



Roj: **SAP AV 405/2015 - ECLI: ES:APAV:2015:405**

Id Cendoj: **05019370012015100404**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ávila**

Sección: **1**

Fecha: **26/11/2015**

Nº de Recurso: **320/2015**

Nº de Resolución: **233/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JESUS GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

#### **AVILA**

**SENTENCIA: 00233/2015**

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

Este Tribunal compuesto por los Señores Magistrados que se expresan al margen, ha pronunciado

EN **NO** MBRE DEL REY

la siguiente

**SENTENCIA N.º: 233/2015**

**SEÑORES DEL TRIBUNAL**

**ILUSTRÍSIMOS SRES.**

**PRESIDENTA**

**DOÑA MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ DUPLÁ**

**MAGISTRADOS**

**DON JESÚS GARCÍA GARCÍA**

**DON MIGUEL ÁNGEL CALLEJO SÁNCHEZ**

En la ciudad de Ávila, a 26 de Noviembre de 2015.

Vistos ante esta Ilustrísima Audiencia Provincial en grado de apelación los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO N.º 58/2015, seguidos en el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE REFUERZO DE ÁVILA, RECURSO DE APELACIÓN N.º **320/2015** entre partes, de una como recurrente D.ª Patricia , representada por la Procuradora D.ª. MARÍA TERESA JIMÉNEZ HERRERO, dirigida por el Letrado D. JOSÉ JAVIER LANCHAS SÁNCHEZ, y de otra como recurridos, por un lado, D. Mateo , representado por la Procuradora D.ª. BEATRIZ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ y dirigido por la Letrada D.ª. LIDIA GÓMEZ y de otro, D.ª. Trinidad , D. Ricardo , D.ª. Adriana , D.ª. Berta , D.ª. Delia y D. Valeriano , representados por el Procurador D. CARLOS SACRISTÁN CARRERO y dirigidos por el Letrado D. JUAN JOSÉ CALVO MARTÍN.

Actúa como Ponente, el lltmo. Sr. DON JESÚS GARCÍA GARCÍA.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE REFUERZO DE ÁVILA, se dictó sentencia de fecha 8 de Julio de 2015 , cuya parte dispositiva dice: "FALLO: Desestimo la demanda promovida por la procuradora



D<sup>a</sup>. María Teresa Jiménez Herrero, en nombre y representación de Patricia contra Valeriano , Valeriano , Trinidad , Ricardo , Adriana , Berta y Delia .

Se imponen las costas a la parte actora".

**SEGUNDO** .- Contra mencionada resolución interpuso la parte demandante el presente recurso de apelación, que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 458 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, no habiéndose celebrado vista pública ni práctica de prueba, quedó el procedimiento para deliberación, votación y fallo.

**TERCERO** .- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO** .- Recurre en apelación la Sentencia de instancia la defensa de doña Patricia quien pide su revocación, y, en consecuencia, solicita que se estime su demanda en lo que pide, como primera petición, que se declare caducada la facultad conferida por la causante doña Mercedes en su testamento, para pagar en metálico con dinero procedente de la herencia del propio peculio de los herederos, la legítima estricta que por ley le corresponde a la aquí recurrente, condenando a los demandados a estar y pasar por esa declaración.

Queda acreditado en autos que la causante doña Mercedes falleció en estado de casada con D. Calixto , el 2 de Agosto de 2010 .

De dicha unión tuvieron 7 hijos, la demandante doña Patricia y los demandados D. Valeriano , D<sup>a</sup>. Trinidad , D. Ricardo , D<sup>a</sup>. Adriana , D. Berta y doña Delia , siendo también demandado en esta litis D. Valeriano , viudo de la causante.

La expresada causante había otorgado testamento abierto en fecha 17 de Septiembre de 2007 ante el Notario de Ávila D. Francisco Ríos Dávila, nº de protocolo 1842.

En dicho testamento legó a la demandante, aquí apelante, doña Patricia , la legítima estricta de su herencia que por ley le correspondía, ordenando que la misma le fuera satisfecha con dinero procedente de la herencia o del propio peculio de los herederos.

Legó a su esposo el usufructo vitalicio de los tercios de mejora y de libre disposición, e instituyó herederos por sextas e iguales partes a sus hijos D. Valeriano , D<sup>a</sup>. Trinidad , D. Ricardo , D<sup>a</sup>. Adriana , D. Berta y doña Delia .

Nombró como albaceas contadores partidores a D. Norberto , hermano político, y a sus sobrinos D. Vidal y D. Carlos Daniel .

Los herederos demandados, hijos de la causante, y el albacea contador partidor, valoraron la legítima estricta a favor de la actora en la instancia, en la cantidad de 53.077,36€, pagándola los herederos de su propio peculio, remitiendo el contador partidor D. Norberto un cheque de la Caja de Ahorros de Ávila por ese importe en fecha 6 de Mayo de 2011.

La aquí recurrente, y demandante en la instancia doña Patricia en carta de fecha 2 de Junio de 2011, se negó a aceptar el cheque y lo devolvió.

El heredero D. Valeriano , viudo de la causante, consignó el cheque ante el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 1 de Ávila, que fue registrado con el nº 479/2011 , ya por la suma de 55.296,36€, oponiéndose doña Patricia a recibirlo en escrito de fecha 11 de Octubre de 2011, sobreseyéndose el expediente de consignación en auto firme de fecha 17 de Octubre de 2011, declarándose contencioso el expediente; devolviéndose al consignante la cantidad consignada.

Después de lo anterior, se promovió un expediente de aprobación judicial de operaciones particionales, volviéndose a consignar la cantidad de 55.296,36€ ante el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 2 de Ávila, que fue registrado con el nº 680/2012 .

Nuevamente se opuso la demandante en este procedimiento, alegando su inadecuación y haber caducado la posibilidad de los herederos de pagar en metálico su legítima estricta. En auto de fecha 15 de Noviembre de 2012 se sobreseyó este expediente, y se especificó que las partes podían ejercitar las acciones que pudieran asistirles, expidiéndose mandamiento de devolución del cheque a favor del promotor, por importe de 55.296,36€.



Paralelamente a todo lo anterior, el albacea y contador partidor y D. Mateo otorgaron escritura pública de aprobación y protocolización de documento privado particional, el 6 de Mayo de 2.011, ante el Notario D. Francisco Ríos Dávila, nº 690 de su Protocolo.

El resto de los herederos, a excepción de la demandante en la instancia, ratificaron la escritura de operaciones particionales ante el mismo Notario D. Francisco Ríos Dávila en escritura de fecha 25 de Octubre de 2.012, nº 1361 de su Protocolo.

**SEGUNDO.-** Dado por sentado todo lo anterior, plantea la recurrente que el Juzgador de instancia sufrió error en la valoración de la prueba documental, por infracción del art. 844 del Código Civil y de la doctrina que le interpreta, considerando que el Juzgador de primer grado entendía que no nos encontrábamos con una falta de pago, sino ante una negativa de cobro por parte de la recurrente.

Alega la parte que apela que, a los herederos demandados les caducó la posibilidad de pagar en metálico la legítima de doña Patricia .

El art. 844 del C.Civil prevé que la decisión de pago en metálico no producirá efectos si no se comunica a los perceptores en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión. El pago deberá hacerse en el plazo de otro año más, salvo pacto en contrario. Corresponderán al perceptor de la cantidad las garantías legales para el legado de cantidad.

Y, en orden a la caducidad, dicho precepto establece que, transcurrido el plazo sin que el pago haya tenido lugar, caducará la facultad conferida a los hijos o descendientes por el testador o el contador partidor y se procederá a repartir la herencia según las disposiciones generales sobre la partición.

En el presente caso, el testamento de la causante es claro, y no necesita interpretación ( art. 675 del C.Civil ).

Establece con claridad que a la recurrente se la abone su legítima en metálico, y que solo se la abone su legítima estricta.

Los herederos extendieron un cheque para pagarla en fecha 6 de Mayo de 2011, siendo rechazado por la actora en fecha 2 de Junio de 2.011. Si la apertura de la sucesión se produjo el 2 de Agosto de 2010, es claro que la posibilidad de los herederos de abonar la legítima estricta en metálico no solo no había caducado, sino que los demás herederos estaban enterados de esa forma de pago (el cheque).

Es verdad que el art. 1.170 párrafo 2º del Código Civil prevé que la entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, solo producirá los efectos del pago cuando hubieren sido realizados, O CUANDO por culpa del acreedor se hubieran perjudicado.

Es claro que si la aquí apelante rechazó el cheque por dos veces, no caducó la acción, pues el pago se intentó realizar en tiempo.

El art. 1256 del Código Civil prevé que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Conviene recordar, además, que la caducidad o decadencia de derechos tiene lugar cuando la ley o la voluntad de los particulares señalan un término fijo para la duración de un derecho, de modo que transcurrido ese término no puede ya ser ejercitado.

El cheque tenía una fecha de 12 de Mayo de 2011 (vid folio 105), por lo que la acción no habría caducado.

Cuestión distinta hubiera sido que la apelante, actora en la instancia, hubiera considerado que se la abonaba una cantidad inferior a la que le correspondiera, perjudicándola, pudiendo pedir la rescisión de la partición realizada por sus hermanos (vid art 1291.5, en relación a los arts. 1073 , 1074 y 1076, todos del Código Civil ), lo que hasta la fecha no ha ocurrido.

Por todo ello, el motivo de recurso se rechaza.

**TERCERO.-** Derivado de todo lo anterior, también se tiene que rechazar el segundo motivo de recurso referido a que el Juzgador no tuvo en cuenta la Jurisprudencia del T.S., pues la partición realizada por el contador partidor no es nula, por no haber sido aprobada judicialmente.

La nulidad de la partición solo está prevista en el caso establecido en el art. 1081 del Código Civil , o por las mismas causas que conllevan la nulidad de los negocios jurídicos o en el caso de que por parte de los herederos hubiera existido mala fe o dolo (vid art. 1080 del mismo Código ).

Pues incluso la pretensión de los herederos, o la omisión de alguno o algunos de objetos o valores de la herencia no da lugar a la rescisión de la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos (vid arts. 1079 y 1080 del C.civil ).



En realidad, lo que se ha realizado, en el presente caso, es cumplir la voluntad de la causante-testadora que legó la legítima estricta a la apelante, y especificó que la cuota que le correspondiera se le abonara en metálico.

Es verdad que la partición realizada por albacea-contador-partidor requiere aprobación judicial, salvo que exista confirmación expresa de *todos* los hijos o descendientes (vid art. 843 del C.Civil). Pero este trámite no genera una nulidad de la partición, sino que se trata de un requisito subsanable.

No se puede perder de vista que el cómputo de la legítima (estricta en este caso) es la fijación cuantitativa de ésta, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante que se determine sumando el "relictum" con el "donatum" (vid Ss. Del T.S. de 17 de Marzo de 1.989 , 21 de Abril de 1.990 , 23 de Octubre de 1.992 , 21 de Abril de 1.999 y 28 de Septiembre de 2005).

Por todo ello, no se declara nula ni anulable la partición confeccionada por el contador partidor y albacea, ratificada por los demandados, que está, en principio, ajustada a las normas de la partición hereditaria; se realizó por albacea-contador-partidor, y con la anuencia de todos los codemandados.

Derivado de lo anterior no es procedente cancelar las inscripciones registrales que se hubieran ya practicado, ni proceder a un nuevo reparto de la herencia de doña Mercedes , fallecida el 2 de Agosto de 2010.

Por todo ello, se desestima en su integridad el recurso de apelación, y se confirma la Sentencia recurrida.

**CUARTO.-** Las costas causadas en esta alzada se imponen a la parte apelante, por aplicación de lo que dispone el art. 398 de la LEC , al ser sus pedimentos totalmente rechazados.

Vistos los preceptos citados y demás aplicables.

#### **FALLAMOS:**

**QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Patricia contra la Sentencia nº 115/2015 de fecha 8 de Julio de 2015 dictada por el Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Refuerzo de Ávila en el procedimiento ordinario nº 58/2015, del que el presente Rollo dimana, **Y LA CONFIRMAMOS** en su integridad, **CON** imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber los recursos que caben contra la misma y una vez firme, expídase su testimonio que será remitido con los autos originales al Juzgado de procedencia, a los efectos oportunos.

Así, por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.