



Roj: **AAP O 707/2004 - ECLI:ES:APO:2004:707A**

Id Cendoj: **33044370012004200093**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **07/12/2004**

Nº de Recurso: **476/2004**

Nº de Resolución: **476/2004**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **GUILLERMO SACRISTAN REPRESA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OVIEDO

AUTO: 00476/2004

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

OVIEDO

Sección 001

Domicilio: COMANDANTE CABALLERO Nº 3 - 3º 33005 OVIEDO

Telf: 985968730/29/28

Fax: 985968731

Modelo: AUR00

N.I.G.: 33044 1 0103001 /2004

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000476 /2004

Juzgado procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.1 de OVIEDO

Procedimiento de origen: NOMBRAMIENTO CONTADOR-PARTIDOR DATIVO 0000039 /2004

AUTO

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. José Antonio Seijas Quintana

MAGISTRADOS

D. Guillermo Sacristán Represa

D. Rafael Martín del Peso

En Oviedo, a 7 de Diciembre de 2004

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En Autos de NOMBRAMIENTO CONTADOR-PARTIDOR DATIVO 0000039/2004, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.1 de OVIEDO, se interpuso recurso de apelación contra el AUTO DE FECHA 30 de Abril de 2004 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " Se declara contencioso y se sobreseé el expediente de nombramiento de Contad o r-P artidor Dativo instado por D. Felix y otros



representado por la Procurador a Sra. F eito Berdasco, quedando a salvo el derecho de las partes en la sede declarativa que corresponda. ".

SEGUNDO.- El recurso de apelación fue interpuesto por Marcelina . Siendo parte apelada Felix , Jose Daniel , Esperanza , repre sentados por el Procurador de los Tribunales Sr./a. Feito Berdasco y bajo la Dirección Letrada de M^a José Milla Gonzalez. Y EL MINISTERIO FISCAL en la representación que le es propia.

TERCERO.- Turnados los Autos a este Tribunal se formó el Rollo de Sala, registrándose con el número, tramitado el recurso con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- Y dictándose Providencia de señalamiento para el día 3 de Diciembre de 2004, quedando los autos tras la votación y fallo para dictar la resolución que proceda.

VISTOS. Siendo ponente el lltmo. Sr. Don Guillermo Sacristán Represa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La discusión que se pone sobre la mesa se refiere a si la oposición formalizada frente a las operaciones realizadas por un contador partidario dativo, designado de acuerdo con el artículo 1057 del Código Civil , debe dar lugar al sobreseimiento del expediente de jurisdicción voluntaria declarándolo contencioso, conforme al artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 , o, por el contrario, a la aprobación de las mismas, siempre que se haya dado cumplimiento a los principios de legalidad exigidos en aquellas operaciones al aplicar la específica norma del párrafo 2º del artículo 1057 del Código Civil .

SEGUNDO .-Entiende el recurso contra el auto que acuerda la formalización que el precepto aplicable es el 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 , aún vigente de acuerdo con la Disposición derogatoria única. 1. 1ª de la Ley procesal de 2000 , en tanto se redacta una nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria. Ahora bien, la cuestión que se discute no encuentra su raíz en el texto procesal sino en el propio artículo 1057 del Código Civil .

El texto del precepto evidentemente parece dar a entender que con el cumplimiento de las formalidades legales en la actuación del contador dirimente dativo se encuentra la única limitación para que el expediente concluya con la aprobación judicial. Ello supondría que en ningún supuesto sería de aplicación el artículo 1817 de la antigua Ley de Enjuiciamiento , al tener una normativa propia el acto de designación de esta clase de contador dirimente regulado en el texto sustantivo.

Pues bien, tal parece ser la decisión correcta en un momento en el que la vigencia del Libro Tercero de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil debe ponerse en relación con el texto de la Ley 1/2000 respecto al resto de las normas de procedimiento. De tal manera, en el artículo 782 de ésta puede encontrarse la justificación de lo sostenido en el auto que se impugna: cuando en el su número 1 se establece la posibilidad que tiene cualquier coheredero o legatario de parte alícuota de reclamar judicialmente la división de la herencia, establece una serie de excepciones relativas a que la misma "no deba efectuarla un comisario o contador partidario designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por resolución judicial", lo cual parece estarse refiriendo específicamente al supuesto del artículo 1057 del Código Civil , entre otros. En consecuencia, se entiende que la aprobación de las operaciones particionales tan sólo deberá tener en cuenta la concurrencia de los presupuestos que dan validez al nombramiento del contador, el cumplimiento de los requisitos del procedimiento y que en el ejercicio de sus funciones la persona que ha decidido la partición no ha incurrido en extralimitación de clase alguna. Este criterio fue seguido por distintas Audiencias Provinciales, como la de Ciudad Real en auto de 31-1-1994 , o La Coruña de 30-3-2000, entre otros anteriores a la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, y entre los dictados con posterioridad, el de la Audiencia Provincial de Valencia de 16-1-2003.

Ahora bien, la efectividad de declarar archivado el expediente de jurisdicción voluntaria haciendo contencioso el mismo, o la aprobación judicial de las operaciones realizadas por el contador partidario dativo, no presenta excesivas diferencias, puesto que en el primer supuesto quedaba a salvo el derecho de las partes en la sede declarativa correspondiente, y en esta segunda solución que da el auto impugnado queda la posibilidad que tiene quien se opuso a la partición de impugnarla en el mismo terreno, es decir en el declarativo.

TERCERO .- Siendo así las cosas, el mantenimiento de cualquiera de las dos posturas aconseja que no se haga declaración sobre las costas causadas, en un sentido porque la coyuntura, con independencia de cuál debiera ser la solución, es análoga, y en el otro, porque podría decirse, como pretende la parte apelante, que se plantean ciertas dudas de hecho y de derecho, se conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En tal sentido, y puesto que se acoge el segundo motivo del recurso, tampoco debe hacerse declaración sobre las costas ocasionadas en la alzada (artículo 398 LEC).



Por lo expuesto la Sala dicta el siguiente:

ACUERDO

No se estima el recurso contra el auto que acordaba la formalización de las operaciones particionales realizadas por el contador partidor dativo, que se confirma en sus propios términos. No se hace declaración de las costas de la primera instancia ni de las de la alzada.

Así, por este auto, lo acordamos, mandamos y firmamos. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ