



Roj: **SAP VI 332/2016 - ECLI: ES:APVI:2016:332**

Id Cendoj: **01059370012016100177**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **1**

Fecha: **31/05/2016**

Nº de Recurso: **238/2016**

Nº de Resolución: **187/2016**

Procedimiento: **Recurso apelación procedimiento ordinario LEC 2000**

Ponente: **MARIA MERCEDES GUERRERO ROMEO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA. SECCIÓN PRIMERA

ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA. LEHEN SEKZIOA

AVENIDA GASTEIZ 18-2ª planta - C.P./PK: 01008

Tel.: 945-004821

Fax / Faxes: 945-004820

NIG PV / IZO EAE: 01.02.2-14/015495

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.42.1-2014/0015495

A.p.ordinario L2 / E_A.p.ordinario L2 238/2016 - B

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : UPAD Civil - Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Vitoria-Gasteiz / Zibileko ZULUP - Gasteizko Lehen Auzialdiko 2 zenbakiko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 1092/2014 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Carlota

Procurador/a/ Prokuradorea:MARIA CONCEPCION MENDOZA ABAJO

Abogado/a / Abokatua: PEDRO MIGUEL FRAILE FRESNO

Recurrido/a / Errekurritua: Macarena , Marí Trini , Elena , Natalia , Africa y Fátima

Procurador/a / Prokuradorea: LUIS PEREZ AVILA PINEDO, LUIS PEREZ AVILA PINEDO, LUIS PEREZ AVILA PINEDO, LUIS PEREZ AVILA PINEDO, LUIS PEREZ AVILA PINEDO y LUIS PEREZ AVILA PINEDO

Abogado/a/ Abokatua: ANDONI ECHEVARRIA ARABAOLAZA

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. Dª Mercedes Guerrero Romeo, Presidenta, D. Iñigo Madaria Azcoitia y D. Iñigo Elizburu Aguirre, Magistrados, ha dictado el día treinta y uno de mayo de dos mil dieciseis,

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº 187/16

En el recurso de apelación civil, Rollo de Sala nº 238/16, procedente del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Vitoria-Gasteiz, Autos de Juicio Ordinario nº 1092/14, promovido por Dª **Carlota** representada por la Procuradora Dª Concepción Mendoza Abajo, frente a la sentencia nº 20/16 dictada el 27-01-16 , siendo parte apelada Dª **Macarena , Marí Trini , Fátima , Africa , Natalia y Elena** dirigidas por el Letrado D.



Andoni Echevarria y representadas por el Procurador D. Luis Pérez-Ávila Pinedo y siendo Ponente la Ilma. Sra. Presidenta D^a Mercedes Guerrero Romeo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Vitoria-Gasteiz, se dictó sentencia nº 20/16 cuyo **FALLO** es del tenor literal siguiente:

"ESTIMO la pretensión subsidiaria última de la demanda de juicio ordinario, interpuesta por la Procuradora Sra. Mendoza en representación de D^a. Carlota , asistida por el Letrado Sr. Fraile, contra D^a. Macarena , y D^a. Marí Trini , D^a. Fátima , D^a. Africa , D^a. Natalia y D^a. Elena , representadas por el Procurador Sr. Pérez-Ávila y asistida por el Letrado Sr. Echevarría, y contra D^a. Celsa , en situación procesal de rebeldía, y en consecuencia, 1º, **DECLARANDO** que se mantiene la partición realizada en la escritura "MANIFESTACIÓN DE HERENCIA Y ADJUDICACIÓN DE BIENES DE LA MISMA" (documento nº 9 de la demanda, folios 46 y siguientes de autos), desestimando por tanto las pretensiones anulatorias y rescisorias de la demanda, pero asimismo,

2º, **DECLARO** que de dicha partición han de resultar detraídas o excluidas las EPSV de las partidas 16, 17, 18 y 19 del "EXPONE III.-", y ello, en forma de complemento o adición particional, al efecto, en su caso, del cobro de la correspondiente prestación directa por cada beneficiario, y también, en su caso, de los recíprocos derechos de reembolso entre las partes, que no son objeto de efectiva petición en el presente procedimiento.

Todo ello, sin especial pronunciamiento en costas.

Notifíquese esta resolución a las partes."

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de **D^a Carlota** , recurso que se tuvo por interpuesto con fecha 21-03-16 dándose el correspondiente traslado a las demás partes personadas por diez días para alegaciones, presentando las representaciones de **D^a Macarena y OTRAS** , escrito de oposición al recurso planteado de contrario, elevándose seguidamente, los autos a esta Audiencia Provincial con emplazamiento de las partes.

TERCERO .- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala y comparecidas las partes, con fecha 27-04-16 se mandó formar el correspondiente Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia a la Ilma. Sra. Presidenta **D^a. Mercedes Guerrero Romeo**, y por providencia de 04-05-16 se señaló para deliberación, votación y fallo el día 24 de mayo de 2016.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- **Antecedentes necesarios. La sentencia de instancia. Motivos del recurso** .

Resultan de interés para la resolución del presente litigio los siguientes antecedentes de hecho:

Jose Carlos era el padre de la actora, Carlota , y de la demandada, Macarena . A la vez era el abuelo de las también demandadas Marí Trini , Fátima , Africa , Natalia y Elena , hijas de Macarena .

Jose Carlos falleció el día 8 de agosto de 2.013 en Vitoria. Antes de morir, otorgó testamento en fecha 14 de enero de 1.998 ante el Notario Fernando Ramos Alcazar. En el testamento declara como **heredera** a su hija Macarena , con sustitución a favor de sus descendientes. Asimismo lega a Carlota su legítima estricta en los siguientes términos: " Lega a su hija Carlota la legítima estricta que por ley le corresponde, sustituida por sus descendientes ". A sus nietas Marí Trini , Fátima , Africa , Elena , y Natalia les lega la mitad del tercio de mejora más el tercio de libre disposición. Además, lega a Celsa la suma de un millón de pesetas (6.010,12 euros).

Con fecha 5 de marzo de 2.014 Macarena procede a realizar la partición de los bienes del causante entre todas las herederas, en escritura pública realizada por el Notario Francisco Rodríguez-Poyo. En el momento de la partición comparecen ante el Notario sus hijas. En la escritura no consta que Carlota esté presente.

En el documento se dice que el haber partible suma la cantidad de 650.337,05 euros (seiscientos cincuenta mil trescientos treinta y siete con cinco euros). A D^a Carlota en concepto de legado le corresponde la legítima estricta, por importe de 107.387,82 €. La demandada Macarena asume en la misma escritura la obligación de entregar esta cantidad a la legataria, señalando a continuación las cuentas, fondos, acciones, y EPSV que forman parte de su legado.



Con fecha 6 de marzo de 2.014 Macarena requiere al Notario para que entregue copia de la escritura de partición y reconocimiento de legado hecho a favor de Carlota , haciendo constar la disposición de la **heredera** a pagar el legado adjudicado en la herencia.

La actora alega que la partición y adjudicación de los bienes de la herencia se ha hecho sin su conocimiento, ni consentimiento, y que siendo legataria de parte alícuota tiene la condición de **heredera**, por lo que debió ser llamada a la partición. Es por ello que solicita la nulidad de la partición invocando vulneración de lo establecido en los art. 1.058 y 1.059 CC .

De forma subsidiaria solicita:

- a) La nulidad de la partición por incluir bienes que no son del causante, sino que pertenecen a las personas beneficiarias de las EPSV, que como indica el art. 11.c).21 del Reglamento que regula este tipo de inversiones.
- b) Nulidad por no incluir bienes del causante en la partición, descritos en el fundamento noveno de la demanda.
- c) Nulidad por no respetar la legítima estricta de D^a Carlota . Afirma que el importe de la legítima que le corresponde una vez descontado el legado de cosa cierta de D^a Celsa , teniendo en cuenta el total de bienes del causante, asciende a 96.412,30 €. A esto debe añadirse el cincuenta por ciento del total de las EPSV del Banco Santander, lo que haría un total de 261.009,32 €.
- d) Nulidad por haber sido adjudicado el bien de mayor valor a Macarena , Adjudicando a la actora las AFS Fagor, que como es notorio y público carecen de valor.
- e) Nulidad por otorgar al único inmueble propiedad del causante un valor inferior al real, valorado en 115.362,56 euros, cuando realmente su valor alcanza los 285.683 euros. Tampoco se tiene en cuenta que algunos de los depósitos de Bancos se han modificado, convertidos en otros depósitos, o que los saldos han recibido nuevos ingresos o cargos.
- f) Rescisión de la partición de la herencia por daño superior a un cuarto.
- g) De forma subsidiaria a las anteriores plantea complementar la partición con la inclusión de bienes del causante no incluidos en la partición, y presenta una lista en la pag. 27 de la demanda en relación a estos bienes.
- h) Complementar la partición con el valor actualizado de estos bienes.
- i) También de forma subsidiaria para el caso que no se estimase la nulidad por incluir las cuatro EPSV del Banco Santander, se proceda a extraerlas del caudal hereditario.

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda declarando válida la partición de la herencia en escritura pública y desestimando las pretensiones anulatorias y rescisorias de la demanda. Si bien, declara que de la partición ha de resultar detraídas o excluidas las EPSV de las partidas 16, 17, 18, y 19 del expone III, y ello en forma de complemento o adición particional, al efecto, en su caso del cobro de la correspondiente prestación directa por cada beneficiario, y también, en su caso, de los recíprocos derechos de reembolso entre las partes, que no son objeto de efectiva petición en el presente procedimiento.

En cuanto a la primera petición de nulidad por no concurrir a la partición la actora, argumenta que Macarena no necesitaba del consentimiento de la actora para realizar la partición de la herencia del causante, el testamento no incluye partición, y no encomienda dicha facultad de manera específica a una persona, por lo que la instituida **heredera**, en virtud de lo dispuesto en el art. 1.058 CC puede realizar la partición sin el consentimiento de otros, interesados o no en la misma. La demandante no ha sido instituida **heredera**, y es por ello que no se precisa de su consentimiento, ex art. 1058 en relación con el art. 1.261 y concordantes del CC . Siendo así, para que se produzca la rescisión ex art. 1.080 CC se precisa de una preterición que además adolezca de dolo o de mala fe. Y añade que más allá de la cuestión atinente al dolo o mala fe de la Sra. Macarena , a la hora de realizar la partición sin intervención de su hermana, la cuestión es que no se ha dado un supuesto de preterición, la demandada pagó y entregó el legado, debiendo prevalecer el principio "favor partitionis". En los siguientes fundamentos analiza la prueba en relación a la valoración del local, concluyendo que no ha quedado acreditada la valoración defectuosa de los bienes hereditarios hasta el punto de provocar la desigualdad referida. Y desestima las acciones subsidiarias de complemento o adición de objetos o valores omitidos en la partición, bien para inclusión o para su exclusión, a excepción de las EPSV del Banco Santander por remisión de los Reglamentos del propio Banco.

La parte actora impugna la sentencia por considerar que no se ha interpretado de forma correcta los art. 1.058 y 1.059 CC en relación al art. 1.261 y concordantes CC , falta el consentimiento de la legataria de parte alícuota y **heredera** D^a Carlota , por lo que solicita la nulidad de la partición y adjudicación de la herencia. De forma subsidiaria solicita la nulidad por no incluir todos los bienes del causante en la partición; por tomar el valor de



los bienes y saldo en las cuentas a la fecha del fallecimiento del causante en vez de a la fecha de la adjudicación con la actualización correspondiente; por no respetar la legítima estricta de Carlota ; por dar un valor inferior al bien de mayor relevancia de la herencia que es el local de la calle Portal de Villareal; por adjudicarse la demandada Macarena el bien de mayor valor. Y rescisión por daño en la adjudicación superior a un cuarto por aplicación de lo dispuesto en el art. 1.074 CC . En fín, las peticiones que ya hacía en la demanda.

SEGUNDO.- Interpretación del testamento. Nulidad por faltar el consentimiento de la actora en el acto de partición y adjudicación de la herencia del causante. Vulneración del art. 1.058 CC y jurisprudencia que lo interpreta .

D. Jose Carlos nombra legataria de la legítima estricta en su testamento a su hija, Carlota , hecho que ha quedado acreditado por el documento nº 5 anexo a la demanda.

En el mismo documento se nombra **heredera** a la demandada Macarena . También se nombra legatarias a sus cinco nietas (hijas de Macarena), de la mitad del tercio de mejora, más el tercio de libre disposición. Además, lega a Celsa la suma de un millón de pesetas (6.010,12 euros).

En calidad de **heredera**, Macarena se persona en la Notaria de Francisco Rodríguez-Poyo el 5 de marzo de 2.014 y realiza la partición y adjudicación de los bienes de su padre. Hecho que la parte demandada admite en su escrito de contestación y a lo largo del procedimiento, y que se constata por el documento anexo nº 10 de la demanda. La partición se da a conocer a la actora el 13 de marzo de 2.014, así se admite por la demandada, quien solicitó al Notario que requiriese a la actora para dar a conocer la partición. La propia actora solicita del Notario la copia de la partición el 18 de marzo de 2.014.

De todo ello resulta acreditado que la partición se realizó sin conocimiento ni consentimiento de Carlota , que era legataria de parte alícuota de la herencia de su padre. Y ésta es la controversia, la recurrente solicita se declare la nulidad de la partición y adjudicación de los bienes puesto que no ha sido llamada a la partición y se ha realizado sin su consentimiento, vulnerando lo dispuesto en el art. 1.058 y 1.059 CC .

El precepto es claro, cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente. Caso contrario, si no se entendieren, dice el art. 1.059 que podrán ejercitar este derecho en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento civil .

De lo indicado en estos artículos y en los precedentes (1.056 y 1.057) se deduce que, los herederos podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente en el supuesto de que no la hubiere realizado el testador, ni ordenado que la haga el contador partidor, supuestos que tienen prioridad. De no existir esos modos, los herederos podrán realizarla por sí mismos, con absoluta libertad del modo y manera, llegándose a dar carácter prioritario a esa partición por los coherederos cuando la realizan de forma unánime (STS 20-10-92 y 22-2-97). Y siendo preciso que la partición se realice por unanimidad, según se extrae de la expresión contenida en el art. 1.059 "no se entendieren", unanimidad que debe contraerse al total de la partición.

En este caso se da la circunstancia que en el testamento la actora es legataria de parte alícuota, adjudicándole la legítima estricta, el testador no dispuso a su favor un legado de cosa determinada a los efectos del art. 861 CC , sino un legado de cuota, y es por ello que tiene la condición de **heredera**. Como resuelve la STS de 14 de julio de 2.008 entre otras, " la legataria de parte alícuota tiene la condición de **heredera**. El testador no dispuso un legado de cosa determinada en favor de D^a. ..., sino un legado de cuota del tercio de libre disposición y de mejora de su herencia, en suma un legado de parte alícuota de la misma. El legatario forma parte de la comunidad hereditaria, estando legitimado para instar su división judicial (art. 782.1 LEC), posición claramente diferente a la del legatario de cosa ajena según el art. 861 Cód ."

En la misma línea la STS de 12 de junio de 2.006 indica que "¿ si bien el artículo 660 del mismo código distingue entre heredero y legatario considerando que el primero sucede a título universal y el segundo a título particular, no puede desconocerse la asimilación a ciertos efectos de la figura del legatario de parte alícuota a la del heredero en cuanto acreedor de una parte de la herencia. Así ha de entenderse que el régimen del legado de parte alícuota -que en este caso atribuyó el testador a sus sobrinos demandantes- es distinto del legado de cosa específica-cualquiera que sea la posición doctrinal que se adopte acerca de su naturaleza- por la afinidad entre aquel legado y la herencia, derivada en ambos de la común atribución indeterminada de bienes -aunque sea por diferente título- que obliga a que se concrete o materialice mediante la partición el contenido económico para fijar la parte que le corresponde a uno y otro".

La Sentencia de 22 de enero de 1.963 expone: "¿ heredero es aquel sucesor a quien es atribuida la totalidad de las relaciones patrimoniales del difunto, o una parte alícuota de aquéllas, independientemente del nombre con que sea designado, legatario es el sucesor en bienes o derechos determinados, concepto confirmado por



el artículo 768 CC , pues si el heredero instituido en una cosa cierta y determinada ha de ser considerado como legatario, recíprocamente el legatario de parte alícuota habrá de ser calificado como heredero " .

Esta Sala ya se pronunció sobre la condición de **heredera** de la legataria de parte alícuota en el Auto de 19 de febrero de 2.016 al resolver sobre las medidas cautelares solicitadas: " La actora es legataria de una parte alícuota de la herencia de su padre, que corresponde a su legítima estricta, condición que el Código Civil le otorga. El hecho de que haya recibido su porción hereditaria en forma de legado no obsta a su condición de **heredera** como hija del causante. En suma, la actora es **heredera** forzosa de la herencia de su padre, razón por la que queda justificada la apariencia de buen derecho " .

La partición implica la división y adjudicación de los bienes que forman el patrimonio del causante a los coherederos y legatarios de parte alícuota, extinguiendo así la comunidad hereditaria. El primer efecto de la partición es la atribución al coheredero o legatario de parte alícuota, de la titularidad exclusiva de los bienes o derechos que se le hayan adjudicado. Es decir, no basta una atribución en el testamento, sino que para admitir la titularidad es precisa la adjudicación en la partición y así lo han reiterado las sentencias del 3 junio 2004 , 12 febrero 2007 .

El artículo 1.080 del Código civil contempla el supuesto de que se haya practicado omitiendo a un coheredero, lo que da lugar a la nulidad si se prueba mala fe en los que la han practicado. La mala fe se presume cuando se obvia a un heredero aun sabiendo de su existencia, así lo indica la STS de 31 de mayo de 2.010 .

Nuestro Tribunal Supremo ha otorgado carácter contractual a la partición realizada por los herederos, de modo que le son aplicables las prescripciones de los artículos 1.261 y concordantes, constituyendo presupuesto para su validez el consentimiento de todos y cada uno de los otorgantes, pudiendo su elevación a escritura pública dotarlos de autenticidad y acceso al registro público, con sus efectos frente a terceros (STS 15-2-96 , 18-3-99 , y 13-3-2003).

Señalaba ya la lejana en el tiempo STS de 3 julio 1962 que " al incidir una partición hereditaria en la esfera de los derechos privados de tipo dispositivo, los herederos que por sí mismo la practican, aun valiéndose de terceros técnicos, pueden sin duda acomodarla a sus peculiares intereses y conveniencias del caso, siempre, claro es que actuasen inequívocamente entre sí, como les faculta el artículo 1058 del Código " .

Más recientemente la STS de 18 de marzo de 1999 expresa que " El acuerdo particional, de notoria naturaleza contractual, no requiere de una especial forma para que resulte eficaz y vinculante y en el mismo los interesados pueden también llevar a cabo renuncia de sus derechos hereditarios mediante la cesión de los mismos " .

Aclarada la condición de **heredera** de la actora como legataria de parte alícuota, calificativo que le otorga el testamento, y la naturaleza contractual de la partición realizada por los herederos ex art. 1.058 CC , procede analizar a continuación los efectos derivados de la falta de consentimiento de uno de los herederos en la partición y adjudicación de los bienes. O lo que es lo mismo, si tiene validez la partición realizada por uno de los coherederos sin el conocimiento y consentimiento de los demás.

La STS de 22 de febrero de 1.997 trata un supuesto de hecho equiparable al que nos ocupa, la esposa a la que se lega el tercio de libre disposición de los bienes, y sin embargo, no concurrió a la partición, " Asimismo es procedente estimar el motivo tercero en que se denuncia infracción de los artículos 1261 párrafo 1 y 657 del Código Civil en relación con el artículo 1058 del mismo texto legal al no darse en la partición contractual de 3 de marzo de 1951 el consentimiento simultáneo de todos los herederos, al no haber concurrido a esa partición doña Ana , esposa del causante . Don Alfredo dispuso en la estipulación tercera de su testamento notarial otorgado en 3 de septiembre de 1949 que "sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria lega en pleno dominio a su esposa D^a Ana el tercio de los bienes de libre disposición. Se le adjudicarán los muebles y ajuar de casa"; designada así la esposa legataria de parte alícuota de la herencia, el tercio de bienes de libre disposición , su intervención en la partición deviene necesaria dada la semejanza a estos efectos entre el legatario de parte alícuota y los herederos así como la facultad que les reconoce el artículo 1038 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para instar el juicio voluntario de testamentaria " .

También la STS de 12 de junio de 2.006 que ya hemos mencionado: "El primer motivo del recurso, amparado en el ordinal 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denuncia la infracción del artículo 1.058 del Código Civil en cuanto la sentencia dictada por la Audiencia, aceptando lo resuelto por el Juzgado, declara rescindida la partición efectuada por los herederos al no haber dado intervención en la misma a los actores en su condición de legatarios de parte alícuota, siendo así que el precepto que se afirma infringido atribuye precisamente a los herederos, y no a otros interesados, la facultad de distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente siempre que fueren mayores de edad y tuvieren la libre administración de sus bienes, salvo que el propio testador hubiere hecho la partición o hubiera encomendado a otro esta facultad. (...)



Así ha de entenderse que el régimen del legado de parte alícuota -que en este caso atribuyó el testador a sus sobrinos demandantes- es distinto del legado de cosa específica -cualquiera que sea la posición doctrinal que se adopte acerca de su naturaleza- por la afinidad entre aquel legado y la herencia, derivada en ambos de la común atribución indeterminada de bienes -aunque sea por diferente título- que obliga a que se concrete o materialice mediante la partición el contenido económico para fijar la parte que le corresponde a uno y otro. Al respecto, la sentencia de esta Sala de 22 de enero de 1963 ya señaló que «dada la naturaleza, alcance y efecto de esta especie de legado y la ausencia de su reglamentación en nuestro Código Civil, deben serle aplicables determinados preceptos legales relativos al heredero, y muy especialmente aquellos cuyo fin inmediato es el conocimiento por el sucesor del patrimonio en que haya de participar, su cuantía y composición, punto en el que la semejanza entre el heredero y el legatario de parte alícuota aparece más destacada ». Así el artículo 1.038-3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 consideraba a los legatarios de parte alícuota como legitimados para promover el juicio de testamentaría, como igualmente establece la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 en su artículo 782.1 que están facultados para pedir la división judicial de la herencia.

En consecuencia, la preterición en la partición del legatario de tal clase ha de producir los efectos previstos en el artículo 1.080 del Código Civil para el caso de preterición de un heredero, de forma que si se produce de mala fe o dolosamente -conociendo su existencia- ha de desembocar en la rescisión de la partición así realizada."

El subrayado es nuestro, hemos querido resaltar los párrafos más importantes en relación al caso que nos ocupa. Así, aplicando esta doctrina del Tribunal Supremo, procede declarar la nulidad de las operaciones de división de la herencia realizadas por Macarena . La partición, aunque realizada ante Notario, se realizó sin el consentimiento de Carlota , legataria de parte alícuota y, por tanto, **heredera**, a quien debió llamarse para realizar la partición. El causante no estableció en el testamento la forma de realizar el reparto, tampoco se nombró contador-partidor, por tanto, correspondía a las herederas realizar la partición de forma contractual, previo consentimiento de todas ellas ex art. 1.261 CC , lo que incluía a la actora. Aunque en el título se le diese el calificativo de legataria, lo era de parte alícuota, precisamente por ello debió ser considerada **heredera** y llamada a la partición. Las operaciones particionales realizadas por los herederos requieren del consentimiento de todos, ex art. 1.261 CC y concordantes, se trata de una partición contractual.

Macarena conocía de la existencia de su hermana Carlota , pese a ello, no la tuvo en cuenta para realizar la división, por lo que debe presumirse su mala fe. La falta de consentimiento en las operaciones particionales por una de las herederas significa la nulidad de las mismas, ex art. 1.080 CC , deviene necesario el consentimiento de todos los herederos ex art. 1.058 CC , y la actora lo es en su condición de legataria de parte alícuota de la legítima estricta.

A mayor abundamiento, la DGRN en Resolución de 22 de marzo de 2.007 indica que el legatario tiene que intervenir en la partición contractual, solo será válida la partición practicada por los herederos cuando estos haya realizado actos concluyentes y expresivos de su consentimiento.

No procede entrar en el resto los motivos alegados por el recurrente de forma subsidiaria como la nulidad por lesión, la infra-valoración del local, o la adjudicación del bien de mayor valor por quien realizó la partición.

Por último, procede aclarar que el hecho de que la adjudicación de bienes se efectuara en escritura pública otorgada ante Notario, en nada afecta a su validez o nulidad, por cuanto es reiterada la doctrina jurisprudencial según la cual la eficacia de los contratos otorgados ante Notario no alcanza a la verdad intrínseca de las declaraciones de los contratantes, el documento público tan solo da fe del hecho y de la fecha, (Sentencias del TS de 10 de noviembre de 1998 y 23 de septiembre de 1989).

En virtud de lo expuesto, el recurso debe prosperar.

TERCERO.- Que las costas de la instancia se abonarán por la parte demandada, sin hacer especial pronunciamiento de las de este recurso ex art. 394 y 398 LEC .

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso interpuesto por Carlota representada por la procuradora Concepción Mendoza contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Vitoria en el procedimiento Ordinario nº 1.092/14, **REVOCANDO** la misma y, en consecuencia, QUE ESTIMANDO LA DEMANDA interpuesta por Carlota , debemos **DECLARAR Y DECLARAMOS LA NULIDAD DE LA PARTICIÓN** de la herencia de D. Jose Carlos realizada el 5 de marzo de 2.014 ante el Notario D. Francisco Rodríguez-Poyo por faltar el consentimiento de la legataria de parte alícuota Dª Carlota . Y todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada, sin hacer especial pronunciamiento de las de este recurso.

Conforme a la Disposición Adicional 15 de la LOPJ, dése el destino legal al depósito constituido para recurrir.



MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de CASACIÓN ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, si se acredita interés casacional. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrá interponerse recurso extraordinario por INFRACCIÓN PROCESAL ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de casación y 50 euros se si trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en Banco Santander con el número 0008-0000-06-0238-16. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un " Recurso" código 06 para recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos (DA15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Al escrito de interposición deberá acompañarse, además, el justificante del pago de la tasa judicial debidamente validado, salvo que concurra alguna de las exenciones previstas en la Ley 10/2012.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- 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 Letrada de la Administración de Justicia, certifico.