



Roj: **SAP M 11644/2018 - ECLI: ES:APM:2018:11644**

Id Cendoj: **28079370142018100228**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **14**

Fecha: **29/06/2018**

Nº de Recurso: **781/2017**

Nº de Resolución: **228/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PALOMA MARTA GARCIA DE CECA BENITO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimocuarta

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 6 - 28035

Tfno.: 914933893/28,3828

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2015/0207736

**Recurso de Apelación 781/2017**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 70 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1328/2015

**APELANTE:** D. Jesús Manuel , D. Jose Augusto y Dña. Camila

PROCURADOR D. VICENTE RUIGOMEZ MURIEDAS

**APELADO:** Dña. Carla

PROCURADOR Dña. ANA RAYON CASTILLA

**SENTENCIA**

**ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:**

D. PABLO QUECEDO ARACIL

Dña. PALOMA GARCIA DE CECA BENITO

D. SAGRARIO ARROYO GARCÍA

En Madrid, a veintinueve de junio de dos mil dieciocho.

Siendo Magistrado Ponente Dña. PALOMA GARCIA DE CECA BENITO

La Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 1328/2015 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 70 de Madrid, en los que aparece como parte apelante D. Jesús Manuel , D. Jose Augusto y Dña. Camila representados por el Procurador D. VICENTE RUIGÓMEZ MURIEDAS, y defendidos por el Letrado D. JOSÉ JAVIER DOMINGO MORENO, y como parte apelada Dña. Carla , representada por la Procuradora Dña. ANA RAYÓN CASTILLA y defendida por la Letrada Dña. BEATRIZ SAN EMETERIO VINAGRERO; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 05/09/2017

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 el Juzgado de 1ª Instancia nº 70 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 05/09/2017 , cuyo fallo es del tenor siguiente:

"Que estimo la demanda formulada por la Procuradora doña Ana Rayón Castilla en nombre y representación de doña Carla , contra doña Camila don Jose Augusto y contra don Jesús Manuel , declaro la nulidad de la partición hereditaria efectuada de la herencia de doña Joaquina , con expresa condena en costas a los demandados".

**SEGUNDO.-** Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandada. D. Jesús Manuel , D. Jose Augusto y Dña. Camila , al que se opuso la parte apelada Dña. Carla , y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC , se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.-** Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 8 de mayo de 2018.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales, excepto en el plazo para dictar sentencia, debido el cúmulo de asuntos pendientes de resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Pretensiones de las partes.

La demanda presentada por doña Carla contra don Jesús Manuel , doña Camila y don Jose Augusto , pretendía la declaración de nulidad de la partición efectuada respecto de la herencia deferida por la fallecida madre de todos ellos, doña Joaquina . Relatando que en el testamento otorgado por doña Joaquina se designó contador-partidor a don Florian , pese a lo que el cuaderno particional finalmente elaborado no se confeccionó por aquél, sino por la abogada doña Rosana , quedando relegado el contador-partidor a la posición de mero firmante del documento. Se aporta prueba documental alusiva a la redacción del cuaderno por la referida abogada, entre otros el correo enviado a la actora por los demandados intentando imponer un acuerdo en la partición, o copia del cuaderno particional en cuyo encabezamiento consta identificada como autora material dicha letrada. Con ello se infringe el art. 1058 Cc . y la doctrina jurisprudencial que se invoca. Como motivos adicionales determinantes de la nulidad pretendida se citan la falta de inclusión en el documento de un inmueble de significativo valor en la herencia, cual es el 50% correspondiente a la causante de finca urbana consistente en solar de unos 3.000 m3 sita en Lukáriz, cuya otra mitad habían adquirido los hijos por herencia de su padre, y que había sido valorada en el borrador enviado por los demandados a la actora en 280.000 €, tras lo que fue voluntariamente suprimida del inventario. De otro lado, se incluyen en el inventario bienes que habían sido enajenados antes del fallecimiento de la causante al anticuario don Luciano , como son los mencionados en las letras "s" a "v" del cuaderno. Finalmente, la partición mantiene veinticinco bienes en estado de proindivisión, algunos de ellos tales como cuberterías o juegos de té, con la finalidad de que los demandados, titulares del 75% de todos ellos, mantengan el control sobre los mismos, pese a contravenir el art. 786.1º L.E.c . La partición resulta especialmente beneficiosa para el codemandado don Jose Augusto , quien tras la protocolización del cuaderno particional adquirió mediante compra las porciones correspondientes a don Jesús Manuel y doña Camila en la vivienda en que había residido la causante junto con la actora, valorada en 1.131.300 €, satisfaciendo por dichas porciones un precio de 20.460 €. Se trata de enajenaciones simuladas, mediante sendas escrituras de compraventa otorgadas el 19 y el 26 de Mayo de 2014, para conseguir desalojar a doña Carla de la expresada vivienda.

Los demandados doña Camila y don Jose Augusto se opusieron a la pretensión. Por lo que afecta al ámbito del presente recurso, alegaron que la partición de la herencia de doña Joaquina se llevó a efecto por el contador-partidor por ella designado, don Florian . Que intentado un acuerdo entre los cuatro coherederos, hijos todos ellos de la causante, para realizar la partición, doña Camila y don Jose Augusto instaron al contador-partidor designado en el testamento para que realizara su función, sin perjuicio de ofrecerle la colaboración del despacho de Abogados de Madrid que venía siendo de la confianza de la testadora. El contador-partidor llevó a efecto una partición de los bienes absolutamente igualitaria, sin perjudicar a ninguno de los coherederos, decidiendo respetar en cada uno de los bienes la titularidad de los cuatro hijos por partes iguales. Tras haber solicitado don Florian la colaboración del citado despacho de Abogados para la mera redacción material del cuaderno particional, aquél compareció ante el **Notario** de Bilbao que protocolizó la partición. Se niegan los restantes hechos relatados en la demanda, planteando expresa oposición a cada una de las causas de nulidad esgrimidas por la actora.



El demandado don Jesús Manuel se opuso a la pretensión, en términos iguales a los recogidos en el anterior escrito de contestación. Por lo que afecta al ámbito del presente recurso, explica que la partición de la herencia deferida por la madre de los litigantes fue intentada de común acuerdo entre los cuatro hijos, y que sólo ante la imposibilidad de practicarla es cuando se instó al contador-partidor designado en el testamento, brindándole la ayuda del despacho de Abogados de Madrid que venía siendo de la confianza de la causante. Que don Florian practicó la partición respetando en cada bien el porcentaje de titularidad asignado por cuartas partes a cada uno de los hermanos, ninguno de los cuáles resulta beneficiado, ni perjudicado, por la partición. Que la única persona que compareció ante el **Notario** de Bilbao que protocolizó el cuaderno particional fue don Florian , tras haber solicitado la redacción material de dicho cuaderno del despacho de Abogados antes citado.

**SEGUNDO.-** La sentencia apelada.

La sentencia dictada en la primera instancia explica que el art. 1057 Cc . dedicado a la figura del contador-partidor, se complementa con las menciones contenidas en los arts. 841 y 844 del mismo texto. La regulación del albaceazgo se recoge en los arts. 892 a 911, y de la partición de la herencia se ocupan los arts. 1051 y ss. Cc . Las operaciones particionales realizadas por el contador-partidor equivalen a las realizadas por el testador, y no precisan el consentimiento de los interesados por carecer de naturaleza contractual. Seguidamente se expone la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al contador-partidor, a propósito de sus facultades y obligaciones, duración de sus funciones y posible responsabilidad civil; así como sobre el contenido y alcance de la partición hereditaria. Aplicando todo ello al supuesto enjuiciado se examina la prueba practicada, destacando que el acta notarial de manifestaciones de don Florian , de 3 de Diciembre de 2015, acompañada por los demandados, se confeccionó *ad hoc* para el presente procedimiento, y sobre ella prevalece la declaración testifical prestada por aquél con intermediación judicial e intervención de las partes. Valorando esa prueba testifical con arreglo al art. 376 L.E.c ., se aprecia que el testigo no recuerda o no sabe dar respuesta a la mayoría de las cuestiones referentes al acta de manifestaciones efectuada ante **Notario** el 3 de Diciembre de 2015. A continuación se exponen distintos aspectos del contenido de esa declaración testifical. A la vista de esa prueba, se concluye que don Florian actuó de buena fe, y con intención de no perjudicar a ninguno de los hijos, asignando los bienes en *pro indiviso* y fiándose en todo momento de los tres herederos demandados, si bien afirmando en forma expresa que él no elaboró el cuaderno particional, ni siquiera revisó ninguno de los bienes que en él se incluyen. El juzgador llega a la conclusión de que desconoce si en realidad conocía sus funciones, pues afirma repetidamente que era albacea, y no intervino activamente en las labores de partición, delegando de forma absoluta sus cometidos a los tres herederos demandados y a un despacho profesional de la confianza de uno de ellos, como se desprende igualmente del cuaderno particional en el que se identifica la Abogada doña Rosana , a quien don Florian ha afirmado que no conocía. El cuaderno particional presentado ante **Notario** no fue elaborado por el contador-partidor designado, y pese a lo afirmado por el testigo la voluntad de la testadora no era dejar en proindivisión los bienes, ya que nombró a don Florian como contador-partidor, facultándole para practicar las operaciones de liquidación, partición y adjudicación del caudal hereditario. Sin embargo, la situación de indivisión resultante del cuaderno particional equivale a dejar sin concluir la liquidación y partición, en relación con el art. 786 L.E.c . En definitiva, queda probado no sólo que el contador-partidor no elaboró el cuaderno particional, pues hizo una delegación absoluta de funciones, sino que la partición efectuada consiste en adjudicar a cada uno de los herederos el 25% del pleno dominio de los bienes inventariados, incluso el ajuar doméstico, que comprende bienes tales como cuadros, cubertería o mobiliario. Consta también la omisión del porcentaje en el condominio que la testadora detentaba sobre la finca urbana en Laukáriz, posteriormente adicionada mediante escritura pública, así como la inclusión de bienes que habían sido vendidos por la testadora. Por todo lo cual se estima la demanda, declarando la nulidad de la partición hereditaria efectuada respecto de la herencia de doña Joaquina , con expresa condena en costas a los demandados.

**TERCERO.-** Motivos de recurso.

Frente al expresado pronunciamiento interponen recurso de apelación doña Camila , don Jose Augusto y don Jesús Manuel , alegando que la sentencia incurre en errónea valoración de la prueba practicada. Comienza la parte apelante por exponer la forma de valorar conjuntamente los medios de prueba, a través de dos operaciones sucesivas, la primera de apreciación o interpretación de las pruebas, integrada por dos estadios sucesivos de análisis separado de cada prueba y calificación individualizada, y la segunda operación de valoración en sentido estricto. La sentencia incurre en el error de prescindir importantes medios de prueba, que ni siquiera menciona, y así sucede con la declaración testifical del **Notario** don Baltasar , destacando las manifestaciones de éste relativas a haber realizado el cuaderno particional bajo las indicaciones del contador-partidor, quien igualmente revisó de modo personal el inventario cuya transcripción se le había remitido desde un despacho de Abogados, así como que el **Notario** no contactó en ningún momento con ninguno de los herederos. Que se intentó efectuar lotes, pero que resultaba imposible; los únicos bienes que se podían adjudicar en pleno dominio individualizadamente eran las participaciones sociales de la mercantil Gestión



Patrimonial Gorostiza, S.L. Que el contador-partidor don Florian otorgó voluntaria y libremente el acta de manifestaciones de 3 de Diciembre de 2015 obrante al procedimiento. Se ha prescindido igualmente de la declaración testifical de doña Rebeca , tasadora de Subastas Segre, respecto de la tasación practicada, quien manifestó haber tasado en vida de la causante los bienes que luego se incluyeron en el inventario, visitando la vivienda en que se hallaban a presencia de la demandante, sin que la valoración sufriera alteraciones a la fecha del fallecimiento por el escaso tiempo trascurrido desde la tasación hasta el fallecimiento. Que fallecida la testadora, y ante la negativa de la demandante de permitir la entrada en la vivienda, se realizó una nueva tasación excluyendo algún bien cuya venta constaba a la testigo. Que esa tasación se utilizó por el contador-partidor en el cuaderno particional. Como prueba documental se presentaron dos actas notariales demostrativas del requerimiento a la demandante para entrar en la vivienda de la CALLE000 , y la negativa de la requerida. Requerimiento a la demandante para depósito de los cuadros existentes en la vivienda, también desatendido. Escritura de adición a otra de protocolización de cuaderno particional, para inclusión de nuevos bienes. Y acta de manifestaciones del contador-partidor. Pruebas todas ellas de las que prescinde la sentencia apelada, que se funda exclusivamente en la declaración testifical del contador-partidor.

En el segundo motivo de recurso se denuncia error de apreciación y valoración de la declaración testifical de don Florian , exponiendo la valoración que a juicio de dicha parte debe realizarse de las manifestaciones del testigo.

En el tercer motivo de recurso se exponen los hechos que, al entender del apelante, resultan probados.

Finalmente, se denuncia la vulneración del principio de conservación de la partición hereditaria.

**CUARTO.-** Nulidad del cuaderno particional por vulneración del carácter personalísimo del cargo de contador-partidor testamentario.

En el primero de los motivos de recurso se reprocha que el fallo de la sentencia se fundamente en un único medio de prueba, prescindiendo de la valoración conjunta de la prueba practicada, y consistente en la declaración testifical del contador-partidor, don Florian .

Revisando lo actuado, es cierto que la sentencia atribuye relevancia prevalente a esa declaración testifical. Y ello porque la primera y principal causa de nulidad del cuaderno particional alegada en la demanda, consiste en la vulneración del carácter personalísimo e indelegable del cargo de contador-partidor testamentario, designado por la causante. Fundada en el relato de que no fue el contador quien realizó las operaciones particionales, ni en concreto el inventario, avalúo y adjudicación de lotes de la herencia, sino que se limitó a firmar la escritura de protocolización de la partición. Así como que las operaciones particionales fueron elaboradas por tres de los llamados a la herencia, quienes encomendaron su preparación e impartieron instrucciones a un despacho de Abogados, el cual habría remitido la minuta o proyecto de la herencia a la Notaría designada para su protocolización.

Para resolver la cuestión controvertida se tiene en consideración el principio *favor partitionis* , formulado según la doctrina jurisprudencial ampliamente invocada en la primera instancia, sobre cuyo significado y alcance no discrepan las partes.

Sin embargo, el principio de conservación de la partición no puede prevalecer cuando la impugnación se fundamenta en vicios determinantes de su nulidad, e insubsanables. Así sucede en los supuestos de partición encomendada a un contador-partidor testamentario, cuando las operaciones particionales se llevan a efecto por un tercero, vulnerando el carácter personalísimo e indelegable del cargo.

El Tribunal Supremo tiene declarado en S. 6.May.2013 que

" En efecto, el cargo el contador partidor ( artículo 1057 y 899 del Código Civil ) se acepta a título personal, y salvo disposición contraria del testador, también resulta indelegable ( SSTs de 20 de septiembre de 1999 y 25 de febrero de 2000 ) y al igual que ocurre con la figura del albacea, cuya normativa resulta aplicable, está sujeto, como deber jurídico, a la responsabilidad derivada por los perjuicios que pudiera ocasionar su ejercicio de forma dolosa o negligente ( artículos 1101 y ss. del Código civil ) ".

La misma cuestión se plantea en S. T.S. 20.Sep.1999 , a propósito del cargo de albacea, según doctrina extensible al cargo de contador-partidor, a cuyo tenor

" La cuestión esencial que se plantea es la delegabilidad del albaceazgo. El albacea, persona encargada por el testador de dar ejecución a su última voluntad contenida en el testamento (en este sentido, sentencias de 13 de abril de 1992 y 20 de febrero de 1993 ) es un officium, basado en la confianza que el causante le ha depositado, que lo configura como vir bonus (como dice la sentencia de 6 de febrero de 1982 ) y tiene como consecuencia que sus funciones son personalísimas y no delegables mientras el testador no haga extensiva la confianza a esta facultad de delegación (tal como expresa la sentencia de 1 de febrero de 1910 ). Así lo dispone el art. 909



del Código civil : el albacea no podrá delegar el cargo si no tuviese expresa autorización del testador. En caso de que el albacea se vea imposibilitado de forma total o relativa para cumplir el cargo de confianza, puede no aceptarlo o renunciar al mismo (arts. 898, 899 y 910) o bien puede encomendar a otra persona la colaboración o auxilio o cooperación material o jurídica que no implique delegación: ésta significa el traslado a otra persona de la función encargada al albacea y aquélla, el encomendar a otro gestiones concretas y singulares (así, sentencia de 2 de junio de 1962).

(...) En el caso concreto objeto de la litis, en el testamento de la causante D<sup>a</sup> María Teresa madre de los demandantes en la instancia y recurrentes en casación y del codemandado, otorgado el 19 de abril de 1969, consta la siguiente Disposición tercera: "Nombra albaceas testamentarios con el carácter de contadores -partidores, solidariamente y aunque haya interesados en la herencia menores, ausentes o incapacitados, a su hermano Fulgencio y a sus buenos amigos vecinos de Avila, D. Gaspar y D. Germán ..." Tal como está acreditado y así se relaciona en la sentencia de instancia estos dos últimos encargaron las operaciones particionales a un Letrado en ejercicio y éste, cumplida la encomienda, envió el cuaderno particional a los albaceas contadores -partidores a fin de que, si lo estimaban pertinente, lo aprobasen y firmasen. Por tanto, la testadora nombró albaceas particulares con la misión específica de hacer la partición (así, sentencia de 8 de marzo de 1995) y éstos la encomendaron a un abogado en ejercicio, que la hizo por entero, se la presentó y la aprobaron y firmaron. Lo cual no es una cooperación, ni simple encargo del trabajo material de redacción, ni, por tanto, auxilio material o jurídico, sino dar al tercero el encargo que han recibido por razón de su officium, para que haga sus veces, lo cual es el concepto gramatical y jurídico de delegación.

(...) Habiendo ejercitado la parte demandante -D<sup>a</sup> Azucena y D<sup>a</sup> Begoña - la acción de nulidad, como acción principal, de la partición por haberse hecho con infracción del artículo 909 del Código civil, dicha acción fue estimada por la sentencia de primera instancia, que fue revocada en apelación por la de la Audiencia Provincial de Avila, de 16 de marzo de 1994, la cual estimó la subsidiaria de modificación -por omisión de bienes- de la partición. Contra esta sentencia ha interpuesto aquella parte demandante recurso de casación, en seis motivos, todos ellos fundados en el núm. 4 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El primero de ellos alega infracción del artículo 909 del Código civil en relación con el 1057 del mismo cuerpo legal. Este motivo debe ser estimado por lo expuesto en el fundamento jurídico anterior. La sentencia de instancia expone unos hechos y deduce una valoración jurídica. Los hechos son que los albaceas contadores -partidores encargan hacer la partición a un tercero, éste la hace y aquéllos la firman; la valoración jurídica que hace la Audiencia Provincial es que esto no es una delegación, sino encargo de trabajos "meramente auxiliares". Lo que constituye una calificación jurídica errónea por desconocer el concepto de delegación que prohíbe el artículo 909 del Código civil que ha sido totalmente infringido."

La causa de nulidad descrita, consistente en la delegación a un tercero de las funciones personalísimas que incumben al contador-partidor, se agrava, si cabe, cuando se delegan precisamente en alguno o algunos de los herederos llamados a la herencia. Nos hallaríamos así con unas operaciones particionales realizadas por uno o varios herederos con exclusión de otros, y por ende, materialmente, con una partición contractual elaborada según la voluntad unilateral de uno o varios de los llamados a la herencia.

En el supuesto enjuiciado, para valorar si el contador-partidor testamentario, don Florian, acometió personalmente, o delegó en otros, las funciones que como tal le correspondían, resulta esencial su propia declaración testifical.

**QUINTO.-** Valoración de la declaración testifical del contador-partidor testamentario.

Este tribunal, en atención al carácter esencial de la prueba testifical, y de la cautela impuesta por el principio *favor partitionis*, ha valorado detenidamente, en conciencia, y observando lo dispuesto en el art. 376 L.E.c., las manifestaciones del testigo don Florian. La conclusión es que se comparten en su integridad los razonamientos de la sentencia apelada. Y se alcanza la certidumbre plena e inconcusa de que el contador-partidor no realizó por sí las operaciones particionales. El contador no confeccionó el inventario de bienes de la herencia, ni corroboró la corrección o exactitud del inventario elaborado, ni recabó la información necesaria para asegurarse de la exactitud del inventario, limitándose a aceptar el inventario elaborado por un despacho de Abogados a petición de tres de los herederos, doña Camila, don Jose Augusto y don Jesús Manuel, sin intervención de la también heredera doña Carla. Tampoco el contador intervino en la tasación de los bienes inventariados, ni en concreto en el encargo de tasación a Tinsa, o a empleados de Subastas Segre, todas ellas realizadas por encargo de los tres herederos citados, sin intervención de la cuarta. Es más, el contador ni siquiera supervisó esas operaciones de inventario o avalúo. Igualmente el contador asumió la solución reflejada en el cuaderno particional redactado por el despacho de Abogados a petición de los tres herederos, de adjudicar los bienes hereditarios, desde inmuebles hasta objetos integrantes del ajuar familiar, por iguales partes en proindiviso a los cuatro herederos, sin practicar formación de lotes. Las operaciones



particionales descritas se realizaron en su integridad por un despacho de Abogados, por encargo y bajo las instrucciones impartidas por los tres herederos ahora demandados, redactándose la minuta o proyecto por la Abogada doña Rosana, a quien el contador-partidor no llegó a conocer, y mientras éste permanecía en sus residencias habituales de Bilbao o Benalmádena, fuera de Madrid donde radicaban gran parte de los bienes de la herencia y donde materialmente se desarrollaron las operaciones particionales. El contador-partidor se limitó a comparecer en la Notaría de Bilbao donde se protocolizó el cuaderno particional, actuando de buena fe y en el propósito de respetar la voluntad de la testadora. En la creencia que albergaba de que la voluntad que le transmitió en vida la testadora, consistente en que prevaleciera un reparto igualitario entre sus cuatro hijos, se lograba por la vía de adjudicar los bienes en proindiviso y por iguales partes. La mera lectura por el contador-partidor del cuaderno particional en el momento de su protocolización, no equivale a intervenir en su elaboración, ni suple su falta de participación en las operaciones.

Todo ello se obtiene de lo declarado por el testigo, quien a preguntas del Letrado de la parte actora manifestó hallarse jubilado de su profesión de abogado de empresa. No recuerda la fecha en que le requirieron para desempeñar el cargo de contador-partidor, ni cuánto tiempo dedicó al desempeño de ese cargo. Conoce que el cargo es personalísimo e indelegable, y manifiesta que lo aceptó creyendo que no iba a tener grandes problemas, pues en otro caso no hubiera aceptado. Lo aceptó por su relación de amistad con los padres de los herederos, amistad que mantuvo con doña Joaquina tras el fallecimiento del esposo de ésta. Preguntado si él realizó el inventario y avalúo de forma personal, a sabiendas de ser indelegable, contesta que él ha realizado lo que ha podido. Preguntado si esas funciones las ha desempeñado de forma personal, contesta que alguna..., las que le han dicho los herederos. Que él lo que quería era cumplir la voluntad de la testadora y dejar todo proindiviso, que se lo han dicho los herederos, él ha realizado alguna función, pero no puede concretar cuáles. Preguntado si el despacho de Abogados que intervino era de la confianza de la testadora, contesta que sí, que de ambos sería. Preguntado por qué sabe que ese despacho era de la confianza de doña Joaquina, manifiesta que ésta le habló de que tenía unos hijos muy buenos, y que arreglarían todo amistosamente. Que le habían comentado que existía una confrontación familiar, porque tanto la hija como el hijo querían el piso, eso es lo que le dijo la madre. Él sugirió a doña Joaquina que lo arreglara en vida, para no dejarles un pleito. Preguntado por conflictos o litigios entre los hijos, y por la negativa de doña Carla para entrar en la vivienda, manifiesta que él visitaba a doña Joaquina cuando viajaba a Madrid, pero sólo hablaban de música, que él no sabe nada de todo aquello. Preguntado por qué entonces relata esas incidencias en el acta de manifestaciones realizada ante **Notario**, manifiesta que no se acuerda. Preguntado si contrastó con doña Carla la información recibida de otros sobre que aquélla no permitía acceder a la vivienda, contesta que no. Preguntado si requirió a doña Carla para entrar en la vivienda, contesta que no. Preguntado si, tras manifestar carecer de medios físicos para identificar y valorar los bienes a inventariar, delegó esas funciones en el despacho de abogados, y quién ha hecho esas funciones, declara que "los herederos, supongo yo". Preguntado por qué acudió al **Notario** dos años después de la partición para realizar el acta de manifestaciones, manifiesta que se lo requirió alguien. Que a él le nombraron albacea, no contador. Ningún heredero le dijo que fuera dos años más tarde al **Notario**. Seguidamente se le formulan preguntas sobre la aportación de documentación al acta de manifestaciones, o el tiempo transcurrido desde la llegada del borrador a la notaría hasta que él lo firma, o a quién pagó esa documentación, o sobre si sólo se asesoró o si el borrador del cuaderno se envió por otros a la Notaría, contestando el testigo no recordarlo o no comprender las preguntas. Preguntado en cuántas ocasiones habló con la Abogada doña Rosana, manifiesta que nunca. Preguntado si encargó el cuaderno particional a una Abogada que no conoce y lo suscribió, manifiesta que él creía que lo estaba haciendo bien. Preguntado cómo podía conocer que los bienes muebles adjudicados (cuadros, cubertería, juego de café) estaban en la vivienda si sólo estuvo en ella en dos o tres ocasiones, contesta que porque se lo han dicho los herederos. Preguntado si se lo ha dicho doña Carla contesta que no, que los otros tres hermanos. Preguntado si él conocía o recordaba bienes del inventario, manifiesta que los ha visto, pero no se acuerda. Preguntado por qué necesitaba asesoramiento de un despacho si él había puesto como condición contar con el asesoramiento de un **Notario**, manifiesta que él sólo fue un día al **Notario**, que le conocía, pero que fue un día a hacer el acta, que necesitaba asesoramiento porque no sabía cuál era su función y estaba jubilado desde hacía dieciséis años, que le dijeron: "haz proindiviso". Preguntado si doña Joaquina le dijo que hiciera proindiviso, aunque no lo indicara así en su testamento, contesta que no lo sabe, que él entendió que lo mejor era que fuese proindiviso y luego ellos hicieran lo que quisieran. Que él no sabe cuándo dispuso por primera vez del testamento, y que él no pidió el certificado del Registro de Actos de última Voluntad. Preguntado por qué sabe que ese testamento estaba vigente, contesta que los hijos le dijeron que era así, que se lo dijeron los tres hijos... Preguntado qué comprobaciones hizo sobre la cláusula tercera del testamento, dice que él pensó que todo estaba correcto. Preguntado sobre la disposición sexta alusiva al cargo de contador-partidor, manifiesta que él pensó que le habían nombrado albacea. Preguntado si él ha elaborado el cuaderno particional, contesta que no, que lo han elaborado los herederos, que él estaba en Bilbao, no podía... que lo hiciesen los hijos. Preguntado qué ha hecho él como contador-partidor, contesta que repartir todos los bienes en proindiviso, que la idea de la madre era que



"para todos igual". Que él estaba en Bilbao o en Benalmádena, y que los hijos estaban en Madrid. Preguntado sobre los anexos de la vivienda de la CALLE000 inventariados, contesta que serían los "camarotes", sería el sótano o el ático, él no conoce la casa perfectamente. En la casa vivían la madre y la hija, y Jose Augusto tenía allí un despacho. Preguntado que cómo obtuvo la valoración de la vivienda y que dónde está la tasación de Tinsa, contesta que la valoración se la darían los hijos, que él no tiene la tasación, la tendrán los herederos. Que se ha fiado de lo que le han dicho los hijos, que ha puesto lo que le han dicho los hijos, porque como era todo proindiviso... Preguntado si él ha contrastado todo con doña Carla , manifiesta que no, con Jesús Manuel , Jose Augusto ... Que no ha verificado el libro de socios de las participaciones que adjudica, ni sabe cuántas participaciones tiene, él adjudicó todo a partes iguales, lo que quería la madre... Preguntado cómo ha valorado la sociedad, contesta que se lo dirían los herederos. Que Carla no le dijo nada, que ella le tendría que haber llamado. Que le tendrían que haber dicho que era contador-partidor, que entonces no habría ido al **Notario**. Él quería haber renunciado en aquél momento, pero no lo hizo, no sabía que fuera a ser tan complicado. Ellos le daban los datos, él en Bilbao no sabía nada de lo que pasaba en Madrid. Preguntado si adjudicó 17 cuadros dando por buena la información de subastas Segre, contesta que es una tienda que está en Castellana, y que él daba por bueno todo lo que le decían. Que las valoraciones las encargaron los hijos, los tres.... Que ignora quién ha pagado esas valoraciones. Que no sabe por qué conocía que esos cuadros estaban en la vivienda de Madrid, que se lo dirían los hijos. Preguntado si no hubiera sido procedente advenirlo, contesta que él estaba en Benalmádena, o en Bilbao. Que él se fio de lo que le dijeron los herederos, que creía que con eso..., como adjudicó todo proindiviso ellos se arreglarían. Desconoce por qué no figura en el listado de bienes la casa de Bilbao, los hijos lo sabrán, él no lo sabe, él no iba a venir cada semana a Madrid. Preguntado quién le ha dicho que faltaba un bien por el que se ha otorgado escritura de adición de herencia, contesta que Jesús Manuel o Jose Augusto , que él creyó que no iba a haber ningún problema si era de todos a partes iguales.

A preguntas de los Letrados de la parte demandada, sobre si Carla le ha llamado o ha querido colaborar, contesta que nunca le ha llamado. Preguntado si Carla le ha hecho alguna petición, contesta que "nunca ha dicho ni pío". Preguntado si acudió a la Notaría de Bilbao porque el **Notario** era de su confianza y para ser asesorado, contesta que le dijeron que lo mejor era hacerlo todo proindiviso. Que la causante lo que quería era dejar igual a todos los hijos, y que si no aquélla habría dicho en el testamento para qué hijo era cada bien. Que para él todos los hijos son iguales y ha intentado ser equitativo. Preguntado si la valoración de Subastas Segres la hizo la madre antes de morir, contesta que no lo recuerda, y no le daba importancia porque se adjudicó todo por igual. Preguntado si pudo hacerse otra partición diferente, contesta que no sabe, que siempre sería a partes iguales. Que desconoce si hubo lotes o no.

#### **SEXTO.-** Valoración conjunta de la prueba practicada.

La valoración adicional de los restantes medios de prueba, y en conjunto con la anterior declaración testifical, no modifica la conclusión de que el contador-partidor no realizó las operaciones particionales, las cuáles se efectuaron por encargo y bajo las instrucciones de los tres herederos codemandados, sin intervención de la también heredera demandante.

La declaración testifical del **Notario** don Baltasar en nada afecta al relato del contador-partidor. Dicho **Notario** recibió el proyecto de cuaderno particional enviado por la Abogada doña Rosana , a quien el contador-partidor no conocía, resultando acreditado que don Florian no había elaborado el inventario de bienes, ni recabado información al efecto, ni encargado las tasaciones utilizadas. La circunstancia de que diese lectura o revisara el cuaderno particional antes de la firma no modifica el hecho de no haber intervenido en su elaboración. La declaración de doña Rebeca , empleada de subastas Segre, es compatible con las manifestaciones del contador-partidor de que éste no le encomendó la tasación de bienes, y es compatible igualmente con la falta de intervención de doña Carla , así como con haber recibido encargo de realizar las tasaciones tras el fallecimiento de la causante de los tres herederos codemandados. Las manifestaciones de don Florian obrantes en Acta notarial no desvirtúan su declaración testifical, practicada con intermediación judicial y contradicción de partes, sin olvidar que dicho Acta no se elaboró por iniciativa de don Florian . Los documentos enunciados en el recurso no han sido confeccionados con intervención del contador-partidor, lo que de nuevo se corresponde con su falta de intervención en las operaciones particionales.

En el segundo motivo de recurso se denuncia error de apreciación y valoración de la declaración testifical de don Florian , exponiendo la valoración que a juicio de dicha parte debe realizarse de las manifestaciones del testigo. Se alega que la documentación necesaria para elaborar el cuaderno particional no fue obtenida por el contador-partidor porque ya existía. Pero lo relevante no es esa preexistencia, sino que el contador-partidor no llegó a conocer si existía o no esa documentación, ni a intentar recopilarla, pues no intervino en las tareas dirigidas a la elaboración del cuaderno particional. Igualmente, si existían tasaciones de bienes anteriores, tampoco las conoció el contador, ni decidió que se utilizasen o no en las operaciones particionales. Dichas tasaciones se encargaron y se utilizaron por los herederos codemandados para realizar, por sí mismos, las



operaciones particionales. Es irrelevante que en este litigio no se discuta la exactitud de las valoraciones de bienes, pues la declaración de nulidad del cuaderno particional se funda en una cuestión previa, y diferente, cual es la falta de intervención del contador en la práctica de esas tasaciones, la falta de aceptación por el contador de esas tasaciones al no haberlas conocido ni examinado, y en definitiva la falta de intervención del contador en las operaciones particionales.

Reprocha la apelante la falta de intervención en las operaciones particionales de doña Carla , quien se habría negado repetidamente a colaborar o facilitar la elaboración del inventario de bienes o del avalúo de los mismos. Pero esa cuestión no es objeto de este procedimiento. Resulta esencial no olvidar que la cuestión debatida es previa, y afecta a la validez del cuaderno particional, consistente en la falta de intervención del contador-partidor en la partición. Participase o no en dichas operaciones la demandante, lo cierto es que no fueron llevadas a efecto por el contador-partidor testamentario.

Por cuanto queda expuesto, habiéndose acreditado que las operaciones particionales de la herencia deferida por doña Joaquina se realizaron sin intervención del contador-partidor por ella designado, y a mayor abundamiento que se llevaron a efecto por tres de los cuatro herederos llamados a la herencia, procede estimar en su integridad la demanda. Decayendo los restantes motivos de recurso.

**SÉPTIMO.-** Costas.

Desestimando el recurso de apelación y de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 L.E.c ., procede condenar a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. EL REY

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Ruigómez Muriedas en representación de doña Camila , don Jose Augusto y don Jesús Manuel , contra la sentencia dictada en autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 70 de Madrid, bajo el número 1328 de 2015, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución en todos sus pronunciamientos, condenando a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

**MODO DE IMPUGNACION:** Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , debiendo ser consignado el mismo en la Cuenta de Consignaciones y Depósitos de **esta Sección 14 APM, abierta en la entidad Banco Santander S.A., Sucursal 6114 de la Calle Ferraz, número 43 de Madrid** , con el número **IBAN ES55- 0049-3569-9200-0500-1274** , que es la cuenta general o "buzón" del Banco de Santander, especificando la cuenta para esta apelación concreta: « **2649-0000-00-0781-17** » excepto en los casos que vengan exceptuados por la ley, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

En Madrid, a diecinueve de julio de dos mil dieciocho.

**DILIGENCIA:** Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.