



Roj: **SAP C 3125/2002 - ECLI:ES:APC:2002:3125**

Id Cendoj: **15030370062002100136**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **6**

Fecha: **12/12/2002**

Nº de Recurso: **626/2001**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE RAMON SANCHEZ HERRERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rollo: RECURSO DE APELACION 626/2001

Ilmos. Sres. Magistrados:

ÁNGEL PANTIN REIGADA, PRESIDENTE

JOSÉ RAMÓN SANCHEZ HERRERO

MARIA DEL CARMEN VILARIÑO LOPEZ

### **SENTENCIA N°**

En SANTIAGO, a doce de Diciembre de dos mil dos.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 6 de la Audiencia Provincial de LA CORUÑA, con sede en Santiago, los Autos de MENOR CUANTIA 282/1999, procedentes del JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 4 de SANTIAGO DE COMPOSTELA a los que ha correspondido el Rollo 626/2001, en los que aparece como parte apelante-apelado D. Rodrigo , representado por el Procurador D. JOSÉ PAZ MONTERO, y apelante-apelado D. Concepción representado por el procurador D. VICTORINO REGUEIRO MUÑOZ, siendo Magistrado Ponente el ILMO. SR. DON JOSÉ RAMÓN SANCHEZ HERRERO, quién expresa el parecer de la Sala y procede formular los siguientes Antecedentes de Hecho, Fundamentos de Derecho y Fallo.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Seguido el juicio por sus trámites legales ante el JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 4 de SANTIAGO DE COMPOSTELA, por el mismo se dictó sentencia con fecha, cuya parte dispositiva dice: Que estimando la demanda presentada por Rodrigo , debo absolver y absuelvo a esta codemandada de la pretensión contra ella deducida". Notificada dicha resolución a las partes, por Rodrigo y Concepción se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos y cumplidos los trámites correspondientes, se remitieron los autos originales del juicio a este Tribunal donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida señalándose el 3 DE DICIEMBRE DE 2002, DELIBERACION, VOTO Y FALLO.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

### **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

Se aceptan parcialmente los de la sentencia apelada, en tanto no se opongan a los siguientes, y

PRIMERO.- Demandante y demandada son hermanos, hijos únicos de Carlos y Lucía . Como quiera que las herencias de sus padres estaban sin dividir, celebraron el 27/5/1996 con el Ingeniero Técnico Agrícola Sr. Rodolfo el "Acuerdo de prestación de servicios profesionales" aportado con la demanda, en el que le encargaron la "valoración y partición de herencia" (folio 18). Entendiendo que ello significaba la sumisión de las partes a un tercero, arbitrador o amigable componedor, la división del caudal hereditario, solicitó que se



declarase que esa división era válida y debe cumplirse, condenando a la demandada a elevar a escritura pública el contenido de dicho cuaderno, y subsidiariamente, se acuerde realizar las operaciones divisorias en ejecución de sentencia.

La demandada se opuso, a tales pretensiones alegando en primer lugar la incompetencia territorial, ya que la sumisión que se contenía en el documento obrante al folio 18 era para las disputas que surgieran con el perito, no para dirimir las que pudieran plantearse entre las partes, que residen en Cuntis, lugar donde también se hallan los bienes. Igualmente planteó que hubo maquinaciones entre su hermano y el perito, primero para realizarle el encargo y después para confeccionar éste el cuaderno, que si el padre le había legado toda la casa a ella, después no podía la madre legársela al hijo, que no se hizo previamente la liquidación de gananciales, que el hijo no cumplió la obligación de cuidar a la madre, condición puesta en el testamento de ésta.

La sentencia dictada en la instancia, tras desestimar la excepción de incompetencia territorial al haber contestado al fondo de la litis la demandada, resolvió en sentido contrario a las pretensiones del actor al considerar que no existió un acuerdo para nombrar al Sr. Rodolfo como árbitro, sino que se le encargó una determinada valoración y partición de herencia, pero sin alcance sobre la validez jurídica que habría de tener el informe, por lo que no podía dársele el peticionado; y en cuanto a la petición subsidiaria, por entender que se trataba de un pleito diferente del actual.

SEGUNDO.- En cuanto a la excepción de falta de competencia territorial, ha sido resuelta satisfactoriamente en la resolución recurrida, que ha tenido en cuenta que la demandada no se ha limitado a oponer la declinatoria, sino que además ha contestado al fondo de la litis. Desde las Ss. TS. 5 Feb. 1994 y 22 May. 1995 la jurisprudencia mantiene que la falta de competencia territorial ha dejado de encontrar su amparo dentro de las excepciones dilatorias del art. 533 LEC, y por tanto sólo puede ser aducida o planteada por vía de inhibitoria o de declinatoria, debiendo en este último caso sustanciarse y resolverse por el trámite de los incidentes y plantearse con carácter previo, único e independiente de toda otra cuestión, pues si se plantea en el mismo escrito de contestación a la demanda para ser resuelta en la sentencia definitiva, ello supone una verdadera sumisión tácita al propio Juzgado ante el que se formuló.

TERCERO.- Entrando en el fondo, el primer aspecto que hay que responder es el relativo a la naturaleza del encargo realizado al Sr. Rodolfo . Sostiene la resolución recurrida que no se han sometido las partes a su decisión, sino que simplemente le han encargado que realizase la valoración y partición de la herencia. No estamos de acuerdo con esta solución, por las razones que expondremos a continuación.

En primer lugar hay que atender a los actos de las partes previos a dicho acuerdo. El actor aportó copia de un escrito dirigido el 29/1/1996 por su Letrado a la demandada en el que le participaba que había sido encargado por su cliente para instar judicialmente la partición de la herencia de sus padres, y le ofrecía la posibilidad de realizar una partición extrajudicial, advirtiéndole que si no estaba de acuerdo, procedería judicialmente (folio 81).

A continuación otro fechado el 19/3/1996 en que podemos adivinar la inicial aceptación de la oferta de una partición extrajudicial, y la marcha de las negociaciones en aquel momento, pues el mismo Letrado le comunicaba que estimaba que sería idóneo para realizar la partición Don. Rodolfo , por lo que interesaba que mostrara su acuerdo, que nombrara otro perito o en otro caso, si no obtenía contestación, le advertía que procedería judicialmente. Después de estas negociaciones es cuando las partes suscribieron el documento discutido, en el que le encargaban al Sr. Rodolfo la "valoración y partición de herencia". Es decir, que esta sucinta descripción del encargo viene explicada por la negociación habida con anterioridad: las partes estaban tratando de realizar una partición de la herencia de sus padres de forma extrajudicial, y encargaron de esta tarea al citado Sr. Rodolfo . No es fácil entender que le hubieran encargado la tarea de partir la herencia, para luego no estar de acuerdo con su decisión si no les convenía. Se trata de un verdadero encargo profesional para realizar una partición de forma extrajudicial. Hay que entender por tanto que las partes se comprometieron a soportar la decisión de dicha persona, a pasar por su decisión. No es posible entender, como hizo la recurrida, que se trataba de un encargo para realizar una partición, pero sin ninguna vinculación para los contratantes, como si se tratase de una simple propuesta que eran libres de aceptar o no. Hay que rellenar los defectos de pacto existentes, por remisión a otras figuras.

No existen en principio obstáculos para admitir la propuesta por el actor, del arbitrador o amigable componedor previsto en el art. 402 Cc para dividir la cosa común, pues no otra cosa es la herencia. La STS 10 May. 1994 admitió que las partes puedan pactar extrajudicialmente la forma de llevar a cabo la división de la cosa, pudiendo admitirse también que así lo hagan en materia de división de herencia (de hecho el art. 7 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 prevé la posibilidad de que el testador designe árbitro para solucionar las diferencias que puedan surgir entre sus herederos no forzosos o legatarios para cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia). Aunque el art. 1057 Cc prevé la posibilidad de que las partes



acudan al nombramiento de contador partidor dativo, ello no impide que puedan hacerlo por esta otra vía. En cuanto a los efectos de la partición realizada, más adelante haremos referencia a ellos.

CUARTO.- Antes de entrar en dicho tema hay que analizar la alegación de la demandada de que se desvinculó de tal encargo. Efectivamente aportó copia de un requerimiento notarial practicado en el mes de septiembre de 1997 al Sr. Rodolfo , en el que le participaba que "el requerido no es contador-partidor designado por los causantes y en consecuencia no puede formalizar dichas particiones sin la intervención y consentimiento de los dos herederos doña Concepción (compareciente) y don Rodrigo ".

No obstante, se llega a una solución contraria a la propugnada por la recurrida, atendiendo a varios datos:

1.- Ese requerimiento fue contestado por el Sr. Rodolfo , quien manifestó que ya había realizado los trabajos y operaciones particionales de las herencias de sus padres, y que las tenía a su disposición en su despacho profesional.

2.- Que ello es cierto se correlaciona con la declaración de María Inmaculada (F. 182), quien relató cómo el Sr. Rodolfo había acudido a la casa de la demandada y le había exhibido el borrador que ya había confeccionado, al que le quedaba sólo pasarlo a limpio.

En consecuencia, ese requerimiento lo efectuó la demandada cuando ya conocía con una exactitud bastante aproximada el resultado de las operaciones particionales realizadas por el perito, y por no estar de acuerdo con su resultado, y no tanto con la finalidad de rechazar el encargo efectuado.

3.- Con posterioridad al requerimiento y la contestación realizada por el perito, la demandada acudió a su despacho y pagó la suma pactada, retirando el cuaderno que aquél había realizado. Este dato constituye una aceptación tácita del encargo y la aceptación de que el Sr. Rodolfo lo había cumplimentado.

4.- Por último, no es posible que una parte sola se desvincule del encargo realizado, pues ello constituía un pacto mutuamente realizado con su hermano, al que no se le dio la oportunidad de manifestarse al respecto. Y menos posibilidades había si, como hemos mencionado, el encargo ya estaba cumplido.

QUINTO.- La eficacia de las operaciones particionales realizadas por el Sr. Rodolfo nos relaciona en cambio con la normativa propia de la partición hereditaria, con semejanza a las funciones desempeñadas por los contadores partidores en la herencia, pues son supletorias las normas de dicha institución ( STS. 17 Sep. 1986).

La demandada ha opuesto a tales operaciones distintos defectos de carácter jurídico (no ha tenido en cuenta el legado de cosa ajena realizado por el padre en su favor, que cuando la madre se la legó al hijo ya se había realizado aquella distribución), así como la disposición testamentaria de la Sra. Lucía , pues el demandante no había cumplido la condición fijada. Igualmente la lesión producida al dividir la herencia, pues se ha establecido equivocadamente el valor de un solar.

No obstante, hay que tener en cuenta que lo que priman son los pactos habidos entre las partes en el contrato divisorio, por lo que en principio hay que partir de que ambos le comunicaron al perito que no era necesaria la liquidación de la sociedad de gananciales, sino que podía poner en conjunto la herencia de ambos y luego proceder a su división, tal como él mismo manifestó en prueba testifical.

También que es posible impugnar dichas operaciones por las causas legalmente prevenidas en los arts. 1073 y ss., pero sin que quepa hacerlo en este procedimiento por vía de oposición, tal como se ha pretendido por dicha demandada. La supuesta lesión sufrida en la adjudicación (decimos supuesta porque la diferencia de valor del solar según las dos peritaciones no tiene en cuenta el tiempo transcurrido y la inflación que ha sufrido el precio del suelo, y ello en relación con el valor total de la herencia) habrá de hacerse valer en otro procedimiento, al igual que las demás causas de oposición que se crean poseer contra la misma.

En este momento procede aprobar el cuaderno particional, del mismo modo que el que se realiza en un procedimiento de testamentaría, y dejando a la parte la posibilidad de impugnarlo. Por ello convendría matizar la primera petición del Suplico de la demanda, en tanto que solicita que se declare la validez y eficacia de tales operaciones, pues esa validez y eficacia dependerán de su no impugnación por la parte que se crea perjudicada, en el modo prevenido en la LEC y en el Cc en tanto que se refiera a la rescisión por lesión.

Por último, señalar que al estimarse la petición principal de la demanda, no es preciso entrar en la que se formuló subsidiariamente, sobre la realización en fase de ejecución de sentencia que también había sido desestimada.

SEXTO.- De conformidad con lo prevenido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no se hace pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada. Y tampoco sobre las de la instancia, pues a pesar de que se estima la demanda, se hace con algunas matizaciones, y porque la cuestión planteada entre las



partes posee matices jurídicos que no merecen una respuesta homogénea. Con ello se responde igualmente al recurso planteado por la Sra. Concepción contra el pronunciamiento de costas de la apelada.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de SM. el Rey y de conformidad con el artículo 117 de la Constitución,

### FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D. Rodrigo , y desestimando el deducido por D<sup>a</sup> Concepción contra la sentencia de 31/7/2001 dictada en los autos de juicio de Menor cuantía n° 282/1999 del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia n° 4 de Santiago de Compostela, la revocamos, estimando la demanda formulada por Rodrigo frente a D<sup>a</sup> Concepción , haciendo los siguientes pronunciamientos:

- 1.- Declaramos que la división del caudal hereditario de D. Carlos y D<sup>a</sup> Lucía , realizada por D. Rodolfo , que se recoge en el cuaderno particional de 27/7/1997, conforme a su redacción definitiva extendidas en papel profesional n° 1- B-089412 y SS. correlativos, es válida y eficaz y debe cumplirse, sin perjuicio del derecho de las partes a impugnarla; debiendo otorgarse a cada uno de los herederos los bienes integrantes de sus respectivos cupos, conforme se especifica en el mismo;
- 2.- Condenamos a la demandada a elevar a escritura pública el contenido de dicho Cuaderno particional, otorgándose de oficio en caso de no hacerlo voluntariamente;
- 3.- Todo ello sin pronunciamiento sobre las costas causadas en ambas instancias.

Notifíquese esta Sentencia, en legal forma, a las partes haciéndoles saber, conforme previene el artículo 248-4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que contra la misma no cabe recurso alguno.

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

Así por esta nuestra sentencia de la que se pondrá certificación literal en el Rollo de su razón, incluyéndose el original en el Libro de Sentencias, definitivamente juzgando, lo pronunciamos mandamos y firmamos.