



Roj: **AAP SA 20/2017 - ECLI: ES:APSA:2017:20A**

Id Cendoj: **37274370012017200020**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Salamanca**

Sección: **1**

Fecha: **12/01/2017**

Nº de Recurso: **636/2016**

Nº de Resolución: **3/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN BORJABAD GARCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

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

#### **SALAMANCA**

**AUTO: 00003/2017**

N10300

GRAN VIA, 37-39

Tfno.: 923.12.67.20 Fax: 923.26.07.34

**N.I.G.** 37274 42 1 2015 0006015

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000636 /2016**

**Juzgado de procedencia:** JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.N.6 de SALAMANCA

**Procedimiento de origen:** JURISDICCION VOLUNTARIA. GENERAL 0000631 /2015

Recurrente: Silvio

Procurador: RAFAEL CUEVAS CASTAÑO

Abogado:

Recurrido: Andrés

Procurador:

Abogado:

**A U T O N° 3/17**

Ilmo. Sr. Presidente:

DON JOSE RAMON GONZALEZ CLAVIJO

Ilmos. Sres. Magistrados:

DOÑA MARIA DEL CARMEN BORJABAD GARCIA

DON EUGENIO RUBIO GARCIA

En SALAMANCA, a doce de enero de dos mil diecisiete.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**1º.-** El día **31 de marzo de 2016** el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 6 de Salamanca dictó **Auto en los autos de JURISDICCION VOLUNTARIA Nº 631/15; Rollo de Sala Nº 636/16**, cuya



parte dispositiva es como sigue: "Denegar la aprobación de la partición de la herencia de D<sup>a</sup> Sacramento instado por D. Silvio ."

2º.- Contra referida resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la legal representación de por D. Silvio , quien después de hacer las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones terminó suplicando se dicte resolución por la que estimando el recurso de apelación interpuesto proceda a aprobar la partición de la herencia de Dña. Sacramento .

Dado traslado del escrito de recuro de apelación, se presentó escrito por el Ministerio Fiscal despachando el traslado conferido, manifestando no oponerse a la estimación del recurso.

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia se formó el oportuno Rollo y se señaló para la **deliberación , votación y fallo** del presente recurso de apelación el día **catorce de diciembre de dos mil dieciséis** pasando los autos a la Ilma. Sra. Magistrada Ponente para dictar resolución.

4º.- Vistos, siendo **Ponente** la Ilma. Sra. Magistrada **Doña MARIA DEL CARMEN BORJABAD GARCIA**.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente al auto dictado el 31 de marzo de 2016 por el Magistrado Juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Salamanca en los autos de Jurisdicción Voluntaria nº 631/2015 a que se refieren las presentes actuaciones cuya parte dispositiva figura en los antecedentes de esta resolución, recurre en apelación la representación procesal de D. Silvio alegando que ninguna de las partes implicadas en el reparto de la herencia se opuso a la misma y tampoco el Ministerio Fiscal, es decir que las operaciones particionales fueron aprobadas en sede judicial por todas las partes y el Ministerio Fiscal y tanto los herederos que se obligaban al pago en metálico de la legítima, como el que lo recibía estaban conformes con el reparto y forma de pago. La desestimación de la demanda por el juez de la instancia se basa en una interpretación restrictiva del Art. 841 C.Civil .

"Alguno" indica un número inespecífico de personas designadas por el sustantivo al que modifica, es decir se puede referir a un número plural de personas, un número inespecífico, luego contrariamente a la interpretación del juez de la instancia, no cabe limitarlo a una persona como se efectúa en el auto impugnado. Además debe tomarse en consideración la evolución de la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo que avala las pretensiones aquí deducidas. Se concluye solicitando la revocación del auto y en consecuencia que se proceda a dictar resolución por la que estimando el recurso se proceda a aprobar la partición de la herencia de Doña Sacramento .

El Ministerio Fiscal, en su informe de 13 de octubre de 2016, no se opone a la estimación del recurso, por entender que no existe obstáculo legal a la aprobación solicitada por el recurrente, pues se ha dado cumplimiento a los requisitos que señala el TS para el pago en metálico de la legítima: autorización del testador, acuerdo o aprobación judicial y atribución a los autorizados del patrimonio relicto, sin que se vulnere el contenido del art. 841 C.Civil .

**SEGUNDO.-** Hay que partir de la demanda iniciadora de este procedimiento de jurisdicción voluntaria, de fecha 25 de junio de 2015, por la cual Don Silvio insta la aprobación judicial de la partición de la herencia de Doña Sacramento fallecida en Salamanca el 12 de enero de 2015, quien había otorgado testamento abierto ante Notario el 23 de septiembre de 2008, instituyendo Herederos Universales por partes iguales a sus cinco hijos y legando a su nieto Andrés la legítima estricta, que será satisfecha en la forma que establezcan los herederos y otorga a los albaceas Don Silvio y D. Hermenegildo las más amplias facultades incluida la de entregar legados.

Efectuada la partición de la herencia en escritura otorgada el 17 de abril de 2015 ante el Notario de Salamanca D. Carlos Hernández Fernández-Canteli.

La diferencia entre el activo y el pasivo arrojó un haber líquido de 715,30 euros.

Se procedió a realizar como baja del caudal hereditario líquido el legado de la legítima estricta ordenado por la causante a favor de su nieto Don Andrés por valor de 39,74 euros de manera que el haber hereditario líquido de la herencia de Doña Sacramento asciende a 675,56 euros que dividido entre los cinco hijos y herederos supone para cada uno 135,11 euros que los albaceas proceden a adjudicar a cada uno.

Con fecha 17 de abril de 2015, todos los herederos ratificaron ante Notario, dicha adjudicación a excepción de Don Andrés .

Pues bien, en el seno de este procedimiento, personado Don Andrés en su escrito de forma inequívoca y asesorado legalmente ya que figura firma de procurador y abogada, textualmente indica "una vez revisadas



las operaciones de división de herencia practicadas, nuestro representado no se opone a la concesión de la aprobación judicial en los términos solicitados". La resolución recurrida pone de manifiesto que la previsión legal del Art. 841 del Código Civil exige bien que el testador haya efectuado la adjudicación con la correspondiente carga de pagar en metálico para compensar a los demás; o que haya autorizado expresamente al contador para efectuarlo. El Art. 841 parece un supuesto inverso al sometido a aprobación judicial pues en dicho recepto parece referirse a la partición en que se adjudicaban todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los herederos y se paga en metálico la porción a los demás, interpretación que en todo caso acudiendo al tenor literal *de la palabra alguno* del Art. 841 hace referencia a número inespecífico de personas y no puede otorgársele el significado solo de uno y salvada esa dificultad que recoge el juez de la instancia como señala Juan Vallet de Goytisolo en su comentario al Art. 843 del C.Civil esta aprobación judicial se sustanciará por los trámites de la jurisdicción voluntaria y podrá ser impugnada en el juicio ordinario correspondiente, son de aplicación con las necesarias adaptaciones los trámites previstos en la L.E.Civil de 1881 Art. 1077 y ss . Trámite seguido en estas actuaciones, con todas las garantías legales.

Quedando constancia entre otras sentencias; Tribunal Supremo Sala de lo Civil ponente Encarnación Roca Trias (18-7-2012 ) o sentencia TS de 21/10/2012 ponente Francisco Javier Orduna Moreno de la evolución de la doctrina a propósito del pago en metálico de la legítima de los descendientes. Señalando que el pago en metálico de la legítima viene a constituir una facultad y no una carga del heredero llamado en principio a quedarse con los bienes del caudal relicto y conforme a la tutela o salvaguarda de la intangibilidad material de la legítima el propio Art. 843 Código Civil requiere sin distinción alguna, la confirmación expresa de todos los hijos o descendientes respecto de la liquidación y adjudicación practicada, que en las presentes actuaciones además se alcanza con la expresa aceptación del nieto Don Andrés y que concurriendo todos los requisitos fijados por la doctrina del Tribunal Supremo para el pago en metálico de la legítima, como señala el Ministerio Fiscal en su informe, nada impide la aprobación judicial solicitada, de manera que en atención a lo expuesto se estima el recurso de apelación y en consecuencia accedemos a la aprobación judicial, que tiene eficacia constitutiva.

Es condición de la eficacia, no de la validez, de las operaciones particionales y que carece de eficacia de cosa juzgada material.

En atención a lo expuesto,

#### PARTE DISPOSITIVA

**LA SALA DECIDE:** Estimar el recurso de apelación promovido por la legal representación de **DON Silvio** contra el auto dictado por el Magistrado Juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Salamanca en los autos de Jurisdicción Voluntaria nº 631/2015 a que se refieren estas actuaciones que revocamos y en consecuencia se aprueban las operaciones particionales de la herencia de Doña Sacramento practicadas por los albaceas Don Hermenegildo García y Don Silvio recogidas en la escritura pública de Manifestaciones y Adjudicaciones de Herencia otorgada el 17 de abril de 2015 ante el Notario de Salamanca Don Carlos Hernández Fernández-Canteli. Sin efectuar especial imposición de costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y verificado repórtense los autos originales junto con el testimonio de la resolución al Juzgado de procedencia.

Así lo mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados arriba indicados. Doy fe.

LOS MAGISTRADOS

EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA,