



Roj: **SAP S 1306/2004 - ECLI:ES:APS:2004:1306**

Id Cendoj: **39075370032004100339**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santander**

Sección: **3**

Fecha: **21/06/2004**

Nº de Recurso: **172/2003**

Nº de Resolución: **250/2004**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MILAGROS MARTINEZ RIONDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

SANTANDER

SENTENCIA: 00250/2004

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN TERCERA

SANTANDER

APELACIÓN CIVIL

Rollo núm. 172/03

Autos de Menor Cuantía, núm. 520/99

Juzgado de Primera Instancia, núm. 7 de Santander

**S E N T E N C I A NÚM. 250 / 2004**

-----  
Ilmos. Sres.

Presidente.

D. AGUSTÍN ALONSO ROCA

Magistrados:

D. BRUNO ARIAS BERRIOATEGORTUA

D<sup>a</sup>. MILAGROS MARTINEZ RIONDA  
-----

En Santander, a veintiuno de Junio de dos mil cuatro.

VISTOS, ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santander en grado de apelación, los presentes autos de Menor Cuantía, núm. 520/99, procedentes del Juzgado de Primera Instancia, núm. 7 de Santander , seguidos entre las partes, como apelante, D<sup>a</sup> Melisa Y D. Jose Antonio , teniendo por designado a la Procuradora Sra. Cicero Bra, y como apelado a D. Ignacio , heredero de D<sup>a</sup> María Dolores (FALLECIDA), teniendo por designada a la Procuradora Sra. Mora Gandarillas, actuando como Ponente a la Iltra Sra. Magistrada D<sup>a</sup> MILAGROS MARTINEZ RIONDA.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**



PRIMERO: Que los autos fueron remitidos a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santander y Cantabria de conformidad con lo acordado en las Normas de Reparto aprobadas por la Sala de Gobierno del Excmo. Tribunal Superior de Justicia de esta Comunidad.

SEGUNDO: Que por el Ilmo. Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia, núm. 7 de Santander, se dictó sentencia, en los mencionados autos, con fecha 25 de Junio de 2002, cuyo fallo dice lo siguiente: " ESTIMO íntegramente la demanda formulada por D<sup>a</sup> María Dolores, frente a D. Jose Antonio, D<sup>a</sup> Melisa Y D. Jose Antonio, y en su virtud, DECLARO el derecho de D<sup>a</sup> María Dolores, que interviene representada por su hijo D. Ignacio, a la mitad del haber hereditario de su hija D<sup>a</sup> Diana; y en consecuencia, CONDENO a los herederos D. Jose Antonio, D. Ignacio Y D<sup>a</sup> Melisa a abonar solidariamente a D<sup>a</sup> María Dolores, representada por su hijo, la cantidad de VEINTITRÉS MIL CINCUENTA Y SIETE EUROS CON NOVENTA CÉNTIMOS (23.057,90 EUROS), es decir, TRES MILLONES OCHOCIENTAS TREINTA Y SEIS MIL QUINIENTAS ONCE PESETAS (3.836.511 PESETAS), como complemento de la legítima, más los intereses legales desde el 15 de julio de 1999.- Se imponen las costas de este procedimiento a los demandados."

TERCERO: Que por la representación legal de D. Jose Antonio Y D<sup>a</sup> Melisa, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido por el Juzgado de instancia, confiriéndose los traslados legales, remitiéndose los autos originales a esta Sección, y previos los trámites oportunos, se ha deliberado, votado y fallado el presente recurso.

CUARTO: Que en la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales, salvo el plazo del artículo 465.1 LEC.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- No se aceptan los de la sentencia de instancia, que se sustituyen por los que a continuación se pasan a exponer.

SEGUNDO.- El testamento que se constituye en origen de la controversia examinada en este procedimiento no puede considerarse un testamento particional del art. 1.056 del Código Civil.

Se trata de una disposición testamentaria en la que se dan instrucciones respecto a la adjudicación de ciertos bienes que, como se desprende de la sola lectura de la demanda, no son los únicos que integraban el patrimonio de la causante a la fecha de su fallecimiento, situación que explica, en última instancia, la pretensión dirigida a obtener una determinación del "patrimonio a dividir, con fijación de las cuotas correspondientes a cada heredero".

Como tiene declarado la Sala 1<sup>a</sup> del T.S. en SS de 9 de marzo de 1.961, 25 de enero de 1.971 y 15 de febrero de 1.998, cuando el causante se limita en su testamento a adjudicar algunos de sus bienes a sus herederos, tales adjudicaciones, respetables dentro de los límites legales, no pueden conceptuarse como una auténtica partición.

Conforme a la antedicha conclusión, la viabilidad de la acción de complemento de la legítima ( art. 815 del C.C.), así como cualquier otra acción dirigida a declarar la inoficiosidad de los legados y disposiciones testamentarias ( art. 817), exige una "cognitio" previa en la que se ventilen los problemas de computación y valoración precisos para declarar, conforme a lo dispuesto en el art. 818, si resulta procedente su acogimiento y, en caso positivo, establecer, con las preceptivas garantías, el haber líquido en el que se ha de traducir el complemento.

Como establece la Sentencia del T.S. de fecha 8 de marzo de 1.989, en un supuesto análogo al examinado, "no es ontológica ni jurídicamente posible pedir el complemento de legítima, conforme al art. 815, que es la única acción estimada por la sentencia recurrida, sin antes conocer el montante del "quantum" o valor pecuniario que, por legítima, corresponde a cada uno de los herederos forzosos en la herencia de que se trate, para cuyo conocimiento o fijación han de tenerse en cuenta todos los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de deudas y cargas, salvo las impuestas en el testamento, según prescribe el art. 818 del citado Código, lo que presupone la práctica de las pertinentes operaciones particionales "

La partición no se reduce a la mera distribución y adjudicación de bienes, sino que resuelve el destino de las deudas pendientes y posibilita la certera liquidación de la ganancia partible, lo cual supone la formación de inventario, avalúo, tasación de bienes, determinación del activo y del pasivo, establecimiento de las operaciones precisas para su pago y, por último, fijación del remanente a adjudicar.

En definitiva, no cabe la posibilidad de ejercicio de la acción de complemento de la legítima antes de haberse practicado la partición del caudal hereditario, situación que conduce ineludiblemente a la desestimación de la demanda formulada, teniendo en cuenta que en relación a la pretensión deducida (dirigida a obtener



la realización de las operaciones divisorias) la Sala advierte la existencia de un relevante óbice procesal, conforme a los razonamientos que pasamos a exponer.

TERCERO.- La liquidación de toda partición de la herencia ha de realizarse imperativamente por los trámites del procedimiento que regulaba el art. 1.054 y siguientes de la L.E.Civ. de 1.881 , pudiendo designarse por cada uno de los herederos un contador- partidador, y debiendo designarse un contador partidador-dirimente cuya propuesta, en caso de existir conformidad, resulta aprobada mediante auto judicial y, en el caso de discrepancia sobre alguno de sus aspectos, se constituye en la imprescindible referencia sobre la que debatir en el declarativo ordinario que corresponda por razón de la cuantía.

La imperativa sustanciación de la partición de la herencia a través de un procedimiento especial se mantiene con la nueva normativa procesal, a la vista de las prescripciones contenidas en el art. 248 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil , regulándose en el Libro IV (" De los Procesos Especiales") Título II, Cap. I, el procedimiento de División de la Herencia, sustancialmente idéntico al de la Ley de 1.881 .

Como señala la Sentencia de fecha 21 de mayo de 2.003 de la A.P. de Pontevedra : "Lo que en modo alguno cabía era deducir la pretensión de partición de la herencia a través de un proceso declarativo ordinario -como el de menor cuantía- pues al señalar la propia Ley de Enjuiciamiento Civil los trámites especiales que habían de observarse para la partición judicial de la herencia, ello obligaba a las partes a ventilar la contienda con arreglo a los trámites especiales y no con arreglo a los del juicio declarativo ordinario correspondiente. "En el mismo sentido, Sentencia de 27 de noviembre del 2.002 de la A.P. de Navarra y Sentencia de 12 de diciembre de 2.002 de la A.P. de Zaragoza , entre otras muchas".

La expresada inadecuación de procedimiento es apreciable de oficio, pues como recuerda el T. S en SS de 19 de mayo de 1.979, 14 de junio de 1.972, 31 de marzo de 1.973 y 17 de julio de 1.982 , entre otras: "las normas que afectan a la adecuación del procedimiento elegido, aspecto exterior del fenómeno procesal, constituye tema de "ius cogens" examinable de oficio", " sin que su infracción pueda entenderse convalidada por aquietamiento o consentimiento alguno, ni aquéllas (las normas procesales) sustituidas o modificadas por voluntad expresa o tácita de las partes".

Con arreglo a los anteriores razonamientos, resulta obligada la íntegra revocación de la sentencia recurrida, sin hacer imposición de las costas de la primera instancia ni de las causadas en esta alzada, considerando que la decisión adoptada por este Tribunal se sustenta en motivaciones jurídicas absolutamente extrañas a las pretensiones y alegaciones articuladas por cada una de las partes en la primera instancia.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey,

## FALLAMOS

Apreciando, de oficio, la inadecuación del procedimiento que dio origen a los autos del Juicio de Menor Cuantía 520/99 sustanciados ante el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Santander , desestimamos la demanda interpuesta por la representación de D<sup>a</sup>. María Dolores contra D. Jose Antonio , D. Ignacio y D<sup>a</sup> Melisa absolviendo en la instancia a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra, desestimando el recurso interpuesto por la representación procesal de los demandados contra la sentencia recaída en los referidos autos en fecha 25 de junio del 2.002 . Todo ello, sin que proceda hacer imposición de las costas de la primera instancia, ni de las causadas en esta alzada.

Y con testimonio de esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

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

PUBLICACION: La precedente Sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente en el día de su fecha, de lo que doy fe.-

PUBLICACIÓN : En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

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