



Roj: **SAP SS 258/2018 - ECLI: ES:APSS:2018:258**

Id Cendoj: **20069370032018100059**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **3**

Fecha: **16/02/2018**

Nº de Recurso: **3175/2017**

Nº de Resolución: **26/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN BILDARRAZ ALZURI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN TERCERA  
GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - HIRUGARREN SEKZIOA**

SAN MARTIN 41-2ª planta - C.P./PK: 20007

Tel.: 943-000713

Fax / Faxes: 943-000701

NIG PV / IZO EAE: 20.06.2-15/001218

NIG CGPJ / IZO BJKN :20045.42.1-2015/0001218

**A.p.ordinario L2 / E\_A.p.ordinario L2 3175/2017**

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : UPAD de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Irún / Irungo Lehen Auzialdiko eta Instrukzioko 2 zk.ko ZULUP

Autos de Procedimiento ordinario 167/2015 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Emma , Maite y Susana

Procurador/a / Prokuradorea:MATILDE ODRIUZOLA ALCANTARA, MATILDE ODRIUZOLA ALCANTARA y MATILDE ODRIUZOLA ALCANTARA

Abogado/a / Abokatua: ANTONIO RENTERIA AROCENA, ANTONIO RENTERIA AROCENA y ANTONIO RENTERIA AROCENA

Recurrido/a / Errekurritua: Bernabe y Eladio

Procurador/a / Prokuradorea: BEGOÑA ALVAREZ ORONoz y BEGOÑA ALVAREZ ORONoz

Abogado/a/ Abokatua: RICARDO ENRIQUE CAMPO REQUEJO y RICARDO ENRIQUE CAMPO REQUEJO

**SENTENCIA nº 26/2018**

ILMOS/AS. SRES/AS.

D. LUIS BLANQUEZ PEREZ

D. ÍÑIGO SUÁREZ DE ODRIUZOLA

Dª MARIA DEL CARMEN BILDARRAZ ALZURI

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a dieciseis de febrero de dos mil dieciocho.

La Audiencia Provincial de Gipuzkoa - Sección Tercera, constituida por los/as Ilmo/as. Sres/as. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario 167/2015 de la UPAD de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Irún, a instancia de Susana , Maite y Emma apelantes, representadas por la Procuradora Sra. MATILDE ODRIUZOLA ALCANTARA y defendidas por el Letrado Sr.



ANTONIO RENTERIA AROCENA , contra Bernabe y Eladio apelados, representados por la Procuradora Sra. BEGOÑA ALVAREZ OROZ y defendidos por el Letrado D. RICARDO ENRIQUE CAMPO REQUEJO; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por la mencionada UPAD, de fecha 13 de marzo de 2017 .

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la UPAD de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Irún, se dictó sentencia con fecha 13 de marzo de 2017 , que contiene el siguiente FALLO:

" **SE DESESTIMA** la demanda presentada por la procuradora Doña Matilde Odriozola de los Tribunales y de Doña Susana y de sus hijas Emma y Maite contra los hermanos Olga , Visitacion , Bernabe y Eladio , condenado a la actora al pago de las costas procesales."

**SEGUNDO.-** Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso recurso de apelación contra ella, que fue admitido y previa la formulación por las partes de los oportunos escritos de alegaciones, se elevaron los autos a este Tribunal, dictándose resolución y señalando día para la deliberación y votación.

**TERCERO.-** En la tramitación de este recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

**VISTO.-** Siendo Ponente en esta instancia la Iltra. Sra. Magistrada Dña. MARIA DEL CARMEN BILDARRAZ ALZURI.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los razonamientos jurídicos de la resolución recurrida en tanto aparezcan contradichos o desvirtuados por los que se expresan a continuación.

**PRIMERO.-** Se alza la representación procesal de la parte actora, integrada por D<sup>a</sup> Susana , D<sup>a</sup> Maite y D<sup>a</sup> Emma , frente a la Sentencia de instancia que desestima la demanda formulada frente a D<sup>a</sup> Olga , D<sup>a</sup> Visitacion , D. Bernabe y D. Eladio , en ejercicio de acción de nulidad de partición de herencia, en solicitud del dictado de Sentencia por la que, con estimación del recurso, se declare la nulidad del contrato de partición de herencia.

Se esgrimen como motivos de recurso:

1º.- Infracción del art. 1058 CC .

Se alega que las demandantes herederas de Don Emilio , fallecido 8 años antes de la celebración del contrato de partición de herencia, no estuvieron presentes en la celebración del citado contrato y por lo tanto no pudieron prestar su consentimiento, como requiere el citado artículo 1058 en concordancia con el artículo 1261 del Código Civil conforme a la doctrina del Tribunal Supremo respecto a la nulidad del contrato de partición de herencia.

Los citados arts. 1058 y 1261 CC requieren la presencia y el consentimiento de todas las partes interesadas en la partición de herencia, por lo que el contrato de partición de herencia es nulo de pleno derecho.

La juez a quo falla desestimando la demanda, fundamentando la misma "por considerar como innecesario este procedimiento porque la nulidad del poder habilitante genera el acto u actos realizados con el mismo, como sería en este caso la partición; debiendo ser únicamente demandada la hermana ausente y cuyo paradero se desconoce".

Ante tal afirmación esta parte, se pregunta qué hubiera ocurrido, si se hubiera acudido directamente, sin procedimiento judicial alguno, a la notaría de D. Diego solicitando por las demandantes la nulidad del contrato de partición de herencia celebrado en dicha notaría en fecha 17 de septiembre de 2004. Pues la respuesta es muy simple, que se hubiera solicitado a las mismas una resolución judicial declarando nulo el contrato de partición de herencia. Que era precisamente lo que se suplicaba con la demanda de instancia, por lo que es totalmente incomprensible el fallo de la sentencia recurrida y claramente no conforme a derecho ya que vulnera el artículo 1058 del Código Civil al no estar presentes la demandantes en el acto de celebración del contrato de partición de herencia como herederas a repudiar o aceptar la herencia.

Y respecto a la elección de la acción procesal, agradecer al Juez a quo la sugerencia de la acción que tenía que haberse ejercitado (acción de nulidad del poder notarial), pero recordarle, que la parte actora tiene la libertad absoluta para la elección de la correspondiente acción judicial consagrado este principio en la jurisprudencia,

entre ella la de la Audiencia Provincial de Guipuzcoa (SAP 15 octubre 2016), considerando que el ejercicio de la acción de nulidad del contrato de partición de herencia es la adecuada para lograr dicha pretensión. Acción de nulidad que lógicamente tiene que ser interpuesta contra los demás herederos partícipes en la celebración del citado contrato.

2º.- Error en la apreciación de la prueba.

Se alega que la juez a quo fundamenta que de lo presenciado en el acto del juicio más la documental aportada no puede tenerse por acreditado la pretensión de la actora, incurriendo en claro error en la apreciación de la prueba, pues ha quedado probado fehacientemente, tanto por la documentación aportada con la demanda, como por la prueba practicada en el acto del juicio, que el contrato de partición de herencia es nulo de pleno derecho ya que se vulneró el artículo 1058 Código Civil, al celebrarse un contrato de partición de herencia sin el consentimiento de todos los herederos.

Tanto en la documental aportada en la demanda, certificado de fallecimiento de D. Emilio, Poder de representación de el fallecido D. Emilio a favor de su hermana Doña Olga por falsedad documental, como en las declaraciones realizadas por la parte contraria y el testigo el Notario de San Sebastián Don Diego, se prueba fehacientemente que las demandantes no prestaron su consentimiento al contrato de partición de herencia y por lo tanto el mismo es nulo, que es la pretensión de la parte actora apelante con la demanda de instancia.

La representación procesal de D<sup>a</sup> Olga, D<sup>a</sup> Visitacion, D. Bernabe y D. Eladio, formula oposición al recurso, alegando:

Sin negar en ningún momento la libertad absoluta que la parte actora tiene para elegir la acción judicial que considere oportuna, en este caso es evidente que la señora Olga fue la causante de todos los hechos que han llevado a esta situación.

Tal y como se indicó en la contestación a la demanda como en la vista celebrada el 9 de marzo pasado, los señores Don Bernabe y Don Eladio se limitaron a apoderar a su hermana Olga para que realizara los trámites oportunos relativos a la herencia de sus padres, nada más. Ni volvieron a tener noticias de su hermana ni tampoco de los actos que con posterioridad hubiera podido realizar.

Tampoco, tal y como declararon en la vista y se recoge en la sentencia, recibieron absolutamente nada de dicha herencia.

Don Diego, Notario autorizante de la escritura de partición de herencia el 17 de septiembre de 2004, señaló en su declaración que no entendía el motivo de su presencia como testigo toda vez que se había limitado a realizar la partición de la herencia a petición de Doña Olga.

Asímismo, el señor Diego indicó que la Señora Susana se entrevistó con él en 2006 para informarse sobre la escritura de partición de herencia y que diez años después, en el 2016, dicha señora se puso en contacto telefónico con él para saber si tenía suscrita alguna póliza de responsabilidad civil.

Por todo lo anterior el señor Diego declaró que, en su opinión, debería haber sido citado a testificar Don Romulo, también Notario de San Sebastián, en lugar de él, ya que fue el señor Romulo quien autorizó la escritura de apoderamiento del difunto Don Emilio a favor de su hermana Olga, escritura de apoderamiento conseguida por medios fraudulentos, motivo por el cual Olga fue condenada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de San Sebastián en sentencia de 24 de octubre de 2011.

Tan pronto como se realizó la herencia, Olga, dispuso de los bienes que les correspondían a ella y a su hermana Visitacion, a saber, un piso y un garaje.

De manera que, cuando la demanda fue presentada, el piso ya era propiedad de una sociedad mercantil y el garaje, a pesar de seguir registralmente a nombre de ambas hermanas, soportaba embargos por un importe muy superior a su valor real, tal y como acredita la información facilitada por el Registro de la Propiedad nº 7.

Habida cuenta que la herencia consistía en los mencionados inmuebles más una serie de participaciones de la sociedad AUTOESTACIÓN DE SERVICIO DE IRUN,S.L. vendidas por la difunta madre de los hermanos Bernabe Emilio Eladio Visitacion Olga el 27 de marzo de 1998 (Notaría de D. Emilio Fernández-Valdés Cruzat, Bilbao, número de protocolo 531), ningún efecto práctico podrían tener las medidas cautelares solicitadas por la parte demandante sobre dichos bienes.

Desde que se realizó la partición de la herencia Olga se encuentra en paradero desconocido.

Como se señaló al principio, y como se recoge en la Sentencia, es Olga, ausente y en paradero desconocido, la única responsable de todo y por lo tanto la única persona que debió ser demandada.



Y termina solicitando el dictado de resolución en la que se confirme íntegramente la Sentencia de instancia, con imposición a la parte apelante de las costas ocasionadas en esta alzada.

**SEGUNDO.-** Delimitada la postura de las partes en sus escritos de recurso y de oposición, y teniendo en cuenta que el art. 456.1 LEC limita el ámbito del recurso de apelación a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el Juzgado de Primera Instancia y considerando que por medio del recurso se somete a la Sala la decisión del litigio en los mismos términos que fuera planteado en la instancia, se estima adecuado realizar las siguientes consideraciones de naturaleza jurídica que subyacen en el presente caso y que permitirán explicar los razonamientos y decisión de la Sala a los términos de la controversia tal y como quedara delimitada con arreglo a la postura procesal de las partes en sus respectivos escritos rectores del proceso (hemos constatado mediante el visionado del soporte videográfico del acto de audiencia previa, que las partes se ratifican en sus respectivos escritos, remitiéndose a su contenido la Juez que presidió dicho acto al fijar los hechos controvertidos).

La partición de herencia puede ser llevada a efecto por el testador ( artículo 1056 CC ), o por los contadores partidores o comisarios designados por él ( artículo 1057 CC ), o por los propios herederos ( artículo 1058 CC ), ó por el proceso de división judicial de herencia.

En cuanto a la partición hecha por el testador al amparo del artículo 1056 del Código civil como dice la STS de 7 de septiembre de 1998 , "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".

El art. 1058 CC , dedicada a la partición , establece que cuando el testador no hubiera hecho la partición ni encomendado a otra esa facultad, si los herederos fueren mayores de edad y tuvieran la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia en el modo que tengan por conveniente.

La denominada partición convencional tiene naturaleza contractual "al surgir del acuerdo unánime de las voluntades de los interesados, que se perfecciona con la concurrencia de los requisitos del artículo 1261 del Código Civil , al acomodarse a sus intereses (Ss. de 3-1-1962, 25-2-1966, 18-2-1967, 8-2-1996 y 12-11-1996), sin que sea necesario que afecte a todos los bienes, pues puede proyectarse sobre parte de los mismos, subsistiendo una comunidad hereditaria sobre los restantes o llevarse a cabo la definitiva en su momento, que tendrá en cuenta la parcial precedente, y esta tiene acceso al Registro de la Propiedad, conforme al artículo 14 de la Ley Hipotecaria y 80 de su Reglamento".

Respecto a la forma de la partición convencional , no se exige ninguna especial para su validez, sin perjuicio de que una escritura pública la dote de autenticidad y de acceso a los Registros Públicos (STS de 13 de marzo de 2.003).

Dentro de la ineficacia de la partición la doctrina jurisprudencial distingue las categorías de nulidad absoluta, la anulabilidad, y la rescisión, a parte de la simple corrección de omisiones, a la que se refiere el art. 1079 Código Civil . La nulidad se produce, de acuerdo con esta doctrina, aparte del supuesto singular previsto en el art. 1081 CC -de la partición hecha con un heredero aparente- si falta un presupuesto o requisito esencial para la validez del acto particional , como acontece en el caso de supervivencia del causante reputado fallecido ( art. 197 CC ), falta de validez o de vigencia del testamento, o del consentimiento de todos los herederos interesados en la partición contractual. La anulabilidad está sometida al mismo tratamiento que la de los contratos: la partición surte sus efectos mientras no sea eficazmente impugnada por parte legítima, la acción caduca a los cuatro años y es susceptible de convalidación. Como causas de anulabilidad pueden citarse los vicios de consentimiento o la concurrencia de defectos de capacidad de los otorgantes. Obviamente estos supuestos de anulación son únicamente aplicables a la partición contractual ( SSTS 9 marzo 1951 , 26 noviembre 1974 , 16 mayo 1984 y 17 diciembre 1988 ).

Las STS 18 de febrero y 15 de febrero 1996 señalan que en razón de su naturaleza contractual a la partición convencional , llevada a cabo por los herederos, le son aplicables el art. 1261 CC en lo referente a existencia y validez y 1300 a 1314 respecto a la nulidad.

En el mismo sentido en cuanto a la nulidad de la partición convencional o contractual , señalan las SSTS de 13 de junio de 1992 y 17 de octubre de 2.002 que "la nulidad de la partición no está regulada orgánicamente en el Código civil sino que se aplica la normativa general de la invalidez del negocio jurídico. Así, la sentencia de 13 de junio de 1992 lo dice, refiriéndose a "las mismas causas que las de los contratos". Se producirá, por



tanto, cuando falta un elemento esencial, cuando se contravenga una norma imperativa o prohibitiva o cuando concurra con vicio del consentimiento o un defecto de capacidad".

**TERCERO.-** Procede destacar ahora los siguientes hechos que se declaran probados, por resultar incontrovertidos y/o derivarse de la documental obrante en autos.

**1º.-** D. Adolfo otorga testamento el 21-2-1985 ordenando las siguientes disposiciones (doc. nº 4):

"- *Primera:* Lega a su esposa, a su elección, el usufructo vitalicio de la totalidad de sus bienes, con relevación de fianza y de inventario, o el tercio de libre disposición en pleno dominio, además de su cuota viudal; caso de que eligiera el legado de usufructo, si alguno de sus herederos se opusiera, éste no recibirá más que aquello que por legítima estricta le corresponda.

-Segunda: Supeditado a lo dispuesto en las cláusulas anterior, hace los siguientes legados:

a).- A sus hijas Doña Visitacion y Doña Olga , por mitad e iguales partes el piso-vivienda NUM000 NUM001 , de la casa número NUM002 de la AVENIDA000 de Irún, con cuanto se contenga dentro del mismo y la plaza de aparcamiento señalada con el número NUM003 en la AVENIDA000 NUM004 .

b).- Y a sus hijos: Bernabe , Emilio , Eladio y Matías , por cuartas e iguales partes las participaciones que al otorgante corresponden en la Sociedad Mercantil "AUTO-ESTACION DE SERVICIOS DE IRUN, S.L." con domicilio Social en Barrio de Elizatxo de esta Ciudad.

- *Tercera .-* En el remanente de sus bienes relictos instituye y nombra por su herederos por sextas e iguales partes a sus precitados hijos: Bernabe , Emilio , Visitacion , Eladio , Matías y Olga , a los que sustituye por sus descendientes; sustitución que alcanzará a los legados ordenados en la cláusula segunda".

**2º.-** Dª Justa otorga testamento el 20-5-1988 ordenando las siguientes disposiciones:

"*TERCERA.-* Lega a sus hijos llamados Bernabe , Eladio y Matías y a los herederos de su fallecido hijo Emilio , sus respectivas cuotas de legítima estricta, heredando los primeros por cabezas y los últimos por estirpes.

*CUARTA.-* Lega a sus hijas Visitacion y Olga , por mitad e iguales partes, el piso-vivienda NUM000 NUM001 de la casa número NUM002 de la AVENIDA000 de Irún, con todo su mobiliario y enseres; así como la plaza de aparcamiento señalada con el número NUM003 en la AVENIDA000 , NUM004 de Irún.

*QUINTA.-* En el remanente de sus bienes, nombra e instituye herederas universales, por partes iguales, a sus dos hijas llamadas Visitacion y Olga ..."

**3º.-** D. Emilio falleció el 18-12-1996 sin haber otorgado testamento (doc. nº 5 de la demanda).

**4º.-** Con fecha 26-4-1999 ante el Notario Jesús Maria Sanza Amurrio se otorga Acta de Notoriedad para declaración de herederos abintestado de D. Emilio (doc. nº 6 de la demanda) , en la que se declara únicas herederas abintestanto del mismo a sus dos hijas Dª Emma y Dª Maite , sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria correspondiente a su viuda Dª Susana .

**5º.-** Con fecha 17-9-2004 Dª Olga , actuando en nombre propio y en nombre y representación de sus hermanos Dª Visitacion , D. Bernabe , D. Eladio y D. Emilio , ante el Notario de San Sebastián D. Diego , otorga escritura pública de aceptación y partición de herencia de sus difuntos progenitores D. Adolfo y Dª Justa (doc. nº 10 de la demanda).

Dª Visitacion había apoderado a su hermana en escritura autorizada por el Consul General de España en los Ángeles el 22-3-02.

D. Bernabe había apoderado a su hermana en escritura autorizada por el Notario de Irún D. Pascual García Romero el 1-9-04.

D. Eladio había apoderado a su hermana en escritura autorizada por el Notario de Irún D. Pascual García Romero el 9-9-04.

Se consigna en la precitada escritura de aceptación y partición de herencia que Dª Olga había sido apoderada por D. Emilio en virtud de poder otorgado en escritura autorizada por el Notario de San Sebastián D. Romulo el 15-9-04, que obra unido a autos por copia como doc. nº 9 de la demanda.

**6º.-** Por Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de los de esta ciudad de San Sebastián, Dª Olga fue condenada como autora de un delito de falsedad en documento público del art. 392 en relación con el art. 390.1.2 º y 3º C.P ., declarándose probados en la citada resolución los siguientes hechos:



" **PRIMERO.**- El día 15 de septiembre de 2004, un varón cuya identidad no ha podido ser determinada, compareció ante el Notario de Donostia-San Sebastián, Sr. Romulo , y, portando el documento nacional o su fotocopia de Emilio y haciéndose pasar por él, otorgó poder a favor de su hermana, la acusada Olga .

El Sr. Emilio , hermano de la acusada, había fallecido el día 18 de diciembre de 1996.

**SEGUNDO.**- El día 17 de septiembre de 2004, la acusada Olga , en nombre propio y, entre otros, en nombre y representación de su hermano Emilio , presentando el poder anteriormente mencionado, compareció ante el Notario, Sr. Diego , procediéndose a escriturar la partición de la herencia de sus padres, D. Adolfo y Doña Justa " .

**CUARTO.**- Efectuadas las consideraciones jurídicas y establecidas las premisas fácticas que quedan dichas, la Sala necesariamente ha de concluir la procedencia de la estimación del recurso de apelación y consiguiente pretensión revocatoria del Fallo desestimatorio de la demanda.

La sentencia de primera instancia desestima la demanda con el siguiente argumento:

"De lo presenciado en el acto del juicio más de la documental aportada no puede tenerse por acreditado la pretensión de la parte actora. Si bien es cierto el contenido de lo manifestado en el escrito de demanda, con respecto a la manera en que se otorgó el poder en favor de Olga , concretándose en el artificio empleado para suplantar a una persona fallecida. También lo es que carece de explicación como la parte actora no aporta lo necesario a la existencia de un procedimiento penal seguido contra esta demandada, en el cual se dictó sentencia condenándole por falsedad documental. Siendo entonces lo más lógico haber instado por las actoras un proceso de nulidad del acto de otorgamiento del poder, haciendo valer la declaración a efectos de las consecuencias civiles derivadas de esa nulidad. Pero también teniendo en cuenta que los demandados bien presentes en el acto del juicio, como la hermana cuya residencia se encuentra en Estados Unidos, no tienen responsabilidad en los actos de su hermana Olga ; como ambos manifestaron otorgaron el poder en favor de esta última porque no querían ocuparse de nada y nada cobraron. Queda unido a las actuaciones también poder otorgado por la hermana Visitacion en favor de la otra hermana. Sin perjuicio de considerar como innecesario este procedimiento porque la nulidad del poder habilitante genera el acto u actos realizados con el mismo, como sería en este caso la partición; debiendo ser únicamente demandada la hermana ausente y cuyo paradero se desconoce".

Pues bien, dichos razonamientos exigen recordar que la acción judicial que pone en movimiento el derecho se materializa a través de la presentación de una demanda y el objeto individualizado de todo proceso viene definido por la pretensión formulada en la demanda. En este caso, demanda principal, ya que la parte demandada no ha formulado demanda reconventional.

Asimismo ha de significarse que sin perjuicio de los planteamientos que se puedan hacer en la contestación a la demanda para oponerse a la pretensión ó pretensiones deducidas en la misma, la elección de la acción ó acciones que se ejercitan en la demanda la realiza la parte actora y no la parte demandada, y consiguientemente el pronunciamiento sobre la concurrencia de los presupuestos para su acogimiento ó no ha de hacerse necesariamente atendiendo la acción ó acciones ejercitadas en la demanda, para lo cual deberá determinarse y delimitarse cuál o cuáles sean.

No procede realizar consideración alguna sobre la oportunidad ó no de instar la nulidad de la escritura de apoderamiento que data del 15-9-2004 y en cuyo otorgamiento no intervino D. Emilio , que había fallecido el 18-12-1996, afirmaciones fácticas declaradas probadas en la Sentencia del Juzgado de lo Penal con la consiguiente eficacia de cosa juzgada en los presentes autos, por cuanto no sólo no es la acción ejercitada en la demanda rectora de las presentes actuaciones, resultando ocioso recordar que la acumulación objetiva de acciones se configura en la Ley de Enjuiciamiento Civil como un derecho como se desprende del art. 71.2 LEC , si no por cuanto el que la parte actora no haya ejercitado una tal acción en nada obsta a la pretensión deducida, que los es la nulidad de la escritura pública de aceptación y partición de herencia otorgada por la codemandada Sra. Olga actuando en nombre propio y además de en nombre y representación del resto de los aquí codemandados de los que sí tenía apoderamiento, de D. Emilio sirviéndose de aquél poder declarado falsificado.

Por lo demás ha de decirse asimismo que en la consideración que se realiza por la Juzgadora de Instancia a fin de evidenciar que hubiera bastado a la parte demandante instar la declaración de nulidad de la escritura de apoderamiento, en el sentido que la nulidad de aquél en cuando nulo de pleno derecho determinaría la de los actos ó negocios que traigan causa del mismo, se obvia por la Juez "a quo" la necesidad de obtener una resolución judicial que destruya la apariencia de validez y eficacia jurídica de unos tales actos ó negocios jurídicos, que es en suma la tutela pretendida por la parte actora en los presentes autos.



Dicho todo lo anterior, como ha quedado dicho más arriba, el punto de partida para la resolución de fondo viene constituido por la determinación y delimitación de la acción ejercitada, para lo que ha de estarse a los hechos que integran la causa de pedir y el petitum.

Pues bien, el petitum no ofrece duda y si atendemos a los elementos fácticos y jurídicos esgrimidos en la demanda, es asimismo claro que en el presente proceso se ha ejercitado una acción de nulidad de la escritura de aceptación y partición hereditaria otorgada por la codemandada Sra. Olga , con fundamento en la falta, para su validez, del requisito esencial del consentimiento de todos los interesados en la partición, ya que al haberse realizado la partición abrogándose aquella con un poder falsificado la representación de D. Emilio que había fallecido previamente, falta el consentimiento de las hoy demandantes llamadas a la sucesión de los causantes D. Adolfo y D<sup>a</sup> Justa como herederas de D. Emilio .

Así delimitada la causa petendi sobre lo ya razonado a propósito de la partición de herencia convencional y los hechos declarados probados, considerando la naturaleza contractual de la partición hereditaria realizada, la estimación de la demanda se impone, sin que las alegaciones esgrimidas por la parte apelada en oposición al recurso y que vienen a ser reproducción de las hechas valer por los codemandados comparecidos en sus respectivas contestaciones a la demanda, y que se resumen en su no responsabilidad del proceder de su hermana Olga y que en definitiva son acogidas por la Juzgadora de Instancia para desestimar la demanda, puedan ser atendidas, ya que ello no es óbice a la nulidad de la partición hereditaria por ausencia del necesario concurso de la aquí parte demandante apelante.

Por lo demás, se dirá que postulándose la nulidad de una escritura pública de partición hereditaria, no ofrece duda que han de ser demandados todos a los que interesa la relación jurídica material controvertida en la medida que puede ser afectados por la solución que se dicte. Y en este caso la demanda se formula por la parte actora, integrada por la viuda e hijas de D. Emilio , contra el resto de los hermanos Bernabe Matías Emilio Eladio Visitacion Olga , no habiéndose suscitado por los codemandados comparecidos en autos ni excepción de falta de legitimación pasiva ni excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. O lo que es lo mismo, ha sido indiscutido la válida constitución de la relación jurídico procesal.

Por todo lo cual, con estimación del recurso de apelación, se revoca la resolución recurrida, dejándola sin efecto, y dictando una nueva en virtud de la cual con estimación de la demanda se declara la nulidad de la partición de herencia hecha en escritura pública otorgada el 17 de septiembre de 2004 con numero de protocolo NUM005 ante el Notario de San Sebastián D. Diego .

**QUINTO.-** En materia de costas procesales, conllevando la estimación del recurso de apelación la estimación de la demanda, las costas procesales de la instancia se imponen a la parte demandada ( art. 394.1 LEC ).

Y no ha lugar a pronunciamiento de condena alguno en cuanto a las costas procesales de esta alzada ( art. 398.2 LEC ).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

## FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Susana , D<sup>a</sup> Maite y D<sup>a</sup> Emma , frente a la Sentencia de 13 de marzo de 2017 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Irún en autos de procedimiento de Juicio Ordinario 167/2015, y, en consecuencia, debemos revocar y revocamos íntegramente la resolución recurrida, dejándola sin efecto y dictando una nueva en virtud de la cual con estimación de la demanda formulada frente a D<sup>a</sup> Olga , D<sup>a</sup> Visitacion , D. Bernabe y D. Eladio , se declara la nulidad de la partición de herencia hecha en escritura pública otorgada el 17 de septiembre de 2004 con numero de protocolo NUM005 ante el Notario de San Sebastián D. Diego , imponiéndose las costas procesales de la instancia a la parte demandada y sin pronunciamiento en cuanto a las costas procesales de esta alzada.

Devuélvase a D<sup>a</sup> Susana , D<sup>a</sup> Maite y D<sup>a</sup> Emma , el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

Dentro del plazo legal devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia junto al testimonio de la presente resolución para su ejecución y cumplimiento.



**MODO DE IMPUGNACIÓN:** contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del TS. 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 podrán interponer 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 si se 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 el Banco Santander con el número 1895.0000.00.3175.17. 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 el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos ( DA 15ª 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.

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

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.