



Roj: **SAP CS 430/2013 - ECLI: ES:APCS:2013:430**

Id Cendoj: **12040370012013100187**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Castellón de la Plana/Castelló de la Plana**

Sección: **1**

Fecha: **28/05/2013**

Nº de Recurso: **43/2013**

Nº de Resolución: **39/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ESTEBAN SOLAZ SOLAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN

SECCIÓN PRIMERA

Rollo de Apelación Civil Núm. 43 del año 2.013.

Procedimiento de división de herencia Núm. 635 del año 2.012.

Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción Núm. 2 de Nules.

SENTENCIA Nº 39

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Don ESTEBAN SOLAZ SOLAZ

Magistrados:

Don PEDRO LUIS GARRIDO SANCHO

Doña AURORA DE DIEGO GONZÁLEZ

En la ciudad de Castellón, a veintiocho de mayo dos mil trece.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón, constituida por los Ilmos. Sres. anotados al margen, ha visto y examinado el presente Rollo de Apelación Núm. 43 del año 2.013, incoado en virtud de recurso interpuesto contra la Sentencia dictada el día 17 de enero de 2013 por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Núm. 2 de Nules, en los autos de procedimiento de división judicial de herencia, sobre aprobación judicial de cuaderno particional, seguidos con el Núm. 635 del año 2.012 en el citado Juzgado.

Han sido partes en el recurso, como **APELANTES**, Doña Adoracion y Don Marino, representados por la Procuradora Doña Inmaculada Tomás Fortanet y dirigidos por el Abogado Don Carlos Sanz de Bremond Noriega, y como **APELADO**, Don Simón, representado por la Procuradora Doña Pilar Sanz Yuste y defendida por el Abogado Don Fernando Francisco Badenes-Gasset Ramos, y **Ponente** el Ilmo. Sr. Magistrado Don ESTEBAN SOLAZ SOLAZ, que expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de referencia se dictó Sentencia cuyo fallo literalmente dice: "*Que desestimando la demanda formulada por la Procuradora D^a. INMACULADA TOMAS FORTANET, en nombre y representación de D^a. Adoracion y D. Marino, y acogiendo los motivos de oposición esgrimidos por la representación procesal de D. Simón, declaro haber lugar a la rectificación parcial del cuaderno particional protocolizado en fecha 20 de abril de 2012 en lo relativo a la adjudicación de herencia, debiendo sustituirse la atribución de bienes hereditarios adjudicados a D. Simón por la entrega de su valoración en dinero metálico,*



incrementados por los intereses legales devengados y que se devenguen desde la liquidación de la herencia APROBANDO el Cuaderno Particional en sus restantes disposiciones. Todo ello sin pronunciamiento alguno en materia de costas procesales".

SEGUNDO.- Notificada dicha Sentencia a las partes, la representación procesal de Doña Adoracion y Don Marino interpuso recurso de apelación contra la misma, que se admitió en ambos efectos, evacuándose el trámite de oposición, tras lo cual se remitieron los autos a la Audiencia Provincial de Castellón para su resolución.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en esta Audiencia Provincial, se turnaron a la Sección Primera, donde se formó el oportuno Rollo de Apelación, tramitándose el recurso y señalándose para la deliberación y votación del Tribunal el pasado día 27 de mayo de 2013, a las 10 horas en que ha tenido lugar.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso de han observado, en lo esencial, todas las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

NO SE ACEPTAN los de la Sentencia recurrida, que se sustituyen por los siguientes, y

PRIMERO.- La Sentencia dictada en primer grado jurisdiccional vino a desestimar la demanda que se dice promovida por Doña Adoracion y Don Marino con la que pretendía se aprobase judicialmente el Cuaderno Particional de la herencia de Don Alonso protocolizado notarialmente en fecha 20 de abril de 2012, y por el contrario, acogiendo los motivos de oposición esgrimidos por la representación procesal de Don Simón declaró haber lugar a la rectificación parcial del referido cuaderno particional en cuanto debía sustituirse la atribución de bienes hereditarios adjudicados a Don Simón por la entrega de su valoración en dinero metálico mas los intereses legales devengados y que se devenguen desde la liquidación de la herencia, aprobando el cuaderno particional en sus restantes disposiciones.

Frente a esta Sentencia se alzan Doña Adoracion y Don Marino solicitando de esta Sala su revocación y el dictado de una nueva sentencia por la que se aprueben las operaciones particionales del contador partidador testamentario recogidas en el cuaderno particional de fecha 20 de abril de 2012, cuya pretensión revocatoria se ampara y funda en un solo motivo de apelación en el que denuncia la infracción, por aplicación indebida, del artículo 844 del Código Civil, por no fijar dicho precepto ningún plazo de caducidad para la exigencia de que se pague en bienes de la herencia sino para la comunicación al legatario de que va a ser pagada su cuota hereditaria en metálico, por lo que vencido el plazo sin dicha comunicación deben aplicarse las reglas generales de la partición pudiendo hacerse el pago de la cuota legitimaria en bienes de la herencia.

Solicitud revocatoria que ha sido impugnada por la parte contraria, que interesa la desestimación del recurso y la confirmación de la Sentencia recurrida, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

SEGUNDO.- Como bien señala la resolución recurrida, la cuestión que se planteó en la instancia y que ahora se reproduce en esta alzada es meramente jurídica, y se extiende a determinar los efectos del mandato testamentario del pago en metálico de una legítima estricta en relación con el artículo 844 CC, debiendo señalar ya, desde un principio, que la solución adoptada por la resolución recurrida no se ajusta a la normativa sucesoria recogida en los artículos 841 y siguientes del Código Civil, por lo que deberemos modificarla.

No fueron el heredero universal (Don Marino) y el cónyuge del causante (Doña Adoracion) los que promovieron la presente causa mediante la interposición de una demanda de división de herencia, sino que fue el contador partidador testamentario (Cláusula 6ª del testamento abierto -F. 7-), Don Florencio, el que presentó solicitud de aprobación de las operaciones liquidatorias y particionales de la herencia de Don Alonso (fallecido el 23/04/2009) contenidas en el cuaderno particional de fecha 20 de abril de 2012, para su aprobación judicial en los términos del artículo 843 CC, pues dicha partición no había sido confirmada por todos los hijos del causante, ya que si bien el descendiente Don Marino y la viuda Doña Adoracion aceptaron dicha partición, mostró su oposición a la misma el otro hijo, Don Simón, en cuanto que pretendía que el pago de su legítima se hiciera en metálico, tal y como dispuso el causante en su testamento en donde, tras instituir como único y universal heredero de todos sus bienes a su hermano Marino, le legó "la participación que le corresponda en el tercio de legítima estricta, mandando que este legado se haga efectivo mediante la entrega de dinero en metálico para evitar que se perjudique la rentabilidad de las fincas" (Cláusula 5ª del testamento abierto de 21/02/1991 -F. 7-).

La redacción de esta cláusula testamentaria 5ª y también la de la cláusula 6ª donde se nombra al contador partidador con las facultades del artículo 1057 CC, claramente nos revela que no estamos ante un supuesto de partición practicada por el propio causante por última voluntad prevista en el artículo 1056 CC, pues resulta



evidente que dicho testador difiere las operaciones de valoración y adjudicación de bienes hereditarios a un momento posterior a su muerte indicando que las llevará a cabo el contador partidador designado, sin que la referencia a "la evitación de que se perjudique la rentabilidad de las fincas" suponga la aplicación al caso del apartado 2º del art. 1056 CC, pues ni en el acervo hereditario se contenía una sola explotación agrícola indivisa por ser varias las fincas del caudal relicto mayoritariamente urbanas, ni fue ésta la voluntad del testador al consignar dicha frase destinada a que la totalidad del patrimonio inmobiliario quedara bajo la titularidad del heredero universal instituido. Nos encontramos, por consiguiente, con una cláusula testamentaria en la que el testador distribuye su patrimonio entre sus dos hijos, a su arbitrio pero respetando las legítimas, ordenando que a uno de sus hijos, Don Simón, se le pague en dinero no relicto su cuota legal en la "herencia forzosa" conforme a lo establecido en el artículo 841.I CC.

Pues bien, aunque otra cosa podría deducirse del tenor literal del artículo 841.I y II CC (permite al testador "ordenar" el pago en metálico), en realidad el pago en metálico es una mera opción, facultad de conmutar, que el testador (también el contador partidador o el contador partidador dativo del art. 1057 CC) conceden al heredero o grupo de herederos a quien o a quienes adjudican el caudal. Así resulta expresamente del artículo 842 y así lo ha venido reiterando la doctrina jurisprudencial (por todas las citadas SSTs, Sala 1ª, de 22 Oct. 2012 [RJ 2012, 10413] y 18 Jul. 2012 [RJ 2012, 8364]). Basta que uno de los hijos o descendientes se oponga para que la legítima deba satisfacerse en bienes hereditarios de acuerdo con las normas que regulan la partición. En realidad, se trata de la concesión al heredero obligado a pagar de una facultad de conmutar la cuota hereditaria (incluida la legítima o porción reservada) por metálico, de suerte que si el heredero gravado con el pago a metálico considera que éste le es demasiado oneroso puede, al amparo del artículo 842, volver a la situación de la comunidad hereditaria que se trataba de evitar. Supuesto éste que concurre en el presente litigio, en donde el contador partidador, ante la falta de voluntad del heredero obligado a hacer el pago de hacerlo en metálico, ha adjudicado al legatario su legítima estricta mediante la atribución de bienes del caudal relicto, y acude al juez para que apruebe la partición realizada.

El artículo 844 CC prevé dos plazos para el caso de que el heredero gravado opte por el pago en metálico, el primero (de un año contado desde la apertura de la sucesión), para que los titulares de la potestad de conmutar comuniquen a los demás hijos y descendientes que ejercitan dicha facultad; y otro (de un año más), el que tienen para pagar si se deciden por la conmutación. Se trata de plazos preclusivos, de suerte que si expiran sin que se haya comunicado la decisión de conmutar o se haya pagado, la facultad de que gozan los titulares de la conmutación (la decisión de hacer el pago en metálico) se extingue y la partición deberá realizarse conforme a las reglas generales de la partición según resulta del propio artículo 844 CC, esto es, mediante la adjudicación de bienes hereditarios en pago de la legítima.

En el presente caso, el descendiente instituido heredero universal, Don Marino, no comunicó en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión al otro descendiente, Don Simón, su decisión de optar por el pago en metálico de su parte de legítima estricta, y consiguientemente, tampoco hizo pago en el año siguiente de dicha cantidad, por lo que precluyó la facultad de conmutación (de decidir el pago en metálico) que ostentaba el heredero universal, con la consecuencia necesaria y legal, no de hacerse pago de la cuota hereditaria en metálico como señala la sentencia recurrida, sino de llevarse a cabo la partición conforme a las reglas generales, esto es, volviendo a la comunidad hereditaria y haciendo pago de la legítima estricta mediante bienes del caudal relicto, que es precisamente la solución adoptada por el contador partidador testamentario en su cuaderno particional que, por estas razones, deberá ser aprobado en su integridad, con estimación en este sentido del recurso de apelación formulado.

TERCERO.- En virtud de cuantas razones se han expuesto con anterioridad procede, con la estimación del recurso de apelación interpuesto, la revocación de la Sentencia recurrida y la aprobación del cuaderno particional presentado por el contador partidador testamentario, lo que conduce a que las costas de primera instancia se impongan al opositor a tal aprobación judicial del cuaderno particional (art. 394.1 LEC) y que no se haga especial declaración sobre las costas de esta alzada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso de autos,

FALLAMOS

Que **estimando** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña Adoracion y Marino, contra la Sentencia dictada el día 17 de enero de 2013, por el Sr. Juez del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción Núm. 2 de Nules, en los autos de Procedimiento de División de Herencia Núm. 635 del año 2.012, de los que este Rollo dimana, debemos revocar y **REVOCAMOS** la expresada resolución, y en su lugar aprobamos las operaciones liquidatorias y particionales de la herencia de Don Alonso contenidas en el



Cuaderno Particional confeccionado por el contador partidor testamentario Don Florencio y protocolizado por el Notario de Castellón Don Eduardo Delgado Terrón en fecha 20 de abril de 2012, con imposición de las costas de primera instancia al opositor Don Simón y sin hacer especial declaración sobre las costas devengadas en esta alzada.

Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y expídase testimonio de la misma que, junto a los autos originales, serán remitidos al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ