



Roj: **AAP BU 59/2008 - ECLI:ES:APBU:2008:59A**

Id Cendoj: **09059370032008200037**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **3**

Fecha: **09/10/2008**

Nº de Recurso: **253/2008**

Nº de Resolución: **322/2008**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ESTHER VILLIMAR SAN SALVADOR**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

BURGOS

AUTO: 00322/2008

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

BURGOS

Sección 003

Domicilio: SAN JUAN 2

Telf.: 947259950

Fax: 947259952

Modelo: AUTO

N.I.G.: 09059 38 1 2008 0000545

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000253 /2008

Juzgado procedencia: JDO.1A.INST. E INSTRUCCION N.2 de ARANDA DE DUERO

Procedimiento de origen: NOMBRAMIENTO CONTADOR-PARTIDOR DATIVO 00544/2006

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados, D. ILDEFONSO BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Presidente, D^a MARÍA ESTHER VILLÍMAR SAN SALVADOR y D^a MAR JIMENO BULNES, ha dictado el siguiente.

A U T O N° 322.

En Burgos, a nueve de octubre de dos mil ocho.

VISTOS, por esta Sección de la Audiencia Provincial de Burgos el Rollo de Sala núm. 253 de 2.008, dimanante del procedimiento incidental número 544/06, del Juzgado de Primera Instancia N° 2 de Aranda de Duero (Burgos), sobre apelación de Auto de 30 de enero de 2.008 que aprobó el cuaderno particional, en el que han sido partes, en esta segunda instancia, como demandantes-apelados, D^a Marta , D^a Remedios , D^a Valentina y D^a Ana María ; representados por la Procuradora D^a Blanca Herrera Castellanos y defendidos por el Letrado D. Francisco Javier Segura Díaz de la Espada; y, como demandados-apelantes, D. Abelardo , D^a Edurne , D^a Francisca y D^a Lidia , representados por la Procuradora D^a Elena Cobo de Guzmán Pisón y defendidos por la Letrada D^a Soledad Romeral Martín. Siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a MARÍA ESTHER VILLÍMAR SAN SALVADOR, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO



- 1.- Los de la resolución recurrida, que contiene el siguiente FALLO: "Se aprueba el cuaderno particional de la herencia de D. Lázaro , elaborado por el contador partididor dativo D. Pedro Miguel "
- 2.- Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación de los demandados se presentó escrito preparando recurso de apelación, que posteriormente formalizó dentro del término que le fue concedido al efecto. Dado traslado a la parte contraria, para que en el término de diez días presentase escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución, lo verificó en tiempo y forma, oponiéndose al recurso mediante escrito que consta en las actuaciones; acordándose por el Juzgado, la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.
- 3.- Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día 7 de octubre pasado, en que tuvo lugar.
- 4.- En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se formula recurso de apelación contra el Auto de fecha 30 de enero de 2008 que aprueba las operaciones particionales de los bienes existentes al fallecimiento de D. Lázaro realizadas por el contador partididor dativo designado al efecto al amparo de lo establecido en el artículo 1057, párrafo segundo del Código Civil .

Alega la recurrente que el Auto recurrido aprueba el cuaderno particional elaborado por el contador partididor dativo porque considera que las operaciones particionales se han realizado ajustadas a la legislación vigente, sin embargo ella entiende que infringe el artículo 1817 de la LEC/1881 que dispone que " si a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren , al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él, se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda, según la cuantía". Por lo tanto, al haber manifestado dicha parte recurrente su oposición al cuaderno particional al entender que no se ajusta a lo legalmente establecido (por incluir en el inventario bienes que no corresponden a la masa hereditaria, vulnerar los principios de igualdad y proporcionalidad de los lotes- artículo 1061 del Código Civil - al realizarse el avalúo conforme a los valores catastrales en lugar de los valores reales del mercado y obligación de reintegrar ciertas sumas de dinero al caudal relicto) , el Juez no debiera haber aprobado sin más el cuaderno particional elaborado por el contador partididor dativo, sino que debiera haber transformado el expediente en contencioso.

Se opone la parte recurrida que cita la doctrina expuesta en el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia , Sección 11ª, de 16 de enero de 2003 , que considera inaplicable el artículo 1817 LEC/1881 , así como que los trámites que se contemplan en el artículo 1057 del Código Civil , pese a lo sucinto de los mismos , son específicos del propio precepto y se agotan con los mismos; de ahí que de aceptarse que la oposición de los recurrentes pueda paralizar el trámite y hacerlo contencioso, desnaturalizaría la propia finalidad del artículo 1057 del Código Civil , cual es paliar el severo criterio del Código Civil cuando en los artículos 1058 y 1059 , exige la unanimidad de los herederos para la practica de la partición, por lo que es sumamente fácil en la practica provocar un pleito de testamentaría por uno de los herederos en perjuicio de gastos y molestias para el resto; y sin perjuicio de la posibilidad de impugnar en el oportuno declarativo la partición que se apruebe.

Sobre la alegación de inadmisibilidad del recurso que plantea la parte recurrida, no encuentra la Sala objeción formal alguna a la posible interposición del recurso de apelación contra el auto dictado en la instancia, pues recaído en un procedimiento de jurisdicción voluntaria nada obsta a su consideración como resolución " definitiva" en los términos del artículo 206 y concordantes de la LEC , y por tanto susceptible formalmente de recurso de apelación según las reglas generales, dado que ninguna norma procesal impide expresamente la interposición el referido recurso.

Segundo.- La discusión que se pone sobre la mesa, como señala el Auto de la Sección 1ª de Asturias de 7 de diciembre de 2004, se refiere a si la oposición formalizada frente a las operaciones realizadas por un contador partididor 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 .

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 partidor 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 que cita la parte apelada, Audiencia Provincial de Valladolid de 17-11-2003, Audiencia Provincial de León de 17-2-2005.

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 partidor 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 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por todo lo expuesto, la Sala, ACUERDA,

PARTE DISPOSITIVA

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. José Enrique Arnáiz de Ugarte, en la representación que tiene acreditada en autos, contra el Auto de fecha 30 de enero de 2008, del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Aranda de Duero, en el expediente de nombramiento de contador partidor dativo nº 544/2006, y en consecuencia, procede su confirmación, sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas.

Así por este nuestro Auto, del que se unirá certificación al Rollo de Sala, notificándose en legal forma a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.