



Roj: **SAP PO 1522/2014 - ECLI: ES:APPO:2014:1522**

Id Cendoj: **36038370012014100108**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **01/04/2014**

Nº de Recurso: **86/2014**

Nº de Resolución: **120/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00120/2014

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 86/14

Asunto: ORDINARIO 404/12

Procedencia: PRIMERA INSTANCIA NÚM. 1 LALÍN

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO

Dª MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM. 120

En Pontevedra a uno de abril de dos mil catorce.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario 404/12, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Lalín, a los que ha correspondido el Rollo núm. 86/14, en los que aparece como parte apelante-demandante: D. Laureano , representado por el Procurador D. MARIA CAMREN FERNANDEZ RAMOS, y asistido por el Letrado D. LUIS BENJAMIN GONZÁLEZ RODRIGUEZ, y como parte apelado- demandado: D. Severino , no personado en esta alzada, D. Purificacion , en rebeldía, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Lalín, con fecha 27 junio 2012, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que desestimando la demanda interpuesta a instancia de la Procuradora Sra. Fernández Ramos, en nombre y representación de Laureano , asistido por el letrado Sr. Benjamín González, contra Severino , que fue representado por el procurador Sr. Nistal Riádigos y asistida por el letrado Sr. Fernández Pedreira, y contra Purificacion , en situación de rebeldía procesal, debo absolver y absuelvo a los demandados de todos los



pedimentos objeto de este procedimiento ratificando la validez del cuaderno particional realizado dentro del procedimiento de nombramiento de contador partidor dativo nº 59/2001 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Lalín.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por D. Laureano , se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

Fundamentos de derecho

PRIMERO .- El presente recurso de apelación trae causa de la demanda formulada por la representación procesal de D. Laureano contra sus dos hermanos D. Severino y D^a Purificación , en la que se pretendía la nulidad de la partición de la herencia de sus padres, D. Casimiro y Doña Diana .

La partición fue realizada por contador-partidor dativo, designado por el juzgado en procedimiento de jurisdicción voluntaria (59/2001 del Juzgado nº 1 de Lalín). El cuaderno particional fue realizado el día 3.11.2004, entregado al juzgado el 16.11.2004 y las operaciones particionales aprobadas por auto de 18.11.2005.

En la tesis demandante la partición realizada por el contador-partidor dativo es nula debido a la concurrencia de cuatro vicios: a) la falta de práctica con carácter previo de la división de los bienes gananciales de los causantes; b) por la indebida designación de herederos; c) por la inclusión en la herencia de bienes de terceros; y d) por minusvaloración de partidas, que supuso una alteración del principio de distribución equitativa de la herencia.

Todas estas cuestiones, desestimadas en primera instancia, integran el objeto del recurso de apelación.

SEGUNDO .- Como expusimos en nuestro auto de 10.11.2011 , "... la figura del contador partidor dativo introducida por la reforma operada en el Código Civil por Ley 11/1981, de 13 de mayo, vino a paliar los graves inconvenientes derivados de la exigencia de unanimidad para efectuar la partición hereditaria, cuando el propio testador no la había hecho ni había instituido quién la efectuara. La necesidad de intervención judicial para el nombramiento del contador - dativo y para la aprobación, en su caso, de la partición por éste efectuada, origina dudas sobre la naturaleza del cargo, y concretamente sobre si la partición efectuada por el contador es judicial o extrajudicial, con los muy diversos efectos y consecuencias que una y otra producen. A tal respecto, la colocación sistemática del precepto destinado a regular esta figura, revela que el contador dativo es en todo igual al que el mismo causante pudo nombrar en su testamento, y participa de la misma naturaleza y características; en realidad, el primer inciso del párrafo 2º del art. 1057 del Código Civil , al describir los supuestos de hecho que habilitan para solicitar el nombramiento ("no habiendo testamento, contador - partidor en él designado o vacante el cargo") viene a demostrar que el Juez al oficiar el cargo sule o integra la voluntad del causante que, sin haber efectuado un nombramiento expreso, tampoco prohíbe que la partición de su herencia sea realizada por un tercero. Por tanto, el contador dativo se configura como el tercero independiente a los herederos con las únicas funciones de efectuar la partición de la herencia, lo que constituye un acto unilateral, no necesitado de asentimiento, adhesión o consentimiento de los herederos, a cuya figura se ha de aplicar todo el estatuto que doctrinal y jurisprudencialmente se ha construido para el contador testamentario. Siendo así que el Auto del Juez que decide sobre la aprobación de las operaciones particionales solo puede enjuiciar la concurrencia de los presupuestos habilitantes del nombramiento, la regularidad del procedimiento y el mantenimiento del contador dentro del ámbito de sus facultades, esto es, la no extralimitación en el ejercicio de su función ." En aquella resolución analizábamos la imposibilidad de que el auto aprobatorio de las operaciones particionales pudiera constituir título judicial para la ejecución forzosa.

En el presente caso, como ha quedado expuesto, la acción que se ejercita es la de nulidad de la partición realizada por el contador-partidor dativo. El actor invoca diversas causas que darían fundamento, -en la tesis de la demanda-, a la nulidad de pleno derecho de la partición, sin que esté en juego por tanto plazo prescriptivo o de caducidad alguno. Pese a la falta de regulación sistemática en el Código Civil, la ineficacia de la partición puede tener como fundamento una pluralidad de causas y producir diversos efectos, bien la nulidad absoluta, la anulabilidad o la rescisión de la partición, o bien su modificación o complemento. La jurisprudencia es enormemente casuística sobre una cuestión que se asienta sobre la previa afirmación del principio del *favor partitionis* o principio de conservación de la partición.



D^a Diana falleció el 18.8.1982, habiendo otorgado testamento el día 2.2.1980; D. Casimiro falleció el 29.8.1992, habiendo otorgado testamento el 3.10.1986.

Los causantes tuvieron cuatro hijos comunes, tres de ellos litigantes en el presente procedimiento. Víctor falleció el 28.12.1988, soltero y sin descendencia.

Seguidamente se analizan los diversos argumentos esgrimidos por el apelante como causas de nulidad de la partición efectuada.

TERCERO .- Exigencia de previa liquidación del haber ganancial para la partición conjunta de la herencia de los causantes.

La posibilidad de partición conjunta, en un solo acto, de los patrimonios hereditarios de dos causantes que estuvieron unidos en matrimonio resulta generalmente admitida. Como sostiene la STS de 19.1.2012, se trata de un caso frecuente en la realidad social cuando los dos progenitores han fallecido, tratándose entonces de partir un patrimonio que en vida era de naturaleza parcialmente ganancial.

En tal tesitura, como sostiene la parte apelante, la división de los patrimonios hereditarios de los causantes casados en régimen de gananciales requiere la previa liquidación del régimen económico matrimonial. Así lo ha sostenido la jurisprudencia de la sala primera, en numerosas resoluciones. La STS 8 de junio de 1999, recogiendo la doctrina sentada, entre otras, en sentencias de 17 de abril de 1943, 14 de febrero de 1968 y 23 de octubre de 1997, declaró: "(...) *la liquidación no supone solo distribuir y adjudicar bienes, sino que debe dejar resuelto el destino de las obligaciones pendientes de ejecución y, sobre todo, ha de determinar la ganancia partible, habida cuenta de que solo a través de ella cabe establecer el haber líquido sometido a partición, lo cual supone la formación de los inventarios, el avalúo y la tasación de los bienes, la determinación del pasivo de la sociedad y el establecimiento de las operaciones precisas para su pago, la fijación del remanente líquido y su distribución, así como la adjudicación de bienes para su pago ..., en definitiva, era obligada la liquidación de la sociedad de gananciales como presupuesto previo a la práctica de las operaciones particionales, cuya omisión, valorada debidamente por la resolución de instancia, provoca el perecimiento de estos motivos*". La STS 2 de noviembre de 2005 considera nula una partición por el hecho de que la Sala "... *por el contador dirimente, no obstante no haber realizado división alguna de bienes, ni adjudicación de los mismos, entre los herederos de la primera herencia, a quienes no ha citado, sino que englobándolos todos ellos con los de la segunda, que es a la que se refiere el juicio de testamentaría, los divide como si de un patrimonio único se tratara, sin disolver el régimen económico matrimonial de los causantes, a fin de conocer los bienes...*". Y la STS 14 de diciembre de 2005 insiste: "*La estimación del motivo octavo de casación se funda en que esta Sala tiene también declarado que cuando se trata de la partición de bienes procedentes de herencias distintas, máxime cuando a raíz de alguna de ellas debe realizarse una liquidación de la sociedad conyugal existente, es necesario proceder separadamente a la práctica de dicha liquidación y a las operaciones particionales correspondientes a los bienes que forman parte de uno y otro haber hereditario, al menos cuando no puede asegurarse que la omisión del orden correcto de proceder no determina alteraciones sustanciales en la integración o valoración de los lotes que deben adjudicarse a cada uno de los herederos; y no sólo, como parece suponer la sentencia recurrida, cuando se registra la omisión de la participación en las operaciones particionales de alguno de los llamados a suceder por ser distintos los herederos en una y en otra operación sucesoria*".

En esta línea de razonamiento, hemos afirmado que la liquidación de la sociedad de gananciales se configura, pues, como un presupuesto de la partición hereditaria, dada la especial naturaleza jurídica de dicha sociedad, que la doctrina y la jurisprudencia califican de tipo "*germánico*", en la que el derecho de los cónyuges afecta indeterminadamente al objeto, sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división material mientras dura misma, de modo que, en la sociedad de gananciales, cada cónyuge no es dueño de una mitad de cada cosa o derecho, sino que ambos, conjuntamente, tienen la titularidad del patrimonio ganancial (activo y pasivo) que se repartirán entre sí (o, en su caso, con sus herederos) tras su disolución y liquidación (art. 1344 CC).

Lógica conclusión de lo dicho es que hasta que se practique la liquidación de la sociedad de gananciales se desconoce qué bienes son adjudicados a uno o a otro cónyuge, y en consecuencia, si le pertenecen o no con carácter exclusivo y, por ende, si forman parte o no de su herencia.

La jurisprudencia ha reconocido la facultad del contador de llevar a efecto la liquidación del régimen económico conyugal, posibilidad que expresamente atribuye al contador-partidor el art. 293 de la Ley de Derecho Civil de Galicia .

En la tesis apelante el cuaderno particional no efectúa la liquidación de la sociedad de gananciales, lo que resultaba más necesario en la medida en que las disposiciones testamentarias de cada causante no eran coincidentes. Sin embargo, basta comprobar el contenido del cuaderno particional para ver, tal como apreció la sentencia recurrida, cómo el debate no se sitúa en relación a si el contador ha realizado o no



esta previa operación de determinación del caudal, -lo que evidentemente sí ha realizado, como claramente pone de manifiesto su expositivo primero-, sino en precisar si esa previa liquidación ha sido o no efectuada correctamente.

La queja se matiza en el recurso de apelación, donde se afirma que el contador no realizó una auténtica liquidación del patrimonio ganancial, sino simplemente una " *disolución-liquidación del valor contable de los bienes gananciales, valorando contablemente la mitad de los bienes gananciales de cada cónyuge, pero sin asignar bienes concretos para pago de cada participación en gananciales u sin realizar además las correspondientes compensaciones entre cónyuges ...*"

Esta afirmación, que puede entenderse como aclaración de la tesis afirmada en la demanda, sin embargo se concreta en el recurso sobre diversas partidas:

A) En primer lugar sobre dos bienes concretos, a saber, la casa petrucial, incluida en el listado de bienes gananciales, construida constante matrimonio sobre una finca privativa de D. Casimiro (incluida como tal en el inventario de bienes privativos). En la posición del recurrente esta doble inclusión contraría el art. 1359 del Código Civil, pues la casa debería, conjuntamente con la finca, calificarse como privativa, con reconocimiento paralelo a la sociedad de gananciales de un crédito por el valor de la construcción.

B) En segundo lugar se sostiene que se ha incluido en la relación de bienes gananciales diversos bienes que fueron legados por los causantes; se trataba de legados de cosas gananciales, sujetos al régimen del art. 1380 del Código Civil.

Puede comprobarse cómo estas concretas alegaciones no se contenían en el escrito de demanda y no constituyeron objeto del proceso en primera instancia. La queja, se repite, iba dirigida a la falta de liquidación previa del patrimonio ganancial, no a la deficiente realización de las operaciones de división del haber común. Desde esta perspectiva, nos parece, la referencia en el recurso a dos bienes concretos supone la introducción de hechos nuevos, proscrita por el art. 456.2 de la ley procesal.

Pero al margen de esta objeción, que permitiría desestimar la pretensión de la parte, razones de efectividad de la tutela judicial, -considerando que, siquiera de forma indirecta, las cuestiones protagonizaron el debate durante la primera instancia-, aconsejan dar respuesta a las alegaciones del recurrente:

En cuanto a la deficiente inclusión de la casa petrucial denominada " CASA000 ", edificada en el solar de DIRECCION003, junto a la carretera, considera el apelante que se trata de un bien privativo de D. Casimiro, en la medida en que fue construida constante la sociedad de gananciales en finca privativa; por ello debería haberse aplicado el art. 1359 del Código Civil, conforme al cual la finca y la casa serían privativos y en el activo de la sociedad debería incluirse un crédito frente a D. Casimiro por el importe de la finca (que el contador valora, junto con muebles y semovientes, en 30.050,61 euros).

Por su parte la representación demandada-apelada sostiene que esta operación hubiera resultado superflua toda vez que en los testamentos de cada causante se contiene idéntica disposición por la que se legó a la hija Purificación " *cuanta participación y derechos les correspondían al testador* " sobre " *la casa en que habita en Cadrón, con las edificaciones, dependencias y terreno unido a la misma, que todo forma una sola finca ...*", con excepción del derecho de habitación sobre la casa que ambos legaron al hijo Víctor. Como quiera que casa y finca fueron atribuidos a la demandada Purificación, " *haber atribuido la casa al padre y el valor a la madre tan sólo hubiese supuesto una operación contable perfectamente inútil* ".

Comprobamos que, en efecto, la liquidación no se ha ajustado a la regla del art. 1359 en su versión posterior a la reforma de 1981, pues debió incluirse la casa como bien de la herencia de D. Casimiro y reconocerse un crédito de la sociedad de gananciales contra éste por el valor de la edificación. Sin embargo en el caso esta imprecisión no ha tenido consecuencias prácticas pues, de un lado, la casa se ha adjudicado, -con el suelo, claro está-, a la legataria y, de otro, como acepta el propio apelante, la incorrección carece de consecuencias prácticas, pues lo incluido en el inventario ha sido el valor de la casa, por lo que si se hubiera incluido como crédito de la sociedad de gananciales el resultado hubiera sido idéntico.

b) Igualmente se sostiene que cada causante legó en sus respectivos testamentos la participación que ostentaban en determinadas fincas. Así D. Casimiro legó a Purificación la participación que tenía en la finca " DIRECCION000 "; a Víctor legó su participación en la finca " DIRECCION001 "; y a Laureano su participación en la finca " DIRECCION002 ", todas ellas de carácter ganancial.

Por su parte, D^a Diana había legado en su testamento la participación que tenía en la CASA000 edificada en la finca DIRECCION003.

Consideramos, con la parte apelada, que estas adjudicaciones han respetado la voluntad de los causantes, -guía para la práctica de las operaciones particionales por el contador-, pues el contador a la postre ha



adjudicado a cada heredero los bienes objeto del legado y, en todo caso, ha evitado adjudicaciones indivisas. Nos parece que, en efecto, así son las cosas, desde el momento en que el cuaderno lo que computa es el valor de cada uno de los bienes, por lo que se ha respetado el art. 1380, al entenderse legado el valor de los bienes al tiempo del fallecimiento y se ha respetado la voluntad del testador al adjudicarse los bienes a cada legatario.

Se desestima el motivo.

C) Indebida designación de herederos.

La queja en primer término se refiere al hecho de que fallecido el hijo Víctor después de su madre y antes que su padre, el contador ha incluido en la herencia de éste los derechos hereditarios correspondientes a Víctor, que distribuye entre los herederos litigantes.

Considera el apelante que el contador no debió adjudicar los bienes heredados por Víctor de su madre como incluidos en la herencia del padre, pues se desconoce si Víctor había otorgado testamento.

La queja se mueve en el terreno de lo hipotético, pues esta falta de prueba sobre la existencia o no de testamento del hijo Víctor debió evitarla quien lo alega. Esto es, correspondía al apelante acreditar la causa de impugnación, frente a la asunción de un hecho incluido en el cuaderno particional. Si los bienes de la madre incluidos en la herencia de Víctor habían sido dispuestos por éste en testamento era un hecho de prueba sumamente accesible que en este momento no obra. En consecuencia, se desestima el motivo.

D) Inclusión de bienes no pertenecientes a los causantes

La queja se refiere a los apartados sexto y séptimo de las "declaraciones finales del cuaderno particional" en el que el contador manifiesta que la partición de la herencia de D^a Diana no incluye los derechos hereditarios que a ésta le correspondían en los bienes de sus dos hermanas premuertas, Filomena y Rocío (o Ascension) (concretados en 2/3 de la herencia de la primera y 1/3 de la segunda).

Sin embargo el motivo del recurso no puede ser admitido. Si bien se miran las cosas, lo que el contador manifiesta es que esos bienes, en ese momento desconocidos, deberán distribuirse por iguales partes, sin otra declaración sobre el particular, como claramente explicó en el acto de la vista. El apelante considera que tal hecho no ha quedado probado (el carácter de D^a Diana como sucesora de sus hermanas) por lo que no deberían incluirse en su herencia, pero se insiste en que la partición elaborada por el contador no se refiere a ningún bien concreto y en esta materia incluye tan sólo una declaración general sin efecto material alguno.

En consecuencia se desestima el motivo.

E) *Valoración desigual de las partidas.*

El apelante discrepa de la valoración asignada por el contador a cuatro fincas, considerando que las adjudicadas en su cupo están infravaloradas y las atribuidas al demandado D. Severino están sobrevaloradas.

La queja, como advirtió la sentencia recurrida, carece de soporte probatorio y, en todo caso, no concreta cuál deba ser la valoración correcta, lo que impide que pueda ser estimada. A ello añadimos que tampoco nos consta que la valoración del contador incurra en una imponderada valoración. Las declaraciones sobre el particular de D. Severino resultan por completo irrelevantes, como advirtió la juez de instancia. No encontramos motivos para afirmar que la valoración ofrecida en el dictamen elaborado por la Sra. Raimunda, que, si bien se miran las cosas, tiene un objeto diverso al que constituye el motivo de la queja, pues va dirigido a acreditar una supuesta lesión en las adjudicaciones, acción que, por propias manifestaciones del apelante, no se ejercita en el presente litigio. Los "coeficientes correctores", -en algún caso claramente difíciles de precisar, como cuando se alega a la pendiente de las fincas y no se aporta con el dictamen ningún elemento que permita formar convicción sobre tal hecho-, empleados por la perito no son de mejor condición que los utilizados por el contador. En conclusión consideramos que el hecho alegado no está probado.

Se desestima el motivo.

Desestimado el recurso, las costas de esta alzada se imponen a la parte apelante.

Vistos los preceptos citados y demás de necesaria y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Laureano, y en consecuencia confirmamos la sentencia dictada en autos de juicio ordinario núm. 404/12, del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Lalín, con imposición al apelante de las costas devengadas en esta alzada.



Así por esta resolución, de la que se pondrá testimonio en los autos principales, con inclusión del original en el libro correspondiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ