



Roj: **SAP IB 262/2016 - ECLI: ES:APIB:2016:262**

Id Cendoj: **07040370032016100049**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **3**

Fecha: **26/02/2016**

Nº de Recurso: **450/2015**

Nº de Resolución: **50/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **GABRIEL AGUSTIN OLIVER KOPPEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00050/2016

Rollo núm.: 450/2015

S E N T E N C I A nº 50

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

Don Carlos Gómez Martínez

MAGISTRADOS:

Doña Catalina Moragues Vidal

Don Gabriel Oliver Koppen

En Palma de Mallorca a 26 de Febrero de 2016.

VISTOS por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de juicio verbal de impugnación de calificación registral, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 23 de palma, bajo el número 306/2015 , **Rollo de Sala número 450/2015**, entre partes, de una como demandada-apelante la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, de otra, como demandante-apelada, D. Laureano representado en autos por la Procuradora D^a. Sara Coll Sabrafín y asistido del letrado D. Raimundo Zaforteza Fortuny.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. don Gabriel Oliver Koppen.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número 23 de Palma, se dictó sentencia en fecha 31 de julio de 2015 , cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

"SE **ESTIMA** la demanda formulada a instancia de Laureano representado en autos por la Procuradora SARA COLL contra la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO Y NOTARIADO y se **ACUERDA la revocación** y dejar sin efecto la resolución impugnada de fecha 13/02/2013 y se **DECLARA** procedente inscribir a favor de Laureano la nuda propiedad del Palacio " DIRECCION000 " (finca registral nº NUM000 de Palma, sección NUM001 , al Tomo NUM002 , Libro NUM003 , folio NUM004), se **acuerda** que se practique dicha inscripción, expidiéndose a tal fin el oportuno mandamiento dirigido al Registro de la Propiedad de Palma nº 3, al efecto que extienda el referido asiento, sin efectuar especial pronunciamiento en materia de costas".



SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia, y por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y seguido el recurso por sus trámites se señaló para votación y fallo 15 de febrero de 2015.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los de la resolución dictada en anterior grado jurisdiccional mientras no se opongan a los que siguen.

PRIMERO.- D. Laureano interpuso demanda de juicio verbal por la que se impugna y se solicita la revocación de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 13 de febrero de 2015 por la que se desestima el recurso gubernativo interpuesto contra la calificación negativa del Sr. Registrado de la Propiedad nº 3 de Palma, de fecha 17 de septiembre de 2014, confirmada por la Registradora del cuadro de sustituciones en fecha 23 de octubre del mismo año. La calificación lo fue en relación con la escritura de aceptación y adjudicación parcial de herencia otorgada por D. Laureano en fecha 5 de abril de 2013 en base a la que interesó la inscripción a su favor de la nuda propiedad del inmueble denominado "Palacio DIRECCION000", descrito bajo el nº 1 del inventario, finca registral nº NUM000 de Palma, Sección NUM001, al Tomo NUM002, Libro NUM003, folio NUM004.

Frente a la resolución por la que se estima el recurso y se ordena la inscripción, se interpone recurso de apelación por la Abogacía del Estado, con base a los siguientes motivos:

- La sentencia firme invocada en la instancia no despliega efectos de cosa juzgada.
- La sentencia que se hace valer declara la inadecuación del procedimiento y deja imprejuzgada la cuestión de fondo.
- Se limita a establecer que al concurrir un único heredero universal con legatarios que no son de parte alícuota, no existe comunidad hereditaria.
- A tenor del artículo 14 LH y 79 RH el heredero único podrá proceder a inscribir a su nombre los bienes hereditarios si no existen legitimarios, pero en este caso existen legitimarios.

SEGUNDO.- Las sentencias dictadas en los procesos judiciales despliegan, como su efecto procesal propio y genuino, el de la cosa juzgada.

La cosa juzgada es la fuerza que el Ordenamiento jurídico concede al resultado del proceso de declaración, o lo que es lo mismo a la sentencia o auto que se dicta al final del mismo que, una vez firme, se torna irrevocable. Encuentra su fundamento y principio básico en la necesidad de evitar la reiteración de juicios sobre un mismo objeto, única forma de garantizar la seguridad jurídica.

Debe distinguirse la cosa juzgada formal, que se manifiesta dentro del mismo proceso en que se ha dictado la sentencia, de la cosa juzgada material, que se proyecta fuera del proceso en el que se ha dictado esa sentencia, en concreto en otros eventuales procesos futuros. El instituto de la cosa juzgada, como precisa la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se dirige a *"impedir la repetición indebida de litigios y a procurar, mediante el efecto de vinculación positiva a lo juzgado anteriormente, la armonía de las sentencias que se pronuncien sobre el fondo en asuntos prejudicialmente conexos"*.

La cosa juzgada puede predicarse de las sentencias que se pronuncien sobre el fondo. No lo producen aquellas resoluciones de carácter procesal, en las que no se decide sobre el fondo. La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2010, declara que *"la cosa juzgada material, que aquí se plantea, es el estado jurídico de una cuestión sobre la que ha recaído sentencia firme, con autoridad de cosa juzgada formal y que vincula al órgano jurisdiccional en otro proceso; así lo expresa la sentencia de 18 de noviembre de 1997. La cosa juzgada material (artículo 222) presupone la cosa juzgada formal, inherente a la firmeza (artículo 207) y si bien ésta alcanza a sentencias y resoluciones, aquélla sólo comprende las sentencias que se pronuncian sobre el fondo u otras resoluciones equivalentes, como el laudo arbitral y resoluciones que terminan el proceso resolviendo el fondo, como los casos de renuncia a la acción, allanamiento, transacción. En el presente caso, no producen cosa juzgada material los autos que resolvieron peticiones del actual demandante y recurrente en el curso de un proceso de ejecución"*.

En este mismo sentido puede citarse la sentencia de 8 de enero de 2015, en la que indica el Tribunal Supremo: *Como señala la STS 123/2013 de 11 de marzo, que sigue la más reciente 650/2014, de 27 de noviembre, la presunción histórica de que lo juzgado debía ser tenido por verdad - quia res iudicata pro veritate accipitur (porque la cosa juzgada se tiene por verdad)- se ha reconducido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento*



Civil (LEC) a una institución de naturaleza esencialmente procesal, dirigido a impedir la repetición indebida de litigios mediante el llamado efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material - "non bis in idem" - que no permite que una contienda judicial, ya dilucidada por sentencia firme sobre el fondo de la cuestión, pueda volver a plantearse, como han señalado las SSTs 360/2012, de 13 de junio , 826/2011, de 23 de noviembre y, 155/2014, de 19 de marzo , entre otras muchas.

Tal y como se afirma en la demanda inicial y resulta de la documentación acompañada a la misma, por parte de D. Laureano se inició un procedimiento para la división judicial de la herencia de su padre, frente a su madre y sus cinco hermanos legitimarios, que dio lugar al procedimiento tramitado bajo el número 833/2015 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Palma, que terminó con sentencia dictada en fecha 23 de marzo de 2012 en la que se declaró la inadecuación del procedimiento. Interpuesto recurso de apelación, cuya resolución correspondió a este tribunal, se desistió en el último momento del recurso, por lo que tal resolución devino firme.

La razón por la que se declaró que el procedimiento era inadecuado fue la inexistencia de comunidad hereditaria, por cuanto la herencia ya ha sido dividida y adjudicada en el testamento.

Según dispone el artículo 787.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , *la sentencia que recaiga se llevará a efecto con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente, pero no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda.*

No podrán los interesados volver plantear en otro procedimiento la existencia de una comunidad hereditaria precisada de una partición, a la que va destinado el procedimiento de división de herencia. Ahora bien, no supone ello que la sentencia dictada produzca efectos de cosa juzgada, tanto por la propia naturaleza del procedimiento, como por el resultado, que termina con una resolución en la que se declara la inadecuación del procedimiento.

La parte apelada cita dos sentencias del Tribunal Supremo en las que se ampara su planteamiento de que la sentencia que declara la inadecuación de procedimiento sí que produce efectos de cosa juzgada respecto de lo que fue discutido en el procedimiento: las sentencias de 8 de julio de 2004 y 30 de marzo de 2000 . Salvo un error en la búsqueda de las mencionadas resoluciones, no se deriva de ellas el efecto que se pretende y que contradiga lo que ya se ha expuesto con reiteración sobre que la eficacia de cosa juzgada puede predicarse de las sentencias sobre el fondo, cualidad que no tiene la que declara que el procedimiento es inadecuado.

Por otra parte, no puede olvidarse que para apreciar los efectos positivos de la cosa juzgada debe concurrir una identidad subjetiva, como exige el artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , lo que no se produce en el presente procedimiento. Lo que la parte interesa es hacer valer la eficacia de la cosa juzgada material en relación a la inscripción de una escritura de adjudicación en el Registro de la Propiedad, siendo el presente procedimiento de revisión de la calificación negativa del Registro de la Propiedad, en el que no son parte los interesados frente a quienes se pretende oponer la cosa juzgada.

TERCERO.- Aun cuando, en principio, del artículo 14.3 de la Ley Hipotecaria se derive la necesidad de la presencia de los legitimarios en la adjudicación de los bienes hereditarios, esa exigencia ha sido matizada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en los casos en los que existe una partición testamentaria, supuesto que debe diferenciarse de los testamentos en los que se incluyen normas para la partición. La partición realizada por el testador evita que haya comunidad hereditaria y la aceptación de los bienes adjudicados puede hacerse individualmente por el heredero, quedando siempre a salvo las acciones de complemento y suplemento de la legítima que correspondan.

Así se deriva de la propia resolución citada en la calificación del Registrador, de 8 de enero de 2014, y en otras, como las de 1 de agosto de 2012 o de 3 de marzo de 2015.

Dispone el artículo 1056 del Código civil que cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos, y el artículo 1068 que la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados.

Sobre lo que debe entenderse como partición testamentaria, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias resoluciones, de las que no se puede extraer una conclusión muy clara:

- Sentencia de 21 de julio de 1986 : *"... el citado artículo mil sesenta y ocho que requiere, para la atribución dominical de los bienes adjudicados, la partición legalmente hecha; motivo que no puede prosperar, pues si el artículo mil cincuenta y seis del mismo cuerpo legal, admite como una de las posibles formas de hacer la partición, la que de sus propios bienes realice el testador y a la que atribuye fuerza vinculante -«se pasará por*



ella» dice el precepto-, es indudable que sus efectos son los mismos que si se tratara de partición judicial o de partición extrajudicial practicada por los propios herederos o por albaceas o partidores, es decir, sus efectos son los de conferir a, cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados, ello, claro es, sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo mil setenta y cinco en relación con el mil cincuenta y seis, concede a los herederos forzosos en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o de que aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador y sin perjuicio, también, de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad, operaciones que en modo alguno suponen que la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados a cada heredero no se haya verificado como efecto de la partición desde el momento de la muerte del testador; razonamientos los expuestos que llevan al rechazo del segundo motivo en el que se denuncia la infracción del mismo artículo mil sesenta y ocho, pues si bien es cierto, como afirma el recurrente, que ni el testamento ni la declaración de herederos abintestato son por sí solos títulos suficientes para reivindicar bienes concretos y determinados y ello porque tales títulos sólo confieren un derecho abstracto sobre el patrimonio relicto que permanece en indivisión, no es menos cierto que una vez practicada la partición aquel derecho abstracto se transforma en un derecho concreto sobre los bienes que a cada heredero se le hayan adjudicado, ostentando a partir de dicha adjudicación una titularidad ordinaria, como la que puede corresponderle sobre bienes integrados en su patrimonio por cualquier otro título adquisitivo, y en el caso de litis, como se acaba de decir, la partición hecha por el testador en su testamento, lo mismo que la practicada por cualquiera otra forma admitida en derecho, produce el efecto de conferir a cada heredero la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados, propiedad exclusiva que faculta para el ejercicio de cualquier acción reivindicatoria.

- Sentencia de 7 de septiembre de 1998 : El artículo 1056 del Código Civil totalmente de acuerdo con la tradición jurídica española, faculta al testador para realizar el mismo la partición hereditaria, otorgándole amplias posibilidades para ello, pero siempre con absoluto respeto a las legítimas.

Pero, ahora bien, no toda disposición del testador realizada sobre bienes hereditarios, puede estimarse como una auténtica partición hereditaria. Y para delimitar la cuestión existe una "regla de oro", consistente en que la determinación de una verdadera partición se dará cuando el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones -inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes-, pero cuando, así, no ocurre, surge la figura de las denominadas doctrinalmente normas para la partición, a través de las cuales, el testador se limita a expresar su voluntad para que en el momento de la partición, determinados bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que mencione.

- Sentencia de 15 de junio de 2006 : Cita y reitera lo señalado en la anterior.

- Sentencia de 4 de noviembre de 2008 : El testador, aparte de las demás especies de la partición, puede hacerla de sus bienes, disponiendo de su patrimonio y concretando qué bienes recibirá cada uno de sus herederos. Así lo prevé el primer párrafo del artículo 1056 del Código civil que es citado explícitamente por la testadora, en su testamento, en el presente caso; la norma expresa: Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos; y la testadora dijo: " haciendo uso la testadora del derecho que le concede el artículo 1056 del Código civil ".

No es preciso que la partición comprenda absolutamente todos los bienes del causante. Cabe una partición adicional de los no comprendidos en ella, ya que al tiempo de hacer testamento, el testador no puede conocer cuáles serán exactamente sus bienes en el momento futuro, el de la apertura de la sucesión. Así, la testadora previó la atribución del resto de sus bienes a sus dos hijos por partes iguales y en pleno dominio.

La partición hecha por el testador corresponde a la mentalidad del legislador que, para proveer necesidades familiares, ventajas prácticas y anhelos muy legítimos, admite la posibilidad de que se realice por sí mismo la distribución y partición de sus bienes entre sus coherederos, lo cual proviene del Derecho romano, se reconoce en el Derecho histórico de Castilla y se mantiene en el Derecho moderno; así lo expresaba la sentencia de 6 de marzo de 1945 , que destaca que implica siempre un acto de última voluntad, que debe ser respetada, como voluntad soberana del testador, produciendo el efecto, como dicen las sentencias de 21 de julio de 1986 y 21 de diciembre de 1998 , de conferir a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados. Cuya partición hecha por el testador no extingue la comunidad hereditaria sino que la evita, ya que no llega a formarse.

Se ha de destacar que es igualmente partición tanto la que comprende todo el patrimonio del causante, como si no lo comprende totalmente. Así lo expresó ya la sentencia de 6 de marzo de 1945 al decir que "ni el precepto de referencia ni la doctrina científica que lo desenvuelve y explica imponen que se haya de reputar nula la partición hecha por el testador por la sola razón de que no hayan sido incluidos en ella todos los bienes, siendo así que la omisión de objetos o valores ni siquiera es, normalmente, según el artículo 1079, causa de rescisión de las particiones". Lo que efectivamente concuerda con el principio del favor partitionis que se desprende de esta



última norma y que ha destacado la jurisprudencia en sentencia 13 de marzo 2003, entre otras que asimismo cita. En todo caso, tal como dice la sentencia de 4 de febrero de 1994, "se trata de una efectiva partición llevada a cabo por la mencionada ascendiente, que el artículo 1056 del Código Civil autoriza realizar por medio de testamento, toda vez que no se hace distribución de cuotas hereditarias, sino más bien una disposición distributiva definitiva y directa de la totalidad del caudal patrimonial entre sus dos únicos hijos, con precisión del destino de cada uno de los bienes para después de su muerte. Su raíz y fundamento hay que encontrarla no sólo en la voluntad que así se manifiesta, sino también en el deseo que de esta manera expresó la testadora de evitar conflictos y enfrentamientos entre los sucesores designados".

Asimismo, destaca la jurisprudencia (así, sentencias de 21 de julio de 1986 y de 21 de diciembre de 1998) que la partición hecha por el testador se entiende sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo 1075 en relación con el 1056 del Código civil concede a los legitimarios en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o aparezca que fue otra la voluntad del testador. Pero en todo caso, como ya decía la sentencia de 6 de marzo de 1945, la facultad que tienen los interesados en la partición "para impugnarla y pedir su modificación, su nulidad o su rescisión, tiene que ajustarse, como norma procesal, a la de la necesidad de determinar en la demanda la clase de acción que se ejercite, no con fórmulas literales o nominalistas, pero sí con la claridad suficiente para que se la pueda identificar".

En definitiva y tal como dice la sentencia de 4 de febrero de 1994, "la consecuencia de tal estado sucesorio es el mandato que contiene dicho precepto 1056 del Código Civil, en cuanto obliga a los herederos a pasar por ella. La norma se presenta como imperativa, lo que refuerza el artículo 1058 que señalaba prioridad de la partición testamentaria y que, consecuentemente, ha de ser respetada, salvo que suponga perjuicio a la legítima de los herederos forzosos (artículo 1075 del Código Civil)."

Lo que debe concretarse, con independencia de si puede considerarse que el testamento es particional en los términos, amplios en ocasiones, que ha entendido el Tribunal Supremo, es, a efectos registrales, de la inscripción de la titularidad de un bien en el Registro de la Propiedad, si es preciso que deban completarse por todos los interesados todas las operaciones particionales omitidas por el testador.

Debe partirse de que, como regla general la DGRN para el supuesto de que la legítima se configure como una *pars bonorum*, como sucede en el derecho civil balear, que rige la sucesión del causante, al igual que en el derecho común, se exige la intervención del legitimario, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima son operaciones en las que está interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima (resoluciones de 1 de marzo de 2006, 6 de marzo de 2012, 13 de junio de 2013, 3 de marzo de 2015, 16 de octubre de 2015).

En el presente caso, en el testamento otorgado por el causante en fecha 25 de noviembre de 2003, en el que se designa heredero al demandante, uno de sus hijos, y lega a sus seis hijos lo que pudiera corresponderles por legítima y asigna a D. Franco, D^a. Susana, D^a. Amparo, D. Leovigildo y D^a. Daniela determinados bienes en pago de sus derechos legitimarios.

Ahora bien, no puede entenderse que se contenga un inventario completo de los bienes que constituyen el patrimonio del causante. Así, por ejemplo, se asigna a cada uno de los cinco legitimarios un piso de la casa señalada con el número NUM005 de la CALLE000, que no se describe y en la que, según resulta de la escritura de aceptación y adjudicación parcial, existe además de los pisos indicados un ático, que se adjudica al heredero.

La misma consideración puede hacerse en relación al mobiliario existente en Ca'n DIRECCION000, del que se atribuye una cuota parte equivalente al 6% para cada uno de ellos, un total del 30%, pero no se contiene ninguna descripción de los mismos.

No se incluye en el testamento valoración alguna que permita conocer ni de forma indiciaria si se respetan los derechos de los legitimarios.

Era necesaria la participación de los legitimarios para completar la partición en los términos fijados en el testamento con la finalidad de preservar sus derechos derivados de la herencia, por lo que debe concluirse que la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que desestima la impugnación frente a la calificación negativa realizada por el Registrador de la Propiedad era correcta. El recurso de apelación debe ser estimado, revocada la sentencia de instancia y desestimada la demanda interpuesta por al que se impugna la resolución de la DGRN de fecha 13 de febrero de 2015.

CUARTO.- El artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a las costas causadas en primera instancia. Se ha puesto de manifiesto en esta resolución el carácter fluctuante de la jurisprudencia sobre lo que debe considerarse partición testamentaria, que es el fundamento de la calificación del registrador, lo que justifica la apreciación de serias dudas de derecho para no hacer una especial mención a las costas causadas en primera instancia.



Dado lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y siendo la presente resolución estimatoria del recurso de apelación, no se hará imposición de las costas causadas en esta alzada.

FALLAMOS

Se estima el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que ostenta de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra la sentencia dictada en fecha 31 de julio de 2015 por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 23 de Palma en los autos del juicio verbal de los que el presente rollo dimana.

Se revoca la resolución de instancia y en su lugar:

- 1.- Se desestima la demanda interpuesta por D. Laureano contra la Administración General del Estado.
- 2.- No hay imposición de las costas causadas en primera instancia.

No se hace especial mención a las costas causadas en esta alzada.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en esta alzada, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.