



Roj: **SAP M 382/2012 - ECLI: ES:APM:2012:382**

Id Cendoj: **28079370182012100037**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **18**

Fecha: **23/01/2012**

Nº de Recurso: **859/2011**

Nº de Resolución: **37/2012**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JESUS CELESTINO RUEDA LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 18

MADRID

SENTENCIA: 00037/2012

Rollo: RECURSO DE APELACION 859 /2011

Proc. Origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 2347 /2009

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 38 de MADRID

PONENTE: ILMO. SR. D. JESÚS RUEDA LÓPEZ

APELANTE: Paula , Nicanor

PROCURADOR: MARIA DEL PILAR PEREZ CALVO, MARIA DEL PILAR PEREZ CALVO

APELADO: María Cristina

PROCURADOR: JOSE LUIS MARTIN JAUREGUIBEITIA

En MADRID, a veintitrés de enero de dos mil doce.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

ILMO. SR. D. LORENZO PÉREZ SAN FRANCISCO

ILMO. SR. D. PEDRO POZUELO PÉREZ

ILMO. SR. D. JESÚS RUEDA LÓPEZ

La Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos sobre nulidad y subsidiaria rescisión de partición de herencia, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como apelantes demandados D. Nicanor y Dª Paula representados por la Procuradora Sra. Del Pilar Pérez Calvo y asistidos por el Letrado Sr. Pérez Calvo y de otra, como apelada demandante Dª María Cristina representada por el Procurador Sr. Martín Jaureguibeitia, seguidos por el trámite de Juicio Ordinario.

Visto, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JESÚS RUEDA LÓPEZ.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

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

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Madrid, en fecha 4 de abril de 2011, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Uno.- con estimación de la demanda interpuesta por doña María Cristina , representada por el procurador don José Luís Martín Jáureguibeitia, contra don Nicanor y doña Paula , estos dos representados por la procuradora doña María del pilar Pérez Calvo;



Dos.- declaro la nulidad del cuaderno particional de la herencia de don Pedro Enrique formalizado el 1.7.2009 y elevado a escritura pública formalizada el 9.7.2009 ante el notario de Madrid don Santiago Mora Velarde con nº de su protocolo 1.389, con todos los efectos que, de tal declaración se deriven;

Tres.- y condeno a los demandados a estar y pasar por dicha declaración;

Cuatro.- por último, condeno a los demandados al pago de las costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con expresión de que:

Contra la misma cabe recurso de apelación, que habrá de interponerse en su caso en el plazo de cinco días ante este mismo Juzgado mediante escrito de preparación de dicho recurso que se limitará a citar la resolución apelada y a manifestar la voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que impugna, conforme a lo dispuesto por los artículos 455.1 y 457.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y ello para su posterior tramitación y resolución por la Audiencia Provincial de Madrid;

Asimismo, con el escrito de preparación del recurso de apelación, deberá acreditar haber constituido el DEPOSITO requerido por la Disposición Adicional Decimoquinta, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, añadida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre BOE 4.11.2009), de CINCUENTA EUROS (50,00), mediante su consignación en la cuenta de consignaciones y depósitos titularidad de este Juzgado en Banesto SA, con apercibimiento de que, de no verificarlo, no se admitiría el recurso cuyo depósito no esté constituido."

SEGUNDO.- Por la parte demandada se interpuso recurso de apelación contra la meritada sentencia, admitiéndose a trámite y sustanciándose por el Juzgado conforme a la Ley 1/2000, se remitieron los autos a esta Audiencia.

TERCERO.- Que recibidos los autos en esta Sección se formó el oportuno rollo, en el que se siguió el recurso por sus trámites. Quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 19 de enero de 2012.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Con fundamento legal entre otros en los arts, 1261, 1302, 839, 1392 y concordantes C.c. se ejercitó en su día por la parte actora la acción de nulidad y subsidiariamente de rescisión de las operaciones particionales efectuadas por los demandados de la herencia del padre de los mismos, esposo de la actora, protocolizadas notarialmente en escritura pública de 9 de julio de 2009, al no concurrir ni el conocimiento ni el consentimiento de la demandante, heredera forzosa y legataria del tercio de libre disposición según el testamento otorgado por el finado de 17 de octubre de 2007, y sin haberse procedido a la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales existente entre el finado y la actora, segunda esposa de aquél, pretensiones a las que se opusieron los demandados negando la necesidad de intervención de la demandante en la realización de las operaciones particionales en las que no se incluyeron bienes de naturaleza ganancial sino exclusivamente privativos de su difunto padre, siendo dictada sentencia en la instancia por la que se estimaba la demanda formulada declarándose la nulidad de tales operaciones particionales e interponiéndose por los demandados el recurso que es ahora objeto de consideración por esta Sala y que ha venido a fundamentarse en la a su juicio errónea en tanto que parcial valoración de la prueba.

SEGUNDO .- Planteada en tales términos al cuestión en esta alzada y examinando el contenido de los dos motivos de recurso no acierta a apreciarse cual sea el fundamento de la impugnación. En el primero de los motivos se inicia con la consideración subjetiva de que la confección del cuaderno particional declarado nulo en la instancia tenía como finalidad de dar salida a la situación de "despojo" que la demandante producía a los herederos del finado, alegación que obviamente per se no es acogible en sede judicial cuando la Ley establece los cauces posibles para dar salida a esa situación.

Efectivamente, tras otras manifestaciones se viene a decir que el hecho de que la sociedad legal de gananciales en su día existente entre la demandante y el finado padre de los recurrentes no se haya liquidado es imputable a la propia demandante que no ha realizado intento alguno a tales fines obviando que la liquidación del régimen económico ya disuelto por fallecimiento de uno de los cónyuges puede ser instada por sus herederos, de la misma forma que el hecho de que la demandante detente la posesión del patrimonio privativo del finado y de hecho la administración de la sociedad explotadora de un restaurante no faculta a los herederos a proceder obviando la intervención de la viuda. Ha de procederse en legal forma, de manera que aunque pueda resultar dilatada en el tiempo lo es menos que la realización de actos que puedan ser declarados nulos para empezar nuevamente desde el principio, y esa actuación ajustada a derecho pasa precisamente por proceder a la



previa liquidación de la sociedad ganancial y en todo caso por confeccionar un cuaderno particional en el que intervenga la demandante no por capricho esta Sala y del Juzgador de instancia sino porque así está legalmente establecido, con independencia de la responsabilidad en que la demandante pueda incurrir por los perjuicios que pudiera causar en la explotación del negocio y la administración de la sociedad titular del mismo o de los daños producidos o lucros no devengados que se deriven de la detentación del patrimonio privativo de su fallecido cónyuge, sin ello fuera así y a esa responsabilidad hubiera lugar. Pero ambos conceptos no son excluyentes y desde luego la mera afirmación de esa detentación no sana los actos nulos que se hubieran ejecutado.

TERCERO .- Examinado el testamento del fallecido padre de los demandados recurrentes se aprecia que en él, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria correspondiente a la actora, lega a la misma en pleno dominio el tercio de libre disposición. Es evidente, ante tal disposición testamentaria, que el testador no dispuso a favor de su esposa un legado de cosa determinada a los efectos del artº. 861 C.c . sino un legado de cuota de ese tercio, es decir, un legado de parte alícuota de la misma, y por lo tanto, como resuelve la STS de 14 de julio de 2008 , tal legataria forma parte de la comunidad hereditaria, lo que le faculta para instar la división judicial de la herencia, y por ende, añadimos, la convierte en necesaria partícipe de las operaciones particionales, con lo que la omisión de su consentimiento, incluso de su conocimiento, en su realización, vicia de nulidad tales operaciones, toda vez que aunque el Código civil carece de una regulación específica sobre la ello, fuera del artº. 1081 , la jurisprudencia ha declarado que habrá que entender aplicables a la materia las normas sobre nulidad de los negocios jurídicos y principalmente de los intervivos contractuales, teniendo muy presente la consecuencia de que sólo se originará esa nulidad si existe carencia o vicio sustancial de los requisitos esenciales del acto.

Es cierto que conforme al artº. 1058 Cc . la facultad para realizar la partición la tienen los herederos del causante y que en el caso enjuiciado sólo son tales los hijos hoy recurrentes, quedando excluidos los legatarios, ahora bien esa exclusión es de los legatarios de cosa cierta y determinada pero no los de parte alícuota en base a lo antes expuesto.

Es cierto también, a diferencia de lo que afirma la demandante, que la partición puede efectuarse sin intervención de la viuda, no pudiendo confundirse los conceptos de heredero con el de "heredero forzoso", sinónimo de legitimario, ni entenderse que el artº. 839 C.c . exige el acuerdo del cónyuge viudo.

En cuanto al primero de tales enunciados, como enseña la jurisprudencia, aún cuando la literalidad del artículo 807 C.c ., señala como heredero forzoso al cónyuge viudo, tal aseveración se ha visto, totalmente desvirtuada al considerarse que en modo alguno la cualidad de "heredero" concurre en tal, sino que éste ostentaría un derecho legitimario, que se plasmaría en el usufructo viudal, en la cuota que le correspondiera, según concurra con unos u otros herederos en este caso forzosos del causante. Así cabe mencionar la STS de 25 de octubre de 2000 , donde se establece, que a los efectos del artículo 1.035 del C.c ., la obligación de colacionar, que se impone a los herederos forzosos, no alcanzaría al cónyuge, viudo, que no entra en esta categoría, puesto que en lo que se refiere a su cuota usufructuaria, tiene exención de tal obligación, por su peculiar situación jurídica, en la sucesión que no cabría compatibilizar con la finalidad de la colación, que no es otra que la de igualar a los iguales. De la misma forma, esta Audiencia Provincial de Madrid, secc. 9ª, en su sentencia de 18 de marzo de 2002 ha entendido que el usufructo legal legitimario, no comporta más que el derecho real limitativo del dominio de los auténticos herederos en que consiste, a concretar "ex re certa" no propiciando la confusión entre las personalidades de causante y usufructuario y no confiere a este el ius disponendi de los bienes usufructuados. Por lo que no cabría identificar, podría concluirse, al legitimario, con el heredero legal. (SAP Madrid sec. 18ª de 26 de febrero de 2004).

Item mas, aunque los artículos 806 y 807 C.c . se refieren, en efecto, a los "herederos forzosos", e incluyen al viudo o la viuda, lo hacen en un sentido que jurisprudencia y doctrina han precisado y matizado en abundantísimas aportaciones, tanto en cuanto a la imposibilidad de ver en la legítima, por sí misma, y salvo que se haya deferido a título de heredero (item más cuando es en usufructo) una sucesión universal (artículos 659 , 660 y 661 C.c .), cuanto en el sentido de subrayar que en el caso de la legítima del cónyuge viudo (artículo 834 C.c .) éste, en cuanto simple legitimario, no responde de las deudas hereditarias: Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1904 , 4 de julio de 1906 , 25 de enero de 1911 , 10 de enero de 1920 , 9 de junio de 1949 , 11 de enero de 1950 , 28 de octubre de 1979 SIC , 9 de enero de 1974 , 20 de septiembre de 1982 , y con mucha claridad, la de 28 de octubre de 1970 . Las diferencias entre heredero y sucesor usufructuario se subrayan en las Sentencias de 24 de enero de 1963 , 20 de octubre de 1987 , y otras. Se dice en ellas que el instituido en usufructo no es heredero, recogiendo una doctrina tan ampliamente compartida que las excepciones, que sólo cabe encontrar por referencias al nomen «heredero forzoso» o al uso impropio de la voz «heredero», son marginales. La llamada «herencia forzosa» es generalmente entendida, según la posición doctrinal más ampliamente compartida, como un derecho a percibir por cualquier título una



cierta cuantía del patrimonio del causante o su valor y, en cierta medida, a ser mencionado en el testamento, quedando entonces a elección del testador el título por el que la percepción va a tener lugar o ya ha sido realizada. Incluso el más importante de los valedores de la tesis según la cual los legitimarios son herederos, señala que, respecto del cónyuge viudo, es reiterada la jurisprudencia que estima que el cónyuge legitimario no puede ser demandado por las deudas hereditarias, o que no puede ser condenado a su pago, o que no responde «ultravires», y cita en apoyo de esta tesis las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1906 , 25 de enero de 1911 , 11 de enero de 1950 , 24 de enero de 1963 , 28 de octubre de 1970 , 20 de septiembre de 1982 (SAP Albacete de 13 de enero de 2011).

CUARTO .- En relación con el segundo de los enunciados previos, ha de afirmarse que la facultad de elegir una de las formas expresadas en el artículo 839 C.c . para el pago de la cuota legal usufructuaria corresponde a los afectados por el usufructo de la viuda, al tratarse de una carga sobre su porción hereditaria; sólo a ellos les está permitida la facultad de elección, que no se facilita a la demandante, dado que ella es la beneficiaria de la cuota viudal usufructuaria, con independencia de la institución de legado verificada por el causante en su testamento, todo ello en consonancia con el texto del precepto, que sólo permite la elección a los «herederos que tienen que satisfacer al cónyuge su parte de usufructo», (cfr, STS 25 de octubre de 2000).

Por lo tanto la nulidad de las operaciones particionales pretendida ni podría basarse en la no participación de un legatario de cosa cierta y determinada ni podría fundarse en la no intervención de la viuda beneficiaria de la cuota legal usufructuaria como legitimaria.

Al contrario, ha de resolverse cuando nos hallamos ante un legado de cuota o parte alícuota como es el constituido en el testamento del finado, y cuando se ha procedido a efectuar la partición sin la previa liquidación de la sociedad ganancial.

Efectivamente, la nulidad de la partición por falta de la previa liquidación de la comunidad de gananciales es incuestionable. La partición produce la extinción de la comunidad hereditaria, mediante la división y adjudicación a los coherederos del activo de la herencia, tal como prevén los artículos 1051 y siguientes C.c ., la cual, como dice el artículo 659 comprende los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, es decir, que no se comprende la mitad de la comunidad ganancial que corresponde al cónyuge supérstite. Tal como precisa la sentencia de esta Sala de 7 de septiembre de 1998 , «el objeto de una partición hereditaria sólo puede recaer sobre bienes de la exclusiva propiedad del testador, y la otra mitad de los bienes gananciales no lo son»; y así se proclama en la emblemática Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 13 de octubre de 1916, cuando, entre otras cuestiones, establece «que es necesario que los bienes distribuidos en una partición testamentaria sean propios del causante». Hacerlo, mezclando bienes privativos y gananciales no es otra cosa que incluir bienes ajenos al patrimonio del causante. Ya la sentencia de 7 de diciembre de 1988 , citada por la anterior, destacaba que «como requisito condicionante de la validez y eficacia de la partición que contempla el artículo 1056 C.c ., es que la misma se refiera a bienes que forman parte del patrimonio del testador que la hace, como exige expresamente el citado precepto». (STS 15 de junio de 2006)

Y a lo anterior en modo alguno obsta la afirmación de que los bienes incluidos en esa partición eran privativos del causante y que se ignora la existencia de bienes gananciales cuando, por lo menos, es dudosa la procedencia y titularidad de los saldos en cuenta corriente y depósito bancario, cuando se considera ganancial parte del pasivo y cuando se describe como parte del activo la mitad indivisa de un solar adquirido en escritura de fecha anterior al matrimonio del finado con la actora, pero se afirma que en ese solar "se ha edificado una vivienda pendiente de declaración de obra nueva", ignorándose la fecha de la construcción y singularmente si en esa construcción se han empleado fondos privativos o gananciales, para en su caso reconocerse el crédito a favor del cónyuge inversor y a cargo de la sociedad ganancial o al contrario.

Es decir, que los recurrentes pudieron y pueden, ante la alegada pasividad de la demandante, proceder a instar la división judicial del patrimonio hereditario y la previa liquidación de la sociedad ganancial incluso de forma conjunta y en la misma litis, a falta de acuerdo, pudiendo incluso instar en él lo procedente en cuanto a la administración del caudal relicto, sus negocios o sociedades, sin que esa alegada pasividad les legitime para proceder por sí a la realización de las operaciones particionales sin intervención de la actora en base a todo lo expuesto, existiendo los cauces legales oportunos para obtener la protección de sus derechos e intereses.

En su consecuencia, procede la desestimación del recurso formulado, confirmándose la sentencia recurrida con imposición a los recurrentes de las costas procesales causadas en esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Por cuanto antecede en nombre de Su Majestad El Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,



III.- FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Nicanor y D^a Paula representados por el Procurador de los Tribunales Sra. Pérez Calvo contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez titular del Juzgado de 1^a. Instancia n^o 38 de Madrid de fecha 4 de abril de 2011 en autos de juicio ordinario n^o 2347/09 DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente la misma con imposición a los recurrentes de las costas procesales causadas en esta alzada. Con pérdida del depósito constituido.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno por razón de la cuantía, cabiendo en su caso recurso de casación por interés casacional si concurren las circunstancias previstas en el art^o. 477.2.3^o y 3 LEC , y, también en su caso, extraordinario por infracción procesal en la forma prevista en la DA. 16^a LEC en relación con el art^o. 469 LEC .

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

PUBLICACIÓN.- Extendida y firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, e incorporada al libro de resoluciones definitivas, se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.