

ILMO. SR. D. JOAQUÍN IGNACIO GARCÍA CERVERA
Abogado

**PARTICULARIDADES DE LA FIGURA
DEL CONTADOR-PARTIDOR
DESIGNADO POR EL JUZGADO.
CONTRADICCIONES Y PROPUESTA DE
SOLUCIONES**

Discurso de Ingreso en la Real Academia Valenciana
de Jurisprudencia y Legislación

* * *

Contestación del Excmo. Sr. D. Luis Miguel Romero Villafranca
Académico



REAL ACADEMIA VALENCIANA
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

REAL ACADEMIA VALENCIANA
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Publicaciones
de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia
y Legislación

Cuaderno núm. 93

© Joaquín Ignacio García Cervera

ATIPIK FABRIK SL

www.atipikfabrik.es

**PARTICULARIDADES DE
LA FIGURA DEL
CONTADOR-PARTIDOR
DESIGNADO POR EL
JUZGADO.
CONTRADICCIONES Y
PROPUESTA DE
SOLUCIONES**

Discurso de Ingreso en la Real Academia Valenciana de
Jurisprudencia y Legislación, pronunciado por el Ilmo. Sr. D.
Joaquín Ignacio García Cervera, el día 30 de enero de 2020.

SUMARIO:

PARTICULARIDADES DE LA FIGURA DEL CONTADOR PARTIDOR DESIGNADO POR EL JUZGADO. CONTRADICCIONES Y PROPUESTA DE SOLUCIONES

INTRODUCCIÓN	7
1. El contador partidor	11
1.1. Definición y caracteres	11
1.2. Facultades	13
1.3. Nombramiento	15
A) Designación por el propio testador	15
B) Designación a solicitud de más del 50% de interesados que representen más del 50% del haber hereditario....	16
C) Elección unánime de los herederos.....	22
D) Procedimiento de División de herencia	23
D) 1. Historia del régimen procesal	25
D) 2. 2.1. Regulación legal vigente.....	32
D) 2.2. Estado de la cuestión.....	35
D) 2.3. Conclusión	45
E) El arbitraje.....	53
F) La mediación.....	55
1. 4. Diferencias derivadas de la forma de nombramiento.	56
1. 4. 1. Aprobación de las operaciones particionales..	57
1. 4. 2. Protocolización de las operaciones parti- cionales.	59
1. 4. 3. Entrega delegados	66
1. 4. 4. Compensación de excesos.....	67
1. 4. 5. Situaciones de proindivisión.	71
2. El estatuto del contador partidor designado por el Juzgado y las condiciones de su labor.....	76

2. 1. Naturaleza jurídica del contador partidor judicial.	76
2.1.2. El perito.	78
2. 2. Tareas concretas a realizar por el contador partidor.	87
3. La retribución del contador partidor.	92
3. 1. Carácter y provisión de fondos.	92
3. 2. Honorarios generados en la partición.	99
3. 3. Cobro efectivo de los honorarios.	105
3. 4. Determinación del importe de los honorarios.	107
3. 4. 1. Situación normativa y jurisprudencial.	107
3. 4. 2. La determinación de los honorarios del contador partidor.	115
3. 4. 3. Procedimiento para su reclamación.	121
3. 4. 3. 1. Reclamación directa a los interesados.	121
A. Clases de proceso.	121
B. Legitimación pasiva y proporción.	126
3. 4. 3. 2. Supuestos de tasación de costas.	128
3. 4. 4. Conclusión.	136
4. Cuestiones deontológicas y de responsabilidad.	137
4. 1. Especialidades en la Deontología.	137
4. 2. La responsabilidad.	140
5. Conclusiones.	144
EPÍLOGO	149

PARTICULARIDADES DE LA FIGURA DEL CONTADOR-PARTIDOR DESIGNADO POR EL JUZGADO. CONTRADICCIONES Y PROPUESTA DE SOLUCIONES

Excma. Sra. Presidente de la Academia.

Excmos. e Ilmos. Sres académicos de número.

Sres. Miembros de la Academia.

Autoridades Presentes.

**Miembros de la Junta de Gobierno del ICAV. Familiares,
amigos y colegas.**

Sras. y Sres.

INTRODUCCIÓN

Es una tradición comenzar los discursos de acceso a esta Ilustre Institución haciendo un pequeño análisis acerca de lo que significa para cada uno la elección y agradeciendo la oportunidad.

Yo no voy a ser menos. Y no lo voy a ser porque considero que es de estricta justicia que muestre mi agradecimiento a quienes han hecho posible que esté yo hoy aquí y ahora. He recordado alguno de los discursos dados por los académicos que me han precedido en el acceso a la Academia, que como es obvio son todos los que a ella pertenecen, y se deduce un sentir general entre los que en cada momento eran los elegidos como de extrema modestia ante la elección y el recuerdo de otros que también lo han merecido y no están.

No puedo por menos que compartir esos sentimientos, lo que me lleva a pensar que no soy original. Ciertamente el día que recibí la comunicación de que había sido elegido Académico de

Número de la Academia sentí un torbellino de sentimientos que puedo resumir de la siguiente manera:

Sinceramente lo primero que me vino a la cabeza fue mi padre, el Ilmo Sr. Don Joaquín García Marín, compañero abogado y amigo que fue de muchos los que está aquí presentes. Mi maestro y guía en todos los momentos de vida personal y profesional. Pensé en lo orgulloso que hubiera estado de que un hijo suyo hubiera alcanzado un estadio en el reconocimiento profesional que él hubiera sabido valorar. Pensar en mi padre conlleva, de suyo, hacerlo en mi madre, su alma gemela hasta que lo dejó solo, como el decía, a pesar de que estaba rodeado de una numerosa familia que siempre lo cuidó y quiso. Ellos fueron los primeros que me vinieron a la cabeza. Por supuesto que enseguida pensé en mi mujer, Amparo, un regalo que me hizo Dios y que puso delante de mí de forma insistente hasta que me di cuenta de ello, de que era un regalo. Su apoyo constante y muchas veces silente, tanto en lo personal como en lo profesional, es gran parte del secreto de que yo esté aquí. Me acordé de mis dos hijos, de mis hermanos, primos y demás familia, de mis amigos y compañeros de profesión y una pregunta me vino a la cabeza de forma inmediata: ¿estaré a la altura?.

Recuerdo que ese miedo se rebajó consideradamente cuando un íntimo amigo y compañero de profesión me dijo, tranquilamente: *“Si no lo estuvieras, no te habrían elegido”*.

Ojalá tenga razón mi amigo, ya que el sentido de la responsabilidad y la congoja que me produce hacer este discurso delante del ramo de ilustrísimos juristas que han tenido a bien cederme un sillón junto a ellos, solo son comparables a mi ilusión por cumplir y devolver la confianza que se me ha dado.

Los que me conocen desde siempre saben que existía una especie de seguridad en que de mayor iba a ser abogado. Y la verdad es que yo también tenía esa sensación y ese deseo. Pero me imagino que en un principio esa ilusión tenía que ver con la influencia paterna. Lo bien cierto es que desde que inicié, allá por el año 1980, mis estudios de Derecho he de decir que me enamoré del mismo, y a medida que fui avanzando en la carrera asenté mi total convencimiento en que efectivamente lo que yo quería ser era abogado. Por ello me colegié en 1985 en el Ilustre Colegio de Abogados de València y, a salvo algún momento duro personal que me hizo dudar y reconducir mi vida hacia otro lugar en el foro, la verdad es que el tiempo me ha hecho amar más la profesión, a pesar de que no siempre el resultado que obtienes para tus clientes se compadece con el esfuerzo entregado. Pero quizás ahí radica parte de su grandeza.

No tengo ninguna duda de que se me ha elegido para este puesto por mi condición de abogado. Y es esa condición, y sobre todo mi poca habilidad para poder hacer un estudio doctrinal que pueda aportar algo relevante, por lo que me he decantado por tratar el tema sobre el que versa mi discurso de entrada como Académico de Número, eminentemente práctico.

Y lo he hecho desde el punto de vista del abogado, concretamente del abogado contador-partidor designado por el juzgado o por el notario, pero fundamentalmente por el primero, ya que, como analizaré posteriormente, entiendo que la parquedad en la regulación y las lagunas que existen en esta redundan en perjuicio del servicio que el contador-partidor da a la sociedad y también en su propio perjuicio, pues se halla en una situación de incertidumbre y riesgo que posteriormente analizaré.

Me he centrado en la figura del contador-partidor judicial porque, aunque no existe en la regulación civil nada que distinga en principio al contador-partidor elegido por el testador del que es elegido en el procedimiento de división de herencia (veremos que el **Tribunal Supremo** equipara su capacidad de decisión a la del testador, hasta el punto de colocarlo casi en la posición de “*Juez extraprocesal*”), sin embargo las normas procesales, la interpretación que se hace de ellas y los cambios habidos en relación con la liberalización de las normas colegiales llevan a que el estatuto del contador-partidor judicial tenga tantas dudas y contradicciones que lo hacen merecedor de un cambio o de diversas aclaraciones, que por otro lado no resultan técnicamente demasiado dificultosas de hacer, pero ya sabemos que ello siempre es costoso y lento.

He querido exponer la regulación legal y las diferencias entre los tipos de contador-partidor por su origen o designación, trayendo a colación las normas de aplicación, para luego, desde un punto de vista práctico, ir entrando en los problemas concretos que entiendo que ponen palos en las ruedas tanto de los propios contadores como de los procedimientos judiciales en los que intervienen, y, en su consecuencia, de todos los afectados. Al final de todo me permito hacer unas conclusiones y unas propuestas interpretativas o *lege ferenda*, todo ello con cita y transcripción de los pronunciamientos de los Tribunales y doctrinales que considero de relevancia.

Abraham Lincoln hizo uno de los mejores discursos de la historia en 1863 en Gettysburg, en homenaje a los caídos en la batalla del mismo nombre. Me hubiera gustado tener su capacidad de síntesis para poder haber hecho todo más concreto. Espero no caer en una cita que él solía hacer acerca de un reverendo que hacía sus sermones muy largos y que contestó al preguntarle por ello: “*Siempre me propongo hacer mis sermo-*

nes más cortos, pero cuando empiezo a hacerlos me da pereza acortarlos”.

Espero no haber tenido esa pereza y que lo que voy a exponer por lo menos genere la curiosidad acerca de las posiciones que defiendo, y, por otro lado, me haya sabido hacer entender.

1.-El contador-partidor.-

1.1.- Definición y caracteres.-

El contador-partidor viene definido quizá con su propio nombre, ya que realmente es la persona designada para llevar a efecto las operaciones particionales de la herencia. Antiguamente era también llamado comisario, pero esa denominación fue cayendo en desuso hasta ser sustituida en el **Código Civil** con las reformas producidas por la Ley 11/1981, de 13 de mayo y la **Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.**

Ante las pocas referencias existentes en el **Código Civil** a esa figura, ya que realmente solo aparece en el art. 1.057 y referido en los artículos **841 y 844** del mismo cuerpo legal, la jurisprudencia se ha referido a dicha situación con expresiones como *“poca atención normativa que presta a la figura del contador-partidor”*, como dijo la **Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1992**, u *“orfandad normativa”*, como dijo la **Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1993.**

La redacción actual del **artículo 1.057 del Código Civil** es la siguiente:

El testador podrá encomendar por acto «inter vivos» o «mortis causa» para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.

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.

Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad, tutela o curatela; pero el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas.

Dada la falta de reglamentación sistemática, el **Tribunal Supremo** vino asimilando desde antiguo la figura del contador-partidor a la del albaceas, por razón de la “ semejanza ” entre ambos cargos. Así lo dijo la **Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero 1993**, con cita de las Sentencias de **22 de febrero de 1929**, **5 de julio de 1947** y **21 de julio de 1986**, y lo recordó la de 8 de marzo de 1995. Del mismo modo lo hace la doctrina. Como dicen Díez-Picazo y Gullón Ballesteros ⁽¹⁾ en el **Volumen IV de su Sistema de Derecho Civil** “ *Hay por ello una clara analogía con el cargo de albacea, en tanto tiene como función el velar para que el testamento se cumpla* ”. No

(1) Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Pág. 723. Editorial TECNOS. 3ª Edición.

obstante ello el alcance de la figura del albaceas es mayor que la del contador-partidor, pues en realidad sustituye al testador y ejecuta su voluntad, o en su defecto tiene las facultades que le concede el art. 902 del **Código Civil**, mientras que el contador-partidor está limitado a la tarea de dividir y adjudicar la herencia.

Los caracteres del cargo de contador-partidor, tal y como tiene aceptado toda la doctrina, son los siguientes:

-Es personalísimo, no susceptible de delegación, aunque puede verse auxiliado, salvo que se le haya autorizado expresamente la delegación (**art. 909 Cc**).

-Es voluntario y temporal, y se rige por las normas del albaceazgo en esta materia.

-Es en principio gratuito, aunque si ha sido designado por sus conocimientos o pericia, o por su profesión, se considera retribuido.

1.2.- Facultades.-

Como hemos dicho, el contador-partidor debe llevar a cabo las operaciones particionales. Podemos hacer el siguiente compendio de facultades:

-Hacer la labor de interpretación del testamento para acometer la partición. El contador-partidor debe respetar la voluntad del testador, pero no de un modo ciego y automático, sino ajustándose siempre a lo que diga la Ley, viniendo obligado a subsanar en ese sentido los defectos u omisiones del testador (así lo ha reconocido el **Tribunal Supremo en sentencias de 17 de febrero de 1952 y de 24 de febrero de 1968**).

-Hacer entrega de todo tipo de legados.

-Realizar el cómputo de las legítimas, realizando las imputaciones que correspondan y efectuando en su caso las reducciones oportunas, y satisfacer las mismas.

-Traer a colación las donaciones y liberalidades que procedan.

-Efectuar con el cónyuge viudo, o con los herederos del mismo en su caso, la liquidación de la sociedad conyugal.

-Realizar actos previos necesarios para la partición como segregaciones, divisiones y propiedades horizontales.

-Realizar aquellas actividades propias de la partición, como son el inventario, avalúo, determinación y fijación de deudas, cargas y gastos de la herencia.

-Realizar las adjudicaciones, siguiendo para ello en lo posible lo establecido en el **artículo 1.061 del Código Civil**. Por lo tanto, deberá intentar hacer lotes o adjudicar a cada uno de los herederos cosas de la misma naturaleza especie o calidad, todo ello si es posible. En algunas ocasiones deberá aplicar las compensaciones que sean pertinentes, si así lo requiere la aplicación de los artículos 821, 829 y 1.062 del **Código Civil**. No obstante, y esto es importante, no podrá obligar a la compensación establecida en el último de los preceptos citados si algún heredero pide la venta en pública subasta. Volveremos más adelante sobre esta cuestión.

Del mismo modo podemos establecer como criterio limitativo de las facultades del contador-partidor, tal y como dice

Javier Máximo Juárez González (2), que el mismo no puede ir en contra de la voluntad del testador, debe respetar en todo caso las legítimas y demás disposiciones imperativas, de observar la igualdad cualitativa y cuantitativa, debe citar a los representantes legales de los menores e incapacitados y no debe incurrir en actos que puedan suponer disposiciones o que sean extraparticionales.

1.-3.- Nombramiento.-

Existen diversas formas de designar al contador-partidor de la herencia, que son las siguientes:

A) Designación por el propio testador: así viene recogido en el ya citado **artículo 1.057 del Código Civil**. El testador puede optar por hacer la partición él mismo (**art. 1.056 del Código Civil**), en cuyo caso las únicas limitaciones que tiene son las relativas al respeto de legítimas, por no designar contador-partidor o por designarlo en su testamento o por actos intervivos para después de su muerte. En este último caso no es pacífica la doctrina respecto de la forma de realizarlo, ya que por ejemplo **Díez Picazo y Gullón Ballesteros** entienden que basta con que sea un documento indubitado, sin que se requiera el documento público, y **Manresa y Valverde** entienden que sí que es necesario el documento público por analogía con la figura del poder, y que por lo tanto se aplicará lo establecido en el **artículo 1.280 1 y 5 del Código Civil**. En mi modesta opinión debería bastar un documento indubitado, ya que la interpretación que debe hacerse de aquellas normas que establecen limitaciones o requisitos ha de ser en principio restrictiva.

2 Guía Profesional de Sucesiones. Tirant Lo Blanch. 3ª Edición

B) Designación a solicitud de más del 50% de interesados que representen más del 50% del haber hereditario.

Para el caso de que el testador no haya previsto la designación de contador-partidor, el propio **Código Civil, en su artículo 1.057, párrafo segundo**, establece:

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.

Se trata de la figura del contador-partidor dativo, que ha sido descrito en algunas ocasiones como una figura intermedia entre el contador-partidor judicial y el extrajudicial. Dicha figura fue introducida en el **Código Civil** a través de la reforma propiciada por la **Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil** en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. La intención del legislador de 1981 era la de salir del constreñimiento que suponía para los herederos la ausencia de contador-partidor designado por el testador. Realmente es una figura que hasta ahora no ha tenido demasiada aplicación, quizás por ser poco conocida. Al menos yo no me he encontrado en muchos casos en mi vida profesional en los que se haya designado de esta forma un contador-partidor dativo, sin embargo, con la aparición de la **Ley 15/2015, de 2 de julio**, de Jurisdicción Voluntaria, parece que se quiere revitalizarla, dando la competencia

y control de su intervención al Notario o al Letrado de la Administración de Justicia.

Concretamente, en el **Título V** de dicha norma, que trata de los expedientes relativos al derecho sucesorio, y concretamente en el **Capítulo II**, que trata exclusivamente de los contadores-partidores, está el **artículo 92** que dice:

Ámbito de aplicación, competencia, postulación y tramitación:

1. *Será de aplicación lo previsto en este capítulo:*

a) *Para la designación del contador partidor dativo en los casos previstos en el artículo 1057 del Código Civil.*

b) *Para los casos de renuncia del contador-partidor nombrado o de prórroga del plazo fijado para la realización de su encargo.*

c) *Para la aprobación de la partición realizada por el contador-partidor cuando resulte necesario por no haber sido confirmada expresamente por todos los herederos y legatarios.*

2. *Para la actuación en estos expedientes no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador cuando la cuantía del haber hereditario sea inferior a 6.000 euros.*

3. *La tramitación y decisión de estos expedientes, que se ajustará a las normas comunes de esta Ley y a lo dispuesto en el Código Civil, corresponderá al Secretario judicial del Juzgado de Primera Instancia del último domicilio o residencia habitual del causante, o de donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o el del lugar en que hubiera fallecido,*

siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. En defecto de todos ellos, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio del solicitante.

Vemos que existe una remisión a las normas comunes de la **Ley de Jurisdicción Voluntaria**, que vienen recogidas en los **artículos 1 a 22** y que determinan la forma de tramitar el expediente, que finaliza por decisión del Letrado de la Administración de Justicia o del Notario designando un contador-partidor dativo.

La **Resolución de la Dirección General de registros y del Notariado de 30 de noviembre de 2016** viene a establecer las fases y forma de llevarse a cabo en el supuesto de designación por Notario, pero puede perfectamente servir de base igualmente para la del Letrado de la Administración de Justicia, aunque referido a los preceptos e la **Ley de Enjuiciamiento Civil** o de Jurisdicción Voluntaria en su caso. Y dicha resolución dice:

“Consecuentemente con lo expresado, debe procederse y deben diferenciarse conceptualmente, lo que constituye propiamente el proceso de nombramiento del contador-partidor dativo; lo que constituye propiamente las operaciones particionales que debe realizar este contador-partidor dativo; y, por último, la aprobación por el notario (o el letrado de la Administración de Justicia) de la partición así practicada.

Cada una de estas fases diferenciadas deben realizarse con estricto cumplimiento de lo así exigido por la normativa.

Así, por lo que hace referencia al nombramiento del contador-partidor dativo es obligación del notario cerciorarse que la petición se realice por herederos o legatarios que representen, al menos, el 50% del haber hereditario; que se verifique la citación a los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, dice expresamente el artículo 1.057 del Código Civil; rea-

lizándose la designación de contador-partidor dativo en la forma prevista en la Ley del Notariado (para la hipótesis de que la solicitud se haga al notario), es decir, conforme al artículo 50 de la citada ley.

La aprobación de la partición debe realizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley del Notariado, habiendo manifestado esta Dirección General (cfr. Resolución de 18 de julio de 2016) que esta aprobación notarial de la partición practicada por el contador-partidor supone un expediente específico de jurisdicción voluntaria, tramitado por notario competente (sea o no el mismo notario que autorice la escritura de partición) de acuerdo con los criterios de competencia que establece el artículo 66.2 de la Ley del Notariado, siendo esta aprobación diferente a la autorización de la escritura de partición.”

Por último, es necesario traer a colación lo recogido en el **artículo 6 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria** que versa sobre la tramitación simultánea o posterior de expedientes o procesos y que dice:

1. *Cuando se tramiten simultáneamente dos o más expedientes con idéntico objeto, proseguirá la tramitación del que primero se hubiera iniciado y se acordará el archivo de los expedientes posteriormente incoados.*

El régimen jurídico contemplado en el presente apartado para los expedientes de jurisdicción voluntaria será aplicable también a los expedientes tramitados por Notarios y Registradores en aquellas materias en las que la competencia les venga atribuida concurrentemente con la del Secretario judicial.

2. *No se podrá iniciar o continuar con la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria que verse sobre un objeto que esté siendo sustanciado en un proceso jurisdiccio-*

nal. Una vez acreditada la presentación de la correspondiente demanda, se procederá al archivo del expediente, remitiéndose las actuaciones realizadas al tribunal que esté conociendo del proceso jurisdiccional para que lo incorpore a los autos.

3. Se acordará la suspensión del expediente cuando se acredite la existencia de un proceso jurisdiccional contencioso cuya resolución pudiese afectarle, debiendo tramitarse el incidente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Del mismo modo resulta relevante en este momento citar lo establecido en los números **3 y 4 del artículo 19 de la meritada Ley de Jurisdicción Voluntaria**, que dicen literalmente:

3. Resuelto un expediente de jurisdicción voluntaria y una vez firme la resolución, no podrá iniciarse otro sobre idéntico objeto, salvo que cambien las circunstancias que dieron lugar a aquél. Lo allí decidido vinculará a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexos a aquél.

Esto será de aplicación también respecto a los expedientes tramitados por Notarios y Registradores en aquellas materias cuyo conocimiento sea concurrente con el de los Secretarios judiciales.

4. La resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquél, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria.

Como no podía ser de otra forma, si existe un proceso jurisdiccional **contencioso** debe acordarse la suspensión del de jurisdicción voluntaria y tramitar el incidente como establece

la **Ley de Enjuiciamiento Civil**. Queda también clara la situación cuando ya se ha designado un contador-partidor a través de este procedimiento, por cuanto la **Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 782**, establece:

“1. Cualquier coheredero o legatario de parte alicuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia, siempre que esta no deba efectuarla un comisario o contador-partidor designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por el Secretario judicial o el Notario.”

La única duda que puede surgir se produce cuando se ha iniciado un procedimiento de jurisdicción voluntaria en la forma prevista en los preceptos que hemos analizado anteriormente, y se solicita por cualquier interesado el inicio del procedimiento para la división de herencia, previsto en el **Capítulo I del Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil**. En principio el hecho de que se tramite alguna fase de este procedimiento ante el Letrado de la Administración de Justicia no hace perder al procedimiento la condición de “proceso jurisdiccional” ya que el mismo parece que debe ser entendido en su acepción más amplia y no en la estricta que solamente dota de carácter jurisdiccional a aquellas fases y trámites del proceso que emanan del Juez. No parece lógico atribuir diversas naturalezas al proceso entero, sino a las resoluciones o fases por la atribución de competencias que exista en la Ley. Se tratará, como dice el **artículo 206 de la Ley de Enjuiciamiento Civil** de resoluciones o de actuaciones del Juez o Tribunal o del Letrado de la Administración de Justicia, pero el proceso no debería perder en ningún momento su condición de jurisdiccional.

No obstante ello, pueden surgir dudas cuando se está tramitando el procedimiento de jurisdicción voluntaria y se solicita la apertura del de división de herencia, sin intervención del

caudal hereditario. Dado que la **Ley de Enjuiciamiento Civil** prevé en esos casos que sea el Letrado de la Administración de Justicia el que convoque a las partes para designar el contador-partidor, sería posible pensar que, habiéndose iniciado un procedimiento que versa sobre lo mismo, y que no tiene fase de contradicción sino que se atribuye al Letrado de la Administración de Justicia igualmente, existiera una especie de litispendencia del primer procedimiento en iniciarse, ya que los dos persiguen lo mismo, en esa fase.

Sin embargo, entiendo que la lógica y el propio sentido literal de las palabras nos deben llevar a la primera solución, y al tratarse de un procedimiento jurisdiccional, que se imponga el segundo y por lo tanto se archive el de jurisdicción voluntaria y se prosiga con el de división de herencia, que en realidad tiene más recorrido y fases procesales que se podrían ver afectadas si se archivara por la existencia del primero. En cualquier caso, lo que sí parece lógico es aplicar lo recogido en el **último párrafo del número 2 del artículo 6** antes citado, y que se archive el procedimiento de jurisdicción voluntaria remitiéndose las actuaciones al juzgado que tramite el de división de herencia, para su incorporación a los autos.

C) Elección unánime de los herederos.

Otra forma de elección del contador-partidor es la voluntaria por los herederos que, de forma unánime, depositan la confianza en el elegido. Dicha forma de designación tiene naturaleza contractual y por lo tanto se somete al régimen de obligaciones y contratos vigente. Lógicamente requiere de la unanimidad y puede tener sus límites en el propio encargo que se reciba por el contador-partidor. No existe regulación de esta forma de elección, si bien sí que deberá atenderse a los normas supletorias para el caso de que el encargo tenga lagunas. Lógicamente esta-

mos en sede de derecho de contratos más que de sucesiones, ya que la designación es libérrima por parte de los herederos, lo que conlleva un previo acuerdo de voluntades.

D) Procedimiento de División de herencia.-

Existe igualmente el procedimiento de División de Herencia al que antes hemos aludido y que viene recogido en el **Capítulo I del Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil**. En la fase de este breve estudio en la que nos hallamos, vamos a describir los pasos determinados en la norma procesal para la designación del contador-partidor, y dejamos para un momento posterior la descripción concreta de los problemas y dificultades que le surgen al designado judicialmente en determinados casos, y según se actúe por el juzgado de una forma o de otra.

Es necesario transcribir los siguientes **artículo** de la **Ley de Enjuiciamiento Civil**:

Artículo 783: *Convocatoria de Junta para designar contador y peritos.-*

1. *Solicitada la división judicial de la herencia se acordará, cuando así se hubiere pedido y resultare procedente, la intervención del caudal hereditario y la formación de inventario.*

2. *Practicadas las actuaciones anteriores o, si no fuera necesario, a la vista de la solicitud de división judicial de la herencia, el Secretario judicial convocará a Junta a los herederos, a los legatarios de parte alícuota y al cónyuge sobreviviente, señalando día dentro de los diez siguientes.*

3. *La citación de los interesados que estuvieren ya personados en las actuaciones se hará por medio del procurador. A los que no estuvieren personados se les citará personalmente, si su*

residencia fuere conocida. Si no lo fuere, se les llamará por edictos, conforme a lo dispuesto en el artículo 164.

4. El Secretario judicial convocará también al Ministerio Fiscal para que represente a los interesados en la herencia que sean menores o incapacitados y no tengan representación legítima y a los ausentes cuyo paradero se ignore. La representación del Ministerio Fiscal cesará una vez que los menores o incapacitados estén habilitados de representante legal o defensor judicial y, respecto de los ausentes, cuando se presenten en el juicio o puedan ser citados personalmente, aunque vuelvan a ausentarse.

5. Los acreedores a que se refiere el apartado 5 del artículo anterior serán convocados por el Secretario judicial a la Junta cuando estuvieren personados en el procedimiento. Los que no estuvieren personados no serán citados, pero podrán participar en ella si concurren en el día señalado aportando los títulos justificativos de sus créditos.

Artículo 784: *Designación del contador y de los peritos.-*

1. La Junta se celebrará, con los que concurren, en el día y hora señalado y será presidida por el Secretario Judicial.

2. Los interesados deberán ponerse de acuerdo sobre el nombramiento de 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. No podrá designarse más de un perito para cada clase de bienes que hayan de ser justipreciados.

3. Si de la Junta resultare falta de acuerdo para el nombramiento de contador, se designará uno por sorteo, conforme a lo dispuesto en el artículo 341, de entre los abogados ejercien-

tes con especiales conocimientos en la materia y con despacho profesional en el lugar del juicio. Si no hubiera acuerdo sobre los peritos, se designarán por igual procedimiento los que el contador o contadores estimen necesarios para practicar los avalúos, pero nunca más de uno por cada clase de bienes que deban ser tasados.

4. *Será aplicable al contador designado por sorteo lo dispuesto para la recusación y provisión de fondos de los peritos.*

Según la interpretación que se haga de estos dos preceptos, fundamentalmente del número **1 del artículo 783**, se estará ante uno de estos dos escenarios:

a.- Las partes se reúnen para llegar a un acuerdo sobre el inventario y, una vez conformado, se sigue la fase de avalúo, liquidación y división.

b.- Se designa directamente un contador-partidor y en su caso unos peritos para directamente realizar el cuaderno particional.

Esta cuestión no es baladí y afecta tanto a los derechos de los herederos, como consecuencia de los trámites a efectuar y al gasto que para ellos supone cada opción, como para el propio contador-partidor seleccionado, que tiene la incertidumbre acerca del inventario que efectivamente existe y cómo conformarlo en el segundo caso (el b.-), como igualmente para el propio Juzgado, que deberá provocar un reinicio de las actuaciones cuando el inventario no sea correcto.

D) 1.- Historia del régimen procesal.-

Debemos referirnos en este punto a la anterior **Ley de En-**

juiciamiento Civil, promulgada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, que establecía un orden más lógico a mi entender. Recordemos determinados preceptos de dicha norma que así lo indican:

Artículo 1054: *“El que promueva el juicio voluntario de testamentaria deberá presentar el certificado de defunción de la persona de cuya sucesión se trate; y no siendo esto posible, otro documento o prueba que la acredite, y el testamento del finado.”*

Artículo 1055: *“Siendo parte legítima quien lo pida, y cumplidos los requisitos expresados en el artículo anterior, mandará el Juez que se ratifique en la solicitud deducida a su nombre.”*

Hecha esta ratificación, el Juez habrá por prevenido el juicio, mandando citar para él en forma a los herederos, a los legatarios de parte alicuota y al cónyuge sobreviviente, si los hubiere, y en su caso a los acreedores que hayan promovido el juicio.”

Artículo 1061: *“Si el que haya promovido el juicio solicitare oportunamente la intervención del caudal, se decretará, practicándose las diligencias prevenidas en el artículo 959, de la manera menos vejatoria posible.”*

Artículo 1062: *“No podrá decretarse dicha intervención sino limitada a formar judicialmente los inventarios, cuando se solicite después de treinta días de la muerte del testador o de haberse tenido noticia de su fallecimiento.”*

Artículo 1063: *“Para hacer los inventarios judicialmente se dará comisión al actuario sin perjuicio de que el Juez pue-*

da concurrir a su formación en todo o en parte, cuando lo solicite alguno de los interesados, y él lo considere necesario.”

Artículo 1064: *“Dentro de los ocho días siguientes al en que se haya mandado formar judicialmente el inventario, deberá principiarlo el actuario, señalando día y hora, que hará saber a los interesados al citarlos para esa operación.”*

Artículo 1066: *“Citados todos los que menciona el artículo anterior, en el día y hora señalados, procederá el actuario, con los que concurren, a formar el inventario, el cual contendrá la descripción de los bienes de la herencia por el orden siguiente:*

- 1.º Metálico.*
- 2.º Efectos públicos.*
- 3.º Alhajas.*
- 4.º Semovientes.*
- 5.º Frutos.*
- 6.º Muebles.*
- 7.º Inmuebles.*
- 8.º Derechos y acciones.*

Todo se expresará en las diligencias que se extiendan, con la claridad y precisión convenientes, y si el inventario no se pudiere terminar en el día señalado se continuará en los siguientes.”

Posteriormente a la formación del inventario la LEC de 1881 establecía el procedimiento para la administración de la herencia, el nombramiento de contadores partidores y del dirimente y demás cuestiones. Ciertamente es que en la mayor parte de los trámites dicha norma procesal había quedado obsoleta, demasiado complicada y mucho más costosa en tiempo y económicamente para los interesados. Eso lleva a decir al Legisla-

dor, en la **Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000** que “...*Para la división judicial de la herencia diseña la Ley un procedimiento mucho más simple y menos costoso que el juicio de testamentaría de la Ley de 1881.*”

Bajo el anterior procedimiento, al igual que sucede hoy en la **Ley de Enjuiciamiento Civil** de 2000, entre las operaciones que debía de hacer el actuario se encontraba la de relacionar los bienes que en cada clase conformaran el caudal divisible. Pero no existía un trámite de impugnación específico por este concepto para las operaciones divisorias. El inventario practicado por el secretario adquiría una suerte de condición de cosa juzgada, ya que parecía inatacable por la configuración legal del procedimiento. Se podía acudir, como una especie de solución, al **artículo 1079 del Código Civil**, que decía y dice:

“La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos.”

Nunca fue pacífica la posibilidad o no de tramitar incidentes de oposición a la formación de inventario (llamado entonces incidente de exclusión o inclusión de bienes). El **Tribunal Supremo pasó de puntillas por este tema en Sentencias de 28 de julio de 1947, 23 de noviembre de 1955, 3 de noviembre de 1960, 4 de octubre de 1980 o 27 de mayo de 1988**, resolviendo los incidentes sin entrar en la problemática de su legitimidad. Pero el propio **Tribunal Supremo** dictó la Sentencia de 5 de julio de 1994, que venía a clarificar la situación debido igualmente a las diferentes posturas de las Audiencia Provinciales, y que dijo:

“E) La práctica judicial, más por la inercia de los antecedentes históricos que con base en la realidad legislativa vigente, y sin apoyo en los propósitos de la LEC, ha tolerado los llamados incidentes de inclusión y exclusión de bienes, que han llegado incluso a esta Sala de casación dando lugar a decisiones sin plantearse nunca el problema de la legalidad de estas demandas, su cauce procesal y las consecuencias de la tramitación en el desarrollo normal de los juicios de testamentaría. Que existen sentencias de esta Sala dictadas en resolución de incidentes de exclusión de bienes no impide que se exponga el verdadero propósito del legislador de 1881 en materia de procesos sucesorios.

F) La normativa anterior en la LEC de 1855 no señalaba a las testamentarías y abintestatos una tramitación sujeta a reglas específicas, y la falta de ordenación legal provocó la inexistencia de criterios unitarios así como complicaciones económicas y retrasos que aconsejaron al legislador de 1855 intentar acabar con los abusos, tomar medidas rigurosas de tramitación y evitar las dilaciones que no sean absolutamente necesarias; así lo expresaba la E. de M.

La Ley de 1881 siguió con buen criterio la “poda de incidentes” y supresión de dilaciones inútiles, y a cumplir dicho propósito lleva la interpretación dada al art. 1077, la cual permite afirmar que la Ley vigente no autoriza retrasos derivados de los incidentes de inclusión o exclusión de bienes en los inventarios. Basta para obtener esta conclusión con volver a recordar lo anteriormente dicho y tratar de responder a la pregunta sobre cuál es el número de incidentes que se pueden plantear, simultánea o sucesivamente, las instancias y casación que corresponde permitirles y si es compatible la enorme dilación de los procedimientos con la obtención de tutela judicial efectiva con ese cauce procesal.

G) Incuestionablemente, cuando en un inventario se incluyan bienes que pertenecen a otro dueño o no se incluyen los que, perteneciendo al común, los posee un coheredero o un

tercero, pueden los que se crean con derecho reivindicar o pedir mera declaración de dominio. En definitiva, hacer valer su derecho, y entonces será el juicio declarativo el que colateralmente y sin paralizar la testamentaría servirá para decidir la cuestión, dando lugar en su día o a partición complementaria de bienes (art. 1079 CC) o a la rectificación correspondiente a la exclusión de bienes.

H) No fue éste el camino seguido por la testamentaría de la que procede este recurso, que fue iniciada en 1985, fue paralizada por la demanda incidental, hasta que recayó sentencia firme de la Audiencia de Burgos en 1988, tras la cual, sin acudir a casación, prosiguió hasta la partición del dirimente, que tuvo en cuenta la sentencia dictada.

La sentencia que anuló lo dispuesto en la escritura respecto a la cesión de bienes y prestación de alimentos produce cosa juzgada material y no cabe plantear cuestión sobre lo mismo (aspecto negativo de la cosa juzgada), y todos los procesos posteriores en que se involucren tales bienes han de respetar lo decidido por la sentencia (aspecto positivo), y esto es lo que hizo el contador dirimente, tener como cuestión resuelta que los bienes formaban parte del caudal partible.

1) En conclusión, no deben favorecerse los incidentes paralizadores; el cauce adecuado para excluir bienes del juicio de testamentaría es el juicio declarativo correspondiente, y la decisión produce cosa juzgada entre las partes. Pero cosa juzgada también ha producido la sentencia dictada en proceso incidental, porque la fuerza decisoria no se pierde aunque, siguiendo la práctica forense, se sustanciara por la vía incidental, porque sabido es que bajo el nombre de incidentes está el juicio declarativo especial, que por ministerio de la ley se ventila por el cauce del art. 741 y ss. Que incidente propiamente dicho son los que cumplen los requisitos de los arts. 742, 744 y 745, pero que deben los jueces repeler de oficio los que no reúnan los requisitos legales para su calificación de cuestión rela-

cionada con el asunto principal y que exijan una resolución independiente, previa o no. Y la sentencia que recaiga en dichos incidentes produce igualmente fuerza de cosa juzgada cuando no cabe contra ellos ningún recurso. Es por ello desacerutada la cita de los arts. 741 y 745 a los efectos del recurso de casación, y también la cita de los arts. 1068 y 1088 LEC, que lo único que hacen es permitir la impugnación de las particiones cuando no se cumplan las reglas legales de la misma.

Que el juicio de testamentaría tenga la naturaleza de jurisdicción voluntaria no impide que en él queden resueltas definitivamente las cuestiones hereditarias o que se confirmen tras la impugnación de las particiones en juicio declarativo como el presente, cuando la impugnación no tiene otro apoyo que negar la eficacia de una resolución judicial firme.”

Aunque en realidad está hablando de la cuestión relativa al efecto de cosa juzgada de las resoluciones dictadas en los procedimientos contenciosos, el **Tribunal Supremo** reconoce la existencia del problema relativo a que la **Ley de Enjuiciamiento Civil** de 1881 concebía el juicio voluntario de testamentaría como un procedimiento de jurisdicción voluntaria, y que por lo tanto finalizaba con una resolución que no tenía efectos de cosa juzgada, que sí que tenía el procedimiento contencioso posterior que, en su caso, debía abrirse para oponerse a las operaciones particionales. Sin embargo, sí que se permitían los incidentes procesales que sí que son procedimientos contenciosos, aunque adjetivos, y que mediante ellos se impugnara la exclusión o inclusión de bienes en el inventario. Al tener las sentencias que ponen fin a estos incidentes también el efecto de cosa juzgada, de algún modo se tergiversa el orden que la ley ha previsto.

Con seguridad esto es consecuencia de la complejidad de la ley decimonónica, cualidad de la que quería huir el legislador de 2000, como dice en su Exposición de Motivos, pero entiendo que

se ha quedado a mitad de camino, ya que ha asumido alguno de los errores de la regulación anterior, como veremos.

Tenemos pues que con la **Ley de Enjuiciamiento Civil** de 1881 el trámite era el siguiente:

Solicitud-----}Formación de Inventario-----}Designación de Contadores de las partes-----}Designación de contador dirimente-----}Cuaderno particional.

Si existía discrepancia en la formación de inventario, venía generalmente admitida, aunque con diferentes posiciones en las Audiencias Provinciales, la utilización del remedio procesal de los incidentes de previo pronunciamiento, recogidos en los **artículos 741** y siguientes, que dejaba definitivamente establecido el inventario, con efecto de cosa juzgada aunque también con dudas procesales en este punto, como lo acredita el texto que he transcrito anteriormente. No obstante, se debe decir que el tenor literal de la norma no recogía un incidente de oposición en este punto, pero también debe recordarse que la ley anterior era mucho más permisiva y ambigua respecto de los incidentes, no siendo en absoluto tan restrictiva como es la actual, que recoge las cuestiones incidentales en sus artículos 387 a 393 y que limita completamente su oportunidad y efectos.

D) 2.- 2.1.-Regulación legal vigente.-

Ya hemos dicho que el procedimiento de División de Herencia viene regulado en el **Capítulo I del Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil**. También hemos expuesto que la designación del contador-partidor viene regulada en la ley en dos momentos diferentes, según sea el comienzo del procedimiento y que, a los efectos de este estudio, se resume en que sea antes o después de que se haya formado el inventario. Ya he-

mos transcrito el tenor literal de los artículos 783 y 784 de la **Ley de Enjuiciamiento Civil** vigente y debe traerse ahora lo recogido respecto de la formación de inventario en la misma:

Artículo 793: *Primeras actuaciones y citación de los interesados para la formación de inventario*

1. *Acordada la intervención del caudal hereditario en cualquiera de los casos a que se refieren los artículos anteriores ordenará el tribunal, por medio de auto, si fuere necesario y no se hubiera efectuado anteriormente, la adopción de las medidas indispensables para la seguridad de los bienes, así como de los libros, papeles, correspondencia y efectos del difunto susceptibles de sustracción u ocultación.*

2. *Dictada dicha resolución, el Secretario judicial señalará día y hora para la formación de inventario, mandando citar a los interesados.*

3. *Deberán ser citados para la formación de inventario:*
1.º *El cónyuge sobreviviente.*

2.º *Los parientes que pudieran tener derecho a la herencia y fueren conocidos, cuando no conste la existencia de testamento ni se haya hecho la declaración de herederos abintestato.*

3.º *Los herederos o legatarios de parte alicuota.*

4.º *Los acreedores a cuya instancia se hubiere decretado la intervención del caudal hereditario y, en su caso, los que estuvieren personados en el procedimiento de división de la herencia.*

5.º *El Ministerio Fiscal, siempre que pudiere haber parientes desconocidos con derecho a la sucesión legítima, o que alguno de los parientes conocidos con derecho a la herencia o de los herederos o legatarios de parte alicuota no pudiere ser citado personalmente por no ser conocida su residencia, o cuando cualquiera de los interesados sea menor o incapacitado y no tenga representante legal.*

6.º *El abogado del Estado, o, en los casos previstos legalmente, los Servicios Jurídicos de las Comunidades Autónomas, cuando no conste la existencia de testamento ni de cónyuge o parientes que puedan tener derecho a la sucesión legítima.*

Artículo 794: *Formación del inventario*

1. *Citados todos los que menciona el artículo anterior, en el día y hora señalados, procederá el Secretario Judicial, con los que concurran, a formar el inventario, el cual contendrá la relación de los bienes de la herencia y de las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentren.*

2. *Si por disposición testamentaria se hubieren establecido reglas especiales para el inventario de los bienes de la herencia, se formará éste con sujeción a dichas reglas.*

3. *Cuando no se pudiere terminar el inventario en el día señalado se continuará en los siguientes.*

4. *Si se suscitare controversia sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario, el secretario judicial hará constar en el acta las pretensiones de cada una de las partes sobre los referidos bienes y su fundamentación jurídica, y citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.*

La sentencia que se pronuncie sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario dejará a salvo los derechos de terceros.

-Debe recordarse que la intervención del caudal hereditario y la formación de inventario vienen recogidas en la **Sección 2ª del Capítulo I del Título II del Libro IV**, mientras que la división de la herencia viene recogida en la Sección 1ª del mismo capítulo.

El orden que por tanto establece el tenor literal de la ley actual tiene dos posibilidades diferentes:

a.- La primera es que no exista trámite de formación de inventario y que el mismo sea hecho por el contador-partidor, relegándose la posible polémica al final del procedimiento, cuando vayan a aprobarse la totalidad de las operaciones particionales.

b.- La segunda es que se haya pedido la intervención del caudal hereditario y la formación de inventario, en cuyo caso se empezará por este trámite, recogido en los preceptos de la Sección 2ª antes citada.

A diferencia de lo que establecía la **Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881**, la intervención del caudal hereditario puede ser solicitada en cualquier momento, pues no tiene límite temporal en la Ley actual, que la anterior sí establecía, como hemos visto, en el plazo de 30 días, que siempre se entendieron como hábiles por ser un plazo procesal.

D) 2.2.- Estado de la cuestión.-

En el ámbito de la jurisdicción de la Audiencia Provincial de València se generó desde la entrada en vigor de la **Ley de Enjuiciamiento Civil** de 2000, que se produjo el 8 de enero de 2001, la práctica habitual en el procedimiento de división de herencia consistente en permitir la formación del inventario como primer paso de dicho procedimiento, si así se solicitaba en el escrito que lo iniciaba. No era demasiado controvertido que no era necesaria la solicitud de la intervención del caudal hereditario para que se accediera a la fase de formación de inventario, que finalizaba por aprobación del mismo sin controversia o con dicha controversia y por lo tanto con una vista que se tramita como un juicio verbal y que decide el Juez mediante una sentencia.

Con el tiempo los juzgados empezaron a dividirse y había las dos posiciones que pueden deducirse de este texto, es decir, el ortodoxo y literal que exigía para que se abriera la comparecencia para formar inventario se solicitara junto con la intervención del caudal hereditario o la finalista que entendía que era perfectamente posible tramitar la formación de inventario sin necesidad de la intervención judicial del caudal hereditario.

Todo ello condujo a diferentes pronunciamientos contradictorios y suscitó que los **Magistrados de la Audiencia Provincial de València, en la jornada sobre unificación de criterios de 19 de octubre de 2010** adoptaran, entre otros, el siguiente acuerdo:

“5. En la división judicial de la herencia, cuando no hay intervención del caudal hereditario, el inventario debe hacerlo el contador partidador conforme al artículo 785 LEC.”

Sin duda la cuestión no es baladí y sí de vital importancia para los interesados, pero también para la posición del contador-partidor, que es el abogado designado al efecto y que se va a encontrar con los problemas que posteriormente expondré.

La controversia se extiende en la interpretación de esta cuestión hasta el punto de que las Audiencias Provinciales no se ponen de acuerdo, aunque es bien cierto que actualmente la mayoritaria se haya conforme con ese criterio acordado por la de València, y de la que yo discrepo por criterios de lógica, eficacia, utilidad y economía, como luego expondré.

La **Sentencia 139/2014 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de València, de 17 de abril**, siendo ponente la **Ilma. Sra. M^a del Carmen Escrig Orenga**, y recogiendo

ese criterio establecido por la Junta de Magistrados que antes hemos citado y con cita del criterio de la **Audiencia Provincial de Asturias**, dijo losiguiente:

“Con carácter previo al examen de las concretas cuestiones suscitadas estimamos necesario realizar unas consideraciones:

En primer lugar, que la formación del inventario no debe realizarla el tribunal sino que debe procederse a la designación de un contador partidador.

Como describe la Sentencia del 9 de noviembre de 2009, de la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Asturias, con sede en Oviedo, N° de Recurso: 421/2009 , N° de Resolución: 383/2009, Ponente: JOSÉ MANUEL BARRAL DÍAZ: < <Como regla general, el inventario de los bienes de la herencia corresponde hacerlo al contador designado por los coherederos o interesados en la herencia, como así lo dispone el art. 786.2.1º LEC; precepto incardinado dentro de la Sección 1ª relativa al procedimiento general para dividir la herencia, cuando los herederos no se ponen de acuerdo en la forma de hacerla (art. 1059 CC), como es el caso. El inventario llamado judicial no aparece regulado en dicha Sección 1ª, lo que, en principio, significa que no forma parte del procedimiento ordinario o general de división de la herencia, sino del que se establece en dicha Sección 2ª para “la intervención del caudal hereditario”, como así expresamente se titula dicha Sección. Ello supone que sólo cuando el Juez previamente ha decretado la intervención de dicho caudal, ya de oficio ya a petición de parte, es posible practicar el llamado inventario judicial, en cuanto éste forma parte, junto con la administración del caudal hereditario, de las posibles actuaciones a practicar por el Juez con motivo de haber decretado la intervención judicial de los bienes de la herencia.

La ubicación del llamado inventario judicial en la mencionada Sección 2ª viene a indicar que la intervención judicial de la herencia puede no producirse, como de hecho así

sucede en la mayoría de los casos, constituyendo una incidencia o “pieza” del procedimiento general de división en cuanto posible incidente del mismo, en todo caso accesorio. Ello se evidencia, además sin género de duda, del contenido del art. 783, apartados 1 y 2, de la LEC, toda vez que el primero afirma que “la intervención del caudal hereditario y la formación de inventario se acordará cuando se hubiere pedido y resultare procedente, lo que supone que si no se hubiere pedido y no fuere procedente tal petición, no se decretará tal intervención judicial de la herencia y, en consecuencia, tampoco se practicará judicialmente el inventario. Por otro lado, confirmando lo anterior, el apartado 2 comienza afirmando que “practicadas las actuaciones anteriores (intervención y formación del inventario judicial) o si no fuera necesario”, es decir, caso de que no fuera necesaria dicha intervención judicial de la herencia, el Juez ante la solicitud de procedimiento de división de la herencia convocará a los interesados a la Junta presidida por el Secretario Judicial para nombramiento de contador, pasando así a la Junta mencionada, sin formación alguna de inventario judicial por la simple razón de no haber sido pedida la intervención o, incluso pedida, no ser procedente.

Y es que el procedimiento de división de la herencia se rige por el principio de “intervención mínima judicial”, proclamado en los arts. 790.2 y 796.1 LEC, dictados precisamente dentro del incidente de intervención judicial de la herencia, que ordenan al Juez (además de forma imperativa) cesar en dicha intervención -salvo los concretos y tasados casos en los que pueda continuarla por petición expresa de parte (arts. - 792 y 796 LEC)-, ya que son los herederos, en cuanto representantes o continuadores del causante y únicos con poder de disposición sobre los bienes y derechos de la herencia, los interesados en la división del caudal hereditario, al margen claro es de otros posibles igualmente interesados (los acreedores).

Por todo ello, si la intervención judicial de la herencia sólo puede acordarse de oficio en el concreto caso del art. 790 LEC (inexistencia o desconocimiento de testamento o personas interesadas en la herencia) o bien a instancia de parte (arts. 788 y 796 LEC), únicos supuestos que posibilitan dicha intervención judicial y la posible formación de inventario judicial, que desde luego no concurren en el presente caso, no puede el Juez practicar inventario alguno, pues ello es competencia exclusiva del contador designado por los interesados en la herencia, constituyendo un notorio exceso de jurisdicción caso de hacerlo fuera de los mencionados concretos casos en que la Ley lo autoriza (.....)

Esta materia fue objeto de unificación de criterios de esta Audiencia Provincial en sesión del 19 de octubre de 2010, indicando que cuando no hay intervención del caudal hereditario el inventario debe hacerlo el contador partidor en cumplimiento del artículo 785 de la LEC.

Este criterio ha sido acogido en reiteradas ocasiones por este Tribunal, entre otras, en el Rollo de Apelación 16/14.”

Del mismo modo se ha reiterado este criterio en resoluciones posteriores de la Audiencia de esta provincia, y puede entenderse que la doctrina mayoritaria de las Audiencias Provinciales es esa, sirviendo de ejemplo citas de las **Sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón de 4 de febrero de 2013, de la de Cáceres de 9 de febrero de 2015, de la de Segovia de 20 de julio de 2016 y 30 de septiembre de 2010, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña de 26 de abril de 2005, o de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Toledo de 26 de mayo de 2009.**

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña en sentencia de 26 de enero de 2005 llega a señalar:

“De lo expuesto se deduce que sólo se procederá a la formación previa de inventario, con citación de los interesados, cuando se hubiera procedido a solicitar la intervención del caudal hereditario y el Juez la considerase procedente, pues en otro caso la diligencia de inventario compete en exclusiva al contador, formando parte de las operaciones divisorias del procedimiento principal de división de la herencia. En este sentido, el art. 785.1 señala que “elegidos el contador y los peritos, en su caso, previa aceptación, se entregarán los autos al primero y se pondrán a disposición de éste y de los peritos, cuantos objetos, documentos y papeles necesiten para practicar el inventario, cuando éste no se hubiere hecho, y el avalúo, la liquidación y la división del caudal hereditario.”

-Sin embargo existe otra línea jurisprudencial que siguen algunas audiencias provinciales, que son dignas de mención porque son más permisivas en esta cuestión, y en mi opinión más acordes con las necesidades de la cuestión. Cito las siguientes sentencias:

Sentencia de la Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de abril de 2018 que dice:

”A lo expresado, añadir que la tramitación separada de la solicitud de intervención del caudal hereditaria y de formación de inventario a instancia de parte no parece, a criterio de esta Sección, una interpretación contraria a la norma procesal analizada por no establecer la LEC de forma expresa que la formación de inventario sea accesoria y dependa en todo caso de la admisión previa de intervención del caudal hereditario y por tener el procedimiento de división judicial de herencia, además, distintas fases con finalidad propia entre las cuales la norma procesal contiene expresa referencia a la formación de inventario, previsión que no permite descartar, en principio, no

ser necesaria la intervención del caudal hereditario y sí la formación de inventario a instancia de parte por discrepancias entre quienes tienen interés legítimo en dicha concreción sin que se pueda asumir una interpretación restrictiva que excluya su intervención personal y directa en la formación de inventario de forma previa a las operaciones de partición a realizar por el contador conforme a lo establecido en momento posterior a la posible intervención del caudal hereditario y a la formación de inventario, como así lo establece la regulación normativa en los arts. 783.2 y siguientes de la LEC.”

Vemos que esta sentencia incide en la falta de relación inseparable entre la intervención del caudal hereditario y la formación de inventario, siendo posible la segunda sin la primera.

Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 9 de marzo de 2007 que dice:

“Cuando no exista acuerdo entre las partes y sea necesario acudir al amparo judicial, el primer acto que deberá realizarse, necesaria e indispensablemente, será la formación de inventario, dado que es esencial conocer los bienes que integran la masa hereditaria, como premisa para cualquier operación posterior, en orden a la plena liquidación de ese patrimonio del causante. En el caso concreto de la formación de inventario, la discusión surgirá sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario, no sobre su valoración concreta, que será una cuestión posterior en la fase de avalúo. Porque no debemos olvidar que las distintas fases del proceso liquidatorio del caudal relicto, están interconectadas y son consecuencias unas de otras, pero ello no permite la confusión entre las mismas. En este sentido, es patente el espíritu legislativo al establecer regulaciones diferenciadas de cada una de esta fase, porque son actos distintos y no necesariamente la divergencia o discusión entre los

herederos, causa de acudir al amparo judicial, tiene por qué presentarse. De ahí que se distinga entre el inventario, el avalúo de los bienes comprendidos, su división y adjudicación.”

La Sala se produce en esta sentencia sin cita de las normas ni interpretación expresa de las mismas, pero acude a criterios de lógica jurídica y de utilidad, que más adelante comentaremos, para entender que la formación de inventario ha de ser lo primero que se realice.

Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de León de 28 de febrero de 2013, que dice:

“La relación de bienes, o inventario, corresponde realizarla a los interesados en la herencia; por lo que si no son concordés desde el principio en cuáles son, deberán solicitar la correspondiente formación de inventario (artículo 794 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) como paso previo. Es decir, al contador en un procedimiento de división judicial de herencias debe facilitársele un inventario incuestionable. Al perito le corresponde valorarlo, y a él distribuirlo. Nada más. No puede pronunciarse sobre la procedencia o no de incluir bienes, gastos, o cuestiones similares. Es por ello que el artículo 794.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé la tramitación incidental si surgiere disputa sobre esas cuestiones.”

Vemos que la Sala, en esta sentencia, entiende que la tarea de formación del inventario es propia de los herederos, y que la labor del contador-partidor debe comenzar una vez esté determinado ese inventario.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de julio de 2009, que dice:

*“La formación del inventario -decíamos- no está excluida del indicado procedimiento regulado en la sección primera de las tres que componen el capítulo relativo a la división de la herencia. Así, a ese acto se refiere expresamente el art. 783.1, antes del nombramiento de contador; y, además, el art. 794, sobre los trámites que deben ser seguidos para la formación de inventario (contenido en la sección segunda del mismo capítulo titulada “de la intervención del caudal hereditario”), es aplicable a la sección primera por obvias razones sistemáticas, **aunque no haya mediado intervención judicial de la herencia**, lo que tiene sentido dentro de la regulación un tanto elíptica desarrollada en la Ley de Enjuiciamiento Civil.”*

Vemos que esta resolución ve posible la formación del inventario, con carácter previo a la designación de contador-partidor, aunque no se haya solicitado la intervención del caudal hereditario.

Sentencia de la **Audiencia Provincial de Soria de 20 de octubre de 2016**, que dice:

“Cuando en el pronunciamiento de instancia se está refiriendo a que el procedimiento de división de herencia carece de efectos de cosa juzgada tanto bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 19881, como de la actual se está refiriendo a la globalidad del procedimiento regulado en el Capítulo 1 del Título II “De la división judicial de patrimonios” del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 782 a 805 LECv), en el que podrá existir o no, según los casos, la intervención y/o administración del caudal hereditario (secciones 2 y 3). Dicho capítulo consta de tres secciones, la primera se refiere al procedimiento sobre división de la herencia (artículos 782 a 789), y la segunda y tercera a la intervención y administración del caudal hereditario (artículos 790 a 796 de la

*LECv por un lado, y 797 a 802 LECv por otro), ya que estos últimos aspectos no siempre van a ser necesarios. Es el artículo 787 LECv, incluido en la primera sección, es dónde se dice que la sentencia que ponga fin al incidente suscitado con las operaciones divisorias no tendrá el efecto de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer sus derechos sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda. Tanto en la primera sección, como en la segunda dedicada a la intervención, se habla de la formación del inventario (artículo 783 LECv y 794 LECv), porque **exista o no intervención puede formarse inventario**. Lo que ocurre es que sólo es el segundo precepto, dentro de las normas dedicadas a la intervención del caudal hereditario, es dónde se proporciona un procedimiento a seguir cuando se suscite controversia al respecto de la formación del inventario, **pero igualmente la controversia se va a poder suscitar cuando no haya intervención**. En la sección primera, referido al procedimiento sobre división de la herencia, cuando no hay intervención del caudal hereditario, (782 a 789 LECv), también se habla de la posibilidad de formar inventario, en concreto en el artículo 783, en su apartado primero, cuando dice que “solicitada la división judicial de la herencia se acordará, cuando así se hubiera pedido y resultare procedente, la intervención del caudal hereditario y la formación del inventario, e inmediatamente después establece el apartado segundo de este precepto, que “practicadas estas operaciones, o si no fuera necesario” (porque no siempre va a ser necesario...), se procederá a convocar a una junta para nombrar contador. Es decir, no siempre va a ser necesario la formación de inventario, y cuando sea obligado y se suscite controversia, para solventar ésta, se acudirá al cauce procedimental del artículo 794, que se regula en la sección de la intervención del caudal, que tampoco va a ser siempre necesario, y que de hecho en este caso no existe.”*

En esta sentencia, donde he resaltado en negrilla las frases que me parecen relevantes a este efecto, la Sala reconoce que no es necesario ligar formación de inventario a la intervención del caudal hereditario, y que es después de ello cuando debe nombrarse al contador-partidor.

D) 2.3.- Conclusión.-

Desde el punto de vista del análisis sistemático de la norma, parece que la línea seguida por la Audiencia Provincial de València, que es la mayoritaria, se ajusta más a lo que el legislador decidió al redactar la **Ley de Enjuiciamiento Civil** vigente por los siguientes motivos:

-Es un hecho incuestionable que la formación de inventario se halla ubicada en el **artículo 794**, que a su vez pertenece a la **Sección 2ª del Capítulo Primero del Título Segundo del Libro Cuarto**, que trata sobre la intervención del caudal hereditario, y que el **artículo 793** enlaza sin solución de continuidad la adopción de las medidas necesarias para la intervención del caudal con la citación para la formación de inventario, que se conformará en la comparecencia que se describe en el siguiente artículo, es decir el **794**.

-Porque el **artículo 783** utiliza la conjunción copulativa “y” el afirmar “*Solicitada la división judicial de la herencia se acordará, cuando así se hubiere pedido y resultare procedente, la intervención del caudal hereditario y la formación de inventario*”. El sentido literal de las palabras nos indica que parece que formen parte de una unidad indisoluble, ya que se utiliza la tercera persona del singular y no del plural, lo que nos llevaría a pensar que la segunda cosa, la formación de inventario, es consecuencia de la primera. Sin embargo también puede decirse que si se hubiera utilizado la expresión “*intervención del cau-*

*dal hereditario con la formación de inventario” o “intervención del caudal hereditario y subsecuente formación de inventario” quedaría todo más claro y no daría pie a que hubiera diferentes interpretaciones. Pero esto sucede en multitud de ocasiones, en muchas normas que deben ser interpretadas por los Tribunales atendiendo a los criterios hermenéuticos recogidos en el **artículo 3 del Código Civil**.*

-Porque parece que la Ley ha configurado el sistema confiando en un principio la formación de inventario al contador-partidor, como si se tratara de un contador partidor elegido de cualquiera de las formas que hemos visto al principio de esta exposición, dando a entender que la figura del contador-partidor es igual sea cuál sea su origen, al menos en esta tarea, cosa que en mi opinión no es del todo exacta.

-Porque cuando la norma ha querido que la fase de formación de inventario haya quedado claramente predefinida antes de la intervención del contador-partidor lo ha hecho, y así puede servir de claro ejemplo y antecedente la diferente configuración legal que tiene el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, ubicado también en el **Título Segundo del Libro Cuarto de la Ley de Enjuiciamiento Civil** pero en el **Capítulo Segundo**. En efecto, el **artículo 808** de la citada norma adjetiva, con la rúbrica “*Solicitud de inventario*”, dice:

1. *Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la formación de inventario.*

2. *La solicitud a que se refiere el apartado anterior deberá acompañarse de una propuesta en la que, con la debida separación, se harán constar las diferentes partidas que deban incluirse en el inventario con arreglo a la legislación civil.*

A la solicitud se acompañarán también los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en la propuesta.

Es clara la diferencia entre una regulación y otra, pero esa diferencia se ha visto más en el hecho de que haya que aportar una propuesta de inventario que en el hecho de que esté determinado que el inventario es previo al resto de actuaciones. Ciertamente es que el sistema de liquidación del régimen económico matrimonial cuenta con una situación previa de crisis matrimonial y en principio con la presencia de dos partes (aunque hay situaciones en las que se mezcla la liquidación de este régimen con la herencia de uno de los cónyuges), que al menos *ab initio* deben conocer cuál es su patrimonio común, y que la formación de inventario lleva al siguiente paso que es el reparto, donde en caso de discrepancia ya interviene un contador-partidor, llamado simplemente contador en la ley, pero con idénticas funciones a los demás contadores-partidores de que estamos hablando, pero lo que es claro es que la ley exige que se proponga un inventario y ello supone, como es obvio, que el inventario se forma antes.

El Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante de 26 de noviembre de 2014, en un caso en el que el Letrado de la Administración de Justicia había exigido al comienzo del procedimiento de división de herencia que se aportara una propuesta de inventario dice en tal sentido:

“Puede resultar de todo punto lógico y acertado que quién promueva el procedimiento de división de herencia formule su propuesta de inventario a los demás interesados, pero ello no es preceptivo que se haga y menos a los efectos de la inadmisión de la demanda, por cuanto el citado inventario puede confeccionarse en virtud de las alegaciones que se digan el la oportuna diligencia, sin perjuicio de que se admita o no la ex-

clusión o inclusión de bienes. Y así se diferencia este procedimiento especial de división de patrimonios con el procedimiento de división del régimen económico matrimonial, regulado en el mismo Título de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando en su artículo 808 indica que en el procedimiento de disolución a la solicitud de formación de inventario deberá acompañarse una propuesta haciendo constar las diferentes partidas que deben incluirse en el mismo. Por ello debemos concluir que no era procedente el requerimiento sobre aportación de propuesta de inventario.”

Es decir, a pesar de las evidentes diferencias normativas, la Sala está admitiendo que la diferencia entre un procedimiento y otro es la necesidad de esa propuesta de inventario, no que el inventario se realice antes de la designación de contador-partidor, que por otro lado asume como lógico.

-Porque las opiniones que se posicionan en este “bando” no ven ningún problema en la posibilidad de impugnación de la inclusión o exclusión de un bien, así como de todo el reparto en un juicio posterior, dada la ausencia de cosa juzgada de estos procedimientos, y esa se manifiesta como la razón más importante en esos pronunciamientos judiciales para la exclusión de diligencia de formación de inventario, aunque ello suponga un coste altísimo, como no puede ser vista de otro modo la posible reproducción de nuevo del procedimiento en un ulterior proceso. Pero este argumento no es incontestable, como luego analizaremos.

-Por último debemos citar el “principio de intervención mínima” que rige este procedimiento, y que promueve que los Tribunales no intervengan en las actuaciones más que cuando sea estrictamente necesario.

Me muestro conforme con la conclusión que alcanza el Letrado de la Administración de Justicia **Sr. Gudín Rodríguez-Magariños**⁽³⁾ que dice que *“tal interpretación se fundamenta en una interpretación literalizada de la sistemática de la Ley en dos secciones distintas, la cual vincula la práctica de la diligencia de inventario a una concepción extremadamente estricta de la intervención del caudal hereditario.”*

Yo creo que la opinión mayoritaria no es ni la más lógica, ni la única posible, ni siquiera la más útil en muchos casos, y voy a intentar explicarme:

-Del mismo modo que se entiende que el sentido literal de las palabras nos lleva a entender el término en singular y la conjunción copulativa como he dicho en el segundo párrafo anterior, dentro de los argumentos a favor de la opinión mayoritaria, también puede entenderse que el hecho de que el **número 2 del artículo 783**, sí que haga referencia a la intervención del caudal hereditario y la formación de inventario utilizando el plural, es decir, diciendo *“practicadas las actuaciones anteriores”*, nos puede llevar a la conclusión de que son dos actuaciones diferentes y que la conjunción copulativa “y” hace referencia a la solicitud de la actuación, pudiendo ser cualquiera de ellas o ambas, y de ahí que pueda deducirse, como hace la **Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid en la sentencia de 16 de abril de 2018** antes citada.

-Porque la ubicación en la **Sección 2ª y no en la 1ª del Capítulo Primero** ya referido no tiene que significar que en todo caso deba ser consecuencia de la intervención judicial del caudal.

³ La procedencia de la Diligencia de Inventario en el procedimiento de división de herencia. La Ley 16749/2012.

Es indudable que la intervención del caudal lleva como consecuencia la formación de inventario si no se paraliza el procedimiento anteriormente. Es lógico por tanto que se incluya en esta sección de la norma, que trata de la intervención del caudal hereditario, puesto que será paso siguiente en la mayoría de los casos. Pero ello no impide que se pueda acudir a la formación de inventario sin la intervención del caudal porque su no ubicación en la Sección 1ª podría serlo por motivos de evitar una duplicidad. Remitirse a un trámite ubicado en otra sección de la norma procesal no es infrecuente y sí muy habitual.

-Pero razones de lógica y de conveniencia, incluso a veces de economía, nos llevan a pensar que el procedimiento adecuado pasa por que el inventario sea realizado y aceptado por los herederos, con la intervención judicial en caso de discrepancia, y que al contador-partidor le llegue ya un inventario ausente de polémica que centre su trabajo en la partición. Sin perjuicio de que más adelante me detendré a analizar la situación desde el punto de vista del abogado designado contador-partidor, debemos decir ahora que no es infrecuente que se suscite entre herederos polémica a la hora de formar el inventario, por la inclusión o no de determinados bienes y la posible confusión a veces de los patrimonios de los causantes y alguno de los herederos. Mi experiencia como letrado me ha llevado a pensar que una determinación del inventario a veces hace innecesaria la intervención posterior del contador-partidor, porque la polémica ya se ha terminado, y continuar con la fase de avalúo y división, encomendada a unos profesionales que deben percibir sus legítimos emolumentos por su trabajo, hace que la división de la herencia se convierta en algo muy costoso desde el punto de vista económico, pues las partes deben abonar los gastos procesales que les son propios y además la intervención de los profesionales antes citados. Si el inventario ya está claro en muchas ocasiones sir-

ve de efecto disuasorio de la continuación del procedimiento, con el ahorro que ello supone para los interesados.

Del mismo modo entiendo que es mucho más lógico que el contador-partidor cuente con la seguridad de que el inventario ya está conformado, y así poder cuadrar las cifras para las divisiones o compensaciones que haya que efectuar, porque si todo se envía al final de la redacción del cuaderno particional es necesario que cualquier discrepancia sobre el inventario se tramite en ese momento, con la división ya hecha, y la exclusión o inclusión de bienes conllevará, necesariamente, que la división deba volver a hacerse para que vuelvan a cuadrar las cifras y los repartos, con el consiguiente retraso y perjuicio que se irroga al que al final tenga que soportar que haya que realizar un doble trabajo, y que lamentablemente será, como es habitual, el propio contador-partidor que en ese caso no puede ni debe correr con la culpa. Debe tenerse en cuenta que una sentencia que estime alguna modificación en la partición efectuada, relativa simplemente a las adjudicaciones o al modo de partir, puede solventarse con los ajustes que el Juez o Tribunal haga en ese cuaderno particional, respetando el resto del mismo; pero una sentencia que estime que hay que eliminar o añadir algo al inventario, supone que las hijuelas de los herederos cambien, y lo que parece lógico es que haya que volver a hacer el cuaderno, ya que la rectificación que habría que hacer es realmente una “enmienda a la totalidad”.

A mayor abundamiento, el hecho que no se lleve a cabo la comparecencia prevista en la fase de inventario, y que por lo tanto no exista la posibilidad de impugnar el mismo, en mi opinión es de suyo una importante disminución de los derechos de defensa de las partes, tanto por el hecho de que supondrá volver al principio de la discusión y dejar todo sin efecto, lo que sin duda influirá en el juez que tenga que tomar esa decisión tan

drástica, como porque circunscribe el debate a la impugnación que haga el heredero impugnante, sin que la opinión de otros herederos se haya oído hasta que hayan de manifestarse ya en una fase contenciosa.

Ya he citado anteriormente diversos pronunciamientos de los tribunales que son partidarios de que se haga la formación de inventario antes de la designación del contador-partidor o que al menos no se impida si así se pide, pero me parece procedente transcribir una frase recogida en la Sentencia de la **Sección Segunda de la Audiencia Provincial de León de 28 de febrero de 2013** que es la siguiente: *“Es decir, al contador en un procedimiento de división judicial de herencias debe facilitársele un inventario incuestionable”*.

Me muestro conforme con dicha afirmación, máxime si tenemos en cuenta que, aunque es cierto que el procedimiento de división de herencia ha sido considerado siempre como de jurisdicción voluntaria, es un hecho que no lo es tanto, y así lo debe reconocer el legislador al no incluirlo en la **Ley de Jurisdicción Voluntaria** recientemente publicada, porque lo lógico es que los herederos acudan al juzgado porque no se ponen de acuerdo, porque existe controversia o contienda entre ellos, lo que hace pensar que no es raro ni infrecuente que se discuta sobre la formación del inventario. De hecho, mi experiencia me dice que es más la polémica que se suscita con el inventario que con la división en sí, que en muchas ocasiones son “habas contadas” y que, si el contador-partidor es medianamente cauteloso, como suelen serlo los compañeros designados, poco o nada se discute una vez dividido si ha habido equidistribución y a cada uno se le han entregado bienes en proporción a su participación en la herencia.

Dejarse llevar por el principio de mínima intervención que se ha citado en alguna de las resoluciones judiciales

transcritas es a veces contrario a la realidad, ya que una pequeña intervención, no judicial sino del Letrado de la Administración de Justicia, o incluso una posterior del Juez en su caso, evitan que se tenga que intervenir en otro momento y con más daños colaterales, pues se deja sin efecto en este caso una partición que pudo haberse hecho correctamente si los bienes, derechos y obligaciones que conforman el inventario hubieran quedado establecidos con carácter previo a hacer el cuaderno.

Como ya he dicho me decanto por esta posibilidad, y creo que no es necesaria una interpretación *contra legem* para poder entender que dentro de la redacción actual de la norma procesal cabe la misma, pero en todo caso me referiré posteriormente a cuál es mi modesta sugerencia para resolver la cuestión.

E) El arbitraje.-

Otra forma de resolver la cuestión relativa a la partición de la herencia es confiar la misma a un árbitro, cuestión que puede provenir del propio causante porque así lo disponga en testamento o de los herederos que se sometan voluntariamente al mismo.

La Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje, admite el arbitraje testamentario, que recoge en su **artículo 10** cuando dice:

“También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia.”

Por otro lado, **el artículo 9** de la citada norma dice:

“1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.”

Ciertamente derivar hacia el arbitraje la solución de conflictos hereditarios mediante una cláusula testamentaria en mi opinión genera más incertidumbre que otra cosa. El texto de la **Ley de arbitraje** concede bastante libertad para establecer el procedimiento que debe seguirse, y además no recoge la figura del contador-partidor en su articulado, como sí lo hace con los peritos. Por lo tanto, es necesario que en el convenio arbitral deba dejarse claro qué procedimiento se debe seguir, qué función concreta se espera del árbitro, si debe realizar la partición en su laudo o si debe consistir en aprobar las operaciones que haga un contador-partidor que haya que elegir al efecto, estableciendo las normas para su elección; si seguirá por analogía algunos de los procedimientos de división de patrimonios o se hará uno ad hoc; si se formará el inventario antes de designar contador-partidor, en su caso, o se confiará esta tarea en el contador partidor.

Sinceramente no me produce, como abogado, demasiada seguridad lo que pueda esperarse de la solución del posible conflicto generado entre herederos, ni que ello sea más ágil y menos costoso que cualquiera de las posibilidades que las normas que hemos estudiado hasta ahora ofrecen, pero en todo caso debe ser citada y tenida en cuenta la posibilidad de que se elija en un procedimiento arbitral a un contador-partidor para que haga inventario y reparto o solo reparto, o también, por contra, que no haya contador-partidor y sea el árbitro el que directamente en su laudo reparta la herencia.

F) La mediación.-

Por último, la aparición el día 6 de julio de 2012 de la **Ley 5/2012** de mediación en asuntos civiles y mercantiles, nos obliga a citar la posibilidad de que se acuda a una mediación para solucionar los problemas de la herencia. Es difícil mejorar las soluciones que da a la división de las herencias la figura del contador-partidor, pero desde luego como hipótesis no puede ser olvidada la labor de los mediadores, no por ello menos encomiable ni digna de mención.

La citada norma, en su **artículo 1** describe el concepto de la mediación y dice:

“Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.”

En su articulado establece la ley las características de la mediación, que tiene el carácter en todo caso de voluntaria y que permite alcanzar un acuerdo. Respecto de la eficacia de dicho acuerdo, conviene reproducir lo que establece el **artículo 23**, denominado *“El acuerdo de mediación”*

“1. El acuerdo de mediación puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación.

En el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento.

2. *El acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes.*

3. *Del acuerdo de mediación se entregará un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación.*

El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo.

4. *Contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.”*

Como he dicho, no me parece que el sistema permita cobijar la idea de que sea una norma o una institución adecuada para la división de las herencias o de los patrimonios, pero en cualquier caso ni es desdeñable ni puede dejarse de lado que a veces el conflicto no es la completa partición, sino algunas cuestiones más concretas que sí que pueden ser objeto de mediación que permita alcanzar un acuerdo.

En cualquiera caso, tanto se trate de un arbitraje cuanto de una mediación, habrá que acabar suscribiendo o generándose un documento que pueda ser protocolizado y que sea un cuaderno particional.

1.-4.-Diferencias derivadas de la forma de nombramiento.-

En esencia la figura del contador-partidor tiene el mismo contenido sea cual sea la forma en la que haya sido elegido. Se trata de la persona llamada a redactar un cuaderno particional, en el que deben incluirse tanto el activo como el pasivo de la herencia,

hacer la liquidación, y por último dividir y adjudicar la herencia a los interesados.

1.4.-1.- Aprobación de las operaciones particionales.-

Existe una primera diferencia entre el contador-partidor designado por el testador y cualquiera de los elegidos por el Juzgado en alguna de las modalidades expuestas. El contador-partidor designado por el testador puede suscribir directamente el cuaderno particional ante notario, de forma unilateral y sin requerir la presencia de los herederos o interesados, y ese cuaderno tiene plena virtualidad para ser inscrito en el Registro de la Propiedad correspondiente o para tener eficacia *erga omnes*. Por el contrario, los contadores-partidores designados en el juzgado por el Letrado de la Administración de Justicia o los designados por el Notario que corresponda en su caso, necesitan de la aprobación de sus operaciones particionales para que tengan eficacia, con la excepción que luego se dice.

Así lo establece el **artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Civil** que dice:

“1. El Secretario judicial dará traslado a las partes de las operaciones divisorias, emplazándolas por diez días para que formulen oposición. Durante este plazo, podrán las partes examinar en la Oficina judicial los autos y las operaciones divisorias y obtener, a su costa, las copias que soliciten.

La oposición habrá de formularse por escrito, expresando los puntos de las operaciones divisorias a que se refiere y las razones en que se funda.

2. Pasado dicho término sin hacerse oposición o luego que los interesados hayan manifestado su conformidad, el Secretario judicial dictará decreto aprobando las operaciones divisorias, mandando protocolizarlas.”

Por su parte, el **artículo 1.057 del Código Civil**, que ya ha sido citado en varias ocasiones, dice:

“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.”

Por su parte, el **artículo 92 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria** recoge lo siguiente:

“1. Será de aplicación lo previsto en este capítulo: ...

c) Para la aprobación de la partición realizada por el contador-partidor cuando resulte necesario por no haber sido confirmada expresamente por todos los herederos y legatarios.”

Es decir, que si todos los herederos y legatarios de la herencia aprueban el cuaderno particional ejecutado por el contador-partidor dativo elegido por el Letrado de la Administración de Justicia o por el Notario designado, no es necesaria su aprobación por ninguno de estos dos funcionarios públicos, pero, si no es así, deberá entrarse en el trámite de aprobación correspondiente, que son las normas comunes de la **Ley de Jurisdicción Voluntaria** por un lado y el **artículo 66 de la Ley Orgánica del Notariado**, quedice:

“1. 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.....”

1.-4.-2.-Protocolización de las operaciones particionales.-

El **artículo 14 de la Ley Hipotecaria** establece:

“El título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato y la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado, así como, en su caso, el certificado sucesorio europeo al que se refiere el capítulo VI del Reglamento (UE) n° 650/2012.

Para inscribir bienes y adjudicaciones concretas deberán determinarse en escritura pública o por sentencia firme los bienes, o parte indivisa de los mismos que correspondan o se adjudiquen a cada titular o heredero, con la sola excepción de lo ordenado en el párrafo siguiente.” Es coincidente con este texto el **artículo 80.1 del Reglamento Hipotecario**.

Debe por lo tanto procederse a la protocolización de las operaciones particionales una vez han finalizado, y para ello hay que acudir al notario de libre elección y elevar a escritura pública el cuaderno.

Ya hemos dicho que el contador-partidor designado por el testador, y debemos añadir ahora también al designado por los herederos de forma unánime en escritura pública, tienen la facultad de protocolizar el cuaderno *motu proprio*, de forma unilateral y sin necesidad de contar con la presencia o aceptación de los herederos y legatarios, porque está plenamente habilitado para ello.

La tarea del contador-partidor dativo es diferente, ya que, como hemos dicho, requiere de la aprobación de las operaciones particionales llevadas a cabo por él, pero la protocolización, que como dice la resolución de la **Dirección de Registros y del Notariado de 30 de noviembre de 2016** que anteriormente cité debe realizarse en escritura diferente de la de aprobación, sí que puede ser protocolizada por el contador-partidor de forma unilateral, pues no existe norma en contra. No obstante ello, como ha dicho la doctrina, y cito a un miembro de ella con relevante participación en la redacción dada por el **Código Civil al artículo 1.057.2**, pues fue ponente en el Congreso de los Diputados en el momento de su incorporación a la ley material civil por antonomasia, que es el notario **José Antonio Escartín Ipiéns** ⁽⁴⁾, *“lo que pretendió el legislador de 1981 con la introducción del CPD, no era crear un nuevo tipo de ejecutor de la herencia, sino propiciar un nuevo sistema supletorio, al testamentario, de nombramiento del Contador Partidor. Es decir, la naturaleza del CPD del 1057.2 del CC es la misma que la del CPT del 1057.1. De ahí que ambos se incluyan en el mismo artículo y les afecta el mismo estatuto orgánico y funcional.”*

Sin embargo, por lo que hace referencia al contador-partidor designado por el Juzgado en el procedimiento de división de herencia, la protocolización es ordenada por el Letrado de la Administración de Justicia, como establece el **artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil** que dice:

“Pasado dicho término sin hacerse oposición o luego que los interesados hayan manifestado su conformidad, el Secretario judicial dictará decreto aprobando las operaciones divisorias, mandando protocolizarlas.”

4 El contador partidor dativo. Nota sobre su origen, finalidad, naturaleza, funciones y procedimiento. La Ley 410/2015

Parece clara la posición de la ley procesal, sin embargo, y como sucede casi siempre, no podemos afirmar que la necesidad de su protocolización haya sido siempre la postura que haya adoptado la Dirección General de Registros y el Notariado o los propios Tribunales de Justicia.

Debemos recordar que hay dos tipos de resoluciones emanadas del Juzgado que pueden finalizar las actuaciones de un procedimiento de división de herencia: por un lado el Decreto del Letrado de la Administración de Justicia, para el caso de inexistencia de controversia y por el otro la Sentencia del Juez dictada en el caso de oposición a las operaciones particionales y apertura de la fase contenciosa del procedimiento que no finalice con acuerdo. No obstante, debemos precisar que, aunque se haya abierto dicha fase contenciosa, la misma puede en todo momento finalizar por acuerdo de las partes y entonces se aplica el **número 2** del citado **artículo** de la ley procesal.

La referencia que la **Ley de Enjuiciamiento Civil** hace en el **artículo 787.2** que antes he citado y reproducido no aparece en el número 5 del mismo artículo, que dice:

“Si no hubiere conformidad, el tribunal oirá a las partes y admitirá las pruebas que propongan y que no sean impertinentes o inútiles, continuando la sustanciación del procedimiento con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal.

La sentencia que recaiga se llevará a efecto con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente, pero no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda.”

Sin embargo esa previsión sí que aparece en el número **2 del artículo 788** de la **Ley de Enjuiciamiento Civil** que dice:

“1. Aprobadas definitivamente las particiones, el Secretario judicial procederá a entregar a cada uno de los interesados lo que en ellas le haya sido adjudicado y los títulos de propiedad, poniéndose previamente en éstos por el actuario notas expresivas de la adjudicación.

2. Luego que sean protocolizadas, el Secretario judicial dará a los partícipes que lo pidieren testimonio de su haber y adjudicación respectivos.”

Es decir, que del texto literal de la Ley parece que debería deducirse que la protocolización del cuaderno particional es necesaria en todo caso, sea indiscutido el cuaderno particional, sea discutido pero con acuerdo o sea que finalice por sentencia tras el debate procesal.

Pero, como hemos dicho más arriba, no existe unanimidad en las resoluciones de los órganos que deciden sobre las cuestiones registrales, como ahora expondré.

La **Dirección General de Registros y del Notariado** dijo, en su resolución de 9 de diciembre de 2010, lo siguiente:

“1. Se debate en el presente recurso si para la inscripción de una partición judicial, acordada sin oposición, es suficiente el testimonio del Auto expedido por el Secretario judicial, o si, por el contrario, se precisa además su protocolización notarial. En el Auto testimoniado, la Magistrado-Juez ordena al Decano del Colegio Notarial de Madrid “para que participe el notario a quien por turno corresponda la protocolización y conocido, remítansele las operaciones divisorias y testimonio del presente auto”.(...)

3. La protocolización notarial de la partición judicial, siempre y cuando haya concluido sin oposición, viene impuesta como regla general por el artículo 787.2 de la Ley

1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, siendo reiterada su exigencia en la reciente Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial, que da nueva redacción al apartado 2 del artículo 787. Este criterio, además, es compartido unánimemente por la doctrina, para quienes la referencia a la sentencia firme contenida en el artículo 14 de la Ley Hipotecaria se limita a las particiones judiciales concluidas con oposición. En efecto, el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que la aprobación de las operaciones divisorias se realiza mediante Auto y con la entrada en vigor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, mediante decreto del secretario judicial, pero en cualquier caso ordenando protocolizarlas.

4. Este Centro Directivo afirmó en su Resolución de fecha 13 de abril de 2000 la posibilidad de inscripción de la partición judicial sin necesidad de protocolización, aunque hubiera finalizado sin oposición. Sin embargo, se trataba de un supuesto distinto del actual, pues en aquel caso el propio juez que aprobó las operaciones particionales dispuso en el auto dictado la inscribibilidad directa del testimonio del mismo, subordinando tan sólo la protocolización notarial a la previa petición del interesado. En el supuesto de hecho de este expediente, ocurre lo contrario, ya que la propia Magistrado juez ordena oficiar al Decano del Colegio Notarial para que participe al Notario a quien por turno corresponda la protocolización y remitirle las operaciones divisorias y Testimonio del Auto, por lo que debe reconducirse la solución a la regla general de necesidad de protocolización notarial de la partición realizada.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la Registradora en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos.”

Es decir, lo que se mantiene por la Dirección General es que en principio es exigible la protocolización del cuaderno particional aprobado en el juzgado, pero que si el Juez o Tribunal, en su resolución, han establecido que directamente se inscriba, en ese caso no será necesaria dicha protocolización.

Pero, como ya sabemos los agentes jurídicos que nos movemos en el mundo procesal, no hay criterio que sea del todo pacífico, y aquél que lo parece, deja de serlo muchas veces con facilidad. Y dicha inseguridad en el criterio que debe seguirse la trae la propia **Dirección General de Registros y del Notariado**, que en su resolución de 27 de marzo de 2014 dice:

“Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado este Centro Directivo en las Resoluciones citadas en los “Vistos”. Así, se ha señalado que si bien es cierto que los artículos 787.2 y 788 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 -antes, los artículos 1081 y 1092 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881- prevén la protocolización de la resolución judicial aprobando las operaciones divisorias cuando no haya oposición o luego que los interesados hayan manifestado su conformidad con las mismas, de aquí no se sigue necesariamente que el único título formal para la inscripción en el Registro de la Propiedad de las adjudicaciones respectivas, sea ese “testimonio” del acta notarial de protocolización, pues debe tenerse en cuenta al respecto: a) que conforme a los artículos 3 y 14 de la Ley Hipotecaria y 80 del Reglamento Hipotecario, uno de los títulos aptos para la inscripción de las particiones será, en su caso, la pertinente “resolución judicial firme en que se determina las adjudicaciones efectuadas a cada interesado “; b) que sin prejuzgar ahora sobre la específica naturaleza de las operaciones particionales realizadas a través del cauce procedimental del procedimiento judicial para la división de la herencia (antes juicio voluntario de testamentaria) cuando media la

conformidad -o no hay oposición- de los interesados al proyecto elaborado por los contadores nombrados al efecto, es lo cierto que se trata de actuaciones estrictamente judiciales (cfr. artículos 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil), correspondiendo por tanto al secretario judicial en exclusiva y con plenitud dar fe de las mismas (cfr. artículos 145 y 788 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 453 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), de modo que el testimonio del auto aprobatorio de dicha partición expedido por el secretario judicial es documento público (artículos 1216 del Código Civil y 454 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) que acredita plenamente no sólo la realidad del acto particional, sino además, su eficacia en tanto que, aprobado judicialmente, puede exigirse su cumplimiento (cfr. artículo 788.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); y, c) que sin prejuzgar ahora sobre la vigencia de esa necesidad de protocolización notarial de las actuaciones judiciales seguidas, a la vista del artículo 454 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que encomienda al secretario judicial la función de documentación y la formación de autos y expedientes y su constancia, el acta notarial respectiva se limitará a incorporar al protocolo del notario autorizante en cumplimiento del mandato judicial respectivo -mandato que, además, en el presente expediente no existe- los autos, seguidos, pero no tiene por objeto documentar una nueva prestación del consentimiento por los coherederos e interesados en la partición realizada (cfr. artículos 211 y 213 del Reglamento Notarial), de modo que no añadiría a la certificación judicial del auto aprobatorio de la partición incluido en la documentación protocolizada, un efecto probatorio del que no gozase ya por sí mismo.”

Esta resolución “desmitifica” la protocolización, puesto que reduce su contenido al decir que normalmente será la mera incorporación al protocolo del notario del testimonio de la resolución aprobando el cuaderno particional incluido en ella. Pa-

rece deducirse de dicho texto que prima el carácter judicial de las actuaciones y que por lo tanto es título bastante, como establece el **artículo 14 de la Ley Hipotecaria** que anteriormente he citado, la sentencia judicial, equiparando a la misma el Decreto del Letrado de la Administración de Justicia pues es resolución que emana de los juzgados o tribunales.

Mi conclusión es que el contador-partidor deberá con carácter general protocolizar el cuaderno particional, cuidándose de que se incorpore en la escritura que se suscriba el testimonio de la resolución que lo apruebe. Solo en el caso en que finalice por sentencia y que el Juez o Tribunal haya incluido en su fallo que el testimonio del mismo baste para su inscripción, o que ordene la misma, podrá bastar el testimonio de dicha sentencia con el cuaderno que apruebe. La prudencia deberá guiar al contador-partidor que deberá intentar que baste ese testimonio para la constancia registral de las operaciones particionales, ya que el coste de la elevación a escritura pública del cuaderno particional solo será necesario en el caso en que sea exigido por el registro de la propiedad correspondiente.

1.-4.-3.-Entrega de legados.-

La facultad de entregar legados no es implícita a la figura del albaceas o del contador-partidor. El **Código Civil** solo presume esta facultad en el albaceas cuando, en su **artículo 902**, dice:

“No habiendo el testador determinado especialmente las facultades de los albaceas, tendrán las siguientes: (.....)

2.ª Satisfacer los legados que consistan en metálico, con el conocimiento y beneplácito del heredero.”

Debemos por tanto concluir que los legados que sean de diferentes bienes del metálico no pueden ser entregados por

el contador-partidor, salvo en el caso en que así haya sido previsto por el testador, pues el propio **Código Civil** lo deja claro cuando dice en su **artículo 885**:

“El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla.”

Por lo tanto podemos establecer el siguiente criterio:

-Por regla general los legados corresponde entregarlos al heredero.

-El legatario puede estar autorizado por el testador a tomar posesión de los legados.

-El contador-partidor testamentario puede estar autorizado por el testador para entregar legados, con los límites que en su caso establezca el propio causante.

-El contador-partidor dativo o el judicial no puede por sí entregar los legados, pues necesita la aprobación judicial, o notarial de sus actuaciones y por lo tanto deben incluirse en ellas los legados que haya que entregar.

1.-4.-4.- Compensación de excesos.-

Nada obsta en un principio a entender que es tarea del contador-partidor la de compensar los excesos que haya podido haber en la herencia o incluso proceder a reducir los legados que se hayan excedido. El **Código Civil** cita dos preceptos que deben ser tenidos en cuenta por los contadores-partidores designados por el testador o por los he-

rederos de forma unánime, distinguiendo según el tenor literal de la ley entre aquellos que pueden ser hechos directamente de los que necesitan de un mandato o habilitación por parte del testador. De esta forma podemos citar el **artículo 821** que dice:

“Cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero.

El legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere, el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima.

Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en este artículo se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados”

Entiendo que esa facultad para reducir los excesos, dado que no requiere de más habilitación, también corresponde al contador-partidor cualquiera que sea su origen o designación.

Del mismo modo, el **Código Civil**, en su **artículo 829** establece lo siguiente:

“La mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados.”

Creo que igualmente el contador-partidor puede y debe establecer en su cuaderno particional, independientemente de quién lo haya nombrado, la obligación de abonar ese exceso generado.

Sin embargo, si vamos al **artículo 841** del propio **Código Civil** vemos una diferencia sustancial entre el contador-partidor designado y habilitado por el testador, o del dativo, del resto de posibles contadores-partidores.

Dice dicho precepto:

“El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios. También corresponderá la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto del párrafo anterior al contador-partidor dativo a que se refiere el artículo 1.057 del Código Civil.”

El tenor literal del Código Civil lleva a pensar que la posibilidad recogida al final de este párrafo es atribuida al contador-partidor dativo, y no a cualquiera otro diferente de él. Parece un poco contradictorio, pues esa facultad tan solo asiste al contador-partidor designado por el testador si así ha sido autorizado por el mismo, pero no en otro caso, y sin embargo asiste de forma natural al contador-partidor dativo que, por naturaleza, no ha sido designado por el testador o por el *de cuius*. Si es así sus facultades son en este caso superiores a las del contador-partidor designado por el testador. Del mismo modo no se atribuye esta facultad al contador-partidor designado en el procedimiento seguido ante el Juzgado para la división de la herencia, y parece poco probable que le pueda ser atribuida esa facultad por el Juez o el Letrado de la Administración de Justicia, sin perjuicio de que una decisión judicial pueda aprobar un cuaderno que incluya esa asignación, aunque es poco probable, ya que existe un límite temporal importante en el **artículo 844** del **Código Civil**, que lo fija en un año.

Siguiendo la opinión de la doctrina que intervino al tiempo de modificarse el **Código Civil en 1981**, el propósito del legislador de entonces, al introducir la figura del contador-partidor dativo era propiciar un instrumento que evitase el principio de unanimidad de los titulares de la comunidad hereditaria en la partición, soslayando las consecuencias negativas que implica. Desde ese punto de vista, parece razonable entender que pueda haberse dotado al contador-partidor dativo de unas competencias que no corresponden al contador-partidor elegido en un procedimiento contencioso, que lo puede ser a solicitud de cualquier interesado, ya que se intuye que se está queriendo asemejar la decisión de la mayoría a la voluntad del testador al designar al contador-partidor, como ya se incluía en el Proyecto de **Código Civil de 1851**, concretamente en sus artículos 902 y 903, que habilitaba a los herederos para que *“de común acuerdo o por mayoría absoluta, partir la herencia en el modo y forma que convengan judicial o extrajudicialmente... pero los que se creyeren agraviados podrán recurrir a los Tribunales, sin perjuicio de llevarse a efecto lo acordado hasta que judicialmente se disponga otra cosa”*. Es por ello que entiendo que esa habilitación que el número 2 del **artículo 1.057 del Código Civil** da al contador-partidor dativo no asiste al designado por el testador si no se le ha concedido por este, ni al elegido por el juzgado en el procedimiento de división de herencia recogido en la **Ley de Enjuiciamiento Civil**.

Debe por tanto el letrado designado contador-partidor atender a la forma en que ha sido designado para calibrar las facultades y posibilidades que tiene para encajar los derechos de todos los herederos y atribuirlos conforme establece la ley, lo que sin duda es una dificultad más, pero a la vez un aliciente, al ejecutar su encargo profesional.

1.-4.-5.- Situaciones de proindivisión.-

El **Código Civil**, siguiendo la tradición romana que concedía a cualquier comunero la facultad de solicitar la división de la cosa común, se decanta por entender que las situaciones de proindivisión generan gran cantidad de conflictos y de dificultades de convivencia entre los comuneros, disponiendo preceptos y principios que tienden a facilitar la inexistencia y disolución de los bienes en prodiviso.

Siguiendo esta tendencia, el **artículo 1062 del Código Civil** establece lo siguiente:

“Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero.

Pero bastará que uno sólo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga.”

Del mismo modo, el **artículo 404 de propio Código Civil**, en sede de comunidad de bienes, establece congruentemente con el anterior:

“Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio.”

Ningún precepto impide al contador-partidor, sea cual sea su origen, adjudicar bienes en proindiviso a todos o algunos de los herederos, aunque no resulta demasiado procedente, ya que el sentido de la operación de partición, como su nombre indica, tiene más que ver con atribuir, como dice el **Código Civil en su artículo 1061** (*“En la partición de la herencia se ha de guardar la*

posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie”) bienes o lotes a cada heredero, más que con generar el mismo problema del que normalmente se está huyendo, y que es el origen de muchas de las controversias y de acudir al auxilio de los Tribunales, como ya hemos visto y es público y notorio.

Pero el Código Civil no faculta al contador-partidor a atribuir a un heredero los bienes, o algunos de ellos, compensando a los demás como resulte necesario, salvo que exista esa autorización del testador que hemos visto anteriormente o que lo haga el contador-partidor dativo, con las condiciones legales establecidas.

Eso genera un problema a la hora de poder terminar de forma conveniente un cuaderno particional. Sea o no notorio que alguno de los herederos o de las partes involucradas no aceptan la indivisión de todos o algunos de los bienes del acervo, el contador-partidor no parece, siguiendo el tenor literal de la ley, habilitado para evitar, en última instancia y si no existe otra forma de encajar la división, esa situación de proindivisión. La facultad de solicitar la división corresponde a los herederos, comuneros y demás interesados, pero no al contador-partidor, que puede verse abocado a generar una nueva comunidad si no salen las cuentas.

Es doctrina conteste del **Tribunal Supremo**, como dice por todas la **Sentencia de 16 de febrero de 1991** que *“cuando el objeto de condominio o del haber partible hereditario lo constituyen varios inmuebles físicamente individualizados e independientes, como ocurre en el caso presente, y se trata de poner fin a la situación de indivisión en que se hallan, cada condómino o coheredero tiene derecho a que la cuota ideal o abstracta que hasta ahora le correspondía en cada uno de dichos bienes se traduzca en una porción material y concreta de cada*

uno de ellos, si los mismos son divisibles, y si no lo son, y uno de los condueños se opone a que dichos bienes, o alguno de ellos, sean adjudicados en pleno dominio al otro, cual aquí ocurre, tiene derecho a pedir y obtener que los referidos bienes sean vendidos en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, y se reparta entre ellos su precio, conforme establecen expresamente los artículos 404 y 1062 CC.”.

Pero el problema está en cómo hacerlo. El contador-partidor puede hacer constar en su cuaderno particional que se atribuyan en proindiviso aquellos bienes que resulte ineludible atribuir de esa forma. Pero si es consciente de que alguno o algunos de los adjudicatarios se oponen a la indivisión, y como ha dicho el **Tribunal Supremo** en esa misma sentencia anteriormente citada, “*si bien el propio art. 1062 considera preferible que la cosa se adjudique a uno de los herederos a calidad de abonar a otros el exceso de dinero, lo cierto es que dicho artículo es taxativo y vincula al contador-partidor tal como declara la doctrina expuesta que exige la unanimidad de los coherederos*”, deberá propiciar que se proceda a la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños. Sin embargo no existe un trámite en la ley que engarce de forma automática los procedimientos, lo que genera mucho gastos y demoras en la mayoría de los casos.

Lo conveniente, como estableció la **Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de León de 11 de octubre de 2002**, incluso lo lógico, es hacerlo directamente en el mismo procedimiento, pero también puede la sentencia remitirse a un procedimiento posterior o incluso a la ejecución de la misma. Entiendo que la aprobación por parte del Letrado de la Administración de Justicia de un cuaderno particional que imponga la venta en pública subasta de alguno o algunos de los bienes, debería habilitar para proceder a llevarla a cabo en eje-

cución de la resolución que aprueba las operaciones particionales. Eso está muy claro si lo aprueba una sentencia, ya que la misma puede en su fallo establecer la venta en subasta y bastará la ejecución de dicha sentencia para que se proceda conforme a la misma. Pero si finaliza el procedimiento mediante un Decreto del Letrado de la Administración de Justicia que aprueba el cuaderno particional, no parece que haya nada más que hacer que protocolizarlo, y desde luego no parece que ese Decreto pueda servir de base para una ejecución de resolución judicial que conlleve la práctica de la subasta, ya que no está entre los títulos recogidos en el **artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**. Lo lógico es que esa subasta se lleve a cabo por los trámites de la jurisdicción voluntaria, puesto que no se trata de una ejecución con vía de apremio. Así lo han reconocido algunos pronunciamientos judiciales, entre los que podemos citar la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 25 de mayo de 1999**, que dijo:

”Que siendo el objeto de esta ejecución la división de una cosa común procedente de una herencia, el C.c. prevé la posibilidad de que la división se practique, bien de común acuerdo, mediante la adjudicación a uno de los herederos con la condición de que se abone a los otros el exceso en dinero, o que se venda en pública subasta y se reparta el precio, siempre con la admisión de licitadores extraños (CC 1062). Entre los dos procedimientos de subasta judicial, el forzoso de los arts. 1481 y ss. y el voluntario de los arts. 2048 y ss. ambos contemplados en la LEC, no se impone la observancia de uno u otro por la Ley para el caso que nos ocupa, pero es más barato y menos complejo el segundo”

Lo que sucede es que, si no se establecen las bases o se habilita para que se haga en el mismo procedimiento, las partes estarán abocadas a que se inicie otro procedimiento que desha-

ga el proindiviso generado, paradójicamente, en un procedimiento en el que lo que se pide es la división de la herencia.

La legislador olvidó facilitar un procedimiento único o subsecuente que permitiera evitar situaciones como las que se dan habitualmente, en las que el contador-partidor, atendido a que no hay posibilidad material, legal o simplemente por voluntad de los interesados, de repartir o dividir la herencia o alguno o algunos de los bienes que la componen, y viendo que no es posible por tanto evitar la indivisión, redacta un cuaderno particional que se limita a atribuir en proindiviso uno o varios bienes. Una vez redactado solo pueden hacerse dos cosas: o no habiendo oposición, es aprobado por el Letrado de la Administración de Justicia y luego protocolizado, con el consiguiente gasto, viniendo obligado el que así lo quiera a formular una demanda de juicio ordinario persiguiendo la división de la cosa común, o bien se opone a su aprobación y exige un pronunciamiento del Juez en su sentencia que conlleve la ejecución posterior de la subasta, si así se dispone.

En ambos casos tiene que haber una contienda que acabe resolviendo el Juez, lo que no parece lógico. Sería muy sencillo habilitar que, una vez aprobadas las operaciones particionales, y antes de su protocolización, se siguiera ante el mismo Juzgado un procedimiento de jurisdicción voluntaria que permitiera la subasta de los bienes en indivisión y que facilitara todos los trámites, evitando controversias, abaratando los costes y dotando de verdadera economía procesal al procedimiento. Lamentablemente el contador-partidor se ve en la necesidad de hacer un cuaderno particional que tiene que ser impugnado para poder conseguir que una sentencia habilite en ejecución este trámite, sin sacar partido realmente a la función del propio contador-partidor, como auxiliar del Juez, que aligeraría los trámites y haría el procedimiento más directo.

2.- El estatuto del contador-partidor designado por el Juzgado y las condiciones de su labor.-

2.-1.-Naturaleza jurídica del contador-partidor judicial.-

Si ya hemos hecho constar en este pequeño estudio que el contador-partidor es, esencialmente, la persona encargada de llevar a efecto las operaciones particionales, y si ya hemos visto que el **artículo 1.057 del Código Civil** no hace distinciones en ese sentido entre el contador-partidor designado por el testador del contador partidor dativo, excepto en la exigencia de la aprobación de las operaciones particionales llevadas a cabo por ese segundo, no parece sencillo determinar su naturaleza jurídica y concluir si es la misma en todos los casos.

En la **Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881** el contador-partidor que designaba el juez tenía el carácter de dirimente, ya que cada parte aportaba su propio contador-partidor y al final había uno designado por el Juez que actuaba con esa facultad de dirimir. Ya hemos dicho que era un procedimiento largo, costoso y complejo que probablemente estaba obsoleto. De ahí que la **Ley de 2000** lo simplificara.

Pero el contador-partidor designado por el juzgado en el procedimiento de división de herencia tiene en su esencia unas connotaciones que no permiten decir de él que simplemente es la persona encargada de llevar a efecto las operaciones particionales. Da la sensación, atendida la configuración legal de la figura, que estamos más ante un mero auxiliar del juez que ante un contador-partidor “completo”.

La regulación del **Código Civil** no distingue entre los contadores-partidores según sea la forma de su elección. Parece

que atribuye a todos la misma condición, con algunos matices, y a salvo siempre la posibilidad de que el testador haya concedido determinadas facultades al que designe para realizar ciertas funciones que hemos visto a lo largo de este modesto estudio. Sin embargo, ya hemos visto que el contador-partidor judicial tiene unos límites para conformar el inventario, tiene unos límites para facilitar la partición eludiendo situaciones de proindivisión o compensando excesos, incluso reduciendo a metálico los derechos, y además necesita la aprobación judicial para poder protocolizar el cuaderno.

Es seguramente por ello que algún sector de la doctrina lo asimila a la figura del perito, aunque ya adelanto que no me muestro conforme con dicha asimilación. Me permito incluso adelantar y aseverar que muchos de los problemas con que nos hallamos los contadores-partidores designados por el Juzgado cuando vamos a realizar nuestro trabajo provienen de esa asimilación que ha propiciado igualmente la **Ley de Enjuiciamiento Civil**. Sin embargo, puedo citar de nuevo al notario y ex vocal de la Comisión de Justicia del Congreso, José Antonio Escartín Ipiéns ⁽⁵⁾ que manifiesta, en relación con la falta de desarrollo posterior y de integración en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, hasta época muy reciente, de la figura del contador-partidor dativo introducido, como hemos visto, en el **artículo 1.057 del Código Civil**, que lo que sucedió, en su opinión, es que *“sencillamente que el contador-partidor dativo del 1.057 CC no desarrolló su potencialidad en el ámbito de la Jurisdicción Voluntaria, y que por el contrario, ingresó en el ámbito de la jurisdicción contenciosa, en los llamados juicios divisorios de herencia y de liquidación del régimen económico matrimonial, pero no con la naturaleza y atribuciones de un Contador Partidor, sino como un simple perito dentro del proceso civil.”*

⁵ El contador partidor dativo. Nota sobre su origen, finalidad, naturaleza, funciones y procedimiento. La Ley 410/2015

No obstante ello, la relación establecida entre el contador-partidor, aunque sea elegido por el juzgado, y los herederos o interesados, es mixta, ya que bebe las fuentes del arrendamiento, de servicios o de obra, pero también del mandato retribuido. Podemos concluir que en realidad nos encontramos en una obligación, en estos casos, de resultado, y por lo tanto no basta con aplicar los medios necesarios, sino que tiene que generarse un cuaderno debidamente conformado y que pueda cumplir con su función.

Como dice la Sentencia de la **Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Alicante de 4 de noviembre de 2002**:

“Es necesario, por tanto, que la partición documentada en el cuaderno-particional presentado sea factible, esto es, que, con independencia de su aceptación o confirmación por los herederos --que pueden no estar de acuerdo con la partición efectuada por el contador-partidor y deseen impugnarla--, se trate de una partición que pueda llevarse a cabo partiendo de las diferentes operaciones particionales que en el cuaderno se documenten.”

2.1.2.- El perito.-

Perito, para la **Ley de Enjuiciamiento Civil**, es una persona física o jurídica (art. 340.2), tercero al proceso y por tanto objetivamente imparcial, que aporta al propio proceso un saber que posee con base en unos determinados conocimientos científicos o artísticos, que el Juez por su profesión no tiene, y que son precisos para la correcta apreciación y valoración de los hechos que se someten a enjuiciamiento. **La Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 2ª, de 26 de septiembre de 1990** describe su actividad diciendo que *“informa, asesora, descubre al Juez los procesos técnicos o las reglas de experiencia de*

que él puede carecer” aunque nunca sustituyendo a quien corresponde pronunciarse definitivamente que, además, no queda en ningún caso vinculado por la conclusión emitida.

El profesor **Manuel Ortells Ramos** ⁽⁶⁾ nos ha indicado en sus obras sobre **Derecho Procesal Civil**, dirigiendo a su equipo de colaboradores, que la opinión de la doctrina sobre la naturaleza jurídico-procesal del perito está, como no, dividida en dos grandes posturas:

-La primera considera al perito como un auxiliar o complemento del órgano jurisdiccional. Entre otros autores se decantan por esta posición **Prieto Castro, Gómez Orbaneja y Serra**, y según la misma el perito no es sujeto de un medio de prueba porque “*no aporta los hechos sobre los que ha de fundarse la sentencia, sino que, sobre unos hechos ya suministrados, complementa la capacidad del juicio del órgano jurisdiccional, proporcionándole unas máximas de experiencia que no conoce o no sabe aplicar*”. Podemos añadir que así lo ha considerado también cierta jurisprudencia, como puede verse en la **Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de València nº 701/2005, de 3 de noviembre** que afirma que la función del perito es la de auxiliar al juez, ilustrándole sin fuerza vinculante sobre las circunstancias del caso. Dicha sentencia se refiere citando las **Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1984 y de 6 de febrero de 1987**.

-La segunda considera al perito como un sujeto de medio de prueba. Se cita aquí a **Guasp, De Miguel, Font Serra y Fairén**, y según esta postura lo que se trata de conseguir mediante la declaración del perito es “*convencer al órgano jurisdiccional*

6 Derecho Procesal Civil. Ed. Aranzadi. 3ª Edición.

de la existencia, del alcance y de la aplicación de la máxima de experiencia especial’.

No obstante esas dos posturas, le **Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000** parece que resolvió la polémica decantándose por considerarlo un medio de prueba, tal y como establece el **artículo 299** y como se deduce de la exposición de motivos.

Como se dice en la obra sobre **Derecho Procesal Civil** dirigida por **José María Rifá Soler** ⁽⁷⁾:

“Los dictámenes periciales pueden ser de muy variado contenido y cumplir finalidades diversas. En este sentido, los dictámenes periciales pueden servir para aportar certeza sobre unos hechos concretos del proceso (mediante el análisis o reconocimiento de objetos, lugares o personas); - aportar reglas generales o máximas de la experiencia que permitan al Juez subsumir en ellas algunos hechos del proceso (mediante la exposición y explicación de aquellas: v.g. exposición de las causas y efectos de una determinada enfermedad (a efectos de incapacidad profesional), explicación de las medidas de seguridad exigidas para una determinada actividad, exposición sobre resistencia de determinados materiales o sobre fenómenos o reacciones físicas o químicas, etc.); -introducir hechos nuevos en el proceso como con secuencia del análisis o examen de hechos ya aportados (por ejemplo al detectar una causa de intoxicación distinta de la alegada; descubrimiento de una causa distinta de una enfermedad o de un derrumbamiento de un edificio, o de una explosión, etcétera)”

7 Derecho procesal Civil. Instituto Navarro de Administración Pública.

Abonan la consideración de asimilación aparente a la figura del perito su forma de elección y el régimen de provisión de fondos. La **Ley de Enjuiciamiento Civil** prevé:

-Ya hemos visto que el **artículo 784** dispone que se celebrará la junta para designar contador-partidor y peritos en su caso, con los que asistan, y que a falta de acuerdo se procederá como establece el **artículo 341** de la propia Ley adjetiva civil.

Concretamente dice el citado **artículo 784**:

“3. Si de la Junta resultare falta de acuerdo para el nombramiento de contador, se designará uno por sorteo, conforme a lo dispuesto en el artículo 341, de entre los abogados ejercientes con especiales conocimientos en la materia y con despacho profesional en el lugar del juicio. Si no hubiera acuerdo sobre los peritos, se designarán por igual procedimiento los que el contador o contadores estimen necesarios para practicar los avalúos, pero nunca más de uno por cada clase de bienes que deban ser tasados.

4. Será aplicable al contador designado por sorteo lo dispuesto para la recusación y provisión de fondos de los peritos.”

El **artículo 341** de la **Ley de Enjuiciamiento Civil** al que se remite el anterior precepto, establece:

“1. En el mes de enero de cada año se interesará de los distintos Colegios profesionales o, en su defecto, de entidades análogas, así como de las Academias e instituciones culturales y científicas a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior el envío de una lista de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos. La primera designación de cada lista se efectuará por sorteo realizado en presencia del Secretario Judicial, y a partir de ella se efectuarán las siguientes designaciones por orden correlativo.

2. *Cuando haya de designarse perito a persona sin título oficial, práctica o entendida en la materia, previa citación de las partes, se realizará la designación por el procedimiento establecido en el apartado anterior, usándose para ello una lista de personas que cada año se solicitará de sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas, y que deberá estar integrada por al menos cinco de aquellas personas. Si, por razón de la singularidad de la materia de dictamen, únicamente se dispusiera del nombre de una persona entendida o práctica, se recabará de las partes su consentimiento y sólo si todas lo otorgan se designará perito a esa persona.”*

De momento, lo único que ha hecho la **Ley de Enjuiciamiento Civil** es aplicar al contador-partidor las mismas reglas para su designación, par su recusación, y para la provisión de fondos. Terminamos de reflejar la regulación legal de los otros dos extremos referidos:

Los **artículos 124 a 128** de la norma procesal civil regulan la recusación de peritos, procedimiento que sabemos que solamente es aplicable a los peritos designados por el órgano judicial y no a los de parte, aunque a todos se les considere peritos en la Ley, ya que a estos se les aplica la normativa relativa a la tacha de testigos recogida en los artículos 343 y 344 de la misma Ley. Las causas de recusación que establece el **artículo 124** son:

“Además de las causas de recusación previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, son causas de recusación de los peritos:

1.ª Haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso.

2.ª Haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo.

3.ª Tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte del proceso.”

Por su parte, el **artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial**, establece las siguientes causas de recusación, aplicable a los peritos por la remisión recogida en el precepto transcrito:

“1.ª El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con las partes o el representante del Ministerio Fiscal.

2.ª El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el letrado o el procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa.

3.ª Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de éstas.

4.ª Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta, siempre que la denuncia o acusación hubieran dado lugar a la incoación de procedimiento penal y éste no hubiera terminado por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento.

5.ª Haber sido sancionado disciplinariamente en virtud de expediente incoado por denuncia o a iniciativa de alguna de las partes.

6.ª Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como letrado, o intervenido en él como fiscal, perito o testigo.

7.ª Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes.

8.ª Tener pleito pendiente con alguna de éstas.

9.^a *Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes.*

10.^a *Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa.*

11.^a *Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.*

12.^a *Ser o haber sido una de las partes subordinado del juez que deba resolver la contienda litigiosa.*

13.^a *Haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo.*

14.^a *En los procesos en que sea parte la Administración pública, encontrarse el juez o magistrado con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto o informado respecto del mismo o realizado el hecho por razón de los cuales se sigue el proceso en alguna de las circunstancias mencionadas en las causas 1.^a a 9.^a, 12.^a, 13.^a y 15.^a de este artículo.*

15.^a *El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable, o el parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, con el juez o magistrado que hubiera dictado resolución o practicado actuación a valorar por vía de recurso o en cualquier fase ulterior del proceso.*

16.^a *Haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad.”*

Por lo que hace referencia al **artículo 342.3** de la **Ley de Enjuiciamiento Civil**, que se refiere a la provisión de fondos, y al que también se remite el **artículo 784**, como hemos visto, dice:

“3. *El perito designado podrá solicitar, en los tres días siguientes a su nombramiento, la provisión de fondos que considere*

necesaria, que será a cuenta de la liquidación final. El Secretario judicial, mediante decreto, decidirá sobre la provisión solicitada y ordenará a la parte o partes que hubiesen propuesto la prueba pericial y no tuviesen derecho a la asistencia jurídica gratuita, que procedan a abonar la cantidad fijada en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Tribunal, en el plazo de cinco días.

Transcurrido dicho plazo, si no se hubiere depositado la cantidad establecida, el perito quedará eximido de emitir el dictamen, sin que pueda procederse a una nueva designación.

Quando el perito designado lo hubiese sido de común acuerdo, y uno de los litigantes no realizare la parte de la consignación que le correspondiere, el Secretario judicial ofrecerá al otro litigante la posibilidad de completar la cantidad que faltare, indicando en tal caso los puntos sobre los que deba pronunciarse el dictamen, o de recuperar la cantidad depositada, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior.”

Veremos posteriormente los problemas que genera este precepto, especialmente en el contador-partidor que no percibe su provisión de fondos, cuando hablemos de la retribución del mismo.

Pero lo que no se puede derivar de estas remisiones que la Ley hace a la regulación de la figura del perito es que el contador-partidor sea considerado como tal, ya que ni su naturaleza jurídica, ni el encargo o función que desempeña, ni sus facultades, lo asemejan al perito, a pesar de lo que se haya dicho por algún sector de la doctrina.

El hecho de que sea uno de los auxiliares de la justicia, ya que su presencia es necesaria en los procedimientos de división de patrimonios, no solo de herencia, sino también en los de liqui-

dación de la sociedad de gananciales, siempre que no haya acuerdo entre las partes como es obvio, no le quita su identidad y contenido propios.

Si el perito en esencia asesora o informa al Juez para que este decida libremente, el contador-partidor redacta un cuaderno particional y para ello inventaría y aplica los valores que son necesarios, además de todas las operaciones de integración, compensación de excesos o reducciones que sean necesarias. Se diferencia fundamentalmente del perito en que su trabajo, si no hay oposición, es aprobado directamente y elevado a escritura pública, siendo inmediatamente ejecutivo.

Ningún informe pericial puede tener esa condición.

Es más, dado el sistema establecido en la **Ley de Enjuiciamiento Civil**, los peritos que intervienen en el procedimiento lo hacen para el avalúo de los bienes, siendo considerados en este caso como auxiliares del juez, pero de forma mediata, pues realmente a quien auxilian es al contador-partidor. Así lo ha reconocido algún pronunciamiento judicial, como es el del **Auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 25 de abril de 2007** que dice:

“... pero es que además, y atendida la función auxiliar de los peritos respecto de la función del contador en las operaciones divisorias a realizar por éste, quien viene obligado a la realización de las mismas en el plazo que se le señale por el tribunal...”

Si existe oposición, el Juez juzga la tarea efectuada por el contador-partidor, es la materia de su juicio, si bien no con ello convierte en parte al contador, aunque su asistencia sea necesaria o conveniente en el juicio para aclarar su labor. Al final re-

suelve aprobando el cuaderno, ordenando su modificación en la forma que disponga, o simplemente ajusta el mismo sin necesidad de nueva redacción, si bien este caso es menos frecuente porque los cambios suelen suponer una modificación de las proporciones o de las partes que a cada interesado corresponden.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de León, en su Sentencia de 7 de febrero de 2013, deja claro lo que opina sobre la condición del contador-partidor, cuando dice:

“El artículo 784 hace remisión a los preceptos que regulan la prueba de peritos, pero dicha remisión se limita a lo dispuesto en el artículo 341 que regula el procedimiento para la designación judicial de perito y a la recusación de los peritos que se encuentra regulado en el artículo 343 de la LEC . No existe por tanto una remisión en bloque a la regulación de la prueba pericial.”

Mi criterio, como ya he dicho anteriormente, es que el contador-partidor no es un perito, ni se le puede considerar como tal más que en algunas de las remisiones que la norma hace a dicha figura, pero simplemente a dichas cuestiones, sin extenderlas a toda la configuración jurídica de su figura. Como veremos más adelante, esta consideración genera disfunciones y problemas, fundamentalmente para el propio contador-partidor.

2.-2.-Tareas concretas a realizar por el contador-partidor.-

De lo que hemos ido recogiendo en este estudio, se puede deducir que la tarea del contador-partidor será muy diferente si se ha optado en el Juzgado por una u otra de las posibilidades que se detallaron anteriormente. Me refiero a si el Juzgado inició la tramitación con la formación de inventario, como conside-

ro y reitero que es más conveniente, o si lo inició simplemente designando el contador-partidor directamente.

En el primer caso, la conformación del inventario queda excluida de la tarea del contador-partidor, que se limitará al avalúo de los bienes o acudirá a tasación de peritos, haciendo una suma de los valores y restando los pasivos que existan, pasando a continuación a la conformación de los lotes.

El segundo caso, cada vez más frecuente por la circunstancia ya comentada de que los Tribunales se están decantando por esta posición de forma mayoritaria, y especialmente en el ámbito de la Audiencia Provincial de València, supone que el contador-partidor ha de comenzar su trabajo conformando el inventario de la herencia.

Este tratamiento de la posición del contador-partidor designado por el Juzgado lo asimila al contador-partidor designado por el testador o al dativo, lo que en principio no debería suponer un problema, pero olvida que estamos de lleno en una controversia de la que se deriva la elección del procedimiento de división de herencia y por lo tanto con una discusión subyacente o en ciernes.

No obstante, y siguiendo con la lógica que hay que seguir, de forma necesaria e ineludible, el contador-partidor solo puede adoptar un orden, que es el de:

1.- Formación de inventario

2.- Avalúo

3.- Liquidación, división y adjudicación.

Parece una perogrullada pero en realidad es una máxima. Y no existe forma de eludir este orden. A veces es necesario recor-

dar lo obvio. Como dice la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 9 de marzo de 2007**, “... las distintas fases del proceso de liquidación del caudal relicto están interconectadas y son consecuencias unas de otras, pero ello no permite la confusión entre las mismas: por eso se regulan separadamente cada una de estas fases, porque son actos distintos y no necesariamente tiene por qué presentarse en todas ellas la divergencia o discusión entre los herederos y la necesidad de intervención judicial. De ahí que se distinga entre el inventario, el avalúo de los bienes comprendidos, su división y adjudicación...”

En su consecuencia, y dispuesto a la formación del inventario, el contador-partidor deberá, como ha repetido alguna jurisprudencia, hacer dicha labor “a través de la documentación que se hubiere facilitado o pueda conseguir, mediante comunicación con los herederos y examen de los antecedentes, en su caso, de las diligencias de intervención, sin que la LEC exija al respecto la citación de las partes y acreedores personados. Por consiguiente, le corresponde al contador la realización del inventario, para ello contará con la documentación de los bienes que conformen el haber relicto del causante, que le sea facilitado, siendo perfectamente factible reunirse con los interesados en la herencia, e incluso utilizar al respecto la presunción del art. 449 del CC , considerando como bienes del causante los muebles existentes en los bienes raíces de su propiedad salvo prueba en contrario.” Así lo dice la **Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña de 12 de febrero de 2010**.

Es decir, que el contador-partidor puede encontrarse con que en las actuaciones haya documentación suficiente para formar el inventario, pero puede ser que no, y puede suceder que los herederos o interesados pretendan que el contador-partidor incluya o excluya determinados activos o pasivos sobre los que no

haya acuerdo, o por lo menos que no le conste al contador-partidor, que puede verse en la tesitura de decidir sobre su inclusión o exclusión.

Este poder decisorio que parece querer otorgarse al contador-partidor cuando leemos en la jurisprudencia pronunciamientos como el que dice la ya citada **Sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de València de 19 de mayo de 2017**, que cita otra de la misma sección, frases como “*no puede el Juez practicar inventario alguno, pues ello es competencia exclusiva del contador designado por los interesados en la herencia, constituyendo un notorio exceso de jurisdicción caso de hacerlo fuera de los mencionados concretos casos en que la Ley lo autoriza.*”, decae sin embargo cuando hay controversia o dudas sobre la inclusión o exclusión de bienes.

Como dijo la **Sección Segunda de la Audiencia Provincial de León de 28 de febrero de 2013**, en sentencia ya citada en este trabajo, “*si bien el artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el número 1º dispone que el cuaderno presentado por el contador contendrá “la relación de los bienes que formen el caudal partible”, no puede interpretarse como que se le confiere una facultad de dirimir sobre la inclusión o exclusión de bienes; ni que le corresponda en modo alguno determinar cuáles son los bienes a partir. La mención debe ponerse en relación con la finalidad última de la partición: un cuaderno particional susceptible de protocolización notarial, y poder inscribirse las adjudicaciones de fincas en el Registro de la Propiedad.*”

Coloca al contador-partidor en la tesitura de valorar si debe dejarse llevar por la apariencia que los títulos dan respecto de la titularidad o si puede profundizar en la averiguación de la verdadera titularidad de los bienes. Sabido es que no es propio de

un procedimiento de división de herencia profundizar en los derechos de propiedad o en la validez de los títulos. Así nos lo recuerda, entre otras muchas la Sentencia del 4 de abril de 2014, de la **Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante**, que dice: *“Sin embargo, de forma absolutamente mayoritaria la denominada pequeña jurisprudencia considera que la controversia que se suscite en la formación de inventario, ha de limitarse a resolver si hay titulación o prueba suficiente para decidir la inclusión o no de un determinado bien en la masa hereditaria, pero lo que no puede plantearse ni decidirse en el incidente es la validez o eficacia del título o del negocio jurídico por el que ese bien se integró o salió del patrimonio del causante, para lo cual habrá que acudir al proceso declarativo que proceda”*

Pero el contador-partidor que debe conformar el inventario, se ve en la obligación de incluir lo que considere procedente y excluir lo contrario, siquiera haciendo un leve y somero juicio de procedencia, y ello le obliga a asumir una función que, entiendo, no debería corresponderle, ya que, en mi opinión, el contador-partidor es una figura jurídica al que se atribuye la función de resolver cuestiones jurídicas y no cuestiones de hecho. Estas últimas deberían en todo caso resolverse en un procedimiento contradictorio, cuya decisión se atribuya a un órgano judicial y previa la tramitación de un procedimiento con contradicción y con todas las garantías. Depositar en el contador-partidor esa responsabilidad le obliga a conocer de cuestiones sin contar con los instrumentos de averiguación suficientes ni apropiados para determinar el inventario, ni siquiera con la *potestas* para obtener la información que le es necesaria.

Esto nos lleva a plantear de nuevo, como creo que debe ser, que la formación del inventario en un juicio de división de herencia no debe delegarse en el contador-partidor sino que

debe darse hecha al mismo para que se pueda actuar con seguridad. Las contradicciones del sistema elegido por el tenor literal de la normas, y por la interpretación mayoritaria, nos llevan a concluir que no es lógico que la discusión sobre el inventario tenga que hacerse cuando todo el trabajo del contador-partidor ya está terminado, pues ello supone tener que volver a hacerlo, doblando el trabajo del contador-partidor que aparece como el mayor damnificado en estos supuestos.

3.- La retribución del contador-partidor.-

3.-1.-Carácter y provisión de fondos.-

De nuevo la parca y en parte confusa regulación en la norma procesal redundante en perjuicio normalmente del propio contador-partidor, que sufre las consecuencias de la situación de controversia existente entre las partes, con pocas salidas en su propio beneficio.

En primer lugar, y aunque nos parezca evidente lo contrario, el **Código Civil**, en su **artículo 908**, y para el cargo de albaceas (que sabemos que se aplica por analogía al contador-partidor en lo que no esté previsto), considera que es una actividad que debe hacerse de forma gratuita. No obstante ello, y aplicando por analogía igualmente el **artículo 1.711.2 del Código Civil**, que aclara que, a pesar de que el mandato se presume gratuito, como dice el **número 1** de dicho artículo, “...*Esto no obstante, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato, se presume la obligación de retribuirlo*”, la jurisprudencia, de forma conteste admite que los abogados designados contadores-partidores lo son por razón de su condición y deben cobrar por la prestación de sus servicios. Podemos citar por todas la **Sentencia de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 de enero de 1993**, que dijo:

“No cabe negar al albacea contador-partidor la retribución por sus honorarios profesionales, cuando el nombramiento se hizo teniendo en cuenta la actividad profesional, como viene a señalar el art. 908 CC, y también es claro el derecho del reembolso de los gastos, con base a lo prevenido en los arts. 1728.2 y 1729 CC (TS SS 14 Ene. 1913 y 14 Feb.1952).”

Seguimos teniendo en cuenta que el **Código Civil, en su artículo 1.064** establece:

“Los gastos de partición hechos en interés común de todos los coherederos se deducirán de la herencia; los hechos en interés particular de uno de ellos, serán a cargo del mismo.”

Que los honorarios y suplidos que genere el contador-partidor designado por el testador se entienden hechos en interés común es una cuestión pacífica que se incardina plenamente en el precepto transcrito.

No debería existir controversia, en mi opinión, sobre la consideración de gastos hechos en interés común los del contador-partidor dativo o el elegido por el Juzgado, puesto que su función es asimilada en parte a la arbitral y en todo caso imparcial. Así ha sido recogido en multitud de resoluciones judiciales. Podemos citar, a modo de ejemplo, las siguientes:

Sentencia del **Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2002** que dijo: *“En efecto, el artículo 1064 del Código Civil, dentro de la práctica de la partición hereditaria, regula el sistema para el pago de los gastos de tal partición, determinando que los realizados en interés común de todos los coherederos se cargarán a la masa hereditaria, y los hechos para el interés particular de cada uno de los herederos, serán del cargo de los mismos.*

Y en el presente caso, del factum de la sentencia recurrida, que es consecuencia de una actuación hermenéutica lógica, sensata y racional, se infiere que el cuaderno particional que se aprobó en el juicio de testamentaría sobre la herencia de Modestina D. fue el presentado por el contador dirimente, y que es el que se abonó con cargo a los bienes de la herencia”.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 4 de noviembre de 2002: *“el artículo 1064 del Código Civil determina que los gastos de partición, hechos e interés común de todos los coherederos, se deducirán de la herencia, y que los hechos en interés particular de uno de ellos, será a cargo del mismo, habiendo entendido la jurisprudencia a este respecto, que los gastos de partición hechos en interés común de todos los herederos son de cuenta de la herencia de la cual se deducen, de donde se infiere que se descuentan del activo y lo soportan los herederos, habiendo entendido además que la frase «se deducirán de la herencia», no puede considerarse rigurosamente imperativa sino que solo postula que al ser cargo de la herencia debe de ser satisfecha por todos los coherederos, **de donde se infiere también que a esos gastos deben contribuir todos en proporción a sus cuotas.** En el caso que examinamos, la Sala alcanza la convicción tras el examen de la prueba, que con relación a los trabajos realizados por el actor como contador-partidor, deben ser considerados como un gasto necesario para la división y adjudicación del caudal hereditario, y ello de acuerdo con lo dispuesto en el referido artículo 1064 del Código Civil.”*

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 19 de septiembre de 1997: *“El art. 1064 CC dispone que «los gastos de partición, hechos en interés común de todos los coherederos, se deducirán de la herencia; los hechos en interés particular de uno de ellos, serán a cargo del mismo».*

El criterio además de justo es claro pero, sin embargo, ya no lo es tanto determinar cuándo estamos ante un tipo u otro de gasto. La doctrina, a título de ejemplo, mantiene que pueden calificarse de comunes los gastos de retribución del albacea o del contador partidador, los de administración del caudal, protocolización, etc., y que serían de cuenta del heredero en cuestión los derivados de ser éste menor de edad o incapacitado. Pero, sin lugar a dudas, habrá muchos gastos cuya calificación sea controvertida y requiera de una decisión judicial en la que sean oídos todos los afectados.”

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 17 de enero de 2000: *Finalmente, en lo que tiene razón la parte apelante, lo que constituyó una de las pretensiones de la demanda inicial a la que se opuso, siendo estimada por la sentencia recurrida, es en el extremo relativo a los gastos originados por las operaciones particionales, divididos por mitad en cada una de las líneas, puesto que el principio sentado por el art. 1064 del Código Civil hace pertinente, en este caso, que sean de cargo de los interesados en la herencia en la misma proporción de sus respectivos derechos.”*

Pero una vez más chocamos con la cruda realidad de la práctica en los Tribunales. Si parece claro que los honorarios del contador-partidor elegido por el Juzgado son un gasto útil para todos los herederos o implicados y por lo tanto, según el **Código Civil**, deben ser deducidos de la herencia, la pregunta está en por qué no se ha arbitrado en la **Ley de Enjuiciamiento Civil** un procedimiento que lo permita y que sea congruente con la norma material que le da cobertura.

Hemos visto que la única referencia que hace la norma procesal civil a la retribución del contador-partidor es el anteriormente citado **artículo 342.3** que habilita para solicitar la

provisión de fondos. Dicha norma queda coja e incluso extraña a la configuración del contador-partidor, ya que permite que si una parte no deposita la provisión solicitada no se emita la pericia por ella pedida, o incluso permite que se deje sin efecto la prueba pericial que se haya solicitado si no se aporta por ninguna de las partes.

Pero claro, al remitirse la norma a un precepto que no está originalmente pensado para la figura jurídica a la que ha de aplicarse en nuestro caso, surgen las incongruencias y los problemas, que al final normalmente redundan en perjuicio del propio contador- partidor, como es casi costumbre.

Como ya ha recogido algún pronunciamiento judicial que ahora veremos, no parece posible que el contador-partidor quede liberado de su obligación de hacer el cuaderno si no recibe la provisión de fondos, ya que ello equivaldría a paralizar o incluso desactivar el procedimiento de división de herencia. Del mismo modo tampoco tiene sentido que la parte que insta el procedimiento de división de herencia tenga que soportar el gasto inicialmente, pues en teoría se va a actuar en beneficio de todos. Así, la **Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en Sentencia de 25 de abril de 2007**, de la que ya hemos hecho algún comentario, dijo:

“De otro lado, la falta de abono por una de las partes de este proceso de la parte alícuota que a la misma correspondía de la provisión de fondos reclamada por los peritos designados judicialmente para el avalúo de los bienes de la herencia a liquidar entre los herederos del causante, no constituye en manera alguna causa legal de terminación del presente procedimiento al amparo de lo normado en el artículo 22 de la LEC ., al no ser subsumible en ninguno de los supuestos contemplados en dicho precepto, máxime

*cuando ni tan siquiera existe acuerdo de las partes para ello, pero es que además, y atendida la función auxiliar de los peritos respecto de la función del contador en las operaciones divisorias a realizar por éste, quien viene obligado a la realización de las mismas en el plazo que se le señale por el tribunal (art. 785 de la LEC), **no puede condicionarse por lo peritos la emisión de sus dictámenes sobre valoración de los bienes de la herencia a la previa provisión de fondos a que se refiere el artículo 342 de la LEC**, y ello en atención a la regulación propia del presente procedimiento.”*

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de León, en su Sentencia de 7 de febrero de 2013, dijo:

*“... Si bien dicha circunstancia no es obstáculo para que el perito y/o contador designado en un procedimiento de división de herencia pueda solicitar provisión de fondos aplicando lo dispuesto en el artículo 342 de la LEC, **las consecuencias de la falta de provisión no pueden ser las mismas cuando el peritaje constituye una prueba solicitada por algunas de las partes, que cuando el peritaje o informe constituye un trámite ordenado por la Ley, cuya emisión resulta imprescindible para resolver el objeto del proceso, como ocurre en una División de herencia. El contador o perito, después de aceptar el cargo, está obligado a emitir su informe o dictamen y si no recibe un anticipo, deberá estar al resultado final de la liquidación y percibir los honorarios a cuenta de la misma (AAP Barcelona Sección 18ª, 23/10/2006-172/2006; AAP Zaragoza Sección 4ª 25/04/2007-610/2006; AAP Madrid 29/09/2003- 556/2003)”**.*

Esta sentencia “pone el dedo en la llaga”, como se dice coloquialmente, ya que no parece ser la práctica general en los tribunales.

La Sentencia de la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de octubre de 2006, citada en la anterior, dijo:

*“... La trascendencia jurídico procesal de la falta de provisión de fondos es totalmente diferente, pues cuando el peritaje constituye un medio probatorio, la consecuencia de la falta de peritaje implica tan solo la falta o ausencia de un medio de prueba solicitado por las partes, que tendrá la incidencia que proceda, según a quien corresponda la carga de la prueba, en la resolución del proceso, mientras que en el caso que nos ocupa, de liquidación del régimen económico, la peritación u operación liquidatoria constituye un trámite esencial ordenado por la ley, sin cuya aportación, resulta imposible la resolución del proceso y no puede considerarse que autorice el archivo del proceso, resolución que por otra parte no está prevista en la LEC. **La falta de provisión no equivale al desistimiento, ni autoriza el archivo del proceso, archivo que carece de fundamento o base legal, como se ha mantenido por una de las partes...***

Lo anteriormente expuesto conduce por tanto a concluir, que si bien puede aplicarse el precepto de la LEC que posibilita al perito o contador para solicitar una provisión de fondos, la consecuencia prevista en dicho precepto para el supuesto de no hacerse la provisión, no resulta aplicable en el procedimiento de liquidación, atendida la obligatoriedad legal de la intervención de dichos profesionales para resolver sobre el objeto principal del procedimiento. El contador o perito, después de aceptar el cargo, está obligado a emitir su informe o dictamen y si no recibe un anticipo, deberá estar al resultado final de la liquidación y percibir sus honorarios a cuenta de la misma..”

3.-2.-Honorarios generados en la partición.-

Si no se asegura de alguna forma que el contador-partidor elegido por el juzgado va a percibir sus honorarios, que legítimamente merece por el trabajo que se le encarga y realiza, el riesgo puede ser que ningún contador-partidor seleccionado quiera aceptar el cargo. Pero “la trampa” en que puede caer el designado proviene del tenor literal del **artículo 342** de la **Ley de Enjuiciamiento Civil**, ya que el orden que establece el mismo es el siguiente:

-En primer lugar, lógicamente, está la designación.

-En segundo la aceptación.

-Es después de aceptar, o al tiempo de hacerlo, que se permite al contador-partidor solicitar la provisión de fondos, siempre dentro del plazo de los tres días siguientes a la aceptación.

Hasta aquí la situación es idéntica, ora se trata de un perito, ora de un contador-partidor.

Pero a partir de ahora llega la diferencia, ya que el perito, si no se deposita la provisión, puede desistir de hacer el informe, pero al contador-partidor, según hemos visto en los pronunciamientos anteriores, no le asiste esa facultad.

Algunos juzgados, en la práctica, sí que permiten a los contadores-partidores ese desistimiento, pero lo lógico es que no lo hagan, ya que ello supone, de suyo, un bloqueo del procedimiento y que el mismo no pueda seguir adelante, puesto que la figura del contador-partidor, antes o después, es ineludible. Puede que en algunos casos la negativa de los herederos o interesados a dar la provisión de fondos tenga que ver con su importe, situación que puede tener que ver con la retribución que al final pretende

recibir el contador-partidor, y que como veremos después no está exenta de problemas, pero lo normal es que los herederos simplemente no quieran o no puedan provisionar, y entonces el contador-partidor, que ha de hacer su trabajo, entra en la incertidumbre de si al final percibirá o no sus honorarios.

Existen muchos pronunciamientos de los tribunales que reflejan una situación muy común, que no es otra que la cantidad de reclamaciones que los contadores-partidores deben realizar contra los herederos o interesados que no han abonado sus honorarios. En esa casuística se ve cómo el contador-partidor no solo tiene que justificar su trabajo, sino también el importe de los emolumentos que reclama y a veces incluso si se debe reclamar a todos los herederos de forma solidaria o mancomunada.

En cualquier caso se le genera al contador-partidor una incertidumbre, un problema, y muchas molestias. Y si vemos el tratamiento legal que el **Código Civil** da a la situación, carece de lógica que se aboque a los contadores-partidores a este problema.

El **Código Civil** considera, como hemos visto, en su **artículo 1.064**, que esos gastos, los del contador-partidor, deben ser deducidos de la herencia. No dice que corresponde a todos los herederos abonar dichos gastos en proporción a su participación o cuota, cosa que por otra parte es lógica puesto que si se deduce de la herencia es que a cada uno se le repercute en función de su cuota, lo que dice es que **deben ser deducidos de la herencia**. Lo marco en negrilla y lo subrayo porque pretendo resaltar la frase como se merece.

Seguimos leyendo el **Código Civil** y vemos que se produce un diferente tratamiento de las deudas existentes si estamos ante una herencia aceptada pura y simplemente, o una herencia

aceptada a beneficio de inventario o con derecho a deliberar, o si estamos ante una liquidación de sociedad de gananciales.

Es conocido que la sociedad de gananciales, que tiene el carácter de sociedad germánica, y que genera una suerte de patrimonio separado de los cónyuges, tras su disolución abre una fase de liquidación, y es el **artículo 1.399 del Código Civil** el que deja claro que lo primero que hay que hacer es satisfacer el pasivo. Dice concretamente:

“Terminado el inventario se pagarán en primer lugar las deudas de la sociedad, comenzando por las alimenticias que, en cualquier caso, tendrán preferencia.

Respecto de las demás, si el caudal inventariado no alcanzase para ello, se observará lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos.”

Por si no hubiera suficiente garantía de que el orden ha de ser el que dice el citado precepto, el **artículo 1.402** dice:

“Los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que le reconocen las Leyes en la partición y liquidación de las herencias.”

Se está remitiendo a lo establecido en los **artículos 1.082 a 1.087 del Código Civil y 782.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**, que luego veremos.

Pero lo importante es que existe ese precepto que obliga a satisfacer las deudas de la sociedad. Si a la liquidación de la sociedad de gananciales se le aplican las normas de la disolución de la herencia, por mor de lo establecido en el **artículo 1.410 del Código Civil**, es obvio que será de aplicación el **artículo 1.064**, y por lo tanto los gastos que se generen por el

contador-partidor, que actúa en beneficio de la masa común, deberán ser asumidos por los intervinientes en la liquidación de la sociedad de gananciales.

Continuamos sin embargo con la herencia, y vemos en la regulación del **Código Civil** que no existe un precepto equivalente al **1.402** que acabamos de ver. No existe por tanto un mandato legal que obligue a pagar las deudas antes de hacer la partición, excepto en el caso de aceptación de la herencia a beneficio de inventario o con derecho a deliberar, ya que en ese supuesto rige el artículo **1.032** del **Código Civil**, entre otros del mismo capítulo, que dice:

“Pagados los acreedores y legatarios, quedará el heredero en el pleno goce del remanente de la herencia.”

La regulación que emana del **Código Civil** sin duda, en relación con la herencia aceptada pura y simplemente, se fundamenta en lo establecido en el **artículo 1.003** que dice:

“Por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios.”

Es por ello que quizá no se haya querido establecer el requisito de que el pasivo sea satisfecho antes de recibir el activo, puesto que se da por sentado que los herederos responden de todo. Pero la excepción que antes hemos citado, está en los artículos **1.082 a 1.087** del **Código Civil**. No es necesaria en este punto la transcripción de todos esos artículos, pero sí considero conveniente hacerlo con el **artículo 1.082**, que dice:

“Los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos.”

Debe decirse que la **Ley de Enjuiciamiento Civil**, en su **artículo 782.4**, modifica un poco esta redacción y concreta más qué acreedores pueden impedir la partición, estableciendo:

“No obstante, los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos. Esta petición podrá deducirse en cualquier momento, antes de que se produzca la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero.”

El **artículo 788.3** de la misma norma adjetiva, confirma y refuerza este derecho de los acreedores, cuando establece:

“No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando se haya formulado por algún acreedor de la herencia la petición a que se refiere el apartado 4 del artículo 782, no se hará la entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquéllos completamente pagados o garantizados a su satisfacción.”

Con todas estas posibilidades que existen de incardinar el crédito del contador-partidor como una deuda del patrimonio común, que lo es sin duda, y habilitarle de alguna forma para asegurar el cobro de sus derechos, sin embargo la realidad es que acaba teniendo que reclamar su crédito en un procedimiento declarativo de la clase que corresponda por su cuantía (o las otras formas que veremos en su momento), y tener que espe-

rar a cobrar cuando su trabajo ya ha sido realizado y está siendo disfrutado por los interesados.

Tan es así, que el contador-partidor tiene vedada la posibilidad de hacerse cobro del acervo hereditario de sus honorarios. Así lo recoge la jurisprudencia, y citamos la **Sentencia de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de enero de 1993**, que dijo:

“Por último, se reiteró en la presente alzada la nulidad de la hijuela especial en favor del albacea contador-partidor, que se adjudicó para pago de gastos de testamentaria 2.000.000 ptas. de la herencia.

Doctrinal y jurisprudencialmente se admite la adjudicación de bienes a un heredero para pago de deudas, por estimarlo acto típicamente particional que el contador puede llevar a cabo por sí mismo, pero se rechaza taxativamente que el contador pueda hacer adjudicaciones en pago de deudas (dación en pago), ni tampoco adjudicaciones para pago de deudas, en favor de extraños a los herederos, por tratarse de un acto dispositivo que no puede realizar sin el consentimiento de aquéllos (TS S 25 Jun. 1946 y DGRN RR 24 Jun. 1902, 10 Ene. 1919, 6 Mar. 1923, 20 Sep. 1933, 30 Mar. 1954 y 1 Sep. 1976).

Por aplicación de lo dispuesto no es admisible la adjudicación que en este caso se hizo un albacea para pago de determinados gastos y, sustancialmente, en pago de sus propios honorarios (folio 300). No cabe negar al albacea contador-partidor la retribución por sus honorarios profesionales, cuando el nombramiento se hizo teniendo en cuenta la actividad profesional, como viene a señalar el art. 908 CC, y también es claro el derecho del reembolso de los gastos, con base a lo prevenido en los arts. 1728.2 y 1729 CC (TS SS 14 Ene. 1913 y 14 Feb. 1952), pero no está

facultado para pagarse por sí mismo, ni para retener bienes hereditarios (SS 16 Nov. 1904 y 31 May. 1956).”

3.-3.- Cobro efectivo de los honorarios.-

¿Qué puede o debe hacer el contador-partidor por tanto para asegurarse el cobro de los honorarios?

La respuesta no es sencilla, ya que de hecho no encuentra amparo en la práctica judicial. Como ya hemos visto, lo más habitual, en caso de impago, es que se tenga que acudir al procedimiento declarativo que corresponda por su cuantía, tal y como refleja la multitud de sentencias que pueden leerse en las colecciones de jurisprudencia.

Puedo hacer una recomendación y también puedo hacer una proposición *lege ferenda*, pero lo bien cierto es que es una cuestión poco cuidada por la norma y por los tribunales de justicia, como ya resulta habitual para las cosas que afectan a los abogados.

Lógicamente lo primero que he de recomendar al contador-partidor que vaya a aceptar el cargo es que haga la solicitud de la provisión de fondos, justificando la misma ante el juzgado y aclarando el presupuesto que se calcula por todo el trabajo. Se haya abonado o no la totalidad de la provisión de fondos, y con mayor motivo en caso de que no haya sido así, el contador-partidor deberá incluir en el pasivo de la herencia, como gasto útil que debe ser abonado por todos los herederos en proporción a su participación, el importe de la retribución del contador-partidor, y del mismo modo la cantidad que se prevea que va a costar la protocolización y demás actividades que se hagan en beneficio de todos los interesados.

De esa forma, una vez aprobado el cuaderno, no existirá realmente un motivo de oposición al pago de los honorarios que corresponden al contador-partidor, pues se cuenta con la aprobación judicial en caso de no haber habido oposición y con la existencia de una aceptación tácita por parte de los herederos en ese caso. Si por el contrario sí que hubiera habido oposición, y esa partida hubiera sido materia de la controversia, se contará con una sentencia que determinará la procedencia o no de la misma.

Pero no existe mucho más que se pueda hacer. En algunos casos, cuando no se entrega la provisión de fondos por alguno de los implicados, y si en las cuentas corrientes del causante existe dinero suficiente, algún juzgado ha habilitado que los fondos se consiguieran de allí, pero no es una posibilidad que se acepte habitualmente, ya que genera muchas dudas en los juzgados por cuanto parece que se está entregando anticipadamente a un heredero parte de lo que le corresponde, puesto que se está usando dinero de la herencia en su exclusivo beneficio. Como ya he dicho al principio, la práctica habitual nos lleva a tener que reclamar, en esos casos, los honorarios a través del procedimiento declarativo correspondiente, o la forma en que proceda, como veremos más adelante.

Y como ya he expuesto más arriba, entiendo que sería muy sencillo resolver este problema, que sin duda lo es y especialmente para el propio contador-partidor, ya que la propia norma da un tratamiento a situaciones similares que podría ser perfectamente de aplicación. Si los acreedores con un crédito reconocido por el testador, o por los propios herederos, pueden impedir como hemos visto que se entreguen los bienes a los herederos si no se han satisfecho previamente sus créditos, ¿por qué no se incluye expresamente en la norma al contador-partidor elegido por el juzgado?

Entiendo que sería lo más lógico, pues el propio juzgado garantizaría que el contador-partidor tuviera asegurado

el cobro de sus honorarios, con cargo a la herencia y en proporción a la cuota de cada heredero. De lo contrario, y como pasa habitualmente, el abogado contador-partidor queda como el único damnificado que no ha visto mejorada su posición con la regulación dada por la **Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000**. Dicha norma, en su Exposición de Motivos, dice en el **XI, párrafo 16º**:

“Efecto indirecto, pero nada desdeñable, de esta necesaria clarificación es la solución o, cuando menos, importante atenuación del problema práctico, muy frecuente, de la adecuada y tempestiva remuneración de los peritos.”

Y dice esto porque juega con la seguridad de que el perito que no percibe la provisión de fondos puede no hacer el trabajo que se le encargó, y la sanción que recibe el que no dota de fondos es que su pericia no se hace. Pero el contador-partidor, como hemos visto, no puede dejar de hacer su trabajo, haya o no recibido la provisión, y ello le conduce y aboca a hacerlo sin tener asegurado su cobro.

Seguro que existirán otras opiniones y otras posibilidades de conseguir el fin que se me antoja justo, pues lo único que se pretende es que se pague tempestivamente el trabajo realizado y que ha aprovechado, pero creo que la que aseguraría en mayor medida ese cobro es la que propongo. Posteriormente abundaré en esta cuestión, completando lo que opino también a la hora de determinar el importe de los honorarios.

3.-4.- Determinación del importe de los honorarios.-

3.-4.-1.- Situación normativa y jurisprudencial.-

Esta materia es muy controvertida, especialmente en los últimos tiempos, considerando en este caso ese rango de tiem-

po como el recorrido en lo que va de siglo XXI, y especialmente a raíz de la transposición de la directiva de servicios al ordenamiento jurídico español. No voy a ser yo el que alce su voz contra la liberalización de los honorarios y a favor de la necesidad de aplicar determinadas normas del mercado a los mismos. Eso sí que sería ir contra los vientos que soplan y probablemente adoptar una postura demasiado corporativista, que sin duda me confrontaría con el ordenamiento jurídico actual.

Pero siempre he sido de la opinión de que no se puede tratar de igual manera todas las materias, y que existen especialidades y hechos y problemas concretos que necesitan una solución diferente de la general, de ahí el aserto jurídico que es de común conocimiento y uso que dice que “*la igualdad consiste en tratar de forma igual situaciones iguales y de forma desigual situaciones desiguales*”. De nuevo en la materia que nos ocupa, y especialmente en lo que afecta a los abogados en su trabajo, y en este caso concreto a los que son contadores-partidores designados por el juzgado, la poca claridad normativa y la desigual aplicación que de la norma se hace nos conduce a un mar de confusión.

Ya hemos visto que el contador-partidor, sea el dativo o el designado por el juzgado en el procedimiento de división de herencia, es un abogado en ejercicio profesional al que se hace un encargo, que puede consistir tanto en hacer el trabajo completo, desde la formación de inventario hasta el final, como en hacerlo a partir de un segundo estadio, si el inventario ya viene conformado, sea porque así lo ha decidido el juzgado (porque haya habido intervención del caudal o no o porque haya sido solicitado por algún heredero y así se haya acordado) sea porque se trate de un procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial sin acuerdo en el reparto, o porque provenga de un procedimiento de disolución de otro tipo de patri-

monios o de comunidad de bienes que no necesite de la conformación del inventario por el contador-partidor.

Cierto es que formalmente el encargo lo hace el juzgado o el funcionario público que escoja al contador-partidor, pero lo cierto es que el cliente final es la comunidad para la que se hace la partición. Y hemos visto igualmente que se trata de un encargo que más bien tiene que ver con el arrendamiento de obra o el mandato remunerado, puesto que se trata de un encargo que busca un resultado, y que ese resultado ha de ser un cuaderno particional que reúna los requerimientos legales para considerarse válido y eficaz. Desde este punto de vista, el derecho del contador-partidor a percibir sus honorarios, como ya hemos visto, no ofrece ya ninguna duda.

Por lo tanto, el contador-partidor tendrá derecho a que se remunere su trabajo, tal y como dice el **artículo 44 del Estatuto General de la Abogacía Española**, aprobado por el **Real Decreto nº 658/2001, de 22 de junio**: *“El abogado tiene derecho a una compensación económica adecuada por los servicios prestados, así como al reintegro de los gastos que se le hayan causado. La cuantía de los honorarios será libremente convenida entre el cliente y el abogado, con respeto a las normas deontológicas y sobre competencia desleal. A falta de pacto expreso en contrario, para la fijación de los honorarios se podrán tener en cuenta, como referencia, los baremos orientadores del Colegio en cuyo ámbito actúe, aplicados conforme a las reglas, usos y costumbres del mismo, normas que, en todo caso, tendrán carácter supletorio de lo convenido y que se aplicarán en los casos de condena en costas a la parte contraria.”*

Este texto no ha sido modificado hasta ahora, pero sin embargo está parcialmente derogado, ya que la referencia a los baremos de orientación ha perdido su vigencia. No es el sitio

para hacer un estudio pormenorizado del camino que ha seguido el proceso de liberalización de los honorarios profesionales, y especialmente el de los abogados, pero sí que me permito recordar el cambio radical de postura que el propio **Tribunal Supremo** inició con el tema de la *cuota litis* pura:

La Sentencia de 4 de noviembre de 2008, dictada por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, se pronunció ante el procedimiento que provenía de la **Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de junio de 2005** que había estimado el recurso contra la resolución del **Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de septiembre de 2002** que entendió que la prohibición de la *cuota litis* estricta que figuraba el **Estatuto General de la Abogacía en su artículo 44.3** y que había recogido el **artículo 16 Código Deontológico de la Abogacía española** de entonces, aprobado por el Pleno de 30 de junio de 2000, era contraria a la libre competencia y estaba prohibida por el **artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia**.

La *ratio decidendi* del pronunciamiento de la Audiencia Nacional era, fundamentalmente, que el **artículo 16** del Código Deontológico de la Abogacía era reproducción del **artículo 44.3** del Estatuto General de la Abogacía Española, que había sido declarado conforme a derecho por la Sala Tercera del **Tribunal Supremo** en sentencias de 3 de marzo de 2003 y 1 de junio de 2003.

El Pleno de la Sala Tercera del **Tribunal Supremo** en, como he dicho, un cambio de postura que en el texto de la propia sentencia reconoce la propia Sala, que incluso entona una especie de *mea culpa* diciendo “*así pues, rectificamos en el sentido antedicho el criterio mantenido en la sentencia de 3 de marzo de 2003 —luego seguido en las sentencias de 1 de junio*

de 2003 y 17 de diciembre de 2003 — en la que, en relación con el artículo 44.3 del Estatuto General de la Abogacía, de parejo contenido al artículo 16 del Código Deontológico, dijimos...” estimó el recurso y ratificó el acuerdo del entonces llamado Tribunal de Defensa de la Competencia estatal considerando que la prohibición del pacto de *quota litis* es contraria al principio de libre competencia y que la fijación de los honorarios de los abogados debe quedar de forma absoluta a la libre negociación entre abogado y cliente.

La *ratio decidendi* de esta sentencia puede decirse que está en la siguiente frase: “*La prohibición de la quota litis en sentido estricto choca frontalmente con lo establecido en el art. 1.1 a) de la Ley de Defensa de la Competencia que prohíbe la fijación directa o indirecta de precios así como la de otras condiciones comerciales o de servicio. No cabe duda, en efecto, que la prohibición de la que se habla supone una fijación indirecta de precios mínimos que impide la libertad por parte del profesional de condicionar su remuneración a un determinado resultado positivo. Supone también y por ello mismo una limitación en cuanto a las condiciones en que se presta el servicio profesional. Por las mismas razones se incumple lo prevenido en la Ley de Colegios Profesionales al determinar que el ejercicio de las profesiones colegiadas se ha de realizar en régimen de libre competencia y sujeto «en cuanto a la oferta de servicios y la fijación de su remuneración» a las previsiones de la Ley de Defensa de la Competencia (art. 2.1, segundo párrafo) y, que los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica han de observar los límites del referido artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*”.

Podemos resumir la situación relativa a la determinación de los honorarios profesionales, concretamente de los abogados, diciendo que la redacción que tenía la Ley de

Colegios Profesionales de 1974 permitía a los colegios profesionales adoptar acuerdos de fijación de precios mínimos que eran materia de obligado cumplimiento para sus colegiados, hasta el punto que podía, una actitud contraria a dichos acuerdos, ser materia de sanción disciplinaria. Dicha facultad fue eliminada en el año 1997, pero se mantuvo la facultad de establecer recomendaciones de honorarios.

La Ley **denominada Ómnibus, nº 25/2009, de 25 de diciembre**, con su remisión a la Ley de Defensa de la Competencia como límite para las actuaciones de los colegios profesionales, supuso la prohibición de la adopción por los colegios profesionales de cualquier tipo de baremos orientativos de honorarios, ya que en esencia consideraba que producen o pueden producir los mismos efectos que un acuerdo de fijación de precios mínimos. Concretamente añadió el **artículo 14 a la Ley de Colegios Profesionales** con esta redacción: *“los Colegios Profesionales y sus organizaciones colegiales no podrán establecer baremos orientativos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales, salvo lo establecido en la Disposición adicional cuarta.”*

Ya hemos visto que, anteriormente a esta norma, ya se había producido la supresión de la prohibición de la cuota litis estricta por el **Tribunal Supremo**.

La única excepción que mantiene la Ley de Colegios Profesionales es la que hemos visto que proviene de la **Disposición Adicional Cuarta recogida en la Ley Ómnibus** que dice:

“Los Colegios podrán elaborar criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados.”

Dichos criterios serán igualmente válidos para el cálculo de honorarios y derechos que corresponden a los efectos de tasación de costas en asistencia jurídica gratuita.”

A pesar de lo que dice la Ley Ómnibus, la **Comisión Nacional de Defensa de la Competencia** ha perseguido a los colegios profesionales que, creyendo que actuaban conforme les permitía la ley, han mantenido la publicación de recopilaciones de criterios para servir de base en las tasaciones de costas y en las juras de cuentas. El problema ha estado en el mimetismo que siguieron los colegios, que simplemente modificaron el nombre y volvieron a publicar, con el mismo esquema, los antiguos baremos con el nombre de criterios, cuando es claro que la propia definición de las dos palabras nos lleva a diferentes lugares. Un baremo es una lista o repertorio de tarifas, siendo una tarifa un tabla de precios. Por su parte son criterios el conjunto de reglas o normas en virtud de las cuales se establece un juicio o se toma una determinación. Analizando lo que habían hecho los colegios, en su gran mayoría, la Comisión llegó a la conclusión de que había reproducido los baremos con diferente nombre. Así comenzó un camino de resoluciones sancionatorias, con la recaída el día **15 de septiembre de 2016** que afectaba al Colegio de Abogados de Madrid, pero en un sentido igual al que ha involucrado a otros muchos colegio profesionales, entre los que se encuentra el nuestro.

Esta situación ha supuesto la real desaparición de toda suerte de orientación sobre los precios a cobrar por los asuntos, incluso tratándose de condenas en costas a la otra parte, a pesar de que ello genera un alta inseguridad jurídica, que era lo que pretendía evitar la Ley Ómnibus con su redacción salvaguardando estos supuestos.

En definitiva, la **Comisión Nacional de Defensa de la Competencia** propone que el dictamen que elabore el Colegio

de Abogados se realice caso por caso atendiendo a las particulares circunstancias del desempeño profesional del abogado cuyos honorarios han sido impugnados por excesivos y al individualizado acometimiento de su función profesional en el procedimiento judicial concreto, y ello sin necesidad de confeccionar tarifario alguno.

En su momento, algo así vino a decir la **Sala Primera del Tribunal Supremo** en auto de 3 de mayo de 2011 cuando dijo:

“..un conjunto de criterios que han de servir para construir un juicio sobre el valor del servicio profesional examinado. De este modo, podemos identificar como criterios, el grado de complejidad del asunto, la novedad, habitualidad o inhabitualidad de la materia, el grado de consolidación de la jurisprudencia aplicada o aplicable, la pretensión formulada o los motivos del recurso interpuesto; el trabajo profesional realizado en relación con el interés y cuantía económica del asunto, su complejidad y consecuencias, valorándose el resultado del pleito; el análisis jurídico realizado, o la intervención de otros profesionales en la misma posición procesal y las minutas por ellos presentadas...”

Aunque ya he dicho que no es el sitio adecuado para profundizar en la cuestión relativa a los honorarios de los abogados en general, sí que he de decir que lo que no habrá que olvidar nunca es que con la tasación de costas se pretende resarcir a un litigante que ha vencido, y que por lo tanto ha sido considerado merecedor de que la otra parte le indemnice en los gastos que ha tenido, siempre, como su propio nombre indica, buscando la indemnidad. Por eso las costas son un crédito de la parte, no de los profesionales que han intervenido. Y si no existe algún dato que nos pueda llevar a tener la seguridad de qué va a suceder si se gana o si se pierde en un asunto, nos instauramos en

la inseguridad jurídica y en la injusticia. Por ello habrá que seguir estudiando y generando un sistema legal que actúe conforme dice, ya que las normas vigentes están quedando en desuso, y eso es muy peligroso para un ordenamiento jurídico y, sobre todo, para los ciudadanos y profesionales que se ven involucrados, pues no hay que olvidar lo que dice el **artículo 246.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil** en relación con las impugnaciones de las tasaciones de costas dice:

“El Secretario judicial, a la vista de lo actuado y de los dictámenes emitidos, dictará decreto manteniendo la tasación realizada o, en su caso, introducirá las modificaciones que estime oportunas.

Si la impugnación fuere totalmente desestimada, se impondrán las costas del incidente al impugnante. Si fuere total o parcialmente estimada, se impondrán al abogado o al perito cuyos honorarios se hubieran considerado excesivos.”

Este texto evidencia que el abogado que minuta no puede hacerlo sin tener ningún criterio en que apoyarse, ya que la sanción que le va a imponer carecerá del mínimo de predeterminación y de seguridad jurídica que se necesita en un Estado de Derecho. Lógicamente no quiero entrar en el tema que nos lleva a deducir que no se trata de derecho sancionador y que por tanto no se aplican los principios del *ius puniendi*, no es el momento de ello, pero sí que resulta evidente que carecer de orientación real coloca al profesional del Derecho, como siempre, en un territorio de arenas movedizas.

3.-4.-2.-La determinación de los honorarios del contador-partidor.-

Todo lo que se ha dicho hasta ahora resulta plenamente aplicable a la actividad del abogado cuando actúa como defensor

en un procedimiento judicial. Y no debemos olvidar que hay una nota común a todos los encargos profesionales que recibe el abogado en ejercicio, que no es otra que la voluntariedad.

En efecto, el cliente elige a su abogado para que lo defienda, para que le redacte un contrato o para que le asesore, y en el pacto debe estar el precio de los servicios. Solo cuando no estén establecidos en la correspondiente nota de encargo o contrato de prestación de servicios podrá acudir a lo que establece el **Código Civil en su artículo 1.547** para que sea el juez el que los determine. Pero ya hemos visto que cada vez va a ser más difícil que la decisión del juez vaya amparada por opiniones que puedan hacer referencia a la cuantía de los honorarios.

Sin embargo, cuando se trata de la elección del contador-partidor dativo o del judicial, la elección se hace por un tercero y de forma imparcial y objetiva, y no existe un trámite previo que conforme el contenido de la relación y que establezca los elementos a percibir. Y esto, como ya hemos dicho y vamos a ver, coloca al abogado en una difícil situación.

Ya hemos visto que el abogado designado tiene derecho a pedir la provisión de fondos, pero que, a diferencia del perito que no la recibe, no puede negarse a hacer su trabajo. Ya hemos visto también que la recomendación que yo hago es que el importe de los honorarios se haga constar como gasto de la herencia y por lo tanto a cargo de todos en proporción a su cuota. Pero también hemos visto que realmente no existe un sistema que evite que el abogado contador-partidor tenga que acudir al procedimiento declarativo correspondiente para reclamar sus honorarios, o incluso al monitorio, como se ha aceptado por los Tribunales en algunos casos.

La dificultad que se añade ahora es que existe una incertidumbre clara sobre el importe que al final podrá percibir el contador-partidor, pues son muchos los antecedentes judiciales en los que se ve que es materia de la discusión no solo la propia reclamación de la cantidad sino la forma de distribuir el pago de los honorarios entre los herederos e incluso su cuantificación. El Derecho Común no dispone de preceptos como el existente en Cataluña, que cuenta con el **artículo 429-5 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro IV del Código Civil de Cataluña** que establece para el caso de duda, que los honorarios del contador-partidor se corresponderán con el 2% del haber hereditario.

Si el abogado contador-partidor no puede rechazar hacer el cuaderno-particional, o puede ver cómo no se le acepta su rechazo en la mayoría de supuestos, y si no puede acudir a criterios de orientación que han desaparecido por mor de la aplicación de la normativa europea de mercado y de la competencia, ¿qué deberá hacer el contador-partidor?.

Como en todos los casos de los que estoy hablando me limito a dar mi criterio, que está sometido a la posibilidad de crítica como no puede ser de otro modo y que además no es la única forma de resolver el problema, aunque en mi opinión es lo mejor en la situación en que nos hallamos.

Como ya he dicho, lo idóneo será, al solicitar la provisión de fondos, dejar ya constancia, en la línea que expuse anteriormente, del importe a que se calcula que ascenderán los honorarios, y hacerlo constar en el texto del cuaderno particional como gasto a cuenta de todos los herederos. Pero si existe alguna discusión no habrá ninguna norma en la que buscar amparo ni ninguna institución que nos puede de verdad prestar ayuda, ya que en principio los Colegios Profesionales ya no deben in-

formar más que en casos de juras de cuentas o tasaciones de costas, al ser el resto de honorarios libres. Otra cosa será que el Juez admita determinados informes o pruebas que incluyan el informe colegial, pero no sucede en todos los casos.

Pero nos podemos encontrar con una situación en la que el contador-partidor solicite la provisión de fondos en la forma prevista por el **artículo 342.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil** y el Letrado de la Administración de Justicia no la acepte por el mismo importe solicitado, o puede suceder que alguna de las partes involucradas recurra en reposición el decreto que la determina. En apariencia, ante estos casos el contador-partidor poco podría hacer, pues técnicamente no es parte en el procedimiento. No obstante, entiendo que la legitimación del contador-partidor para defender aquello que le afecta personalmente viene dada de lo establecido en el **artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil** que dice:

“Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.”

Aunque resulta evidente que el contador-partidor no ostenta ni puede ostentar la condición de parte en el procedimiento, también es claro que los derechos económicos que le corresponden deben ser defendidos por él mismo, y resultaría contrario a un principio básico del Derecho de Defensa que se obligara a una persona a realizar un trabajo sin que exista norma que le obligue a aceptar que su retribución no pueda ser discutida, en uno u otro sentido.

No obstante lo dicho, y aunque efectivamente el contador-partidor puede defender la procedencia del importe de la provisión de fondos que solicite o haya solicitado, sea porque el Letra-

do de la Administración de Justicia no la estime ajustada o sea porque las partes intervinientes la discutan y acabe estableciéndose en una cifra inferior a la solicitada, el contador-partidor se verá abocado a tener que hacer un cuaderno particional en condiciones que no han sido por él aceptadas. Ya he dicho que existen juzgados que permiten la renuncia del contador-partidor en estos casos, procediendo a volver a solicitar que designe otro de la lista de contadores-partidores de que disponen los Colegios de Abogados, pero ya hemos visto que los pronunciamientos de los Tribunales de Justicia a los que me he referido en este trabajo, no lo permiten.

Por lo tanto deberá ser el contador-partidor el que ejerza la autotutela de sus propios intereses y se cuide de dejar constancia en todo momento de lo que pretende cobrar por realizar su trabajo.

A la hora de determinar el importe de los honorarios, deberá acudir a los criterios que ya he comentado anteriormente, tales como el trabajo encargado, la cantidad de bienes existente y la de pasivos que hay que cuantificar o tener en cuenta, las dificultades en dividir el haber hereditario por el número de personas implicadas y la existencia de proindivisiones a evitar, etc.. Si se busca algún criterio objetivo, algún parámetro que pueda dar seguridad a ambas partes acerca de qué cantidad sería la correcta o aceptable, hemos visto que oficialmente no existen.

Poder aplicar por analogía o por similitud de situaciones que lo que se ha legislado para un territorio concreto del estado como es Catalunya es una opción, pero no es obligatorio, simplemente puede ser un ejemplo ilustrativo. No obstante que los honorarios se determinen simplemente en un tanto por ciento del haber hereditario puede resultar injusto cuando este haber es pequeño o cuando es muy grande.

De sobra es sabido que históricamente los Colegios de Abogados redactaban unos baremos de orientación de honorarios que estaban a disposición de todos los colegiados. Concretamente en mi caso, cuando yo juré el acatamiento a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico tras mi incorporación al **Ilustre Colegio de Abogados de València**, se me entregaron unas normas colegiales que se habían editado por el propio colegio y el baremo de honorarios vigente entonces. Dichos baremos se iban actualizando con el tiempo, no solo en los importes económicos sino también intentando precisar y ajustar su redacción para que los mismo tuvieran más claridad y por lo tanto menos dudas y lagunas en su aplicación. Tuve el honor de impartir durante quince años modestas lecciones en la disciplina denominada “Honorarios Profesionales” de los cursos de las Escuelas de Práctica Jurídica donde solicitaron mis servicios, del mismo modo que intervine en alguna de las revisiones que se hicieron cuando pertenecía a la Junta de Gobierno del Icav y al Consejo Valenciano de Colegio de Abogados y por lo tanto los estudié y trabajé durante mucho tiempo, máxime cuando fui ponente en varias ocasiones para las resoluciones de laudos colegiales donde se discutía el importe de los honorarios de algún letrado, cuando así se habían sometido las partes.

La referencia a las divisiones de herencia venían en la parte extrajudicial de los baremos, motivo por el cual ya no se hizo referencia a las mismas cuando desaparecieron los baremos y se sustituyeron por las recopilaciones de criterios para las tasaciones costas. Como ya hemos visto actualmente no existe forma de consultar ni de tener una orientación económica ni tampoco es posible consultar las resoluciones o informes que el Colegio hace en esta materia, ni siquiera si se trata de laudos, motivo por el cual se actúa un poco a ciegas, pero esta queja puede parecer anacrónica, cuando los tiempos actuales parece que

beben los vientos por la liberalización absoluta y en su consecuencia buscan el abaratamiento de todos los servicios.

Sin embargo la queja parece que adquiere todo su sentido si la vemos desde el punto de vista del que en definitiva ha de pagar esos honorarios.

Puedo hablar de mi experiencia y asegurar que en los procedimientos en los que he actuado como contador-partidor, o en los asuntos en los que he intervenido como abogado y se ha designado un contador-partidor, si los honorarios de este se han calculado en una cuantía similar a la que en su momento fueron los baremos que correspondían a las divisiones de herencia, al final han sido aprobados o aceptados. Solo espero que esta apreciación que digo no sea considerada una práctica colusoria o una inducción al establecimiento de precios, ya que mis modestas posición y opinión no me deberían hacer merecedor de reproche por las autoridades que velan por el libre mercado.

3.-4.-3.- Procedimiento para su reclamación.-

3.-4.-3.-1.- Reclamación directa a los interesados.-

A.- Clases de proceso.-

Exista o no una determinación de la cuantía de los honorarios del contador-partidor en el cuaderno que al final haya sido aprobado por el juzgado, y haya habido o no entrega de provisión de fondos al aceptar el cargo, si no se pagan dichos honorarios al contador-partidor no tiene este otro medio para cobrarlos que reclamarlos a través del correspondiente procedimiento judicial.

En algún momento hubo algún contador-partidor que realizó su reclamación utilizando el procedimiento de jura de cuen-

tas, que yo entiendo que no es en absoluto aplicables. Así lo ha entendido igualmente la pequeña jurisprudencia, y cito para ello dos resoluciones de los Tribunales.

La primera es un **Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo de 21 de mayo de 2001**, que dice:

“PRIMERO. Plantea el recurrente la posibilidad de que un letrado, ajeno a los intervinientes en el proceso, designado contador partidor dirimente en una testamentaria, pueda cobrar sus honorarios mediante el procedimiento sumario de Jura de Cuentas.

SEGUNDO. La petición se efectúa bajo la vigencia de la Ley de 1.881, habiendo sido examinada tal cuestión de manera exhaustiva por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 25 Mar. 1993. En la resolución referida, se establece que “el procedimiento del art. 8 L.E.C. al que se remite el art. 12 contiene un procedimiento de naturaleza ejecutiva para hacer efectivos de forma sumaria y expeditiva los créditos derivados de la actuación profesional en un determinado proceso y dentro del mismo de Procuradores y Abogados como necesarios cooperadores de la Administración de Justicia (así se califican expresamente en el Libro V LOPJ)”, estableciéndose en el referido art. 12 y reiterándose tal expresión en el nuevo art. 35 de la L.E.C. del año 2000, que el abogado podrá reclamar de la parte a quien defienda el pago de honorarios debidos, por lo que en tal concepto de cooperador necesario de la Administración de Justicia para la defensa de los intereses de su cliente, han de peticionarse los honorarios en este sumario proceso.

Señala igualmente la Sentencia del Tribunal Constitucional que la Jura de Cuentas no supone un privilegio otorgado con carácter general a Procuradores y Abogados en atención a estas profesiones, sino en atención a su intervención en un pleito concreto en el que han actuado en defensa de los in-

tereses de su cliente. Ha de ser parte pues en el contrato de prestación de servicios cuyos emolumentos se pretenden.

Es por lo expuesto, que la Sala entiende que carece de recurrente de legitimación para ejercitar la acción que pretende, habiendo, en su caso, de plantearla en el proceso declarativo correspondiente.”

Del mismo modo, el **Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos de 9 de julio de 2004**, dijo que “... *pues en este caso no cabe el procedimiento de jura de cuentas al no haber existido proceso judicial...*” haciendo referencia a que el abogado no había defendido los intereses de ninguna parte.

Ya he dicho que nuestro absolutamente conforme con esta posición de los tribunales y puedo afirmar que no ha existido demasiada polémica en ese sentido, ya que parece claro que el procedimiento de jura de cuentas no está indicado para esta reclamación.

El abogado contador-partidor podrá optar, en mi opinión, entre reclamar sus honorarios a través de un proceso monitorio o directamente a través del declarativo que corresponda por razón de la cuantía. De todos es sabido que si hay oposición en el primer caso se deberá acudir al final al procedimiento declarativo correspondiente por razón de la cuantía, pero no existe razón aparente que impida al abogado contador-partidor reclamar sus honorarios por el procedimiento monitorio. Así se ha interpretado de forma conteste por los Tribunales. La única polémica que hubo al comienzo de la aplicación de la **Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000** fue porque algunas Salas negaban a los abogados y procuradores la posibilidad de optar por el procedimiento monitorio, ya que la única opción que permitían obligaba a elegir entre el procedimiento declarativo que corres-

pondiera y el especial de jura de cuentas. Así lo dijo en alguna ocasión la **Audiencia Provincial de Soria**, y podemos citar la **Sentencia de 26 de noviembre de 2002 que dijo:**

“Si se permitiera que el profesional titular del crédito privilegiado optara libremente por el procedimiento especial de los arts. 34 y 35 L.E.Civil de 2.000 o por el proceso monitorio para recabar la tutela de su derecho se aceptaría implícitamente la posibilidad de alteración del órgano jurisdiccional competente desde el punto de vista territorial o funcional para la protección del derecho de crédito por el cauce procesal privilegiado. Ya se señaló que la regla especial de competencia propia del procedimiento privilegiado de “jura de cuentas” (en virtud de la cual el tribunal competente es aquél en el que radicare el asunto del que deriva el crédito) está íntimamente ligada al fundamento y justificación de la existencia de un procedimiento privilegiado para la tutela de los créditos que ostentan abogados y procuradores como consecuencia de su actuación profesional en un litigio, en la medida en que el tribunal en el que radica el asunto podrá comprobar, en el caso de oposición del supuesto deudor, si las actuaciones profesionales por las que se minuta han sido efectivamente desarrolladas por el profesional acreedor y si las cantidades reclamadas se ajustan a estas actuaciones efectivamente realizadas, tal como se desprende claramente de la mera lectura de los arts. 34.2 pár. 2º y 35.2 párs. 2º y 3º L.E.Civil de 2.000. La reclamación de los derechos, gastos suplidos u honorarios profesionales por la vía del proceso monitorio implicaría una alteración radical de los criterios de atribución de competencia, y esto supone, como señala acertadamente la Juez “a quo” en el fundamento de derecho único in fine del auto de 4 Sep. 2002, que en el caso de oposición del supuesto deudor resultaría imprescindible recabar testimonio de todos los autos del litigio en el que se devengaron los referidos derechos, suplidos u honorarios para comprobar las

actuaciones profesionales efectivamente realizadas por el profesional acreedor y decidir, en consecuencia, si la cantidad objeto de reclamación es realmente adeudada o el importe de los honorarios profesionales reflejado en la minuta se ajusta a las pautas establecidas por el correspondiente colegio en el caso de profesionales cuyos honorarios no vienen sujetos a arancel.....”

La sentencia continúa su razonamiento y acaba diciendo que:

“Esto es, el legislador parece haber establecido de manera implícita la incompatibilidad entre el procedimiento privilegiado de los arts. 34 y 35 L.E.Civil de 2.000 con el proceso monitorio previsto como cauce genérico para la protección del crédito dinerario líquido y vencido que aparezca instrumentado en alguna de las formas documentales previstas legalmente, ya que no remite al acreedor privilegiado (abogado o procurador) a un ulterior juicio monitorio a los efectos para recabar la tutela de su derecho de crédito en el caso de que hubiese sido estimada la oposición del supuesto deudor en el previo procedimiento de “jura de cuentas”, sino que prevé expresamente que dicha tutela deberá buscarse por medio del procedimiento ordinario correspondiente.”

Siempre he mostrado mi discrepancia hacia esta doctrina y al final los Tribunales se han apartado de ella casi de forma unánime, pero lo que importa en este trabajo es que el contador-partidor, que no puede reclamar por el procedimiento de jura de cuentas al no intervenir defendiendo a ninguna parte en ese procedimiento, no ve impedimento para reclamar a través del proceso monitorio si así lo elige. En otro caso, como hemos dicho, será el declarativo que corresponda por razón de la cuantía.

B.- Legitimación pasiva y proporción.-

De acuerdo con lo que hemos ido viendo, y habida cuenta de lo establecido en el **artículo 1.064 del Código Civil** y lo recogido por la jurisprudencia que hemos citado, en principio la reclamación que tenga que hacer el contador-partidor que no ha percibido sus honorarios o parte ellos deberá hacerla contra todos los interesados para que respondan en proporción a su cuota de participación.

Lo que sucede es que, una vez más, nos encontramos con situaciones que generan al propio contador-partidor dudas acerca de cómo reclamar esos honorarios y en qué medida a cada uno de los interesados y que, como siempre redundan en su perjuicio por el riesgo que se corre.

Traigo en estos momentos un caso que permite hacer dudar cuando el contador-partidor ha de hacer su reclamación:

Se refiere a un supuesto en el que tres miembros de una comunidad de bienes constituida para tener en común un negocio, terminaron su relación discutiendo entre ellos. Se da la circunstancia de que dos eran pareja y la tercera persona una extraña a esa relación. Esta tuvo que reclamar la tutela judicial consistente en que se diera por finalizada la situación de indivisión y que se repartiera el haber. La sentencia acordó esa disolución y división y remitió a la ejecución de sentencia para el reparto. Ese reparto, porque así lo dice el **Código Civil**, debe hacerse siguiendo las reglas de la herencia, y por lo tanto, en ejecución de sentencia hubo que designar un contador-partidor que hiciera el cuaderno y dividiera la herencia. Es necesario tener en cuenta que procesalmente dos interesados, los que eran pareja, actuaban conjuntamente y la otra iba por su cuenta, por lo que podemos decir que había dos posturas procesales en el procedimiento principal. Hecha la división y finalizado el pro-

cedimiento de ejecución del pleito principal, el contador-partidor designado por el juzgado reclamó la mitad de sus honorarios a cada parte procesal, negándose la que iba sola a pagar esa mitad, al considerar que solo le correspondía pagar un tercio de esos honorarios. Los reclamó de esa manera y, en este caso, el juzgado le dio la razón y del mismo modo la audiencia, en mi opinión equivocadamente. Dijo la Sala en la **Sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de València de 29 de junio de 2007**, que dijo:

“Acreditadas estas circunstancias, comparte este Tribunal el razonamiento de la sentencia apelada en cuanto a que no se trata de un supuesto de contratación privada de un contador partidor para liquidar un patrimonio común sino ante la necesidad de su designación judicial como único medio de ejecutar una sentencia ante el desacuerdo de las partes obligadas a su cumplimiento. Partiendo de esta realidad y no regulando la ley adjetiva el pago de los honorarios del contador partidor dirimente designado judicialmente, resulta procedente acudir a las normas generales, en concreto al artículo 339,2 que habla de partes litigantes y no de su interés en el proceso, por lo que debe confirmarse la sentencia impugnada en su integridad.”

Creo que esta resolución acumula todos los errores que llevan a un interpretación en mi opinión errónea de la cuestión. En primer lugar porque entiendo que el desacuerdo entre las partes a la hora de dividir un patrimonio común no puede atribuirse a uno solo de los interesados, salvo casos excepcionales que habría que estudiar, pero en principio un desacuerdo no tiene “culpables” sino diferentes opiniones. En segundo lugar porque trata el contador-partidor como un perito, y ya hemos visto que la remisión que se hace a la figura del perito no es a toda su regulación legal, sino simplemente en lo relativo a la elección y a la solicitud de provisión de fondos. Y en tercer lugar porque condena a

la minoría en una división de patrimonio común a soportar más gastos que la mayoría, y ello es de suyo injusto, ya que el reparto se hace en función de la participación que a cada uno corresponde y ello debe ser tanto en el activo como en el pasivo.

Veremos cómo esto sucede también cuando hablemos de las tasaciones de costas, pero en estos casos el procedimiento no lo ha de iniciar el contador-partidor, sino que son las partes procesales las que lo hacen y allí se está a lo establecido por el tribunal para las costas, como ya veremos.

El criterio general, no obstante lo visto, es el que he hecho constar en el apartado de este trabajo llamado **3.-1.-Carácter y provisión de fondos.-**, y es el que proviene de sentencias cuyo contenido allí he transcrito y que ahora simplemente cito para no hacer repeticiones innecesarias y que son las siguientes: **Audiencia Provincial de Asturias de 17 de enero de 2.000, Audiencia Provincial de Córdoba de 19 de septiembre de 1.997, Audiencia Provincial de Alicante de 4 de noviembre de 2.002 y Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2.002.**

Al establecerse en la norma y en la interpretación más lógica de ella que los honorarios del contador-partidor son a cuenta de todos en proporción a su cuota, lo lógico es que el contador-partidor que haya de reclamar sus honorarios se dirija contra todos ellos en esa misma proporción, pero dicho queda el antecedente que he citado al comienzo de esta subsección y que, como ya he dicho, genera incertidumbre.

3.-4.-3.-2.- Supuestos de tasación de costas.-

Esta cuestión, como no podría ser de otra forma, también ha generado y genera su polémica, y debo empezar por explicar la misma.

El contador-partidor puede ser designado para intervenir en muchos procedimientos contenciosos o estadios procedimentales, que cito intentando ser exhaustivo, pero asumiendo que puedo olvidar alguno:

Puede ser recabado como contador-partidor judicial en procedimiento de división de herencia, lo puede ser en procedimiento de liquidación de regímenes económicos matrimoniales, del mismo modo en liquidación de comunidades de bienes o de sociedades civiles o en general en divisiones de patrimonios. Debo comentar que igualmente puede el contador-partidor ser designado al comienzo del procedimiento o en fase ya contenciosa. Incluso puede verse que algunas designaciones de contadores-partidores los son porque una de las partes se ha opuesto a alcanzar un acuerdo y ha habido que dilucidar cómo se divide un patrimonio común. Igualmente puede que el contador-partidor sea elegido ejecutando una sentencia o resolución judicial.

Del mismo modo puede que las resoluciones que pongan fin a los procedimientos supongan la condena en costas a alguna de las partes. Por último, puede que se entienda que en el concepto de dichas costas judiciales estén incluidos los honorarios del contador-partidor o de los peritos que hayan actuado en estos procedimientos.

La polémica queda establecida por cuanto que, si se entiende que si las partes han acudido a buscar el amparo de los tribunales para poder dividir la herencia o cualquier patrimonio común que se tenga, no puede atribuirse a una de las partes, salvo que así lo motive el juzgador en sus resoluciones, la culpa y el gasto de esa división, que al final es un derecho de todas las personas que tienen bienes en común, a una sola de ellas o a parte de los interesados, ya que la división al final aprovecha a todos.

Ya hemos visto y repedito que el **Código Civil, en su artículo 1.064** establece que los gastos que se hagan en beneficio de todos los herederos se detraerán de la herencia, y que ello significa, como también ha reconocido la jurisprudencia y hemos visto, que cada heredero soporta los gastos de contador-partidor en proporción a su cuota de participación en el haber común.

Según mi criterio esta debería ser la forma de distribución que se aplicara a todos los casos, con excepción de aquellos en los que se observara que el gasto de la división concreta pudiera imputarse a una parte por razón de su derrota en el procedimiento, porque hubiera una relación directa entre su actuación o postura procesal y la necesidad de acudir a un contador-partidor. Se me ocurren situaciones en las que la actitud de un heredero que se ha beneficiado subrepticamente de bienes de la herencia o los ha hecho desaparecer, o ha recibido en vida de los causantes más bienes de los que le correspondían en perjuicio de los otros legitimarios puede provocar que haya que volver a hacer un cuaderno particional colacionando bienes o incluyendo lo que corresponda, y entiendo que en esos casos sea el causante o los causantes de las situaciones que se den los que tengan que correr con el gasto que se haya generado.

Pero nunca hay que olvidar que al final el contador-partidor elegido por el juzgado hace su trabajo en bien de la propia división, y por lo tanto de todos, y que todos sacan partido y provecho de su trabajo en la medida de su participación en el acervo común, por lo que, como principio rector, entiendo que debe ser esa la forma en que se distribuyan los gastos.

Digo esto porque en muchas ocasiones, habida cuenta de la confusión que genera la **Ley de Enjuiciamiento Civil** entre la figura del contador-partidor y la de los peritos por la remisión que hace a algunos de los preceptos que regulan la de estos

últimos, nos encontramos con pronunciamientos que se basan en el concepto procesal de parte para atribuir los gastos en esa condición. Y ahí creo que está el error más común. Se trata de procedimientos en los que los honorarios del contador-partidor han sido incluidos en las costas del procedimiento y voy a citar algunas resoluciones judiciales en ese sentido:

La Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón de 12 de mayo de 2008 explica lo siguiente:

“El fallo de la Sentencia recurrida, literalmente disponía:”DESESTIMO la impugnación de costas formulada por el Sr. Marzá Segarra, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de Don Cosme, y APRUEBO la tasación de costas efectuada por la Secretaria de este Juzgado con fecha catorce de febrero de 2007 ascendiendo las mismas a DOS MIL QUINIENTOS SESENTA Y DOS EUROS CON OCHENTA Y CINCO CÉNTIMOS (2.562,85 EUROS)...

El ámbito del presente recurso de apelación se limita y circunscribe a la determinación de la cuantía de los derechos de la abogada D^a Frida en su actuación como contadora-partidora en el procedimiento especial de división judicial de herencia seguido con el número...

Nuevamente confunde el recurrente los términos procesales que utiliza para fundamentar su impugnación, pues una cosa es la condición que deben tener las personas para ser parte procesal legítima, que es la referida en el artículo 10 LEC y que hace mención a aquellas que comparecen y actúan en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso, lo que en el caso de traduce en cada uno de los sujetos titulares del derecho hereditario en cuestión, que son los tres hermanos Don Cosme , Don Tomás y Don Alejandro; y otra cosa bien distinta es la parte procesal en

la causa que bien puede actuar individualmente o que, por comunidad de intereses, puede agrupar a varias partes legítimas titulares de la relación jurídica que se ventila en el pleito bajo una misma dirección letrada y una sola representación procesal. Y es precisamente a esta última «parte» a la que se refiere el artículo 241.1 de la LEC para encomendarle el pago de las costas y gastos del proceso, en clara alusión a la parte procesal, a la persona o conjunto de personas que actúan bajo una misma defensa y representación procesal. Así las cosas, al estar comparecidos los dos hermanos Don Alejandro y Don Tomás bajo una misma defensa letrada y representados por un solo procurador por tener comunidad de intereses en el pleito, ocupando la parte demandada en el proceso, es claro y evidente que sólo constituyen una parte procesal a la hora de pagar las costas y gastos procesales, por lo que el motivo en que se postula la presencia de tres partes en la causa debe ser desestimado”.

Vemos que en este caso se hace cargar a uno de los tres interesados en la herencia con el peso de la mitad de los honorarios del contador-partidor, por estar incluido en el concepto de costas y atribuirse a las partes procesales.

Creo que el problema está en la interpretación que se hace por algunos tribunales de justicia que entienden que en realidad los honorarios de un contador-partidor que ha sido designado en un procedimiento judicial se convierten en cotas judiciales y que por tanto deben seguir los criterios de la **Ley de Enjuiciamiento Civil** y no los del **Código Civil**, siendo por lo tanto de cuenta de cada parte las suyas y las comunes por mitad si no hay condena en costas o de la parte condenada a las mismas en este caso.

Así lo ha hecho ver la **Sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de junio de 2018**, con cita de otros pronunciamientos, y que dice:

*“Lo anterior se refuerza por el tratamiento que la LEC atribuye a los honorarios del contador que se asimilan a los del perito que intervienen en el proceso por designación judicial; precisamente, el art. 784.4 de la LEC declara aplicable al contador designado por sorteo las normas sobre la provisión de fondos de los peritos, provisión que ha de ser prestada por los herederos, y no deducidas del caudal relicto. A ello se suma que, como establece la **STS de 5 de junio de 1957**, “cuando los gastos comunes no se hubieran deducido de la herencia y sean legítimos los reclamados, han de responder cada heredero de la parte que le corresponde abonar”.*

A pesar de esa cita de la doctrina del **Tribunal Supremo** posteriormente parece que se decante por apartarse de la misma, ya que si el Supremo dice ahí que cada uno debe responder de la parte que le corresponde abonar, parece poco lógico que se consideren dichos honorarios como costas, donde se acude al concepto de parte y cabe la posibilidad de que no a todas las partes les corresponda la misma proporción en el haber hereditario.

Sigue diciendo dicha resolución:

“Finalmente y como argumento de cierre, la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección. 4, de 2 de junio de 2015, rec. 43/2015, estima que los honorarios del contador han de considerarse como costas del proceso (art. 241.1.4º de la LEC por ser el contador asimilable, a estos efectos, a un perito o bien por tratarse de un abono que debe realizarse por razón de su intervención en el proceso) que, a falta de condena expresa en

costas deben abonarse a prorrata entre las partes que han intervenido en el proceso (art. 394.2 de la LEC). Y razona que “ resulta claro que la designación del apelado como contador ha de entenderse producida a solicitud de todos los herederos del causante en función de lo dispuesto en el art. 784 de la LEC (sentencia antes citada de la Audiencia de Madrid de 17 de marzo de 2015) y el devengo de su honorarios se produce por la confección del cuaderno y su presentación en el proceso, devengo que nada tiene que ver con el resultado del mismo y con las cuotas que finalmente correspondan a los herederos, ya sean las fijadas en el cuaderno o ya las establecidas en función de las impugnaciones que puedan deducirse; por tanto y al ser una costa procesal independiente del resultado, su abono debe fijarse, a falta de condena expresa de las mismas, en función de lo dispuesto en el art. 394.2 citado, dividiéndolo entre las partes que ha intervenido en el juicio, e incluyendo en la cuenta a la parte que incluso haya podido ser excluida de la partición.

En realidad y como se viene a señalar en la sentencia apelada, el criterio de la apelante puede ser apropiado para la partición convencional o para la realizada extrajudicialmente por un contador, pero no tanto para la que se produce dentro del juicio de división, pues entonces prima el carácter de costas en los honorarios devengados”.

Personalmente creo que la clave está en el último párrafo que he puesto en negrilla y en mi opinión deriva de una interpretación errónea que tiene su base en la consideración del contador-partidor como un perito del procedimiento por la remisión parcial que hace la **Ley de Enjuiciamiento Civil** a su regulación, y que ya he criticado anteriormente.

Queda la esperanza de que hay otros tribunales que opinan lo contrario, y puedo citar la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 19 de enero de 2000** que dijo:

“En el supuesto que examinamos y en contra de lo acordado por la resolución de instancia, en la que se condena al coheredero recurrente, D. Juan O. P., al pago de la mitad de los honorarios reclamados por el actor Contador Dirimente, y condenando a los otros tres coherederos al pago de la mitad restante, esta Sala entiende, siguiendo el criterio mantenido por esta misma Audiencia en sentencia 263/99, de 23 Oct., con relación a trabajos realizados por un Perito en Expediente de Jurisdicción Voluntaria, que el importe de los trabajos realizados por el actor Contador Dirimente,

*D. Juan CH. M., en el Juicio voluntario de Testamentaria núm. 41/96, seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Motilla del Palancar, **no debe de ser considerado en sentido estricto como una parte de las costas del proceso, sino mas bien, como un gasto necesario para la división y adjudicación del caudal hereditario, y ello de acuerdo con lo dispuesto en el referido artículo 1.064 del Código Civil...**”*

Podría parecer que este problema afecta simplemente de soslayo al contador-partidor, ya que en realidad se está hablando de la forma de distribuir el pago de sus honorarios, no de la procedencia de ese pago, pero realmente sí que le afecta de pleno, ya que según la interpretación que se haga se tratará de gastos a descontar de la herencia o serán gastos a repartir entre las partes procesales, o a cargar a una sola si hay condena en costas y se incluyen dichos honorarios en la misma. Y eso afectará al contador-partidor que tenga que hacer la reclamación de sus honorarios en procedimiento aparte porque puede equivocar la la forma de distribución del pago de sus honorarios en el suplico de su demanda, con el consiguiente riesgo.

3.-4.-4.- Conclusión.-

A la hora de concluir con esta cuestión me veo en la obligación de volver a criticar la poca claridad que la ley ha escogido para esta cuestión, y creo que es fácilmente mejorable:

Mi propuesta pasaría por modificar el tratamiento que se da en la norma a los honorarios del contador-partidor y, al margen de lo que ya he comentado anteriormente respecto de permitir que tenga el mismo tratamiento que los créditos de acreedores del causante reconocidos y que hayan pedido que no se reparta el haber hasta que no se hayan abonado dichos créditos, debería establecerse un procedimiento que permitiera clarificar desde un principio el importe de los honorarios, lo que puede hacerse simplemente estableciendo la obligación del contador-partidor de aportar un presupuesto de su actuación que deberá ser sometido a crítica en un principio por las partes interesadas y determinado de forma definitiva por el juzgado, sea el letrado de la Administración de Justicia si no hay controversia o por el Juez si sí que la hay. El importe dependerá de lo que pida y justifique el contador-partidor, que ya hemos visto que no podrá en un principio apoyarse en criterios orientativos, pero se daría a todos los interesados una seguridad jurídica que ahora no existe. Y podría hacerse esto aprovechando el trámite para la provisión de fondos, añadiendo allí el presupuesto del trabajo del contador-partidor.

Quiero recordar no obstante que un procedimiento similar al que propongo ya existe cuando se trata de profesionales que han de actuar en supuestos en los que el interesado disfruta del beneficio de justicia gratuita, ya que en ese caso debe remitirse un presupuesto previo de su actuación para que el mismo sea aprobado por la Comisión. Simplemente se trataría de ajustar un procedimiento similar que acabar siendo aprobado por acep-

tación expresa o tácita de las partes interesadas o por decisión del juzgado.

Otra cuestión que habría que abordar es qué sucede si los honorarios que al final se determinan para el contador- partidor no son del agrado del mismo, pues ya hemos visto que existen serias dudas acerca de la posibilidad de que el contador-partidor renuncie a su designación. Si se permitiera esta podría generarse una suerte de rueda sin fin porque ningún abogad designado aceptara, lo que tampoco parece razonable. En ese caso habría que acudir a una tercera vía que asimilaría la situación a lo que sucede con los honorarios de los administradores concursales, que viene determinados en una norma. Quizás el Código Civil siguiendo el ejemplo catalán podría servir.

4.- Cuestiones deontológicas y de responsabilidad.-

4.-1.- Especialidades en la Deontología.-

Creo que es bastante conocido, por lo menos entre los abogados en ejercicio que llevan ya unos años incorporados al Colegio de València que he dedicado buena parte de mi vida a coordinar la Comisión de Deontología del Icav y que también he impartido clases de dicha disciplina en las escuelas de práctica.

La Deontología profesional me ha interesado y apasionado siempre, no solo como guía de conducta personal, sino como garantía y seguridad para los clientes, los contarios, los compañeros, los tribunales y en general para cualquier entidad, persona física o jurídica o institución que se relacione de una u otra forma con los abogados en ejercicio.

No puede olvidarse en ningún momento que el abogado designado contador-partidor es en primer lugar un abogado en

ejercicio, y que por tanto está obligado a actuar conforme a todos los principios deontológicos que rigen la profesión, y que voy a repasar someramente. La especialidad proviene de que el cliente es el acervo común, son todos los interesados por igual, pero a través de la designación judicial o notarial, ya que no me refiero al contador-partidor designado voluntariamente, bien por los causahabientes bien por el causante, que no han sido objeto más que indirecto de este trabajo.

No obstante, y al igual que ocurre en los casos en los que los abogados actúan como árbitros, como mediadores, como administradores concursales o judiciales, el servicio se presta a un colectivo que merece ser tratado de forma ecuaníme, y ese colectivo, desde el punto de vista deontológico, está por encima de los particulares que lo conforman. Es por eso que hay especialidades en las obligaciones deontológicas que ahora expondré, pero en esencias el abogado debe actuar con independencia, con integridad, con lealtad, ejerciendo su libertad para realizar su trabajo pero con obligación de ciencia, es decir con la obligación de conocer el derecho y las interpretaciones jurisprudenciales que sean de aplicación para realizar su trabajo con la *lex artis ad hoc*. Debe del mismo modo ser respetuoso con los Tribunales de Justicia y con todos los actuantes en los procedimientos y debe tener cubiertas sus responsabilidades civiles con el correspondiente seguro.

La especialidad viene por ejemplo en la cuestión relativa al secreto profesional. Obviamente el abogado está obligado a guardar secreto de todo aquello que conozca por razón de su profesión. Así lo establece el **artículo 542.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial** que dice:

“Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalida-

des de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos”.

El **artículo 5 del Código Deontológico de la Abogacía Española**, aprobado por el **Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 6 de marzo de 2019**, amplía esta definición, pero en realidad se trata de variaciones sobre la base que establece el precepto citado de Ley Orgánica. No obstante debo recordar que el Código Deontológico incide en las conversaciones con los clientes y en las que se tiene con los compañeros de profesión como amparadas por el secreto profesional, y ahí sí que hay que hacer una puntualización importante:

En relación con el mundo ajeno al procedimiento de partición de herencia el abogado contador-partidor ha de respetar su obligación de guardar el debido secreto profesional. Pero en la relación interna del procedimiento, el deber del contador-partidor más bien se corresponde con un deber de decir verdad y de aportar todo aquello que conozca y que pueda influir en el resultado de su trabajo. Y ello es así porque, como hemos dicho, el cliente es el grupo, es el colectivo afectado por la división de patrimonios. Por ello, cualquier conversación que tenga con los abogados de las partes o con cualquier afectado por el procedimiento de una u otra forma, estará amparada por el secreto profesional excepto si puede afectar al cuaderno particional, ya que en ese caso deberá hacerse público y facilitarse a todos los interesados, sin que esa revelación de lo conocido pueda traer como consecuencia un reproche a la actuación del contador-partidor desde el punto de vista deontológico. No obstante, por supuesto no podrá utilizar en el procedimiento de división de herencia los datos de que conozca por haber actuado como abogado en otros procedimientos, aunque ello fuera bueno para el colectivo afectado por la división de herencia, pues aquellos datos sí que están amparados por el secreto profesional y se afectan los derechos de los que pudieran haber intervenido en el otro asunto.

Del mismo modo, el deber de lealtad con el cliente, que como hemos dicho en este caso es un colectivo, obliga a no decantarse por ninguna de las partes y a evitar las situaciones de incompatibilidad. Ya establece la **Ley de Enjuiciamiento Civil** por remisión a la Ley Orgánica del Poder Judicial los motivos para la recusación del contador-partidor, pero el Código Deontológico, para los casos de pluralidad de clientes, situación muy similar a la de un colectivo donde haya varias personas o afectados, y por lo tanto debe tenerse en cuenta lo establecido en el **artículo 12 C.- del citado Código Deontológico**, y actuar con una “*estricta y exquisita objetividad*”. Ni que decir tiene que deberá hacer ver cualquier conflicto de intereses que pueda existir y deberá abstenerse si surge iniciado el procedimiento.

Por lo demás, deberá el contador-partidor comportarse como un abogado cabal y respetuoso de la deontología tal y como debe hacer con carácter general en sus actuación profesional.

4.-2.- La responsabilidad.-

Por último, y antes de llegar a las conclusiones generales, hago una somera referencia a los diferentes escenarios de responsabilidad en que puede incurrir el contador-partidor en el ejercicio de su actividad.

Es sabido que con carácter general los abogados están sometidos a tres tipos de responsabilidades en el ejercicio de su profesión:

- Por una parte está la responsabilidad civil.
- Por otra la responsabilidad penal.
- Por último la responsabilidad administrativa, desglosándose esta en la denominada policía de estrados que corresponde al Juez

o Tribunal que lleva el asunto y por otra a la responsabilidad corporativa.

No existe ningún motivo para poder entender que la actividad del contador-partidor esté ajena a estas responsabilidades generales. El abogado contador-partidor no esté ejerciendo el derecho de defensa pero sí está realizando una actividad propia de su profesión y por lo tanto está sujeto, como en las demás modalidades de su ejercicio, a la responsabilidad correspondiente.

-No quiero extenderme mucho porque no es el foro correspondiente ni este trabajo tiene ese objetivo, pero está claro que el contador-partidor debe hacer su trabajo aplicando la *lex artis ad hoc* y que pueden existir supuestos en los que pueda acabar respondiendo civilmente, a pesar de que su actividad está fiscalizada y definitivamente aprobada por el juzgado o por el notario. No obstante debemos decir que son poco frecuentes los casos en los que se pueda reclamar responsabilidades civiles a los contadores-partidores, ya que hace falta que hayan incurrido en dolo o culpa muy evidente, puesto que los remedios naturales contra su actividad son los recursos e impugnaciones que la Ley permite, por lo que no existen demasiados casos en ese sentido. El **Tribunal Supremo** ha llegado a equiparar su posición con las de los propios jueces, puesto que al final están sustituyendo la voluntad del testador para hacer la división, dirimiendo entre intereses de los herederos.

La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2004 expone con claridad la cuestión cuando dice:

Actuando el Contador-Partidor, en definitiva, como si fuera hecha la partición por el propio testador, y que por ello debe

ser la misma respetada (S. de 25-IV-63), al existir intereses contradictorios, que pueden afectar a la propia interpretación del testamento (S. de 31-III-70), se convierte el mismo, sin perjuicio de la posibilidad de la impugnación de sus operaciones, en Juez extraprocesal que dirime la controversia, por lo que se dan los mismos motivos que concurren cuando a dichos funcionarios se les exige responsabilidad civil por dolo o culpa, es decir, la exigencia de que deba esperarse a que la resolución que el mismo dictare sea firme (es decir, que se hayan agotado los recursos que quepan contra ella): art. 413-1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LALEY1694/1985), dando así posibilidad para que, por los medios ordinarios, pueda darse satisfacción jurídica al que se sienta perjudicado.

Es decir, las notas que describen la responsabilidad de los contadores partidores es que la misma requiere de dolo o culpa y que su ejercicio es subsidiario de los remedios procesales naturales que el cuaderno tiene.

-No me voy a extender en la responsabilidad penal que se puede atribuir a los abogados cuando actúan como contadores-partidores, pero puedo referirme a que, en principio solo le serán de aplicación los delitos especiales que se refieran a la profesión de abogado cuando no estén referido a la vertiente relativa al ejercicio de la defensa en juicio, puesto que el contador-partidor no realiza esa función en el procedimiento. Deberá ser respetuoso con la información que maneja y deberá evitar perjudicar los intereses que le son encomendados de forma grosera, pero es difícil que pueda entrar en la esfera del Código Penal salvo en casos extremos.

-Desde el punto de vista de la responsabilidad administrativa, y como ya hemos anunciado, existe una doble vertiente, que fundamentalmente diferencia las infracciones que corresponde

sancionar en su caso al Juez o Tribunal y aquellas que corresponde hacerlo al Colegio de Abogados donde se haya producido el hecho sancionable.

La primera es la denominada “policía de estrados”, y tiene su principal fuente en lo establecido por la **Ley Orgánica del Poder Judicial en sus artículos 552 a 557**. No serían de aplicación al abogado contador-partidor designado por el juzgado las normas a que se refiere el **artículo 553**, pues son infracciones que pueden cometer los abogados o procuradores que postulan en juicio. Sin embargo, el **artículo 557** de la citada Ley Orgánica sí que da cobertura a la sanción que pueda aplicarse a cualquier persona involucrada en un procedimiento. Dice dicho precepto.

“Cuando fuere procedente alguna de las correcciones especiales previstas en las leyes procesales para casos determinados, se aplicará, en cuanto al modo de imponerla y recursos utilizables, lo que establecen los dos artículos anteriores.”

Por lo tanto, como esta norma se está remitiendo para los procedimientos sancionadores a las personas que intervengan de alguna forma en un procedimiento al regulado en la Ley Orgánica, y habida cuenta de que la **Ley de Enjuiciamiento Civil** exige buena fe procesal y también el cumplimiento de los requerimientos hechos por los Jueces y Letrados de la Administración de Justicia, en un caso extremo de incumplimiento podrá ser sancionado en la forma prevista en la normativa de la Ley Orgánica.

-No obstante, la responsabilidad de residuo de los abogados es recogida en las competencias que corresponden al Colegio de Abogados del lugar de comisión de los hechos. El abogado contador-partidor está sometido a la misma responsabilidad deontológica que cualquier abogado en ejercicio y por lo

tanto podrá responder disciplinariamente cuando incumpla cualquiera de los deberes del abogado, siendo de aplicación el régimen disciplinario establecido en el **Estatuto General de la Abogacía, en los artículo 80 a 93** y en las normas a las que se remite.

5.-Conclusiones.-

1.- El contador-partidor es la persona designada para llevar a efecto las operaciones particionales de la herencia y su designación puede tener diversos orígenes:

-Puede venir designado por el causante en su testamento.

-Puede ser elegido de mutuo acuerdo por todos los herederos o interesados.

-Puede tener la naturaleza de contador-partidor dativo por ser elegido en un procedimiento de jurisdicción voluntaria a solicitud de más de la mitad de los herederos o interesados.

-Puede ser elegido por el juzgado en un procedimiento de división den herencia, de división de patrimonios o de liquidación de régimen económico matrimonial, puesto que al final todos acaban remitiéndose a la regulación establecida para la división de la herencia.

2.- En principio el estatuto del contador-partidor es el mismo cualquiera que sea su origen, pero la específica regulación de cada uno de los supuestos nos acredita que existen diferencias en las facultades y posibilidades de actuación de cada uno de ellos.

3.- Refiriéndonos concretamente al contador-partidor designado en un procedimiento de división de herencia o cualquiera de los procesos judiciales en los que es designado, se trata de un abogado en ejercicio que realiza esa tarea, y resulta

relevante si la designación se realiza antes o después de la formación del inventario.

4.-En el procedimiento de división de herencia parece que el tenor literal de la norma, concretamente de la **Ley de Enjuiciamiento Civil**, nos lleva a interpretar con la mayor parte de las Audiencias Provinciales, que, salvo que se haya pedido la intervención del caudal hereditario, el primer paso en el procedimiento será la elección de contador-partidor.

5.- Mi opinión es que este sistema no es el conveniente ni el correcto, ya que entiendo que el inventario ha de venir establecido antes de que sea designado el contador-partidor, ya que ello da seguridad al propio contador-partidor, a los interesados y evita que haya que esperar a que esté hecho todo el cuaderno para impugnarlo, cuando el problema reside en el inventario.

6.- En mi opinión es posible hacer una interpretación de la norma que lleve a que, cuando sea así solicitado por algún interesado, se proceda a la formación de inventario antes de que se entregue todo al contador-partidor para que realice el cuaderno, tramitándose en su caso la impugnación del inventario antes de esa designación del contador-partidor. De esa forma se evitan problemas tales como:

-No se obliga a reiterar o duplicar el trabajo del contador-partidor si de resultas de una hipotética impugnación del cuaderno hay que modificarlo por entrar o salir algún activo o pasivo del inventario.

-Se evita trasladar al contador-partidor asumir la facultad de decidir sobre qué activos o pasivos deben ser incluidos en la herencia.

-Se evita imponer al contador-partidor la obligación de realizar el trabajo y de obtener los antecedentes, cuando no tiene imperio para conseguir todos los datos.

7.- En todo caso sería conveniente una modificación de la **Ley de Enjuiciamiento Civil** que permitiera aclarar que la formación de inventario será el primer paso en el procedimiento de división de herencia, si así es solicitado por cualquiera de los interesados.

8.- No hacerlo de esta forma propuesta traslada al abogado contador-partidor todos los problemas, ya que es el que puede verse obligado a hacer dos veces su trabajo si se modifica el inventario una vez ya ha hecho el cuaderno, es el que debe asumir una tarea que los propios Tribunales de Justicia le limitan al no atribuirle la facultad de discernir qué activos o pasivos deben formar parte del inventario, y además le obliga a intentar proveerse de forma imparcial de los documentos y datos que le permitan ecuanímente hacer su cuaderno.

9.- El contador-partidor elegido en un procedimiento judicial tiene limitadas sus facultades en comparación con el contador-partidor designado por el testador y con el contador-partidor dativo, cuando formalmente no existe ninguna diferencia en la descripción de la figura del contador-partidor, que viene recogida en el artículo 1.057 del **Código Civil**. Sería conveniente una somera remisión a dicho precepto o al *statu quo* del contador-partidor designado por el testador para evitar confusiones y para aclarar los límites de su actuación.

10.- Dado que el contador-partidor no dispone de medios para poder, en el mismo procedimiento judicial, evitar o poner fin a las situaciones de indivisión, sería conveniente aclarar o habilitar el procedimiento de división de herencia para que pudiera permitir, en el mismo, acabar con las situaciones de indivisión aunque ello suponga la subasta de bienes por el trámite de las subastas voluntarias. De lo contrario el procedi-

miento se alarga y encarece y a veces conduce a una gran insatisfacción.

11.- Resulta poco práctico y contrario a la esencia de la figura del contador-partidor la asimilación que se hace en la **Ley de Enjuiciamiento Civil** de la misma con la del perito. En cualquier caso es necesario tener en cuenta que dicha remisión es exclusivamente a los fines de determinar su elección y causas de recusación y de la posibilidad de solicitud de provisión de fondos, pero que realmente no existe ninguna similitud entre la figura jurídica del perito y del contador-partidor.

12.- El contador-partidor designado en un procedimiento judicial no se convierte en perito, aunque su cuaderno requiera la aprobación judicial, ya que el perito simplemente informa de aquello que se le solicita por su razón de ciencia y el contador-partidor elabora un cuaderno que distribuye el caudal hereditario sin intervención judicial en caso de inexistencia de impugnación. Ningún informe pericial tiene esa característica.

13.- Esa asimilación que por extensión han hecho algunos Tribunales de Justicia con la figura del perito, resulta perjudicial para el sistema y para el propio contador-partidor, ya que realmente el contador-partidor no puede dejar de hacer su trabajo si no se aporta la provisión de fondos solicitada, a diferencia del perito que sí que está habilitado para hacerlo.

14.- La parquedad en el tratamiento de la figura del contador-partidor en la **Ley de Enjuiciamiento Civil** y en general en el ordenamiento jurídico español de derecho común, lleva a que toda la incertidumbre recaiga sobre el trabajo del mismo y, lo que resulta muy importante, sobre la retribución a percibir y la realidad de la percepción de la misma, así como la forma de su re-

clamación y los obligados a su pago, o la proporción que corresponde a cada uno.

15.- Es muy conveniente establecer un sistema que permita al contador-partidor informar de los honorarios que va a percibir por su trabajo, que le asegure la provisión de fondos y que le permita incluir como crédito preferente en la herencia sus derechos por los honorarios generados, del tal forma que se evite la entrega de los bienes a los herederos sin ese cobro, de la misma forma que son tratados los acreedores del causante que tiene su crédito reconocido y así lo solicitan.

16.- Ante la dificultad generada por la liberalización absoluta de los honorarios, y habida cuenta de que el contador-partidor no es elegido por los últimos beneficiarios de su trabajo, considerando que la interpretación más común del **artículo 1.064 del Código Civil** entiende que los gastos del contador-partidor deben ser satisfechos a cuenta de la herencia, lo que supone que cada interesado soporte los gastos en proporción a su cuota, debe arbitrarse un sistema, que no existe, que permita la predeterminación con total claridad del importe de los honorarios y que los mismos son a cuenta de la herencia, evitando así el peregrinar de un contador-partidor que ha hecho su trabajo sin cobrarlo y que además tiene incertidumbre sobre la cantidad que podrá cobrar y a quién debe repercutir su importe.

17.- Un sistema de baremo similar al de los administradores concursales, o una remisión a un tanto por ciento, que pudiera ser variable en función del importe del haber hereditario, aclararía la posición del contador-partidor y evitaría situaciones injustas para los interesados y para el propio abogado designado.

18.- Desde el punto de vista deontológico el abogado con-

tador-partidor está sometido al mismo régimen que cualquier letrado en ejercicio, con la única salvedad de que su cliente es un colectivo y por lo tanto al mismo se debe, por encima de los miembros individuales del mismo, estando sometido al mismo régimen de responsabilidad, con las especialidades que conlleve el cliente colectivo que se le asigna.

EPÍLOGO

Espero haber conseguido mi objetivo que era hacer evidentes determinados desajustes que entiendo que existen en la regulación y aplicación de la misma en relación con la figura del contador- partidor judicial. Mi deseo no era otro que, desde la posición y experiencia de un abogado, analizar la situación y aportar alguna solución.

Antes de terminar quiero rendir un sentido homenaje a mi padre y maestro, Joaquín García Marín. Necesitaba que algo suyo quedara impreso en la misma forma en que quedará este modesto discurso. Hago una cita del discurso que él dio en el Palacio de Congresos de esta ciudad el día 14 de diciembre de 2007 en el homenaje a los compañeros que entonces hacían, con él, las Bodas de Diamante de su incorporación a la profesión. Cómo no, mi padre tenía que hacer unos versos, y me siento orgulloso de citar una estrofa, que era un aliento a los nuevos profesionales que juraban ese día el acatamiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico:

“Ama a tu profesión.

Con calor, ávidamente.

Antes de fallar, detente.

Cultiva tu vocación.

Y cuando sientas adentro

un profundo escalofrío

ante la desigualdad,

*ve decidido a su encuentro
y opón con todo tu brío
frente a ella, la equidad.
Y si llegas a asentir
en el fondo de tu entraña
el temblor de la inquietud,
por no poder impedir
el triunfo de la patraña
del mal y la ineptitud,
estás en el buen camino.”*

Termino. Tengo el inmenso honor de que me conteste este discurso otro de mis maestros. El Excmo. Sr. Don Luis Miguel Romero Villafranca me introdujo en el mundo colegial y ha potenciado mi presencia en el mismo, trasladándome parte de su amor por la faceta corporativa de la profesión y dejándome aprender los pasos para entender la misma. A él le debo gran parte de mi relación con el colegio, y por eso le estaré siempre agradecido.

València, 30 de enero de 2020.

**EXCMA SRA PRESIDENTA DE LA REAL ACADEMIA
EXCMAS, EXCMOS, ILMAS E E ILMOS SRAS. Y
SRES. ACADÉMICOS.
ILMO SR, nuevo SR. ACADÉMICO DE NÚMERO
EXCMOS E ILMOS SRES
QUERIDOS COMPAÑEROS
SRAS. Y SRES.**

Quiero, ante todo, agradecer a la Academia y al nuevo Académico de Número, que me hayan concedido el honor de designarme para contestar su Discurso de ingreso.

Alto honor al que uno la alegría y la satisfacción de poder dar la bienvenida a esta centenaria corporación al nuevo Académico de Número, el **ILMO SR. D. JOAQUÍN IGNACIO García CERVERA**, y hacia quien, desde hace años mis sentimientos de respeto y admiración, sólo son superados por los de afecto y gratitud por la amistad con que me honra; amistad que únicamente justifica la elección de mi persona para contestar su brillante Discurso de Ingreso, y no otros méritos.

Hoy, **Joaquín Ignacio García Cervera** viene a enriquecer con su acervo jurídico el patrimonio de esta centenaria Corporación, que el Colegio de Abogados de Valencia decidió constituir como Academia el 16 de diciembre de 1.832, con la denominación entonces de **REAL ACADEMIA DE PRÁCTICA FORENSE DE MARÍA CRISTINA**, y posteriormente ya en 1.859 como **REAL ACADEMIA VALENCIANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN**, la que ha cuidado siempre con extraordinario celo desde sus inicios de la elección de sus Académicos, sabedora que, del prestigio de ellos dependía el de la Corporación científica.

Hoy, con esta toma de posesión, lo ha hecho así también, pudiendo aplicarse en esta ocasión, aquella convicción que, en el pensamiento florido de su época, expresaba así la Academia al nombrar a su 2º Presidente:

“se congratuló por su acertada elección, manifestándole que en su celo, carácter firme a la par que ilustrado, en su amor a la noble ciencia del Foro y a los que la ejercen con honor y decoro, ve desde ahora asegurado el logro de sus deseos de que florezca la Academia, y lleve con el tiempo a ser un verdadero semillero de sabios y perfectos juristas, cuyos hechos y virtudes morales y civiles inmortalicen el glorioso nombre de la Augusta fundadora de este naciente establecimiento D^a M^a Cristina”

Una Academia, creada por el Colegio de Abogados para la mejor formación de los mismos, pero con el espíritu de, para conseguirlo, acoger y enriquecerse con los más distinguidos miembros de todos los sectores jurídicos. Manteniendo esa vocación y espíritu desde sus inicios, como ya fue resaltado cuando al reanudar su actividad, después del paréntesis que supuso nuestra Guerra Civil, en solemne sesión celebrada en el Paraninfo de la Universidad, el 12 de diciembre de 1.943, el entonces Ministro de Justicia, proclamó como su finalidad la de

“recoger y convertir en realidad las inquietudes jurídicas de la noble clase profesional del Derecho”.

De acuerdo con ese espíritu, la **Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación** siempre ha tenido vocación de aunar y dar cabida en ella a todo el mundo del Derecho, a todas las profesiones jurídicas, de ser el hogar de la cultura jurídica valenciana.

Decía **Eduardo García de Enterría** al contestar el Discurso de ingreso de Martí Mingarro en la **Real Academia española de Jurisprudencia y Legislación**, que:

“ la misma se caracteriza, singularmente de otras Academias del Instituto de España, que no es sólo, ni quizás primordialmente , una compañía de profesores o de científicos, más o menos exquisitos, sino (al igual que sucede en la nuestra desde hace 180 años) una representación corporativa significativa del mundo jurídico en su conjunto, con todos sus estamentos y profesiones diversas, que, juntos, como es obligado, con las distintas perspectivas que cada uno aporta, reflexionan y deliberan sobre los problemas complejos de ese mundo y sobre el mejor modo de hacerlo eficiente y operativo ”;

Añadiendo que:

“entre ese complejo profesional diverso, son los abogados una de las referencias más obvias y obligadas.”

Esa filosofía ha permitido por ejemplo a nuestra Real Academia Valenciana enriquecerse recientemente con la incorporación de eximios juristas de la Magistratura, de la Fiscalía y de la Universidad, y hoy se sigue beneficiando de la misma con la de un ilustre abogado.

El único protagonismo de este Acto, corresponde a quien, por sus merecimientos y trayectoria, es recibido como Académico de número en la Corporación, pasando a formar parte del acervo de juristas que la han prestigiado y la prestigian, lo que obliga a que la contestación al Discurso de ingreso no deba ser un 2º Discurso en respuesta, o 2ª fase del estudio

del tema del Discurso de Ingreso, brillantemente tratado ya por nuestro beneficiario con rigor y minuciosidad, sino como había sostenido en la **Real Academia de la Lengua D. Gregorio Marañón**, la misión se ha venido en convertir en

“fórmula, cortés, breve, sobre todo breve, porque sin brevedad la cortesía no se puede concebir”.

(Noto un suspiro de alivio entre el auditorio)

Brevedad con la que me voy a limitar a destacar la particularidad e importancia del Tema elegido, sin profundizar en él, y a destacar la personalidad del nuevo Académico de Número, que le ha hecho acreedor a su designación como tal.

Y paso, sin más a ocuparme del tema de su Discurso de ingreso, sobre

Particularidades de la figura del contador-partidor designado por el Juzgado. Contradicciones y propuesta de soluciones

Plantea el conferenciante con ese talante práctico de abogado en ejercicio, acostumbrado a enmarcar la rica e inacabable casuística de la realidad en el engarce jurídico correspondiente a la luz de la Ley y la Jurisprudencia, las particularidades de la figura del contador partidor designado por el Juzgado; su definición, naturaleza jurídica; estatuto y funciones a realizar; abordando además, como buen abogado en ejercicio la siempre difícil problemática del legítimo cobro de los honorarios que le corresponden; deteniéndose finalmente en los aspectos deontológicos de su función, sobre los que siempre ha manifestado una especial sensibilidad.

Y realiza ese estudio con rigor y minuciosidad, y a la luz de los análisis Jurisprudenciales, con alguno de los cuales, manifiesta y razona sus discrepancias; destacando así mismo algunas lagunas legales en su estudio, en el que se atreve a sugerir soluciones de lege ferenda; terminando con una serie de conclusiones fruto de ese estudio.

Destaca los inconvenientes de la interpretación jurisprudencial de que sea el contador partidario designado por el Juez el que tenga que formar el inventario de la herencia, proponiendo que primero se proceda a la formación del inventario, con los incidentes a que ello pudiera dar lugar, y una vez éste esté establecido, designar al contador partidario.

Como razona García Cervera, no hacerlo así, obliga al contador a recabar datos de los interesados, sin potestad para exigirlos; y puede conducir además a que haya que repetir el cuaderno particional, si se modifica el inventario una vez hecho aquél.

Discrepa también de la asimilación que la L.E.C. hace de la figura del contador con la del perito, cuando éste sólo informa y no hace la partición de la herencia; pero reclama sin embargo que se le conceda la misma facultad que al Perito, de rechazar la designación, si no se le hace la provisión de fondos que reclama.

En cuanto al tema de los honorarios profesionales, viene a denunciar nuestro nuevo Académico, la situación de absoluta inseguridad y notoria injusticia que se ha creado a los abogados, en cualquier tipo de asunto, gracias a la, me atrevo a calificar de, absurda y kafkiana postura en este punto de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, tradicional “amiga” (entre comillas) de los Colegios Profesionales, que no dudo en afirmar desearía suprimir.

Postura consistente en la prohibición expresa de cualquier norma o baremo orientador en el que poder apoyarse al minutar, sea al contrario cuando haya tasación de costas, o al propio cliente cuando no haya firmada hoja de encargo que fije los honorarios; lo que ha creado un clima de inseguridad absoluta en esta materia.

Ni tan siquiera los criterios para minutar que señala el Tribunal Supremo en la Sentencia citada por nuestro Académico de 3 de mayo de 2011, pueden ser de utilidad para solucionar el problema en gran número de casos, dada su indeterminación.

¿Con qué parámetros se puede medir la mayor o menor complejidad de un asunto? ¿O el trabajo realizado? ¿o la duración del Informe oral valorando la prueba? ¿Quién que no sea el propio interesado, puede medir el esfuerzo realizado? ¿las horas de estudio invertidas? ¿Las reuniones mantenidas, con su cliente o la contraparte, para acercar posturas, clarificar cuestiones o convencer a la parte adversa ?

(Absténgase mi selecto auditorio de intentar darme algunas pautas para medir todo ello, no vaya a ser que haya presente algún miembro de la Comisión Nacional de la Competencia y tengamos un problema).

Se sugiere también como criterio valorativo en la Sentencia citada del Tribunal Supremo:

“considerar la cuantía económica del asunto y el resultado del pleito” (sic).

El resultado del pleito.... (literal)

¿ Pues no es nuestro trabajo una obligación de medios, y no de resultado?

Pues... no.

O sea que el abogado que pierde el asunto o condenan a su cliente no cobra ¡!

Menos mal que la Comisión nos ayuda en sus Resoluciones, aclarando el problema:

“el principio es la libertad y lo que rige es la Ley del Mercado”

¡ Ah ! Ya estaría claro, pero ...¿hay un mercado de abogados? Yo no lo conozco. ¿Dónde lo situamos en Wall Street o en el de los martes de la calle Convento Jerusalén?

Seguimos sin saber donde estamos.

Si a todo ello añadimos que si el abogado consigue, superando esa carrera de obstáculos, redactar una minuta que estima acorde con su trabajo, puede suceder que, si se impugna, después ha de pasar, de acuerdo con el artº 246.3 de la L.E.C. por el filtro del Letrado de la Administración de Justicia, que es ajeno a muchas de las circunstancias que he citado, y que, sin esos datos, puede considerar excesiva la minuta del Letrado ¡y encima imponerle las costas del incidente!.

O sea, que si después de trabajar, te permites el atrevimiento de intentar cobrar por tu trabajo, sin que tengas criterios objetivos para valorarlo al minutar, y si tu valoración, que por ello sólo puede ser subjetiva, no coincide con la igualmente subjetiva

va del Letrado de la Administración de Justicia, ¡encima tienes que pagar ¡

¡ Magnífico!

Se deriva además de la actual desregulación una agravante más. Con la actual situación de supresión de mínimos en la tasación de costas, se posibilita poder cargar a la parte condenada al pago de las mismas, con una minuta claramente excesiva o abusiva, que sin embargo en este caso es bendecida, si el condenado no se espabila y asesora y no la impugna.

Es decir que la protección que, para evitar abusos, se daba por los Colegios a dicha parte condenada, fijando unos honorarios que no se podían exceder en estos casos, ha desaparecido también.

(¡¡¡Línea y Bingo para la Comisión !!!)

Ante todo ello no se me ocurre más que:

- primero felicitar la brillante actuación en esta materia de nuestra gloriosa Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, creando inseguridad jurídica, permitiendo sancionar injustamente, y posibilitando incluso abusos que antes no se podían dar;

- y segundo: hacernos todos Procuradores que por lo menos cobran por arancel.

Discúlpeme el auditorio la licencia de haber bromeado sobre materia que tanto preocupa a los abogados y al Colegio. Es que si no lo hago así, me pongo a llorar.

Dejemos de lado ya, el Discurso y volvamos a la solemnidad del Acto para hablar ahora de nuestro nuevo Académico.

JOAQUÍN IGNACIO GARCÍA CERVERA

Es un valenciano de pura cepa, en donde tiene y arraiga sus raíces. Amante de sus tradiciones y Fallero de pro. Nacido y educado en esta tierra, en donde contrajo matrimonio -(como no con una valenciana! – Amparo, que quienes la conocemos, sabemos de ciencia propia que constituye su mayor apoyo, personal, familiar y hasta me atrevería a decir profesional. (¿Cabe designar Académica ex Equo?)

Estudia (ahora no me refiero a su esposa) Joaquín Ignacio con brillantez, también en Valencia, la licenciatura de Derecho en los años 80-85, que culmina con los cursos del doctorado y la suficiencia investigadora con el grado de sobresaliente.

Permanente vinculado igualmente en el ejercicio profesional a Valencia, siempre lo ha desarrollado entre nosotros, siendo titular de su Despacho, donde colaboran cinco abogados en ejercicio, dedicado fundamentalmente al Derecho Privado, y al Administrativo, asesorando empresas y Administraciones locales, y participando como independiente en órganos colegiados en concursos públicos para la atribución de contratos y plazas de funcionarios, y formando parte como Secretario asesor en diferentes Consejos de Administración.

Realizó el Curso de Perfeccionamiento de la Abogacía de la Escuela de Práctica Jurídica del ICAV y el I Master de Derecho Tributario del Colegio de Economistas.

Fue Profesor de aquella prestigiosa Escuela de Práctica Jurídica que tenía el Colegio de Abogados de Valencia, de la que posteriormente fue nombrado Director hasta 2001.

Fue elegido Diputado de la Junta de Gobierno del Colegio de 1998 a 2003 (de lo que doy fe fue una gran fortuna para la Corporación); y siendo posteriormente Consejero del Consejo Valenciano de Colegios de Abogados de la Comunidad Valenciana 2001 a 2003; Coordinador de la Comisión Deontológica del ICAV de 2001 a 2013.

Ha presentado ponencias en las Jornadas de Escuelas de Práctica Jurídica de Badajoz, Sabadell y León, y Comunicaciones en el Congreso General de la Abogacía Española de Sevilla.

Ha sido también Profesor de la Escuela de Práctica Jurídica de la UNED desde 2002 a 2014; y del Master de la Abogacía; Curso de postgrado de la Universitat de Valencia. Y en el plano internacional ha formado parte del Stage para la Formación de la Federación de Barreaux d'Europe

Este es, en resumen, el curriculum de nuestro nuevo Académico, pero a mi me gustaría destacar, con independencia de aquel, las tres características que me parecen más importantes en él mismo:

- su condición de auténtico abogado;
- su pasión por el derecho de defensa
- y su preocupación por la Deontología profesional.

García Cervera es un abogado de pura raza. De esos que enaltecen la profesión pregonando el derecho de los demás y luchando por la justicia por esos mundos de Dios, intentando afrontar con las armas del derecho el día a día de la convivencia social.

Abogado de casta, porque al igual que “de casta le viene al galgo”, nuestro Académico es hijo de un gran abogado, el llora-

do Joaquín García Marín, maestro de abogados, respetado y querido por todos, que unía además a su buen hacer profesional, una facilidad para la poesía que muchos hemos admirado y envidiado, y de la que algunos nos hemos beneficiado en determinados momentos. Recuerdo como una de las mayores ovaciones que he presenciado, la que le brindó la abogacía cuando, en verso, se despidió de la profesión al cumplir sus bodas de diamante.

Discurso del que el nuevo Académico nos ha brindado una perla al final de su intervención (Aprovecho esta tribuna para pedirle que nos lo facilite íntegro y a mi Colegio que lo publique. [vale la pena])

Su padre le inculcó aquella impronta de buen abogado, capaz de pedir justicia para los demás, con ese ánimo de lucha, espíritu crítico, esfuerzo estudioso y sobre todo solvencia moral y pasión por el derecho, necesarios para ello.

Ese entusiasmo profesional que heredó de su padre, le hace agotar el estudio de todos los temas que le llegan. Diría que es casi un estudioso compulsivo. Devorador de B.O.E., D.O.G y todo lo que se publique. Que a nadie se le ocurra llamarle un miércoles a su Despacho. No le pasan la llamada; no recibe: simplemente “está estudiando”.

Joaquín Ignacio García Cervera comparte aquel espíritu de entusiasmo, aquella ilusión por la abogacía, que reflejaba Ossorio y Gallardo en el Prólogo de su inmortal obra *El Alma de la Toga*, que me atrevo a citar:

“ Pocas actividades hay tan positivas y fructíferas como la ilusión. Renunciar a ella es despojarse del mayor encanto, del más poderoso motor, de la más

pura exaltación que el esfuerzo cotidiano ofrece al hombre. No trabajéis sólo por el indispensable mantenimiento, ni por la riqueza. Sin desdeñarlos -ello sería necio- trabajad primordialmente por hacer el bien, por elevaros sobre los demás, por el orgullo de llenar un cometido trascendental. Creed, creed ... Mal trabajo es el que se ejerce sin lucro; pero el que se arrastra sin fe es mil veces más angustioso, porque tiene todos los caracteres de la esclavitud.”

Pero García Cervera es además como buen abogado un defensor del Derecho de Defensa.

Ese derecho de defensa, sin cuyo respeto no puede haber un juicio justo, y que la abogacía está comprometida en la tarea de crear, afirmar y preservar, no como una formulación genérica o gaseosa, si no como un rótulo que contiene la esencia misma de la mejor de las justicias que pueda ser impartida por los hombres.

En su etapa en la Junta de Gobierno del ICAV, constituyó con otro gran Académico Javier Boix, y con Luis Miguel Higuera, la Comisión de Defensa de la Defensa, para dar amparo colegial a cualquier abogado que se considerara limitado en la misma en algún momento de su ejercicio. Comisión que funcionó con verdadera eficacia, y que se ha continuado por el Colegio por su importancia en el mejor ejercicio profesional..

Finalmente quiero destacar en nuestro recipiendario, su exigencia con la Deontología profesional, de la que ha sido Profesor por una parte, y miembro de la Comisión Deontológica del Colegio de Abogados por otra.

Empapado de aquella exigencia que rige nuestra profesión

desde Ulpiano, y en la que junto con el “alterum non laedere” y el “suum cuique tribuere” figura en primer lugar el “honeste vivere”. Exigencia profesional ineludible de todos los que queremos ser dignos de esta profesión.

La delicada naturaleza de los bienes que nuestros clientes nos confían: derechos, libertades o patrimonio, conlleva a que la relación profesional abogado- cliente, sólo pueda desarrollarse como una relación de confianza; y ello nos obliga a los abogados con nuestro actuar profesional y hasta me atrevo a afirmar también personal, a ser dignos de merecer esa confianza.

En conclusión, nuestro nuevo Académico es sin duda un gran y erudito jurista, pero sin destacar estas facetas de abogado, de defensor de la defensa y de rigor deontológico, no hubiera quedado completa su presentación.

EPILOGO

Permítanme para finalizar una pequeña anécdota personal.

En el mes de agosto de 1997, pretendiendo presentarme a la reelección como Decano, y buscando con ello formar la mejor candidatura posible, invité a Joaquín García Marin (veraneábamos en chalets próximos en una misma Urbanización en la Eliana) a que me acompañara al pueblo a comprar el pan. La finalidad claro era, aparte de disfrutar de su compañía, que me hablara de su hijo, al que no había tratado hasta entonces, de su vocación profesional, de su entusiasmo por la Justicia, de su apego al Colegio de Abogados, de su voluntad de servir a sus compañeros.

De ese paseo resultó al final que el Colegio de Abogados tuvo la fortuna de poder beneficiarse durante cinco años de la

labor de un extraordinario Diputado; un hombre de bien, un amigo leal y un eximio jurista, y del que desde hoy, estoy convencido, se beneficiará nuestra Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, a la que es un lujo incorporarle a esa galería de ilustres juristas valencianos que la forman.

Bienvenido.

Muchas gracias.