



Roj: **SAP O 2288/2017 - ECLI: ES:APO:2017:2288**

Id Cendoj: **33044370042017100298**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **4**

Fecha: **21/07/2017**

Nº de Recurso: **308/2017**

Nº de Resolución: **295/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO TUERO ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

**OVIEDO**

**SENTENCIA: 00295/2017**

N10250

C/ CONCEPCIÓN ARENAL Nº 3-3

-

Tfno.: 985/968737-38-39 Fax: 985.96.87.40

JMI

**N.I.G.** 33011 41 1 2016 0000140

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000308 /2017**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de CANGAS DEL NARCEA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000127 /2016

Recurrente: Nicanor

Procurador: ANA GONZALEZ RODRIGUEZ

Abogado: MARIO GÓMEZ MARCOS

Recurrido: Valentín , Leonor

Procurador: JORGE AVELLO OTERO, ANA GONZALEZ RODRIGUEZ

Abogado: INDALECIO TALAVERA SALOMÓN, MARIO GÓMEZ MARCOS

**NÚMERO 295**

En OVIEDO, a veintiuno de Julio de dos mil diecisiete, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, Doña Nuria Zamora Pérez y D. Ángel Luis Campo Izquierdo, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

**S E N T E N C I A**

En el recurso de apelación número **308/2017**, en autos de JUICIO ORDINARIO Nº 127/2016, procedentes del Juzgado de Primera Instancia de Cangas del Narcea, promovido por D. Nicanor , demandado en primera instancia, contra D. Valentín , demandante en primera instancia, siendo también parte Dª. Leonor , demandada en primera instancia y que no ha presentado alegaciones, y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente D. Francisco Tuero Aller.-



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Que por el Juzgado de Primera Instancia de Cangas del Narcea se dictó Sentencia con fecha cuatro de Mayo de dos mil diecisiete , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "ESTIMAR íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales SR. AVELLO OTERO, en la representación obrante en autos, declarando:

- La nulidad de la escritura pública de liquidación de sociedad de gananciales, manifestación y aceptación de **herencia** y aportación a la sociedad de gananciales, en relación a la **herencia** de los causantes, Doña Camino y Don Eduardo , otorgada en fecha 2 de abril de 2007 por DON Nicanor y DOÑA Leonor , bajo el protocolo 380;
- La nulidad de la escritura pública de rectificación, adición de **herencia** y aportación a la sociedad de gananciales, otorgada en fecha 29 de agosto de 2014 por DON Nicanor y DOÑA Leonor , bajo el protocolo 885.

Y, ordenando la cancelación de todas las inscripciones que se hayan podido efectuar en los correspondientes Registros de la Propiedad, con fundamento en los anteriores documentos públicos.

Todo lo anterior, con expresa imposición de costas procesales."-

**SEGUNDO.-** Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandada, D. Nicanor , recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial se sustanció el recurso, señalándose para deliberación y fallo el día 18 de julio de dos mil diecisiete.-

**TERCERO.-** Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Para una mejor comprensión de las cuestiones que son aquí objeto de debate conviene tener presentes los siguientes hechos, todos ellos incontrovertidos:

1º) Los padres de los aquí litigantes, Doña Camino y D. Eduardo , fallecieron respectivamente el 13 de diciembre de 1986 y el 4 de octubre de 2006, bajo sendos **testamentos** otorgados el 27 de agosto de 1960, de idéntico contenido en lo que aquí interesa. En ellos declaraban tener cuatro hijos; dejar como legado y mejora a su hijo Nicanor -aquí demandado- los dos tercios de su **herencia**, llamados de libre disposición y mejora; instituían como herederos en el tercio de legítima estricta a los cuatro hijos por partes iguales; y añadían: "Haciendo uso del derecho que le concede el artículo mil cincuenta y seis del Código Civil , y teniendo en cuenta que sus bienes constituyen una pequeña explotación agrícola que desmerecería mucho con su división los adjudica todos a su hijo Nicanor , con obligación de abonar en metálico a los demás coherederos lo que les corresponda por legítima". A continuación nombraban contadores albaceas a determinadas personas "para practicar todas las operaciones de su testamentaria hasta dejarla ultimada".

2º) Tras fallecer el último de los citados, su hijo y aquí demandado D. Nicanor otorgó con fecha 2 de abril de 2007 junto a su esposa, también demandada, y uno de los albaceas designados, ya fallecido, escritura de liquidación de la sociedad de gananciales de sus progenitores, manifestación y aceptación de **herencia** y aportación a su propia sociedad de gananciales. En ella se relacionaban y valoraban los bienes dejados por los causantes, se liquidaba esa sociedad conyugal y se fijaba la suma que debía satisfacer a cada legitimario. Se incluía entre éstos a uno de los hijos, D. Segundo, que ambas partes reconocen que había premuerto a los causantes. Y se indicaba como valor de la casa denominada "Sastre" el de 10.770€, siendo el total valor de los inventariados, incluida dicha casa, el de 72.864,31 €, una vez deducidos los gastos de funeral y entierro.

3º) Años más tarde, el 29 de agosto de 2014, las mismas personas adicionaron una nueva finca rústica al caudal hereditario, que valoraron en 2.006 € y que, como las anteriores, aportaron a su propia sociedad conyugal. Y

4º) Según se desprende de la lectura de la sentencia dictada con fecha 25 de marzo de 2013 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias , la citada Casa Sastre, al igual que otros inmuebles sitios en la misma localidad de Gillón, había sido seriamente afectada por un problema de subsistencia minera que le había ocasionado gravísimos defectos. Se desconoce el momento exacto en el que surgieron los daños, que en dicha sentencia se califican de continuados y todavía sin estabilizar, pero sí se hace referencia a reclamaciones vecinales derivadas de los mismos ya en 1972, con mayor extensión en el año 1982. Finalmente varios vecinos, y entre ellos el demandado D. Nicanor , presentó reclamación administrativa previa el 29 de noviembre de 2006, que tras ser rechazada, derivó en recurso contencioso que finalizó con dicha sentencia, en la cual el coste de la reparación de la casa Sastre se fijó en 281.041,57€, mientras que el valor real de ese inmueble se decía que ascendía a 233.779,91€, condenando a las allí demandadas a abonar a D. Nicanor la indicada cantidad de 281.041,57€, que ya le fue satisfecha con sus intereses.



D. Valentín , llamado a la misma **herencia**, interpuso la presente demanda, en la que como pretensión principal interesa que se declare la nulidad de las indicadas escrituras de 2 de abril de 2007 y 29 de agosto de 2014 y se proceda a realizar nueva partición de los bienes de sus progenitores; subsidiariamente solicita que se adicione el inventario con la indemnización concedida en la sentencia a la que se acaba de hacer mención, o que se estime la acción rescisoria por lesión, o, en fin, que se condene al demandado a abonarle su legítima en la cantidad que él estima correcta. Como fundamento de estas peticiones aduce en primer lugar que en la escritura de 2 de abril de 2007 se omitió la indemnización indicada y se valoró la casa "Sastre" en una cantidad totalmente alejada de la realidad, que incide decisivamente en la determinación de las legítimas. Añade que se incluyó como heredero a un hijo que no lo era, así como otros diversos motivos alternativos o secundarios a los anteriores.

La Juzgadora de instancia, tras realizar un encomiable estudio sobre la jurisprudencia dictada acerca de los principios que han de tenerse en cuenta cuando se plantea la nulidad de las operaciones particionales y en que casos cabe acordar esa nulidad, así como sobre la figura de la rescisión de la partición por lesión de más de la cuarta parte, sobre cuando puede entenderse que se está ante una partición testamentaria del art. 1.056 C.C. , y sobre a que momento ha de referirse la valoración de los bienes que forman parte del caudal hereditario, razonamientos todos ellos que esta Sala no puede sino compartir plenamente y dar aquí por reproducidos, terminó concluyendo que los **testamentos** de los causantes no contenían una verdadera partición hereditaria, sino sólo normas o indicaciones a respetar en la partición que debía realizarse; que al llevarse a cabo ésta en la escritura de 2 de abril de 2007, la llamada casa Sastre fue notoriamente infravalorada, alterando de forma decisiva el principio de reparto equitativo y la determinación de la legítima del demandante; y, en fin, que por esta razón debía decretar la nulidad solicitada y estimar íntegramente la demanda.

**SEGUNDO.-** En el presente recurso el apelante defiende que los **testamentos** de los causantes contenían la verdadera partición de sus bienes, tal y como les facultaba a hacerlo el art. 1056 del C.C. ; que, consecuencia de lo anterior, es que, de acuerdo con lo establecido en el art. 1068 del mismo código , desde el mismo instante del fallecimiento el demandado devino propietario exclusivo de los bienes que le habían sido adjudicados, entre ellos la repetida Casa Sastre; que la infravaloración de un bien en la escritura de 2007 no podría conllevar la nulidad de la otorgada en el año 2014; y que la valoración que se hacía en esa primera escritura de la Casa Sastre era la correcta. Añade que la indemnización percibida por él como consecuencia de la sentencia de 25 de marzo de 2013 no forma parte de las **herencias** litigiosas, pues fue cobrada muchos años después del fallecimiento de sus padres y trae causa de una reclamación formulada también después de ese momento, cuando ya era él el único dueño de la casa.

**TERCERO.-** Comenzando por el análisis de la valoración de la Casa Sastre, que el apelante califica de "nudo gordiano de este proceso", comparte esta Sala, en principio, la conclusión a la que llegó la juzgadora de instancia, que la fijó en 233.779,91€. Este es el valor establecido por el perito judicial designado en el anterior proceso contencioso-administrativo, D. Jose Luis , que señalaba esa cifra como el valor de reemplazamiento neto del inmueble, tras reducir el valor de reemplazamiento bruto con un coeficiente del 0,40 por antigüedad y un 0,90 por estado de conservación. Añadía que el coste de reparación (281.041,57 €) superaba el valor "real del inmueble" y no superaba el 50% del valor de una construcción de nueva planta con similares características e igual superficie (vid. folio 420). En el presente juicio el mismo perito defendió que el valor era nulo o casi nulo puesto que la casa está muy próxima a un estado de ruina y no existe mercado de ese tipo de inmuebles en la zona en la que está ubicado, indicando que la cantidad que había señalado en el anterior informe sólo se alcanzaría realizando las reparaciones que había propuesto. El demandante aportó el informe elaborado por el arquitecto D. Abel a instancia del demandado en el año 2006, que fijaba su valor en 297.578,88€ tras aplicar factores de corrección por uso, edad y estado de conservación, así como otro confeccionado por D. Cirilo , topógrafo pero también experto en Catastro y Urbanismo, que se inclinó por acudir al valor fijado en la anterior sentencia de la Sala de lo Contencioso, es decir, el de 233.779,91€, argumentando que esta cifra está asociada "a la indemnización por daños y no meramente al valor del bien", de tal modo que "el valor de la casa, por tanto, debe incluir el eventual valor de la indemnización por daños".

Parece claro, a la vista del estado de deterioro importante que presente el inmueble, reflejado en las fotografías aportadas, su notable antigüedad, y su situación en un pequeño lugar agrícola, donde no consta que exista la menor tendencia especulativa que pueda incidir en el precio de los inmuebles (de hecho ningún perito acude al método comparativo para establecer el valor de mercado), que el valor que establecían las pericias practicadas en el seno del juicio contencioso precedente estaba y está muy alejado de la realidad de las cosas, a no ser que ese valor tenga en cuenta la indemnización concedida para proceder a su reparación, es decir, como si ésta ya se hubiera llevado a cabo y se hubieran subsanado las graves deficiencias que presenta. Y es en este sentido, ya apuntado en la sentencia de instancia, como cabría estar a la cifra indicada.



La indemnización concedida en razón a ese deterioro no surge "ex novo" tras el fallecimiento de los causantes ni nace de la reclamación formulada en noviembre de 2006 por el aquí demandado. Su origen se encuentra en los hechos que, ya en vida de los progenitores, vinieron generando los daños en la casa, derivados de un problema de subsidencia minera. El crédito o derecho a ser indemnizado no aparece cuando se reclama sino que nace cuando se causa el daño. De ahí que esa indemnización sí deba incluirse en el haber hereditario. Ahora bien, al estar vinculada a la reparación de la casa o bien se contempla como incremento de su valor, como si ya se hubiera empleado en su reparación para llegar a una cifra como la antes indicada, o bien se parte del valor asignado a la casa en el estado en que se encuentra, que sería el señalado en la escritura de 2 de abril de 2007, defendido por el demandado, pero se añade al haber hereditario el importe de esa indemnización. Lo que no cabe es, como parece pretender el demandante, tasar el inmueble en una cantidad muy por encima a la que corresponde a su estado, como si la reparación se hubiese llevado a cabo, y, al mismo tiempo, incluir en el activo el importe de la indemnización satisfecha con esa finalidad, lo que conllevaría una duplicidad en ese activo.

**CUARTO.-** Siendo esto así, el recurso debe ser desestimado. La notabilísima minusvaloración del haber hereditario en la escritura de 2 de abril de 2007, ya se esté a la opción de tasar la Casa Sastre como si la reparación se hubiere llevado a cabo, ya a la de incluir la indemnización, incidía decisivamente en la valoración de las legítimas, alterando definitivamente las normas particionales establecidas por el testador ( art. 1056 C.C .) y el respeto obligado a las legítimas ( art. 806 y concordantes C.C .), ya de por sí vulneradas al incluir un heredero que no lo era ( art. 1081 .C.C ). Esta nulidad arrastra a la de la posterior escritura de 29 de agosto de 2014, en tanto es una adición o complemento de la anterior.

Es claro, por lo ya razonado, que el valor que se ha indicado al que ascendía el haber hereditario lo alcanzaba tanto a la fecha del fallecimiento del último de los causantes (octubre de 2006) como a la de la escritura de 2 de abril de 2007. De ahí que no revista tanta transcendencia como se le ha concedido en este proceso el hecho de determinar si los **testamentos** otorgados por los progenitores contenían una verdadera partición o solamente normas o instrucciones particionales, cuyo contenido y alcance no es, por otra parte, objeto de controversia. A favor de la tesis de que incluiría una verdadera partición está el dato de que todos los bienes se atribuían a uno solo de los herederos, lo que parece incompatible con la existencia de una comunidad hereditaria. Sin embargo, el hecho de que no se detallaran cuales eran esos bienes y cual fuera su valor, datos necesarios para conocer la cuantía de las legítimas a satisfacer en metálico a los restantes hermanos; el nombramiento de albaceas o contadores partidores para practicar las operaciones de la testamentaria; y el que para proceder a esa partición fuera necesario llevar a cabo la previa liquidación de la sociedad de gananciales de los causantes, no realizada en vida de los mismos y sólo efectuada en esa escritura de 2 de abril de 2007, llevan a esta Sala a ratificar también en este punto la sentencia de primer grado.

**QUINTO.-** No se observa, por último, la existencia de dudas jurídicas en el presente caso, y menos serias como exige el art. 394 LEC , a los efectos de apartarse del criterio del vencimiento en materia de costas. No existe una jurisprudencia contradictoria al respecto, como parece indicar el apelante, sino que, la recaída a propósito del art. 1056 del Código Civil , se ha limitado a pronunciarse en uno u otro sentido según cual fuera el contenido del **testamento** en cuestión.

Todo lo cual habrá de traducirse, a su vez, en la imposición al apelante también de las costas aquí causadas ( art. 398 LEC ).

Por lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

## FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Nicanor contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Cangas del Narcea con fecha cuatro de Mayo de dos mil diecisiete , en los autos de juicio ordinario seguidos con el número 127/16, confirmando dicha resolución, con expresa imposición al apelante de las costas procesales del recurso.

Dese el destino legal al depósito constituido para recurrir.

Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el art. 466 de la L.E.C ., serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los arts. 469 y ss., 477 y ss . y Disposición Final 16ª, todo ello de la L.E.C ., debiendo interponerse en el plazo de **VEINTE DÍAS** ante éste Tribunal, con constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Tribunal en el Banco Santander 3370 0000 e indicación de tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: por casación) y expediente con cuatro cifras más dos del año.



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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ