



Roj: **SAP O 754/2012 - ECLI: ES:APO:2012:754**

Id Cendoj: **33024370072012100104**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **7**

Fecha: **23/03/2012**

Nº de Recurso: **757/2011**

Nº de Resolución: **134/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARTA MARIA GUTIERREZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7**

**GIJON**

**SENTENCIA: 00134/2012**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE**

**GIJON**

**Sección 007**

Domicilio : PRENDES PANDO 1-3ª PLANTA

Telf : 985176944-45

Fax : 985176940

Modelo : SEN000

N.I.G.: 33024 42 1 2011 0002945

**ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000757 /2011**

Juzgado procedencia : JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 de GIJON

Procedimiento de origen : JUICIO VERBAL 0000388 /2011

RECURRENTE : Iván

Procurador/a : MATEO MOLINER GONZÁLEZ

Letrado/a : Iván

RECURRIDO/A : Pura

Procurador/a :

Letrado/a : ARTURO CUETOS MORAN

**SENTENCIA núm. 134/2012**

**ILTMA. SRA. MAGISTRADA**

**DÑA. MARTA MARÍA GUTIÉRREZ GARCÍA**

En Gijón, a veintitrés de marzo de dos mil doce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Gijón, los Autos de Juicio Verbal 388/2011, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Gijón, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) **757/2011**, en los que aparece como parte apelante, D. Iván ,



representado por el Procurador de los Tribunales D. Mateo Moliner González, asistido por el Letrado D. Iván y como parte apelada, Dña. Pura , en su propia representación, asistida por el letrado D. Arturo Cuetos Morán.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Gijón dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 8 de julio de 2011 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la demanda formulada por Iván contra Pura , debo de absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones deducidas en la misma, imponiendo al demandante las costas que pudieran haberse causado en este procedimiento."

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de D. Iván se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para dictar resolución el día 20 de marzo de 2012.

**TERCERO.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos por la Il<sup>ta</sup>. Sra. Magistrada **DÑA. MARTA MARÍA GUTIÉRREZ GARCÍA**, constituido como Órgano unipersonal, conforme a lo dispuesto en el Art. 82.2.1º de la L.O.P.J .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de primera instancia desestima la reclamación de honorarios realizada por D. Iván contra DÑA. Pura , derivados de su actuación como albacea contador-partidor, administrador y comisario, para los que había sido designado en testamento por el padre de la demandada, una vez formalizado el cuaderno particional de la herencia conforme a la voluntad testamentaria, por entender que las actuaciones llevadas a cabo por la demandada no pueden considerarse como aceptación tácita de la herencia, por lo que ningún gasto de la partición puede serle exigido.

Interpuesto recurso de apelación por la parte actora se denuncia incongruencia de la sentencia en relación a la petición de la demanda y de la oposición y error en la apreciación de la prueba y en cuanto a la imposición de costas por estimar que presenta serias dudas de hecho.

**SEGUNDO.-** El primero de los motivos de recurso viene referido a la incongruencia de la sentencia por cuanto se ha de partir del hecho de si el albacea contador partidor ha cumplido el encargo y tiene derecho a percibir los honorarios, en tanto que el juzgador a quo lo supedita a la aceptación de la herencia.

Constituye doctrina de la Sala 1ª del TS como se recoge en la sentencia de 9 de mayo de 2011 de dicha Sala que el deber de congruencia, consistente en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen objeto del proceso, existen allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada ( STS 11 febrero de 2010 ). Hay incongruencia ultra petita (exceso de pedido) cuando se concede más de lo solicitado por la parte litigante ( STS 17 septiembre de 2008 ).

La sentencia impugnada no incurre en incongruencia ultra petita, al no modificar los términos en que se planteó el debate, dado que se ha resuelto sobre la aceptación de la herencia como legitimación para asumir la deuda, pues si la herencia no está aceptada no estaría legitimada pasivamente la demandada.

En efecto el art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento civil para que una parte pueda ser considerada como legítima tiene que ser titular de la relación jurídica y objeto litigioso; y en este sentido la apelada para considerarse vinculada con la reclamación que aquí se le formula sólo respondería si hubiese aceptado la herencia, de forma expresa o tácita como permite el art. 999 del código civil , dado que en materia de aceptación de herencia, y en relación al régimen sucesorio del código civil, resulta incuestionable que rige el denominado sistema romano caracterizado porque no basta la delación hereditaria (apertura, vocación y delación) para ser titular del derecho hereditario, sino que además es preciso que el heredero acepte la herencia. Producida la delación, el heredero, el llamado a heredar en concreto, como titular del "ius delationis", puede aceptar o repudiar la herencia, pero en tanto no acepte, como se ha dicho, no responde de las deudas de la herencia.

**TERCERO.-** El siguiente motivo de recurso se centra en el error en la valoración de la prueba en relación a las actuaciones de la demandada en las comparecencias efectuadas en los juicios previos que no los considera el Juez como aceptación tácita de la herencia.

Partiendo de los términos en que ha quedado concretado el recurso, su resolución pasa por decidir si la personación de la demandada tanto en el procedimiento de jurisdicción voluntaria en el que se solicitaba por parte del albacea contador partidor la aprobación judicial de las operaciones particionales y adjudicaciones efectuadas en donde manifestó que se opone al cuaderno por considerar que no se incluyen en el activo la



totalidad de los bienes integrantes del caudal relicto y que la valoración de los bienes no se acerca al valor de mercado; como en el posterior ordinario entablado por el Sr. Iván para declarar la validez del contenido del cuaderno y su protocolización donde la demandada se personó y contestó oponiéndose a las pretensiones del contador-partidor volviendo a reiterar su oposición a la valoración de los bienes y la incorrecta realización del inventario por la falta de inclusión de algunas fincas, y la no consideración de las donaciones efectuadas por el causante ni las mejoras por ella realizadas en algunas fincas, así como la no inclusión de la factura y gastos del albacea, son actos que deben considerarse como aceptación tácita de la herencia.

Como no podía ser de otra manera, se asume la jurisprudencia que la sentencia cita, elaborada en torno a la aceptación tácita de la herencia, jurisprudencia que exige que tal aceptación se realice por actos concluyentes que revelen de forma inequívoca la intención de adir la herencia, o sea, aquellos actos que por sí mismos revelen la intención de querer ser o manifestarse como herederos ( STS de 26 de junio de 2000 ).

Teniendo en cuenta la doctrina expuesta y la casuística existente en torno a cuales son los actos del llamado a la herencia que pueden considerarse como aceptación tácita de la misma, no se comparte la conclusión que alcanza la sentencia apelada. Se considera que la personación y contestación con oposición de la apelada en los procesos antes expuestos, supone la aceptación tácita, que se deriva de hechos inequívocos, claros y precisos, reveladores de la voluntad del heredero de aceptar la herencia, como son los anteriormente indicados, pues en ellos se están señalando bienes no tenidos en cuenta por el contador partidor y las valoraciones de los incluidos, pues si su intención fuera la de conocer su valoración y alcance a efectos de considerar si aceptaba o no la herencia pudo haberlo manifestado así exponiendo la intención y el sentido de la oposición pero nada de eso se trasluce de las objeciones planteadas al cuaderno, que más bien se refieren al desacuerdo por las valoraciones e inclusiones que afectan a las parte a ella correspondiente.

Por lo expuesto y dado que la aceptación una vez hecha es irrevocable, irrenunciable ( art. 997 CC ) e indivisible, pues no puede hacerse en parte ( art. 990 CC ), retrotrae sus efectos al momento de la muerte de la persona a la que se hereda ( art. 989 CC ), no puede darse eficacia a la renuncia realizada al oponerse al monitorio del que trae causa el presente procedimiento.

**CUARTO.-** Entendiéndose por aceptada la herencia con las consecuencias que ello conlleva, resta únicamente por determinar la retribución del albacea contador partidor testamentario y si bien el art. 908 CC establece la gratuidad del albaceazgo, dice también que ello es sin perjuicio del derecho que le asista para cobrar lo que le corresponda por los trabajos de partición u otros facultativos, máxime si como aquí ocurre el cargo de albacea es desempeñado por un abogado en ejercicio de su profesión, teniendo declarado la jurisprudencia que en estos casos y con independencia de que los herederos estén o no de acuerdo con las operaciones particionales, tendrá aquel derecho a exigir sus honorarios correspondientes. Así lo reconoce la STS de 12 de julio de 1982 , y entre otras la AP de Madrid en sentencia de 29 de enero de 1993 al decir: " *no cabe negar al albacea contador partidor la retribución por sus honorarios profesionales cuando el nombramiento se hizo teniendo en cuenta la actividad profesional ( art. 908 CC )*".

Ahora bien, su derecho de cobro se haya subordinado a que la partición realizada revista condiciones de validez, siendo preciso que la obra realizada reúna condiciones que permitan utilizarla debidamente. En el caso presente, no ofrece duda alguna que el contador partidor llevó a cabo su trabajo, elaborando el correspondiente cuaderno particional, que cumple los requisitos legales, con su inventario, avalúo, división y adjudicación de los bienes que formaban parte del caudal relicto del causante. Y como ya tiene dicho esta Sala en la sentencia de 26/10/2001, reiterada en la de la sección 5ª de 1/03/2007 " *la labor del contador partidor dirimente concluyó con la elaboración del cuaderno particional, y por tanto sus honorarios ya son exigibles, con independencia de que el mismo haya sido posteriormente aprobado o impugnado*". Tampoco ha de ofrecer duda que el indiscutible derecho del apelante a cobrar por su trabajo no significa la ineludible aceptación de los honorarios reclamados por la realización de las operaciones particionales. En este caso no consta que se estableciera un precio predeterminado, lo que no significa que no pueda ser judicialmente fijado. La cantidad reclamada por el albacea no ha sido impugnado por la contraparte alegando que su importe sea excesivo o indebido, la única objeción deriva de la remisión de varios burofax, si bien la oposición de esta partida concreta que es la única impugnada debe ser desestimada desde el momento que se trata de gastos causados por la partición y a fin de poder hacerla efectiva.

**QUINTO.-** Procede, por tanto, estimar el recurso interpuesto y revocar la sentencia apelada, y en consecuencia, estimar la demanda interpuesta por D. Iván , con expresa imposición de las costas causadas en primera instancia a la parte demandada y, sin hacer expresa imposición de las causadas en esta alzada, en virtud de lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

**FALLO**



Por lo expuesto, se decide:

**ESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Moliner González en **no** mbre y representación de D. Iván contra la sentencia dictada por el juzgado de Primera instancia nº 6 de Gijón en los autos de juicio verbal nº 388/2011, que se **REVOCA**, y, en consecuencia, estimar la demanda interpuesta por el apelante contra DÑA. Pura condenando a la demandada a abonar al actor la cantidad de 748,62 euros, más los intereses legales correspondientes. Todo ello con imposición a la parte demandada de las costas causadas en primera instancia y sin hacer expresa imposición de las costas causadas en la instancia.

Así, por esta mi Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronuncio, mando y firmo.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ