

LA INEFICACIA DE LA PARTICIÓN DE HERENCIA

Lucía Costas Rodal

*Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid
Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Rey Juan Carlos*

**LA INEFICACIA DE LA PARTICIÓN DE
HERENCIA**

Universidad Rey Juan Carlos

INDICE GENERAL

| | |
|---|----|
| I. PARTICIÓN DE HERENCIA: CONCEPTO Y NATURALEZA..... | 12 |
| II. FORMAS DE PARTICIÓN..... | 20 |
| III. INEFICACIA DE LA PARTICIÓN. PLANTEAMIENTO GENERAL..... | 25 |
| IV. EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LA PARTICIÓN O <i>FAVOR PARTITIONIS</i> | 30 |
| V. NULIDAD DE LA PARTICIÓN | |
| A. Introducción..... | 38 |
| B. Causas de nulidad de la partición..... | 39 |
| 1. Carencia o vicio sustancial de los requisitos esenciales del acto..... | 39 |
| 2. Falta de realización de las operaciones particionales o de las operaciones previas..... | 51 |
| 3. Infracción de normas legales imperativas..... | 53 |
| 4. Infracción del acto del que trae causa la partición..... | 57 |
| a). En la partición realizada por contador-partidor..... | 57 |
| b). En la partición realizada por los coherederos..... | 60 |
| 5. Ineficacia o falta de vigencia del título en cuya virtud se hizo la partición..... | 64 |
| 6. Infracción de las condiciones de eficacia del acto particional..... | 65 |
| 7. Extralimitación de facultades en la actuación del defensor judicial..... | 66 |
| 8. Falta de capacidad del autor de la partición..... | 66 |
| C. Casos en que no prospera la nulidad de la partición pretendida..... | 68 |
| VI. ANULABILIDAD DE LA PARTICIÓN | |
| A. Consideraciones generales..... | 72 |
| B. Vicios de la voluntad. Especial referencia al error en la partición..... | 74 |
| C. La anulabilidad en la partición efectuada por el contador-partidor por infracción del art. 1057. III CC..... | 78 |
| VII. RESCISIÓN DE LA PARTICIÓN | |
| A. La rescisión de la partición, en general..... | 81 |
| B. La rescisión de la partición por lesión..... | 86 |

| | |
|--|-----|
| 1. Cuándo es rescindible la partición por causa de lesión. Concepto y determinación de la lesión..... | 86 |
| 2. Lesión y valoración errónea..... | 93 |
| 3. La rescisión por lesión en el marco de las operaciones previas a la partición..... | 100 |
| 4. Supuestos excluidos de la rescisión por lesión..... | 101 |
| 5. Distinción de figuras afines..... | 104 |
| 6. Régimen jurídico de la acción de rescisión por lesión. Legitimación y plazo..... | 108 |
| 7. Rescisión por lesión en los diferentes tipos de particiones..... | 111 |
| a). Rescisión de la efectuada por el testador..... | 111 |
| a’). Significado de la imposibilidad de impugnar la partición por causa de lesión que contiene el art. 1075 CC..... | 111 |
| b’). Excepciones a la regla de no rescindibilidad por causa de lesión en la partición efectuada por el testador..... | 123 |
| c’). Enajenación por el testador de los bienes objeto de la partición..... | 130 |
| b). Rescisión de la efectuada por los herederos, por contador-partidor, o por el juez. Especial referencia a la lesión en la legítima..... | 131 |
| 8. Efectos de la rescisión..... | 140 |
| a). Modo de reparar la lesión..... | 140 |
| b). La indemnización de la lesión: sus diferentes posibilidades..... | 146 |
| c). Efectos de la rescisión en cuanto a los herederos que no recibieron más de lo justo..... | 148 |
| 9. Casos en que no procede la acción de rescisión. Enajenación de todos o de parte considerable de los bienes inmuebles adjudicados al heredero lesionado..... | 149 |
| C. La acción de rescisión. Diferencias con respecto a la de nulidad..... | 153 |

VIII. OMISIÓN EN LA PARTICIÓN DE OBJETOS O VALORES DE LA HERENCIA

| | |
|--|-----|
| A. La adición o complemento de la partición..... | 154 |
| B. Significado de los términos <<objetos o valores de la herencia>>..... | 162 |
| C. Colación de bienes y liquidación de la sociedad de gananciales..... | 168 |
| D. La magnitud de la omisión..... | 174 |
| E. Inexistencia de los bienes omitidos..... | 176 |
| F. Plazo de ejercicio de la acción de complemento o adición de la partición..... | 177 |

| | |
|--|-----|
| IX. PRETERICIÓN EN LA PARTICIÓN | |
| A. Ámbito de aplicación..... | 179 |
| B. Primera hipótesis: buena fe de los coherederos..... | 182 |
| 1. Obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda..... | 186 |
| C. Segunda hipótesis: mala fe de los coherederos. Rescisión de la partición..... | 188 |
| X. PARTICIÓN HECHA CON UNO A QUIEN SE CREYÓ HEREDERO SIN SERLO | |
| A. Ámbito de aplicación de la norma..... | 191 |
| B. Naturaleza jurídica de la acción derivada del art. 1081 CC..... | 195 |
| C. La nulidad parcial en el ámbito del art. 1081 CC..... | 197 |
| D. Heredero aparente y preterición..... | 202 |
| E. Efectos de la nulidad de la partición en cuanto a tercero..... | 205 |
| | |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 207 |

I. PARTICIÓN DE HERENCIA: CONCEPTO Y NATURALEZA

La partición de la herencia es el acto o negocio jurídico que pone fin a la situación de indivisión propia de la comunidad hereditaria. El Código Civil concibe al acto particional como un medio de salir de la indivisión en alguno de sus preceptos. Así, según el art. 1051 CC, <<ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia ...>>. No obstante, téngase en cuenta que si es el testador quien realiza la partición, ésta no es un medio para poner fin a la comunidad hereditaria, sino una forma de impedirla pues no existiría situación de indivisión, ni siquiera de manera transitoria.

Presupuesto de la partición es el concurso de una pluralidad de herederos. La concurrencia de varios a una misma herencia convierte a la partición en acto necesario para la culminación del proceso sucesorio¹. El activo hereditario se repartirá entre los coherederos en proporción a sus cuotas. El valor de los bienes que cada heredero recibirá tras la disolución de la comunidad guardará la misma relación con respecto al valor de lo adjudicado a los demás, que la existente entre las diferentes cuotas durante la vigencia de la comunidad hereditaria. Como acto complejo, la función de la partición de herencia no se agota en poner fin a la indivisión hereditaria. Las operaciones particionales se encaminan a la liquidación del caudal hereditario, que es minorado por deudas y cargas². La partición puede ser total o parcial, según se dividan todos los bienes del caudal relicto o quede alguno sin dividir, sea en indivisión provisional o definitiva³.

El efecto propio de la partición es la transformación de la cuota ideal o abstracta que cada coheredero ostenta en la comunidad hereditaria en la titularidad concreta y exclusiva de cosas determinadas (art. 1068 CC). Por la

¹ CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil*, T. III, Madrid, 1959, p. 436; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. V, Vol. 3º, 4ª edición, Bosch, Barcelona, 1991, p. 355; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Compendio de Derecho Sucesorio*, La Ley, Madrid, 1990, p. 403; DE BUEN en sus notas a COLIN Y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, Madrid, 1927, p. 428.

² Según DE BUEN en sus notas a COLIN Y CAPITANT, cit., p. 428, “la partición de la herencia es un acto o negocio jurídico constituido por un conjunto de operaciones, en virtud de las cuales se liquida una herencia, se señala el haber de cada partícipe y se le asignan las obligaciones y derechos que le corresponden”.

³ STS 21 de mayo de 1966 (RJ 1966, 3815).

herencia se transmiten los bienes y derechos del causante; pero se transmite la globalidad de la herencia a los coherederos de manera indeterminada, no siendo ninguno de ellos propietario exclusivo de bien o derecho alguno antes de la partición. Los bienes y derechos se agruparán en diferentes lotes, los cuales serán adjudicados a cada uno de los coherederos en pago de las cuotas hereditarias determinadas en el título de la sucesión, sea el testamento, sea la Ley.

Bienes y derechos que conforman el contenido de cada lote pasarán a ser propiedad exclusiva del heredero adjudicatario por efecto de la partición. De ahí que sean varios los autores y numerosa la jurisprudencia que destaca la naturaleza sustitutiva o determinativa o especificativa de la partición porque el acto de partir provoca una sustitución del derecho hereditario *in abstracto* por la titularidad de bienes determinados, o una determinación o especificación de qué bienes se adjudican a cada coheredero en lugar de su cuota. La partición especifica derechos sobre bienes que antes formaban parte de la comunidad hereditaria, pues durante la vigencia de esa comunidad la titularidad concreta de los derechos subjetivos se encontraba indeterminada transitoriamente. De ahí que la partición origine una nueva situación, sustituyendo el régimen jurídico de la comunidad hereditaria por titularidades concretas, poniendo término al proceso sucesorio. Por efecto de la partición el adjudicatario adquiere la propiedad exclusiva de ciertos bienes, perdiendo todo derecho sobre los objetos adjudicados a los demás. Cada coheredero recibe del causante su cuota en la comunidad hereditaria. Y los bienes se subrogan en la cuota indivisa de tal modo que ha de considerarse que el adjudicatario recibirá esos bienes que sustituyen a la cuota directamente del causante por sucesión universal y no de los demás coherederos⁴. Tras la partición, lo que el coheredero pierde en extensión lo gana en intensidad⁵.

⁴ MARTÍN LÓPEZ, <<Carácter y efectos de la partición de herencia>>, RDP, 1936, p. 94.; ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, 5ª edición, Bosch, Barcelona, 1994, p. 129; LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, reimpresión 1990, p. 138; Díez-PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil Vol. IV*, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 2001, p. 544; VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de Sucesiones, II, Perspectiva dinámica*, Civitas, Madrid, 1984, p. 846; ROCA SASTRE, en sus notas a ENNECERUS, KIPP, WOLF, *Tratado de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones, II*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1976, p. 290-291; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Compendio de Derecho Sucesorio*, cit., p. 416. Vid. también SAP de Granada de 20 de septiembre de 1999 (AC 1999, 1974).

⁵ ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio mortis causa*, Sevilla, 1951, p. 332.

Mucho ha discutido la doctrina acerca de la naturaleza de la partición⁶. Frente a la teoría sustitutiva o determinativa o especificativa, que se puede calificar como mixta o intermedia y que es en la actualidad la posición dominante, se encuentran las tesis declarativas y las teorías traslativas que explican de manera dispar la naturaleza de la partición.

La tesis de la naturaleza traslativa, que procede del Derecho romano, descansa para sus defensores en el art. 1068 CC, según el cual *la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados*⁷. Como argumento se aduce el contenido del art. 1069 CC, que impone la obligación de saneamiento entre coherederos a fin de garantizarse recíprocamente la integridad de los bienes adjudicados a cada uno de ellos tras la partición⁸. Si esa obligación existe - se dice- no puede tener otra justificación que la consideración de que cada coheredero recibe el bien adjudicado no directamente del causante, sino en virtud de cesiones onerosas en las que los transmitentes son los demás. La obligación recíproca de saneamiento que existe entre los coherederos es propia de los contratos con causa onerosa, en los que una de las partes recibe alguna cosa de la otra en contraprestación de aquélla que da (compárese con el art. 638 CC). La partición sería entonces un título traslativo de dominio porque implica la transferencia de los bienes al adjudicatario. Y se trataría de un título de propiedad distinto e independiente del de herencia. La adjudicación de bienes concretos envuelve una transmisión de dominio de unos coherederos a otros de manera que entre el difunto y el definitivo adjudicatario se colocan los coherederos.

Esas afirmaciones descansan sobre la base de que tras el fallecimiento del causante y antes de la partición, cada cosa que forma parte del caudal relicto es, a la vez, propiedad de todos los coherederos en

⁶ Vid. un resumen de las diferentes posiciones en RODRÍGUEZ DEL BARCO, <<Sobre la naturaleza jurídica de la partición hereditaria>>, RDP, 1971, p. 1157; LLEDO YAGÜE, *Derecho de Sucesiones (T. IV). La comunidad hereditaria y la partición de herencia*. Universidad de Deusto, Bilbao, 1993, p. 41 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. V, Vol. 3º, cit., p. 356 y ss.

⁷ Así lo entiende OGAYAR Y AYLLÓN, <<Naturaleza jurídica de la partición hereditaria>>, cit., p. 31, al afirmar que “si la partición implica la transferencia de los bienes al adjudicatario de los mismos, no cabe duda que constituye un título atributivo o traslativo del dominio”. También SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, T. VI, Vol. 3º, Madrid, 1910, p. 1977.

⁸ CABANILLAS GALLAS, <<Evicción y saneamiento en la partición>>, en *Estudios de Derecho Civil en honor de Castán Tobeñas*, III, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, p. 81.

proporción a la cuota que cada uno ostenta. En consecuencia -se afirma- para que sea posible la atribución a cada coheredero de bienes concretos se producirá un intercambio de las partes indivisas que corresponden a cada uno para concentrar la titularidad de cada cosa en uno solo de ellos. Los adjudicatarios de cada bien recibirían entonces éste en parte por permuta con los otros coherederos, de manera que se considera que los coherederos son causahabientes unos de otros con relación a los bienes que forman parte de sus lotes. Las cesiones recíprocas entre coherederos, necesarias para la adjudicación de bienes concretos, serían auténticas permutas, es decir, actos de enajenación; lo que permitiría calificar a la partición como título traslativo de dominio. En definitiva, el heredero adjudicatario adquiriría el bien en virtud de dos títulos distintos: por un lado, del título de herencia con respecto a la cuota que ostentaba en el bien desde el momento de la apertura de la sucesión; por otro, y en cuanto a las demás cuotas del bien, en virtud de título oneroso por permuta con los demás coherederos para completar su lote⁹. Como consecuencia de este sistema, subsistirían tras la partición los actos ejecutados durante el período intermedio por cada uno de los coherederos. Sería oponible al adjudicatario todo acto de disposición o gravamen realizado por el propietario anterior, es decir, por su causahabiente inmediato en la medida en que la partición no puede alterar la situación preexistente.

En contra de esta tesis se ha dicho que la partición no es traslativa porque adjudica al heredero algo a lo que ya tenía derecho por título de herencia. La partición no puede transmitir el bien a quien ya era su titular, sino que se limita a completar o consolidar situaciones indeterminadas. El art. 1068 CC no ha de interpretarse en el sentido de que la partición transfiere o transmite la propiedad de los bienes adjudicados, sino que la reconoce sobre bienes determinados. En otro caso el art. 1068 sería incompatible con los arts. 657, 661, 881 y 440, todos ellos del Código Civil, que se fijan en el momento de la muerte del causante para establecer el momento de la adquisición hereditaria¹⁰. Además, los coherederos no

⁹ OGAYAR, <<Naturaleza jurídica de la partición hereditaria>>, RJC, 1957, p. 31; MANRESA Y NAVARRO, *CC español*, Vol. 7, Madrid, 1914, p. 791; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, T. VI, Vol. 3º, cit., p. 2079; VALVERDE, *Derecho Civil Español*, T. V, Valladolid, 1916, p. 563.

¹⁰ MARTÍN LÓPEZ, <<Carácter y efectos de la partición de herencia>>, cit., p. 86 y 92. Según este autor <<el importe de los bienes que al heredero se le adjudiquen será el mismo a que ascienda su haber hereditario; la partición no le asigna ni puede asignarle más de lo que por herencia le corresponda (...). Luego si lo que recibe es lo mismo a que tenía derecho por título de herencia, ¿qué es lo que adquiere por la partición?>> (p. 86). En el

pueden intercambiar sus cuotas, porque no existen tales cuotas sobre bienes concretos, sino una cuota global abstracta sobre el patrimonio hereditario¹¹. El art. 1069 CC tampoco serviría como confirmación de la naturaleza traslativa de la partición en el sistema español. La obligación de saneamiento recíproca entre coherederos proclamada por el art. 1069 es algo distinto a la obligación típica de saneamiento que existe en los actos traslativos de carácter oneroso. En sede de partición de herencia, el fundamento de la obligación de sanear tras la partición se encuentra en el establecimiento de una fórmula tendente a restablecer el equilibrio entre los coherederos y no en la responsabilidad de los transmitentes, que no lo son los coherederos. La obligación que se desprende del art. 1069 no es más que una garantía de cuota para que no quede mermada la igualdad o exactitud en la partición. Cuando un lote padece una evicción, se altera el principio de exactitud o principio de equivalencia que preside la formación de los lotes. De donde nace la obligación de sanear. De lo contrario sufriría unilateralmente el daño el coheredero adjudicatario con la consiguiente quiebra de los principios citados¹². Además, esa obligación de saneamiento no es exclusiva de los ordenamientos que descansan sobre las bases de la doctrina traslativa de la partición. Descartada la naturaleza traslativa de la partición no puede ser otra la base de esa obligación porque es del causante de quien reciben los bienes los coherederos de manera directa y no de los demás coherederos mediante cesiones recíprocas entre ellos. La pérdida no la sufrirá exclusivamente el heredero adjudicatario sino todos en proporción a sus cuotas como miembros de la comunidad hereditaria que quedó extinguida por la partición. Sólo así se evitará una alteración en la proporcionalidad del valor de las cuotas con respecto al valor de los bienes adjudicados en virtud de la partición. En el caso de sufrir un lote una evicción, el problema no estribará en que los demás coherederos no fuesen propietarios del bien sino en que el bien que sufre la evicción no pertenecía al causante. Y, puesto que el saneamiento en la partición y saneamiento en

mismo sentido, PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil Español, T. V, Vol. III*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, p. 170.

¹¹ ROCA-SASTRE, <<La partición hereditaria: ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?>> en *Estudios sobre Sucesiones*, II, Madrid, 1981, p. 408; LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de sucesiones*, cit., p. 138; DÍEZ-PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil* Vol. IV, cit., p. 544.

¹² ROCA-SASTRE, <<La partición hereditaria: ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?>> en *Estudios sobre Sucesiones*, II, Madrid, 1981, p. 412; BELTRÁN DE HEREDIA, <<El saneamiento por evicción en la partición hereditaria>>, RDP n° 451, octubre 1954, p. 839 y 840; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil español, T. V, Vol. III*, cit., p. 317.

la compraventa son dos realidades distintas, no se puede afirmar con rotundidad la aplicación analógica a la partición de las normas que sobre el saneamiento existen en el marco del contrato de compraventa. Esa aplicación será sólo posible en la medida en que la regulación concreta resulte coherente con la función de garantía de las cuotas hereditarias que está llamada a cumplir la obligación de saneamiento en materia de partición, y siempre que no contradiga alguno de los preceptos específicos en materia de partición¹³.

La naturaleza traslativa de la partición parece quedar descartada por la jurisprudencia más reciente¹⁴, así como por diferentes resoluciones de la DGRN. Niega rotundamente la naturaleza traslativa de la partición la RDGR 6-4-1962¹⁵, señalando que nuestro ordenamiento no equipara la partición a los actos traslativos. Esta resolución se refiere a un supuesto de adjudicación particional a uno solo de los coherederos del único inmueble del caudal relicto con obligación de pagar a los demás su parte en metálico. Se pregunta la DGRN si la mencionada adjudicación implica un acto dispositivo cuya naturaleza supera los límites de los actos particionales, y en consecuencia, si esa partición es eficaz pues intervienen menores y no se ha pedido autorización judicial como indica el art. 166 CC. Señala al respecto la DGRN que <<tal adjudicación no envuelve una transmisión de dominio de unos coherederos a otros sino del causante al adjudicatario, con la eficacia declarativa peculiar de toda partición y, con posibilidad de ser rescindida, y con los demás efectos civiles e hipotecarios distintos a los de una enajenación, por lo cual este Centro reiteradamente ha declarado que la partición, en el supuesto especial del artículo 1062, no constituye, cuando existan menores interesados, un acto dispositivo>>. No sería por tanto de aplicación la previsión del artículo 166 del Código civil. Se califica al supuesto como partición contractual del art. 1058 CC siendo de plena aplicación el art. 1060 I CC a cuyo tenor podrá el heredero menor de edad comparecer en la partición debidamente representado por sus padres sin que

¹³ BELTRÁN DE HEREDIA, <<El saneamiento por evicción en la partición hereditaria>>, cit., p. 841, viene a señalar por todo ello que <<ni siquiera el nombre técnico de evicción es aplicable en este caso>>. Para evitar equívocos sería más correcta la siguiente fórmula <<cuando por causas anteriores a la partición alguno de los coherederos fuese privado del todo o parte de su haber, los otros coherederos están obligados a indemnizarle de esta pérdida en proporción a sus derechos hereditarios>>. Afirma este autor (p. 843) que en el contrato de compraventa el saneamiento comprende la evicción y los vicios ocultos. En la partición, tan sólo la evicción.

¹⁴ SSTS de 18 de mayo de 1962 (RJ 1962, 2753), 5 de marzo de 1991 (RJ 1991, 1718).

¹⁵ RJ 1962, 1712.

por ello sea necesaria la aprobación judicial. Doctrina que es reiterada por la RDGR de 2 de enero de 2004¹⁶.

Frente a la tesis traslativa, se encuentran los partidarios de la naturaleza declarativa de la partición, propia del Código francés. Para estos autores, la partición hereditaria tiene el carácter de acto declarativo de derechos, en la medida en que la partición declara una situación que existe desde el fallecimiento del causante. La partición nada transmite, sino que como consecuencia de ella cada coheredero recibe lo que ya le pertenecía. A diferencia de que lo ocurre en el sistema traslativo, no hay dos títulos de transmisión del derecho (herencia y partición) sino que es título de transmisión el testamento o la declaración de herederos *ab intestato* en su caso. Los coherederos no son causahabientes unos de otros con respecto a los bienes incluidos en sus lotes sino que suceden directamente al causante, único transmitente de bienes. Y esos bienes se adquieren del causante en el momento de su fallecimiento, aunque sea de manera indeterminada. Se presume que cada coheredero ha sido siempre propietario único de los bienes que le son adjudicados tras la partición, y por el contrario, no ha tenido nunca derecho alguno sobre los demás efectos de la sucesión. De ahí que se entienda que los actos de disposición (enajenaciones, hipotecas, servidumbres) realizados por cada coheredero durante la vigencia de la comunidad hereditaria sólo subsistirán si la cosa objeto del acto de disposición se incorpora al lote del heredero correspondiente. La partición tiene pues plena retroactividad. Sus efectos se retrotraen al momento de la muerte del causante, pues la partición no altera la situación creada en ese momento, sólo declara la parte que a cada coheredero corresponde. Los defensores de la aplicación de esta solución a nuestro sistema alegan como apoyo los arts. 399 y 450 CC, en los que consideran que se aplica el principio retroactivo¹⁷.

¹⁶ RJ 2004, 712.

¹⁷ Se pronuncia a favor del carácter declarativo de la partición ROCA-SASTRE, <<La partición hereditaria: ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?>> en *Estudios sobre Sucesiones*, II, Madrid, 1981, p. 409; BELTRÁN DE HEREDIA <<El saneamiento por evicción en la partición hereditaria>>, RDP nº 451, octubre 1954, p. 839. Entienden que el régimen del Código Civil se aproxima mucho a los sistemas declarativos CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español. Común y foral. Derecho de Sucesiones, T. VI, Vol. I*, 9ª edición, Madrid, 1989, p. 330 y 331; MONEDERO GIL, <<La partición practicada por el testador>>, Pretor: Revista Técnica de Justicia Municipal, julio-agosto 1971, vol. 64, p. 517. También DE BUEN en sus notas a COLIN Y CAPITANT, cit., reconoce que en algunos aspectos tiene la partición efectos retroactivos, haciendo alusión principalmente al art. 399 CC.

A la teoría declarativa pura se puede objetar que la partición no es un mero acto declarativo porque no se reduce al simple reconocimiento o declaración de un derecho anterior. La partición modifica la situación anterior de comunidad hereditaria, pues ni la situación de los coherederos ni la de los bienes es la misma tras la partición, pues ésta trueca un derecho impreciso por otro individualizado sobre bienes determinados. No es necesaria la ficción de la retroactividad de la partición, pues no debe haber supresión ulterior del tiempo de comunidad hereditaria¹⁸. Los coherederos llegan a ser propietarios exclusivos de bienes concretos únicamente tras la partición; antes de ese momento no tienen más que una cuota global sobre el caudal relicto. La partición no puede entonces *declarar* que esos bienes concretos que reciben en la partición les pertenecían antes, porque esto no es así¹⁹. Sobre los arts. 399 y 450 CC se ha dicho que son de aplicación a la comunidad ordinaria de bienes pero no a la comunidad hereditaria, al poseer ésta caracteres específicos²⁰.

Todos estos inconvenientes de las tesis traslativas y declarativas puras han hecho cobrar fuerza a la posición que descansa sobre la naturaleza sustitutiva, determinativa o especificativa de la partición, a la que hacíamos referencia en párrafos anteriores, siendo además la tesis fundamentalmente seguida por el TS. La STS de 11 de diciembre de 1964²¹ afirma que la partición viene a transformar el derecho abstracto que ostentan los coherederos sobre toda la herencia en <<propiedad exclusiva de cada uno de los herederos sobre bienes concretos y singularmente determinados>>. También siguen la tesis de la naturaleza determinativa o especificativa de la partición, entre otras, las SSTS de 19 de junio de 1959; 3 de febrero de 1982²² -y las en ella citadas-; 27 de noviembre de 1972; 17 de abril de 1986²³; 5 de marzo de 1991²⁴; y 28 de mayo 2004²⁵. También la jurisprudencia menor más reciente sigue esta misma línea. En este sentido se pronuncia la SAP de Asturias de 27 de septiembre de 2001²⁶.

¹⁸ MARTÍN LÓPEZ, <<Carácter y efectos de la partición de herencia>>, cit., p. 88.

¹⁹ LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, reimpresión 1990, p. 138.

²⁰ MARTÍN LÓPEZ, <<Carácter y efectos de la partición de herencia>>, cit., p. 92 y 93.

²¹ RJ 1964, 5822.

²² RJ 1982, 374.

²³ RJ 1986, 1857.

²⁴ RJ 1991, 1718.

²⁵ RJ 2004, 378.

²⁶ AC 2001, 1945.