



Roj: **SAP PO 2015/2011 - ECLI: ES:AP PO:2011:2015**

Id Cendoj: **36038370012011100442**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **18/07/2011**

Nº de Recurso: **344/2011**

Nº de Resolución: **405/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00405/2011

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 344/11

Asunto: DIVISIÓN JUDICIAL HERENCIA 446/10

Procedencia: PRIMERA INSTANCIA NÚM. 2 LALÍN

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

Dª MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM.405

En Pontevedra a dieciocho de julio de dos mil once.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de división de herencia 446/10, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lalín, a los que ha correspondido el Rollo núm. 344/11, en los que aparece como parte apelante-demandado: D. Emiliano representado por el procurador D. CARLOS VILA CRESPO y asistido por el Letrado D. ALBERTO RENDUELAS VIGIL, y como parte apelado-demandante: D. Juana, representado por el Procurador D. MARIA AMOR ANGULO GASCÓN, y asistido por el Letrado D. ADOLFO DIZ DOMÍNGUEZ, apelados-demandados: D. Matías, D. Vicente Y D. Adolfo, no personados en esta alzada, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lalín, con fecha 21 diciembre 2010, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que desestimando íntegramente la oposición a la formación de inventario presentada por el procurador don Manuel Ceán Garrido, en nombre y representación de don Emiliano, acuerdo incluir en el inventario objeto del



presente procedimiento las fincas descritas en el informe pericial aportado con la demanda y emitido por la perito doña Adelaida , todo ello con imposición de costas a don Emiliano ."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por D. Emiliano , se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala y se señaló el día trece de julio para la deliberación de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Es objeto de recurso la sentencia recaída en la fase de inventario del procedimiento de división judicial de herencia promovido por Doña Juana , respecto de la herencia de sus padres, Don Adolfo y Doña Julieta , fallecidos respectivamente los días 9 de octubre de 2000 y 26 de abril de 2002. Ambos habían otorgado testamento, legándose recíprocamente el usufructo universal de sus bienes e instituyendo herederos por partes iguales a sus cinco hijos comunes.

La solicitud inicial advertía de que parte de los bienes integrantes del caudal ya habían sido repartidos de común acuerdo por los herederos, pretendiéndose el inventario y división del resto, en concreto de once fincas rústicas relacionadas en un informe aportado por la promovente, elaborado por la perito ingeniero agrícola Sra. Adelaida . Suscitada controversia en la comparecencia ante el secretario judicial, -al manifestar el coheredero Don Emiliano su falta de conformidad con la relación de fincas, considerando que faltaban bienes y que los relacionados por la actora no se identificaban correctamente-, se citó a los interesados a juicio verbal.

Durante dicho acto se tuvo conocimiento de que Don Emiliano había sido incapacitado por sentencia de 30 de noviembre de 2009 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Avilés, declaración que afecta a "la gestión y administración de sus bienes", designándose curador a su esposa, Doña Ángela .

La sentencia de primera instancia estimó la solicitud inicial y desestimó íntegramente la oposición deducida por el coheredero. La sentencia consideró probada la inclusión en la herencia de los causantes de las once fincas rústicas relacionadas por la solicitante sobre la base de la documentación aportada, fundamentalmente de los certificados catastrales y de las actas de protocolización de las operaciones de reorganización parcelaria.

El recurso de apelación pretende la nulidad de las actuaciones practicadas por el doble motivo de no haberse procedido con anterioridad a la división y liquidación de la sociedad de gananciales de los esposos causantes y por la falta de intervención del Ministerio Fiscal, que el apelante considera necesaria dada la situación de incapacidad de uno de los intervinientes. Respecto del fondo de la cuestión litigiosa, el recurrente insiste en la necesidad de incluir un número superior de fincas sobre la base de haber existido acuerdo en tal sentido por todos los herederos y rechaza que el testimonio de una de las interesadas y las actas de reordenación parcelaria puedan fundamentar la decisión de exclusión de fincas del caudal relicto.

SEGUNDO.- Sobre la primera cuestión formulada por el apelante ha de responderse que este órgano de apelación viene proclamando con reiteración que resulta necesaria la previa liquidación del patrimonio ganancial del causante casado en régimen de gananciales para proceder a la división de su caudal relicto, pues de otro modo resulta imposible conocer qué bienes se integran en la herencia del último causante, siendo que sobre el patrimonio ganancial, disuelta la sociedad de gananciales, existe una titularidad conjunta, sin distribución de cuotas, cuya titularidad corresponde al sobreviviente y a los herederos del premuerto. En cuanto al cauce procesal, esta sección de la Audiencia Provincial de Pontevedra, -en criterio seguido también por el resto de secciones civiles de este órgano provincial-, viene exigiendo la previa liquidación del haber ganancial por el cauce procesal específicamente previsto en la ley.

Sin embargo, y esta es la cuestión clave para la resolución de la cuestión planteada, conocido cuanto acaba de exponerse, existen supuestos excepcionales en los que la previa liquidación del haber ganancial no resulte necesaria. Así lo hemos admitido en casos en los que, como apunta el auto recurrido, todos los bienes del matrimonio son gananciales, los cónyuges fallecieron intestados, sin deudas privativas y con todos los descendientes comunes, supuesto equivalente en el que, fallecidos los cónyuges con testamento, en éstos se instituyen herederos por partes iguales a todos los hijos comunes, con atribución recíproca del usufructo universal. A ello se añade que en el presente supuesto los herederos ya se han puesto de acuerdo en cuanto a la división y partición de otros bienes de la herencia, centrándose la disputa sobre la inclusión o no en el caudal relicto de los esposos causantes de un número de fincas rústicas.

TERCERO.- En punto a la intervención del representante del Ministerio Público, el art. 7.2 exige que la capacidad procesal de los incapacitados se integre a través de la asistencia, habilitación o defensa legalmente exigida.



En el presente supuesto, consta, como ha quedado dicho, que Don Emiliano había sido incapacitado con anterioridad a que se presentara la demanda, por sentencia de 30 de noviembre de 2009 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Avilés, declaración que afecta a "la gestión y administración de sus bienes", designándose curador a su esposa, Doña Ángela .

Contrariamente a lo que postula el apelante, no resulta precisa la intervención del Ministerio Fiscal en todos los casos en los que intervenga en el proceso una persona física que no tenga plena capacidad de obrar. La forma de integrar tal defecto, tal como se sigue de la cita del art. 8 procesal, es la intervención de la persona que deba suplir el defecto de capacidad y sólo en el caso de que tal persona no existiere, el juez, además de proveer el nombramiento de un defensor judicial cuidará de que provisionalmente el Fiscal intervenga en el proceso.

En el caso que ocupa, existe un curador llamado a integrar la falta de capacidad del coheredero, y debió el juzgado asegurar su llamamiento al proceso. No consta la intervención del curador complementando la capacidad del declarado incapaz, por lo que el proceso se ha tramitado con un vicio esencial de procedimiento, apreciable en cualquier momento, que determina la nulidad de las actuaciones posteriores al momento de la primera intervención del incapaz, que tuvo lugar en el instante de la formación del inventario, en el trámite previsto en el art. 794 procesal, sin perjuicio de la validez de aquellas actuaciones posteriores que no resulten afectadas por el vicio de nulidad.

El contenido procesal de la presente resolución, en la que se ha apreciado un vicio de nulidad, determina que no se efectúe pronunciamiento en costas.

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

FALLAMOS

Que decretamos la nulidad de las presentes actuaciones al haber de completarse la capacidad del coheredero incapaz con la intervención del curador, retrotrayéndose lo actuado al momento de la formación de inventario, sin pronunciamiento en costas respecto de las devengadas en ambas instancias.

Así por esta resolución, de la que se pondrá testimonio en lo autos principales, con inclusión del original en el libro correspondiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.