



Roj: **SAP M 14612/2004 - ECLI: ES:APM:2004:14612**

Id Cendoj: **28079370102004100713**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **10**

Fecha: **16/11/2004**

Nº de Recurso: **612/2003**

Nº de Resolución: **1070/2004**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOAQUIN NAVARRO ESTEVAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 10

MADRID

SENTENCIA: 01070/2004

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

MADRID

Sección 10

1280A

C/ FERRAZ 41

Tfno.: 913971937/913971947 Fax: 913971935

N.I.G. 28000 1 7008802 /2003

Rollo: RECURSO DE APELACION 612 /2003

Autos: DIVISION HERENCIA 567 /2002

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 50 de MADRID

De: Constanza

Procurador: MARIA TERESA UCEDA BLASCO

Contra: Víctor , Augusto , Carina ,

Rafael

Procurador: MANUEL LANCHARES PERLADO

PONENTE: ILMO. SR. D. JOAQUÍN NAVARRO ESTEVAN

**SENTENCIA**

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOAQUÍN NAVARRO ESTEVAN

D. JUAN LUIS GORDILLO ÁLVAREZ VALDES

D. ANGEL VICENTE ILLESCAS RUS

En MADRID , a dieciséis de noviembre de dos mil cuatro.

La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos nº 567/02, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 50 de Madrid , seguidos entre partes, de una, como demandada-apelante Dª Constanza , representada por la



Procuradora D<sup>a</sup> Teresa Uceda Blasco y defendida por Letrado, y de otra como demandados-apelados D. Víctor Y D. Víctor , representados por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado y defendidos por Letrado, como demandante-apelado D. Augusto , representado por el Procurador D. Ignacio Aguilar Fernández y defendido por Letrado, como demandados-apelados D<sup>a</sup> Carina , D. Rafael Y D. Augusto , representados por el Procurador D. Ignacio Aguilar Fernández y defendidos por Letrado, seguidos por el trámite de juicio verbal.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo.Sr. D. JOAQUÍN NAVARRO ESTEVAN.

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Madrid, en fecha 11 de abril de 2003, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: FALLO:"Que estimando la solicitud de división judicial de la herencia formulada por el procurador de los Tribunales D. Ignacio Aguilar Fernández en nombre y representación de D. Augusto contra Dña. Carina , Rafael Y Alvaro , D. Constanza , D. Víctor Y DÑA. Constanza , apruebo las operaciones divisorias de la Contadora-Partidora nombrada por este Juzgado, sin hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes. Sin hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada. Admitido el recurso de apelación en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la parte apelada. Elevándose los autos ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de fecha 21 de julio de 2004, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 2 de Noviembre de 2004.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dentro de la aparente complejidad de la "litis", sólo dos cuestiones aparecen como esenciales. Ambas están estrechamente vinculadas. La primera es la calidad, en cuanto heredero, del nieto, concurriendo con su padre a la herencia de su abuelo que, encima, es favorecido grandemente en la división testamentaria, con reducción y conmutación a metálico de la legítima de otros hijos del testador. La segunda es si el testador-partidor designado por los herederos para la división hereditaria tiene o no la calidad de contador-partidor dativo.

El primer problema parece claramente zanjado en el Código Civil. Los nietos sólo son herederos por derecho propio cuando concurren a la herencia de sus abuelos por imposibilidad (muerte o desheredación) de sus padres. En caso contrario, si sus padres son herederos (legitimarios, por tanto) no tienen la calidad de legitimarios. No son herederos forzosos. Heredan por derecho de representación, no por derecho propio. No cabe hablar de la preterición hereditaria de un nieto cuando su padre es heredero. Sin embargo, pueden ser mejorados.

No se trata, como debiera ser, de cuestiones elementales si se tiene en cuenta lo que se dice en la sentencia apelada, que estima como aju3stado a derecho la decisión de atribuir a un nieto del testador, existiendo tres hijos, a lo que no se ha desheredado, el único bien objeto de la división hereditaria, y conmutando la legítima de los hijos con pagos en metálico. Según pacífica y reiterada doctrina del Tribunal Supremo (Vide, por todas, la sentencia de 26 de abril de 1.997 , que resume la doctrina al respecto de nuestro más alto tribunal de Justicia), la legítima es "pars hereditalis" y no "pors valoris"; por tanto, es cuota herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia, porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios.... Esta calificación de la legítima -continúa diciendo la resolución del T.S.- no impide que el testador pueda disponer de alguno de los bienes de la herencia en su totalidad a favor de un legitimario o de otra persona, siempre que se respete la legítima de sus herederos forzosos y ésta se pague con bienes de la herencia".

En el caso que nos ocupa, la sentencia apelada invoca la excepción que a la intangibilidad de la legítima establece el artículo 841 del Código Civil , que faculta al testador, o al contador- partidor expresamente autorizado por aquél, a 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".

SEGUNDO.- El precepto ha sido objeto de diversas interpretaciones doctrinales en cuanto a su posible aplicación a los nietos. Sin embargo, la mejor doctrina, que se va imponiendo a partir de Vallet de Goytisolo, es la de que el nieto puede también ser adjudicatario en el sentido del referido artículo 841. No es legitimario, pero puede ser mejorado y le pueden ser aplicables las prescripciones del artículo en cuestión, siempre que el testador se refiera explícitamente al mismo o a su contenido literal y específico. Se trata, como decimos, de una interpretación doctrinal con representantes muy notables. Algunos, como Lacruz, nada dicen al respecto. Otros ponen de manifiesto que la dicción del artículo 842 del propio Código parece contradecir esa interpretación al hablar de que "cualquiera de los hijos o descendientes obligados a pagar en metálico la cuota hereditaria a sus hermanos podrá exigir que dicha cuota sea satisfecha en bienes de la herencia".

En el supuesto de autos, el nieto del causante es adjudicatario de cinco sesentavas partes del único bien objeto de la división. Su padre, que es legitimario, sólo es adjudicatario de cinco partes. En consecuencia, la adjudicación a Don Rafael de las cinco sesentavas partes del inmueble, en perjuicio de la satisfacción "in natura" de los legitimarios, parece vulnerar lo establecido en el artículo 841 del Código Civil y su aplicación debiera estar ordenada clara y terminantemente, lo que no es el caso de autos, por el testador.

TERCERO.- También lo vulnera flagrantemente la circunstancia de que aquella decisión divisoria le adopte un contador-partidor de una partición judicial, que no tiene el carácter de dativo. El párrafo segundo del artículo 1.057 del Código Civil lo dice con claridad meridiana: "No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante en el cargo, el Juez, a petición de herederos y legatarios que representen al menos el 50% del haber hereditario, y con citación de los demás interesados... podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece para la designación de Peritos...".

En el caso que nos ocupa, la contadora-partidora no fue nombrada por el Juez "a petición de herederos y legatarios que representen al menos el 50% del haber hereditario", sino que fue nombrada dentro de un procedimiento especial de división judicial de la herencia, regulado en los artículos 782 y siguientes de la Ley Procesal Civil, instado por uno de los herederos. Nombrada, específicamente, por sorteo en la Junta de herederos dentro de la división judicial de la herencia, solicitada por uno de los herederos. En todo caso, el solicitante hizo constar que interponía demanda "en solicitud de división judicial de la herencia pendiente de adjudicación de su fallecido padre". "La presente demanda habrá de tramitarse -decía el solicitante- por lo dispuesto en los artículos 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil". No se invocaban las reglas que dicha Ley establece para la designación de Peritos, como ordena, para el nombramiento de un contador-partidor dativo, el referido artículo 1.057, párrafo 2, de la Ley Procesal Civil.

Por consiguiente, doña Alicia no es una contadora-partidora nombrada para realizar una partición en la modalidad del contador-partidor dativo como arbitrador o amigable componedor, nombrado, en cuanto tal, por el Juez, sino que es una contadora-partidora nombrada para realizar la partición judicial propia del procedimiento para la división de la herencia regulado en la Sección Primera, capítulo primero, Título II, libro IV, de la Ley Procesal Civil. Era, precisamente, como queda dicho, el procedimiento invocado en su solicitud por Don Augusto.

En consecuencia, la referida contadora-partidora carece de la condición de contadora-partidora dativa. No lo es tampoco testamentaria y como simple contadora-partidora de una partición judicial no tiene facultades para la adjudicación íntegra del único bien que se tenía que dividir. Por tanto, la sentencia apelada, al aprobar las operaciones particionales realizadas por doña Alicia, ha infringido el artículo 841 del Código Civil.

CUARTO.- Estima la Sala que, como denuncia la parte apelante, la resolución recurrida infringe también, dadas las circunstancias expuestas, los artículos 1.061 y 1.062 del Código Civil, que imponen "la posible igualdad" en la partición de la herencia, estableciendo como única excepción que la cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, en cuyo caso "podría adjudicarse a uno a calidad de abonar a los otros el exceso de dinero".

Es incuestionable la divisibilidad del único bien objeto de la presente partición que, además, podría ver incrementado su valor por razones urbanísticas de futuro, en absoluto excluibles. Así, respetándose el principio de igualdad, justamente con el de intangibilidad de la legítima, las expectativas de mayor beneficio serían iguales para todos los herederos.

QUINTO.- La sentencia apelada invoca la necesidad de respetar la voluntad del testador de mantener dentro de la familia las fincas incluida la que es objeto de esta partición. Así, la cláusula quinta del testamento expone, tras consideraciones históricas, sentimentales y familiares, la voluntad del testador "en cuanto sea posible"-



de que se adjudiquen todas sus tierras a su nieto Rafael y a su hijo Augusto , padre de aquél (el nieto era menor de edad cuando se formalizó el testamento).

Sin embargo, el contador-partidor testamentario, el ya fallecido Sr. Fidel , estimó que la adjudicación de las fincas al nieto Rafael no cumplía realmente la voluntad del testador, pues no cumplirían -ni él ni su padre- el deseo de aquél de mantener las fincas en la familia, deseo que quedaría frustrado por la venta de dichas fincas "ya contemplado desde antes de la misma adjudicación". Así se hacía constar por el contador-partidor dativo, nombrado por el testador, que adjudicó la finca más importante de las que se dividían a su hija Doña Constanza -la apelante-, adjudicando al padre de Rafael -Don Augusto - la finca llamada " DIRECCION000 ". Esta fue vendida al poco tiempo de la adjudicación.

Así pues, el contador-partidor dativo interpretó y aplicó de esta forma la voluntad testamentaria y así consta en el cuaderno particional de fecha 14 de junio de 1.990 (documento 8 de la demanda), protocolizado notarialmente en fecha 26 de julio de 1.991. En sus "Declaraciones Finales", el contador designado por el testador decía lo que sigue: "Cuando sea aclarado el carácter de finca rústica, acerca del cuál se han suscitado dudas a la hora de confeccionar este cuaderno (el texto se refiere a la finca objeto de la presente partición) y también si apareciesen en el futuro más bienes pertenecientes al causante, serán distribuídos mediante las oportunas adjudicaciones de herencia en la misma forma que los que han sido objeto de estas operaciones".

Es indudable que, aparte de lo ya expuesto y razonado, no se ha procedido así en la partición judicial que nos ocupa. Es más; la sentencia apelada contradice la voluntad del Consorcio de la herencia intentando, aparentemente, cumplir la voluntad del testador, incluso contra lo legalmente exigible y contra la interpretación real, lógica, teleológica y sistemática de la voluntad del testador. La sentencia recurrida debió aplicar adecuadamente lo dispuesto en el artículo 786, apartado 1, de la Ley Procesal Civil , teniendo en cuenta que el Comisario Sr. Fidel había indagado la voluntad del testador en la forma que se ha dicho y razonado y, desde luego, adecuándola a las exigencias legales que han quedado expuestas con la necesaria amplitud. La sentencia recurrida no ha tenido en cuenta la pacífica y reiterada doctrina del Tribunal Supremo que consagra al Comisario testamentario como una especie de intérprete auténtico de la voluntad del causante, reconociendo plena autoridad a la interpretación por el mismo plasmada en el cuaderno particional y disponiendo su debido respeto por los Tribunales.

SEXTO.- Entiende la Sala tras lo expuesto, que la división de la finca entre todos los herederos es la fórmula más equitativa y adecuada a la naturaleza y características del único bien objeto de la partición. Fórmula que, de otro lado, coincide sustancialmente con el referido cuaderno particional del Comisario testamentario, que interpreta auténticamente la voluntad testamentaria y no vulnera precepto legal alguno.

SÉPTIMO.- Teniendo en cuenta la naturaleza de la "litis", que puede haber planteado dudas jurídicas legítimas a las partes, singularmente a la apelada, no procede expresa imposición de las costas de ambas instancias ( artículos 394, párrafo primero, "in fine", y artículo 398, ambos de la Ley Procesal Civil).

Vistos los preceptos legales citados y demás disposiciones normativas de general y pertinente aplicación.

### III.- F A L L A M O S

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Doña Constanza , representada por la Procuradora Sra. Uceda Blasco, contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de 1ª Instancia Número 50 de Madrid, con fecha 11 de abril de 2003 , recaída en los autos a que el presente rollo se contrae, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la referida resolución, dictando en su lugar la siguiente:

Que desestimando las operaciones divisorias realizadas por la Contadora-Partidora en el presente procedimiento, y estimando la oposición formulada por la apelante ya mencionada, debemos declarar y declaramos que la división del único bien objeto de la partición debe ser realizada mediante la adjudicación de la finca a todos los interesados en la herencia, en proporción a sus respectivas cuotas hereditarias. Todo ello sin expresa imposición de las costas de ambas instancias.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.