



Roj: **SAP LU 203/2014 - ECLI: ES:APLU:2014:203**

Id Cendoj: **27028370012014100143**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lugo**

Sección: **1**

Fecha: **25/02/2014**

Nº de Recurso: **577/2013**

Nº de Resolución: **79/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ZULEMA GENTO CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

### **LUGO**

**SENTENCIA: 00079/2014**

Illtmos. Sres.

D. JOSE ANTONIO VARELA AGRELO

D. JOSE RAFAEL PEDROSA LOPEZ

D<sup>a</sup>. MARIA ZULEMA GENTO CASTRO

Lugo, veinticinco de febrero de dos mil catorce.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de LUGO, los Autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000436 /2012**, procedentes del **XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 2 de LUGO**, a los que ha correspondido el Rollo **RECURSO DE APELACION (LECN) 0000577 /2013**, en los que aparece como parte apelante, Dña. Flora, y D. Sergio, representados por el Procurador de los tribunales, Sra. CORREDOIRA LIDOR, asistidos por el Letrado Sra. PRADO SANCHEZ, y como parte apelada, Dña. Purificación, y Dña. Adriana, representadas por el Procurador de los tribunales, Sr. MOURELO CALDAS, asistido por el Letrado Sr. FERNANDEZ PUMARIÑO, sobre nulidad de partición hereditaria, siendo ponente la Magistrada la Il<sup>ta</sup>. Sra. Dña. MARIA ZULEMA GENTO CASTRO.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Con fecha 13 de julio de 2013, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Lugo, dictó sentencia en los referidos autos, cuya parte dispositiva dice: "FALLO: Estimar parcialmente la demanda interpuesta por el procurador don Manuel Mourelo Caldas en nombre y representación de doña Purificación y doña Adriana, contra don Sergio y doña Flora y: Declarar la nulidad y consiguiente ineficacia del cuaderno particional de la herencia causada por doña Loreto confeccionado por la contadora partidora y protocolizado el 23 de junio de 2011 en acta autorizada por el notario de Lugo don José Manuel López Cedrón y subsanado y completado por escritura otorgada por el mismo fedatario el 27 de julio de 2011. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta instancia".

**SEGUNDO** .- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por los demandados Dña. Flora y D. Sergio, teniéndose por preparado el mismo y cumplidos los trámites del art. 458 y siguientes de la L.E.C. 1/2000 se elevaron los autos a la Audiencia Provincial para la resolución procedente, correspondiendo por turno de reparto a esta Sección Primera.

**TERCERO** .- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites legales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Se aceptan los de la resolución recurrida.

**PRIMERO.** La sentencia apelada estima parcialmente la demanda de nulidad de partición hereditaria y en consecuencia declara la nulidad y consiguiente ineficacia del cuaderno particional de la herencia causada por doña Loreto confeccionado por la contadora-partidora y protocolizado el día 23-07-2011 en acta notarial y, subsanado y completado en escritura pública posterior de 27-07-2011, sin condena en costas. Frente a dicha resolución se presenta recurso de apelación por la parte demandada e impugnación por la parte demandante.

El recurso de apelación de los demandados se basa en las siguientes alegaciones:

- 1.- Falta de legitimación activa para pedir la nulidad de la partición.
- 2.- Falta de acción.
- 3.- Infracción de normas o garantías procesales al no resolver la sentencia de instancia las excepciones formuladas y sobre la tacha del perito llamado al pleito por las demandantes.
- 4.- Error en la valoración de la prueba
- 5.- Infracción legal por innecesaria liquidación de la sociedad de gananciales a pesar de no existir bienes de entidad suficiente para justificar una previa liquidación del régimen económico matrimonial.

A su vez, las demandantes se oponen al recurso de apelación e impugnan la sentencia con fundamento en que la sentencia recurrida, con infracción de normas o garantías procesales, no resuelve sobre todos los puntos litigiosos objeto del debate limitándose a declarar la nulidad e ineficacia del cuaderno particional, objeto del pedimento primero, pero sin resolver nada sobre los pedimentos segundo, tercero y cuarto.

**SEGUNDO** .- Las excepciones de falta de legitimación activa y falta de acción no pueden ser acogidas porque el recurso de apelación se fundamenta en la errónea creencia de que el legitimario, según la Ley de Derecho Civil de Galicia, carece de cualquier acción para tutelar los derechos que le corresponden en la herencia con la única excepción de las acciones para exigir la formación de inventario y pago o complemento de la legítima, negando que sea de aplicación supletoria, como pretende la sentencia recurrida, lo dispuesto en el artículo 782 LEC . Sin embargo, la parte recurrente olvida que tampoco en la legislación común está regulada expresamente la acción de la nulidad de la partición, si bien la jurisprudencia ha venido admitiendo reiteradamente la legitimación activa para ejercitarla a quien acredite un interés legítimo en su ejercicio, como en el presente supuesto, en que las demandantes, legitimarias de la causante, estiman que se han vulnerado sus derechos legitimarios con la partición practicada, entre otros motivos por no haberse liquidado previamente la sociedad de gananciales de la que formaba parte su abuela, destacando que son herederas por sustitución de su abuelo, por lo que nada impide estimar que las demandantes tienen legitimación activa y acción de ineficacia de la partición porque no se puede obviar que, como legitimarias, tienen interés legítimo en la partición de la herencia con el fin de que les sea satisfecho su derecho legitimario, además de interés como herederas de su abuelo en la liquidación de la sociedad de gananciales, y ello con independencia de que la impugnación de la partición hereditaria, pudiera dar únicamente lugar, si prospera, a una mera adición de la partición.

**TERCERO** .- Alega asimismo infracción legal por innecesaria liquidación de la sociedad de gananciales por no existir bienes de entidad suficiente para justificar una previa liquidación del régimen económico matrimonial con cita de diferentes sentencias del Tribunal Supremo.

Ambas partes litigantes admiten que no se efectuó la liquidación de gananciales previamente a practicar la partición hereditaria por el contador partidador pero dan una interpretación diferente a tal extremo porque la parte demandada considera que la concentración parcelaria había ya realizado una distribución de las fincas pertenecientes a la sociedad de gananciales al atribuir su titularidad en 10/48 partes a la causante y en 38/48 a las demandantes, excepto la finca núm. NUM000 que se atribuyó por mitad y sosteniendo que sólo quedaban en la herencia de D<sup>a</sup> Loreto unas pequeñas fincas de escaso valor y un panteón familiar.

Dice la sentencia del Tribunal Supremo de 17-10-2002 que " *antes de entrar en los motivos del recurso de casación es preciso clarificar la postura de esta Sala frente a una partición de la herencia del causante del que no se ha practicado previa o simultáneamente la liquidación de su comunidad de gananciales, sea ésta única o sean dos por haber concurrido dos matrimonios sucesivos. La nulidad de la partición no está regulada orgánicamente en el Código Civil, sino que se aplica la normativa general de la invalidez del negocio jurídico (así, la sentencia de 13 Jun. 1992 lo dice, refiriéndose a «las mismas causas que las de los contratos») con vicio del consentimiento o un defecto de capacidad. Se producirá, por tanto, cuando falta un elemento esencial, cuando se contravenga una norma imperativa o prohibitiva o cuando concorra Como presupuesto --o elemento-- esencial, se cuenta la determinación del patrimonio hereditario del causante. Y para poder hacerlo es imprescindible la fijación del suyo y del cónyuge o herederos del mismo, correspondientes a su parte de los bienes gananciales. En otro caso, se estaría practicando una partición de patrimonio a sabiendas de que es parcialmente ajeno* ".



Y en el fundamento jurídico cuarto añade que " *En este sentido, es de tener en cuenta lo expresado en la sentencia de esta Sala de 8 Mar. 1995, que dice literalmente: «es también de tener en cuenta a estos efectos, que si entre las facultades de los albaceas-contadores-partidores entra la de liquidar la sociedad ganancial del causante y el cónyuge viudo (sentencias de 18 Abr. 1928, 10 Ene. 1934 y 17 Abr. 1947, además de DGRN RR 14 Mar. 1903, 30 Abr. 1906, 31 Ene. 1912 y 22 Ago. 1914), por la misma razón es evidente que en casos como el aquí comprendido deba también liquidar la sociedad de gananciales del primer matrimonio, como trámite previo a la del segundo, con intervención para ello de los partícipes --herederos-- de la primera esposa del causante, y en la de la segunda sociedad ganancial de la viuda y herederos del segundo matrimonio, nada de lo cual se ha hecho ni tan siquiera intentado».*

No puede compartirse la interpretación realizada por la parte apelante relativa a que no es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales por la escasa entidad de los bienes que pertenecen a ella porque, en primer lugar, no puede pretenderse que la adjudicación realizada por la concentración parcelaria equivalga a una partición, además de que debe hacerse notar que las fincas se atribuyen indivisas a la sociedad de gananciales y las herederas de D. Dimas (hijo premuerto de la testadora), por lo que resulta indispensable conocer qué bienes concretos pertenecen a aquella y cuáles son privativos de la causante, para a continuación proceder a la partición de la herencia.

Es por ello que procede la desestimación del motivo y la confirmación de la sentencia sin que proceda, por tanto, entrar en el análisis el resto de las alegaciones del recurso de apelación.

**CUARTO** .- En relación con el recurso de impugnación en el que se manifiesta que la sentencia recurrida, infringe las normas o garantías procesales, porque no resuelve sobre todos los puntos litigiosos objeto del debate limitándose a declarar la nulidad e ineficacia del cuaderno particional, objeto del pedimento primero, pero sin resolver nada sobre los pedimentos segundo, tercero y cuarto, debe tenerse en cuenta que la sentencia de instancia da contestación a dichos pedimentos en el fundamento jurídico quinto al decir que "declarada la nulidad de la partición de la herencia por falta de objeto y teniendo relación los restantes pedimentos con la determinación del mismo, lo que impone una previa liquidación de la sociedad de gananciales corresponderá en el procedimiento oportuno la fijación del inventario correcto y no en el presente proceso, así como la discusión sobre su trascendencia en el patrimonio relicto de la causante. Por consiguiente no procede estimar la demanda en el resto de las peticiones formuladas por las actoras."

Por lo tanto la sentencia recurrida desestima expresamente el resto de las peticiones formuladas que venían referidas a errores cometidos en la partición que se anula y cuyo enjuiciamiento no corresponde a este momento procesal por haber sido anulada la partición a la que se achacaban errores e infracción de normas jurídicas sin que quepa establecer en la presente resolución unas directrices previas a las que deba ajustarse la futura partición a realizar por la contadora-partidora porque dicha pretensión carece de cualquier apoyo legal.

El motivo debe ser desestimado.

**QUINTO** .-De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 de la LEC en el que se dispone que cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394, procede su imposición a ambas partes de las causadas por sus respectivos recursos en esta alzada.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Desestimamos los recursos apelación de la parte demandada y la impugnación de la parte demandante y confirmamos la sentencia apelada, con imposición a cada parte recurrente de las costas de la alzada derivadas de su respectivo recurso.

Desele a los depósitos consignados para recurrir el destino legal.

Contra dicha resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que pueda interponerse el recurso extraordinario de casación o por infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo caso el plazo para la interposición del recurso será el de veinte días, debiendo interponerse el recurso ante este mismo Tribunal.

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