanto, de aplicación subsidiaria la legislación civil común; aunque sería recomendable su desarrollo en la legislación notarial como se ha hecho con otros puntos. Por otro lado, al Notario también se le encomienda la facultad de aprobación de la partición realizada por el contador-partidor dativo, generando esta mayores dudas en tanto que realmente no se trata de un mero trámite en el que se comprueba si el contador-partidor ha cumplido con sus facultades, sino que se ha de entrar a valorar si, a parte de cumplir con las mismas, se ha realizado correctamente, es decir, si ha cumplido con todas las exigencias establecidas legalmente, siendo esta facultad más propia del Juez ya que se ejercen funciones de control más propias de este ya que en caso de no cumplir con dichas exigencias, el Notario no cuenta con legitimidad para compeler a realizar una nueva partición para realizar la misma según las exigencias legales, mientras que el Juez sí que la tiene.

Otra de las cuestiones a tener en cuenta es que este tratamiento no es igualitario en todas las Comunidades Autónomas debido a la cesión de competencias existente en el ámbito de la Comunidades Autónomas en favor de las mismas, suponiendo esto que no a todas les sea de aplicación la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Se ha de realizar un esfuerzo por parte del legislador nacional con las distintas Comunidades Autónomas para intentar

homogeneizar la materia, buscando sinergias que sirvan siempre para agilizar los trámites de dichos procesos de jurisdicción voluntaria en donde el Juez no necesita intervenir.

A modo de conclusión y reflexión final, se puede indicar que este cambio en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria es eminentemente positivo en tanto que se ha descargado de carga de trabajo a los Tribunales, los cuales se encuentran colapsados. Además, es cierto que es la elección del Notario para llevar este tipo de actuaciones es adecuada, no solo por su conocimiento de las distintas materias, sino también por la seguridad jurídica que aportan al acto. Sin embargo, se ha de tener una mayor cautela con las facultades que se ceden a los Notarios puesto que, de lo contrario, se podría estar "judicializando" la actividad notarial; hecho que no debe ocurrir en tanto que los Notarios no cuentan con capacidad para llevar a cabo funciones propiamente jurisdiccionales puesto que las mismas están reservadas para los Jueces y Tribunales. Por todo ello, se debe seguir apostando por dotar de mayores facultades a los Notarios siempre que las mismas no deriven en convertir al Notario en un Juez de forma indirecta.

7. Bibliografía.

7.1. Legislación.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto.

7.2. Jurisprudencia.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1932 (RJA 1932-1933/1056)

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1951(RJA1951/1012)

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1964 (RJA 1964/5093)

Recomendación (86) 12 del Consejo de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa respecto a medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva en los Tribunales (Adoptada por el Consejo de Ministros de 16 de septiembre de 1986, durante la 39ª reunión de los Delegados de los Ministros)

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 8 de mayo de 1995.

Sentencia del Tribunal Supremo 15 de julio de 1997 (RJA 1997/5511)

Auto del 20 de abril de 2002 de la Audiencia Provincial de Soria (EDJ 7008)

Sentencia 605/2002 de 4 de noviembre de la Audiencia Provincial de Alicante.

Dictamen de la Abogacía del Estado de 15 de febrero de 2007 (JUR 2007, 351440)

Auto del 5 de mayo de 2010 de la Audiencia Provincial de Barcelona.

7.3 Obras doctrinales.

ALBADALEJO GARCÍA, M. *Curso de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*. 9ª edición. Edisofer. Madrid. 2008.

BARRIO DEL OLMO, C. (coord.), *Jurisdicción voluntaria notarial*, Aranzadi. Pamplona. 2015.

BARRUTIA SOLIBERDI, B., *La intervención del Ministerio Fiscal. Principios de actuación. Funciones. Expedientes en los que interviene el Ministerio Fiscal*. Obtenido de <https://www.fiscal.es>.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Derecho de Sucesiones*. Tecnos. Madrid. 2009

CARRAU CARBONELL, J. M., *La partición de herencia conflictiva tras la Ley Jurisdicción voluntaria*, Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm.4, febrero 2016.

CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil español, común y foral*. T. VI. Derecho de sucesiones. Vol. 1. La sucesión en general. 8 ed. Ed. Reus. Madrid 1978.

COLINA GAREA, R., *Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria*. Anuario da Facultade de Dereito N° 6-2002. Universidad da Coruña.

DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., *El nuevo perfil de la jurisdicción voluntaria*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 4, 2007.

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. V. Derecho de familia. Derecho de sucesiones. 8 ed. Ed. Tecnos. Madrid. 2001.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Memoria histórica de la jurisdicción voluntaria*, RDUNED. Revista de derecho UNED, núm. 8, 2011.

FÉRNANDEZ EGEA, M^a, *La jurisdicción voluntaria notarial. Su especial relevancia en el ámbito sucesorio*. (Tesis doctoral). Universidad del País Vasco. País Vasco. 2016.

GALVÁN GALLEGOS, A., *La repudiación de herencia en el Código Civil español*. (Tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 1994.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852. Zaragoza. 1974. Pág. 449.

GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo XIV, vol. 1º, artículos 988 a 1034, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado. 1979.

GIMATRA GÓNZALEZ, M., *Comentario al artículo 1005 del Código Civil*, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XIV, vol. 1º, arts. 988-1034, Edersa, Madrid, 1989.

GIMENO GAMARRA, R., *Ensayo de una teoría general de la jurisdicción voluntaria*, Anuario de Derecho Civil, vol. IV, núm. 1, enero-marzo, 1953.

GÓNZALEZ MIQUEL, J., *Notas sobre la voluntad del testador*. Universidad Autónoma de Madrid. 2016

GONZÁLEZ PORRAS, J. M./MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (Coords.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Murcia. 2004.

GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria. Doctrina y formularios*, 4ª edición actualizada por Pedro González Poveda y Jorge González Rodríguez. Cizur-Menor. Thomson-Aranzadi. Navarra. 2008.

LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de derecho civil. Tomo V. Sucesiones*. Dykinson. Madrid. 2007.

LIÉBANA ORTIZ, J.R., *Hacia una teoría de la Jurisdicción Voluntaria*, Práctica de Tribunales, nº95, Sección Tribuna Libre, Julio-Agosto 2012.

MELÓN MUÑOZ, A., (Coor.), *Memento Procesal Civil*. Parte II. Capítulo 18. Jurisdicción Voluntaria. Ed. Francis Lefebvre. 2017.

MOLINA PORCEL, M., *Derecho de sucesiones*. Ed. Difusión jurídica y temas de actualidad. Madrid. 2007.

PARRA LUJÁN, M^a, *La jurisdicción voluntaria y las leyes civiles autonómicas*. Derecho Privado y Constitución. nº30. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2016.

PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho civil español*, tomo V, Vol. III , Relaciones sucesorias en particular, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.1965.

ROCA SASTRE, R.M^a., *Notas al Derecho de Sucesiones de Kipp*, Barcelona, Ed. Bosch, tomo V, vol. I.1951.

RODRÍGUEZ ADRADOS,F., *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, D.L. Madrid. 1988.

ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho sucesorio mortis causa*. Edelce. Sevilla. 1951.

SÁNCHEZ GARCÍA, A. (coord.), *Métodos alternos de solución de conflictos. Herramienta de paz y modernización de la justicia*. Ed. Dykinson. Madrid 2011.

SÁNCHEZ ROMÁN, F. , *Estudios de Derecho Civil VI. Derecho de Sucesiones*. Vol. I. Ed. Analecta Ediciones y Libros. Navarra.2008.

TORRES LANA, J. *La partición por comisario*. Universidad de Granada. 1983.