



Roj: **SAP LU 418/2017 - ECLI: ES:APLU:2017:418**

Id Cendoj: **27028370012017100215**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lugo**

Sección: **1**

Fecha: **06/07/2017**

Nº de Recurso: **199/2017**

Nº de Resolución: **226/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA INMACULADA GARCIA MAZAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LUGO SENTENCIA: 00226/2017

N10250

PLAZA AVILÉS S/N

Tfno.: 982294855 Fax: 982294834

FF

N.I.G. 27031 41 1 2014 0000699

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000199 /2017

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.1 de MONFORTE DE LEMOS

Procedimiento de origen: DIVISION HERENCIA 0000329 /2014

Recurrente: Alicia , Maximo , Severino

Procurador: RAFAEL RODRIGUEZ GUTIERREZ, RAFAEL RODRIGUEZ GUTIERREZ , RAFAEL RODRIGUEZ GUTIERREZ

Abogado: BEATRIZ PIN LOPEZ, BEATRIZ PIN LOPEZ , BEATRIZ PIN LOPEZ

Recurrido: Estefanía , Juan Antonio

Procurador: MARIA CAO PEREZ, MARIA CAO PEREZ

Abogado: JOSE ANTONIO CARDELLE GONZALEZ, JOSE ANTONIO CARDELLE GONZALEZ

SENTENCIA 226/2017

Ilmos. Sres.:

D. MARIA ZULEMA GENTO CASTRO

D. DARIO ANTONIO REIGOSA CUBERO

D. MARIA INMACULADA GARCIA MAZAS

En LUGO, a seis de julio de dos mil diecisiete

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de LUGO, los **Autos de DIVISION HERENCIA 0000329/2014** , procedentes del **XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.1 de MONFORTE DE LEMOS** , a los que ha correspondido el **Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000199/2017** , en los que aparece como parte apelante, Alicia , Maximo y Severino , representado por el Procurador de los tribunales, Sr. RAFAEL RODRIGUEZ GUTIERREZ y asistido por el Abogado D. BEATRIZ PIN LOPEZ, y como parte apelada, Estefanía y Juan Antonio , representado por el Procurador de los tribunales, Sra. MARIA CAO PEREZ y asistido por



el Abogado D. JOSE ANTONIO CARDELLE GONZALEZ, sobre división judicial de herencia del causante don Cristobal . Siendo ponente la magistrada-suplente Ilma. Sra. D.ª MARIA INMACULADA GARCIA MAZAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.1 de MONFORTE DE LEMOS, se dictó sentencia con fecha veintinueve de diciembre de dos mil dieciséis , en el procedimiento del que dimana este recurso.

SEGUNDO.- La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: Que debo ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE, en lo que se verá y se deduce de los fundamentos de la presente sentencia, las impugnaciones que por la Procuradora Sra. Crespo Vázquez en nombre de Dña. Alicia , D. Maximo y D. Severino han realizado del cuaderno particional realizado por D. Jeronimo .== En consecuencia, si esta sentencia llega a ser firme, el contador partidior deberá reelaborar el cuaderno con base en las siguientes pautas: De conformidad a lo manifestado en el fundamento de derecho cuarto, deberá tenerse en cuenta la valoración dada por la perito Dña. María Rosa a los inmuebles situados en Campo de San Antonio (plantas tercera y cuarta) y al almacén/garaje sito en la CALLE000 (valoración 2015).== Sin expreso pronunciamiento en costas., que ha sido recurrido por la parte Alicia , Maximo , Severino , habiéndose alegado por la contraria oposición al recurso.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día nueve de junio de dos mil diecisiete a las diez treinta horas, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia apelada y

PRIMERO.- D. Estefanía y D. Juan Antonio , promueven en fecha de 15 de julio de 2014 el procedimiento de división judicial de la herencia de su abuelo, D. Cristobal , siendo citados como interesados D. Alicia (hija del causante), D. Maximo y D. Severino (hijos de la anterior).

Designados contador y perito, fueron practicadas las operaciones particionales y depositadas en la Secretaría del Juzgado el 26 de mayo de 2015. Dando traslado a las partes, éstas fueron impugnadas por D. Alicia y sus dos hijos.

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda y contra esa decisión judicial plantea recurso de apelación D. Alicia , D. Maximo y D. Severino .

SEGUNDO.- Alega la parte recurrente como primer motivo de apelación vulneración de los artículos 782 de la LEC y 249.1 LDCG , inadecuación del procedimiento, improcedencia de la partición y adjudicación realizada por el contador.

Este motivo ha de ser estimado. El causante, D. Cristobal , falleció en Monforte de Lemos el día 5 de agosto de 2011, habiendo otorgado testamento con fecha de 21 de noviembre de 2003, en cuya Disposición Tercera lega a sus nietos Juan Antonio y Estefanía , con cargo al tercio de legítima, y en lo que excediera al de mejora y al de libre disposición, los pisos tercero y cuarto de la casa señalada con el número NUM000 del Campo de San Antonio, de Monforte de Lemos, con todo lo que exista de puertas adentro, esto es, el causante realizó a favor de sus nietos Estefanía y Juan Antonio un legado de cosa específica. Los demandantes, ahora recurrentes, muestran su desacuerdo con lo legado por considerar que no cubre su derecho de legítima y por ello solicitan la división judicial de la herencia de su abuelo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 782 de la LEC , sólo pueden pedir la división de la herencia los coherederos o legatarios de parte alícuota. Los demandantes ostentan la condición de herederos forzosos del causante y por tanto legitimarios, por lo que podría pensarse que gozan de legitimación activa para instar el procedimiento de división judicial de la herencia, ahora bien, D. Cristobal tiene vecindad civil gallega, resultando de aplicación la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, y en ésta se considera a los legitimarios como meros acreedores, careciendo los mismos de acción real para reclamar su legítima, tal y como se recoge en el artículo 249 de la citada ley (*El legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor. El legitimario podrá exigir que el heredero, el comisario o contador-partidor o el testamentario facultado para el pago de la legítima formalice inventario, con valoración de los bienes, y lo protocolice ante notario. Podrá el legitimario solicitar también anotación preventiva de su derecho en el registro de la propiedad sobre los bienes inmuebles de la herencia*). Si los recurrentes quieren



pedir un complemento de legítima, tal y como les faculta el artículo 247 de la LDCG (*Si los bienes atribuidos por el causante a un legitimario no fueran suficientes para satisfacer su legítima, éste sólo tendrá derecho a su complemento, el cual se satisfará de acuerdo con las reglas del artículo anterior*), han de seguir el procedimiento recogido en esta ley o bien acudir a un procedimiento declarativo, pero no pueden solicitar la división judicial de la herencia, al carecer de legitimación activa, según la normativa expuesta. En este sentido la SAP de A Coruña de 27 de octubre de 2016 (Nº de recurso: 416/2016) dispone que *la legítima conforme al Derecho gallego aplicable supone un derecho de crédito y otorga a su titular la condición de acreedor a todos los efectos legales, no la de heredero ni la de legatario de parte alícuota de bienes de la herencia. Por todo ello carece de legitimación activa para instar el procedimiento de división judicial de la herencia* , y la SAP de A Coruña de 17 de abril de 2016 (Nº de recurso: 250/2016) recoge que *Desde un punto de vista estrictamente jurídico hemos de reseñar que, tras la nueva Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, se ha producido un cambio radical en la configuración de la legítima, tanto desde el punto de vista de su cuantía, como desde la óptica de su naturaleza jurídica, y todo ello con la finalidad de potenciar la libertad de testar del causante (...) deja de concebirse como un pars bonorum, es decir como una porción de bienes de la herencia, que faculta activamente al legitimario para instar la partición judicial de la herencia, para convertirse en un pars valoris, esto es en un simple valor del caudal relicto del causante, que confiere al legitimario un derecho de crédito, al que se refiere el art. 249.1 de la mentada Disposición General , cuando norma que el legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor. Tal condición le cercena la posibilidad de instar la partición judicial de la herencia en aplicación del art. 782.3 de la LEC . Idéntica doctrina aparece reflejada en la SAP de Pontevedra de 11 de septiembre de 2015 o en el Auto de la AP de Ourense de 23 de junio de 2016 .*

Por todo ello procede estimar el primer motivo de apelación alegado, no siendo necesario entrar a conocer del resto de motivos, pues la estimación del primero origina la revocación de la sentencia y el archivo de las actuaciones.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 de la LEC no procederá la imposición de costas a ninguna de las partes.

FALLAMOS

Se estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de diciembre de 2016 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1 de Monforte de Lemos . Se revoca la sentencia recurrida y se acuerda el archivo de las actuaciones sin perjuicio de las acciones correspondientes.

No ha lugar a la imposición de las costas de esta alzada.

Devuélvase al consignante el depósito constituido para recurrir.

Contra dicha resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que pueda interponerse el recurso extraordinario de casación o por infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en cuyo caso el plazo para la interposición del recurso será el de veinte días, debiendo interponerse el recurso ante este mismo Tribunal.

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