



Roj: **AAP PO 1741/2011 - ECLI:ES:APPO:2011:1741A**

Id Cendoj: **36038370012011200112**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **10/10/2011**

Nº de Recurso: **512/2011**

Nº de Resolución: **160/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER VALDES GARRIDO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

AUTO: 00160/2011

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 de PONTEVEDRA

N10300

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

2251DA31

Tfno.: 986805108 Fax: 986860534

N.I.G. 36006 41 1 2010 0000763

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000512 /2011

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de CAMBADOS

Procedimiento de origen: EJECUCION DE TITULOS JUDICIALES 0000172 /2010

Apelante: Rocío , Africa , Apolonio

Procurador: MARIA DOLORES ABELLA OTERO, MARIA DOLORES ABELLA OTERO , MARIA DOLORES ABELLA OTERO

Abogado: CELIA BALBOA GUERRA, CELIA BALBOA GUERRA , CELIA BALBOA GUERRA

Apelado: Esther , Epifanio

Procurador: ANTONIO DANIEL RIVAS GANDASEGUI, ANTONIO DANIEL RIVAS GANDASEGUI

Abogado: FRANCISCO JAVIER LOPEZ LAGO, FRANCISCO JAVIER LOPEZ LAGO

Ilmos. Magistrados

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO

Dª MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZALEZ

AUTO NÚM.160

En PONTEVEDRA, a diez de octubre de dos mil once.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cambados, con fecha 7 junio 2010, se dictó Auto cuya parte dispositiva expresa:

"QUE DESESTIMANDO LA OPOSICIÓN planteada por la Procuradora Sra. Abella Otero, en representación de Dña Rocío , Dña Africa y D. Apolonio , contra el Auto despachando ejecución de 16 de marzo de 2010 debiendo de CONTINUAR LA EJECUCIÓN en los términos expuestos en la citada resolución, sin imposición de costas."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por Dña Rocío , Dña Africa y D. Apolonio , se formuló recurso de apelación, el cual fue admitido en ambos efectos, elevándose las actuaciones a esta Sala y señalándose el día veintinueve de septiembre para la deliberación de este recurso, designándose ponente al Ilmo. Magistrado D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO, quien expresa el parecer de la Sala.

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

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- En el presente proceso de ejecución, con base en el Auto judicial de aprobación de la partición de la herencia de la causante doña Delia llevada a cabo por contador partidador dativo designado al amparo del art. 1057 párrafo 2º del Código Civil , frente al Auto de instancia que desestima la oposición planteada contra el despacho de ejecución recurren en apelación los herederos ejecutados, obligados, a tenor del cuaderno particional, a la entrega de determinadas sumas de dinero a otros herederos (cuales los ejecutantes), como compensación al bien que les fué adjudicado en su lote cuyo valor superaba al que les correspondía en la herencia.

SEGUNDO.- En su escrito de interposición de recurso de apelación, los ejecutados recurrentes aducen la existencia de nulidad radical del despacho de ejecución, en virtud de lo dispuesto en el art. 559-1-3º de la LEC , por no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución.

Por cuanto el Auto cuya ejecución se pretende no se halla incluido entre los títulos enumerados en el art. 517-2 de la LEC , puesto que no contiene pronunciamiento de condena, no se refiere a un laudo arbitral ni aprueba ni homologa acuerdos o transacciones logradas en el proceso ni tampoco por sí mismo lleva aparejada ejecución por disposición expresa de la LEC. Careciendo dicho Auto, por lo demás, de fuerza de cosa juzgada.

Y ello sin perjuicio de la utilización de los procedimientos declarativos correspondientes para la reclamación de las cantidades contenidas en el cuaderno judicialmente aprobado.

TERCERO.- La figura del contador partidador dativo introducida por la reforma operada en el Código Civil por Ley 11/1981, de 13 de mayo, vino a paliar los graves inconvenientes derivados de la exigencia de unanimidad para efectuar la partición hereditaria, cuando el propio testador no la había hecho ni había instituido quién la efectuara.

La necesidad de intervención judicial para el nombramiento del contador -dativo y para la aprobación, en su caso, de la partición por éste efectuada, origina dudas sobre la naturaleza del cargo, y concretamente sobre si la partición efectuada por el contador es judicial o extrajudicial, con los muy diversos efectos y consecuencias que una y otra producen. A tal respecto, la colocación sistemática del precepto destinado a regular esta figura, revela que el contador dativo es en todo igual al que el mismo causante pudo nombrar en su testamento, y participa de la misma naturaleza y características; en realidad, el primer inciso del párrafo 2º del art. 1057 del Código Civil , al describir los supuestos de hecho que habilitan para solicitar el nombramiento ("no habiendo testamento, contador -partidor en él designado o vacante el cargo") viene a demostrar que el Juez al oficiar el cargo suple o integra la voluntad del causante que, sin haber efectuado un nombramiento expreso, tampoco prohíbe que la partición de su herencia sea realizada por un tercero. Por tanto, el contador dativo se configura como el tercero independiente a los herederos con las únicas funciones de efectuar la partición de la herencia, lo que constituye un acto unilateral, no necesitado de asentimiento, adhesión o consentimiento de los herederos, a cuya figura se ha de aplicar todo el estatuto que doctrinal y jurisprudencialmente se ha construido para el contador testamentario . Siendo así que el Auto del Juez que decide sobre la aprobación de las operaciones particionales solo puede enjuiciar la concurrencia de los presupuestos habilitantes del nombramiento, la regularidad del procedimiento y el mantenimiento del contador dentro del ámbito de sus facultades, esto es, la no extralimitación en el ejercicio de su función.

En tal sentido, cabe citar la SAP Ciudad Real, de fecha 31/1/1994 , y el AAP de Valladolid, de fecha 17/11/2003.

Más concretamente, en el ámbito de la determinación del alcance procesal de la aprobación judicial de las operaciones particionales efectuadas por un contador partidador dativo en un procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 1057 párrafo 2º CC , esto es, de si el Auto aprobatorio de tal clase de partición es de los



que llevan aparejada ejecución o no, en el Auto de la Sección 4ª de la AP de La Coruña, de fecha 2/6/2011, se concluye su no configuración como título ejecutivo, con base en las siguientes sustanciales consideraciones que son compartidas por esta Sala.

El art. 517-2 de la LEC especifica los únicos títulos que llevan aparejada ejecución, incluyendo un apartado residual 9º, referido a las demás resoluciones judiciales y documentos que "por disposición de ésta u otra ley, llevan aparejada ejecución. Por consiguiente, no todas las resoluciones judiciales constituyen título para un proceso de ejecución.

En el presente supuesto, no nos encontramos ante un procedimiento judicial de división de herencia de los arts. 782 y ss de la LEC o "partición en proyecto", sino de una "partición realizada" o caso del art. 1057 del Código Civil regido por otros principios, sin que la aprobación judicial suponga una partición de tipo judicial. La figura de la partición por contador partidador dativo está incluida en el art. 1057 CC en defecto de partición hecha por el testador (art. 1056) y de contador-partidor testamentario, pero parificada o al mismo nivel que éste en sus funciones y efectos, aunque precise del complemento de la aprobación judicial cuando no se logre la aceptación expresa de todos los herederos y legatarios. Pero esto no convierte la partición realizada en una de tipo judicial. En este sentido le sería predicable a la partición dativa aprobada legalmente la misma doctrina que a la efectuada por un contador partidador testamentario, en orden a que equivale a la hecha por el testador y debe ser respetada (S 25 de Abril de 1963, no precisando el consentimiento de los interesados al no tener carácter contractual (S. 17 junio 1963) a diferencia de la hecha por los coherederos (STS de 18/2/1987).

De ahí que: si la partición no es judicial (aunque tampoco contractual ni siquiera cuando los herederos han mostrado su conformidad con las operaciones del contador dativo), quedando equiparada a la realizada por un contador partidador testamentario; si la intervención judicial tiene naturaleza de jurisdicción voluntaria consistente en garantizar una imparcial designación del contador-partidor dativo y, solo en defecto de consentimiento de los interesados, aprobar la partición; si la garantía del mismo control judicial es de alcance limitado y más bien de tipo general, y la eventual resolución judicial aprobatoria no tiene por objeto pronunciamientos posesorios o de otro tipo; si la partición ha sido verificada unilateralmente por el contador partidador dativo, siendo la ratificación o confirmación posterior y, en su caso, la aprobación judicial, un requisito complementario; y sí, en definitiva, se trata de una "partición realizada" sujeta al régimen jurídico apuntado más arriba y no a las normas del antiguo juicio de testamentaría o del actual proceso de división judicial de herencia; la conclusión es que el Auto aprobatorio no constituye título que lleve aparejada ejecución, sin perjuicio de las acciones a que hubiere lugar, a ejercitar, en su caso, a través del correspondiente proceso.

Así las cosas, con base en el art. 559-1-3º de la LEC , invocado por los ejecutados recurrentes, puesto en relación con los arts. 551-1 y 552-1 del mismo texto procesal, por no reunir el documento presentado el carácter de título ejecutivo, procede decretar la nulidad radical del despacho de ejecución y dejar sin efecto la ejecución despachada, con la consiguiente estimación del recurso de apelación y consiguiente revocación del Auto de instancia impugnado.

CUARTO.- Dada la estimación del recurso de apelación, que conlleva la estimación de la oposición al despacho de ejecución dejando la misma sin efecto, las costas procesales del incidente de oposición se imponen a la parte ejecutante, sin hacer especial imposición de las correspondientes a la presente alzada (arts. 559-2 párrafo 2º y 398-2 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación y, en atención a todo lo expuesto,

LA SALA ACUERDA

Se estima el recurso de apelación y se revoca el Auto de instancia impugnado; y, en consecuencia, se declara la nulidad radical del despacho de ejecución y se deja sin efecto la ejecución despachada; todo ello con expresa imposición de las costas procesales del incidente de oposición a la parte ejecutante y sin hacer especial imposición de las correspondientes a la presente alzada.

Hágase devolución a los ejecutados recurrentes del depósito constituido para poder recurrir en apelación.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos Sres. Magistrados reseñados al margen. Doy fe.