



Roj: **SAP C 380/2013 - ECLI:ES:APC:2013:380**

Id Cendoj: **15030370042013100040**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **28/02/2013**

Nº de Recurso: **40/2013**

Nº de Resolución: **70/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CARLOS FUENTES CANDELAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00070/2013**

**CORUÑA Nº 12**

**ROLLO 40/13**

**S E N T E N C I A**

**Nº 70/13**

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCION CUARTA**

**ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

**JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

**CARLOS FUENTES CANDELAS**

**ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ**

A Coruña, a veintiocho de febrero de dos mil trece.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000333 /2011, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 12 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000040 /2013, en los que aparece como parte demandante-apelante, DOÑA Vicenta , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. ÁNGELA MARINA CORTIÑAS RIVAS, asistido por el Letrado D. CARLOS ROMERO MENGOTTI, y como parte demandada-apelada, Gabino , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. RAFAEL FRANCISCO PÉREZ LIZARRITURRI, asistido por la Letrada DOÑA MARÍA DEL CARMEN SOUTO FRAGA, sobre PAGO DE LEGADOS, IMPUGNACION DE DIVISION HEREDITARIA Y SOLICITUD DE DIVISIÓN JUDICIAL DE HERENCIA DE Elena Y OTROS DOS.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 12 DE A CORUÑA de fecha 24-10-12. Su parte dispositiva literalmente dice: "Que con plena desestimación de la demanda interpuesta por la representación procesal de la actora DOÑA Vicenta debo absolver al demandado DON Gabino de las pretensiones deducidas de adverso con expresa imposición a l actora de las costas procesales causadas".



**SEGUNDO.-** Contra la referida resolución por el demandante se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que les fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

**TERCERO.-** Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. CARLOS FUENTES CANDELAS.**

### Fundamentos de derecho

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada.

**PRIMERO .-** La demandante pretendió de su hermano demandado al entrega del ferrado de labradío a elegir por el heredero que le había legado su tía Elena en su testamento, así como del legado de otro ferrado de tierra labradía legado en el testamento del padre de los litigantes, y la nulidad de la partición de las herencias del padre y madre realizada por el contador partidador testamentario, protocolizada en escritura de 29/12/2007, aparte de la otra acción acumulada inicialmente tendente a una nueva división de la herencia, esta vez por vía judicial, y que quedó apartada del proceso en la audiencia previa.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, recurriendo en esta apelación la parte actora por varios motivos a los que se opuso el demandado, los cuales pasamos a examinar y resolver a continuación.

**SEGUNDO .-** Se alega en el recurso que la partición del contador partidador sería nula por haber sido realizada fuera de los plazos y prórrogas legales, vulnerando la sentencia los artículo 904 a 906 del Código Civil y la jurisprudencia, así como por aplicación indebida de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 2006 a un caso de sucesiones abiertas antes de su entrada en vigor, y por haber excluido indebidamente esta cuestión el juzgador por considerarla nueva, cuando incluso tendría que apreciar la nulidad de oficio.

Se desestima el motivo.

1- Coincidiendo con el juzgador de instancia, realmente se trata de una nueva causa de nulidad en modo alguno planteada en la demanda sino introducida extemporáneamente, después de la contestación a la demanda, con ocasión de las aclaraciones y concreciones que se pidieron en la audiencia previa en relación a la excepción procesal de falta de claridad alegada por la parte demandada. No se trata de argumentos o alegaciones a mayores, complementarias, para apoyar lo ya alegado como fundamento de las acciones o pretensiones ejercitadas en la demanda. Y es lo cierto que la causa legal de nulidad forma parte de la acción ejercitada, por lo que no es lo mismo una nulidad pedida con base en una causa que en otra distinta, prohibiendo la Ley procesal alterar el objeto del proceso establecido en la demanda, salvo alegaciones complementarias ( art. 412 LEC ). De la misma manera también resultaría inadmisibile si se intentase introducir la cuestión nueva a través del recurso de apelación por ser ello contrario al artículo 456.1 (el recurso ha de basarse en "los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia"), y a los principios de igualdad, preclusión y oportunidad procesal de defensa, al no haber sido objeto de debate en la instancia, impidiendo a la otra parte poder alegar en su momento al respecto y proponer en su caso la prueba conveniente (entre otras muchas: STS de 2/12/1983 , 6/3/1984 , 15/4/1991 , 7/5/1993 , 5/2/2001 , 30/11/2005 , 18/5/2006 , 31/3/2010 ).

2- En todo caso, no hubo infracción de plazos, al existir normativa propia gallega aplicable a la partición, como es el artículo 288.1 de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 2006 , al preceptuar que los contadores-partidores sólo actuarán por requerimiento de cualquier partícipe en la comunidad hereditaria, excepto cuando el testador impusiera expresamente su intervención (habiendo también los testadores dispuesto en el presente caso su intervención a requerimiento previo), y el 290 sobre el plazo de renuncia del contador desde que fuese requerido.

En el caso enjuiciado, el requerimiento se produjo fehacientemente dentro del mismo mes en que el contador partidador realizó las operaciones divisorias de las herencias del padre y madre de los litigantes.

Dicha normativa es aplicable al caso litigioso no obstante haberse abierto las sucesiones con anterioridad. En efecto:

Los problemas de derecho temporal derivados de los cambios legislativos se resolvían tanto con anterioridad como durante la vigencia de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 1995 mediante la aplicación supletoria del Código Civil (principio de irretroactividad del artículo 2.3 y más específicamente sus disposiciones transitorias 1ª y 12ª). La DT cuarta LDCG/1995 así lo recogía: "Los demás problemas de derecho intertemporal que se planteen a causa de la entrada en vigor de la presente ley, se resolverán de conformidad con los principios que informan las disposiciones transitorias del Código civil" (en igual sentido, también como clausula de cierre, la DT 3ª LDCG/2006 ).



El principio tradicional, recogido ya en la DT 12ª del Código Civil y en la remisión de la DT cuarta de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 1995, además de actualmente en la DT segunda-2 "contrario sensu" de la Ley de 2006, es que la sucesión mortis causa se rige por la ley vigente en el momento del fallecimiento del causante, por ser precisamente el que origina la apertura de la sucesión y los efectos de la adquisición de la herencia una vez aceptada la misma.

Entre los derechos sucesorios está el de pedir la partición de la herencia para salir de la indivisión propia de la comunidad hereditaria ( arts. 1051ss. Código Civil, 164 y 165 LDCG / 1995, 294 y 295 LDCG / 2006, 782 LEC ).

Sin embargo, por excepción a la regla general, las particiones se rigen por la normativa vigente al momento de la división de la herencia de conformidad con lo preceptuado en la disposición transitoria segunda-1 de la LDCG/2006: "Las disposiciones de la presente ley sobre la partición de la herencia serán de aplicación a todas las particiones que se realicen a partir de la entrada en vigor de la misma, sea cual fuera la fecha de fallecimiento del causante". Añade su apartado 2: "Respecto a los demás derechos sucesorios se aplicará la presente ley a las sucesiones cuya apertura tenga lugar a partir de la entrada en vigor de la misma".

Por lo tanto el apartado 1 se refiere a las normas de la LDCG/2006 sobre la partición (arts. 270 ss.), mientras que el 2 a la restante materia sucesoria.

**TERCERO** .- Respecto del terreno labradío legado por la tía a la demandante el Juzgado de Primera Instancia consideró que el heredero demandado habría cumplido mediante el ofrecimiento de la finca de 1700 metros cuadrados a que se refiere el acta notarial de 25/1/2008, pues tendría una cabida tres veces superior y, aunque la misma es a labradío y monte, tan solo faltaría (catastralmente) una superficie de labradío de 46 m2 para completar el ferrado (639 m2 en esa zona), llevando también la otra parte mayor a monte, y sería conforme con el artículo 875 del Código Civil al no ser de calidad inferior, además de no acreditarse otras a labradío en la herencia o poder ser indivisibles.

Se alega en el recurso que no se habría cumplido con el legado al ser lo importante la voluntad de la causante de un ferrado de tierra labradía existente en la herencia al momento del fallecimiento. Puede ser más pero nunca menos, ni fabricarla con posterioridad procediendo a transformar una parcela de monte en otra de labradío, que tampoco alcanzaría el ferrado. Ni se habría probado la referida indivisibilidad.

Se desestima el motivo.

La finca elegida por el heredero en pago del legado en cuestión tiene una parte a monte y otra a labradío, separadas por un canal, no habiendo medido el perito judicial sus respectivas cabidas reales sino solo tomado las reseñadas respectivamente en catastro, a las que se refiere la sentencia del Juzgado. Pero existe otra prueba más exacta, cual es la del perito Sr. Jose Ángel, que midió la finca y especificó en su informe una superficie de 665 m2 de la zona labradía, 891 m2 de monte y 57 m2 de canal, por lo que tendría más de un ferrado de la primera clase.

Lo dicho basta, aparte de lo dispuesto en el artículo 875 del Código Civil o de la cuestión de la indivisibilidad, en la que no es necesario ya entrar.

**CUARTO**.- En cuanto al legado del labradío paterno se alega que los herederos habrían de ponerse de acuerdo sobre el mismo y no solo uno de ellos ( art. 859 Código Civil ). Además, tampoco se respetaría la voluntad del testador en la partición al habersele atribuido en dinero y no la cosa legada.

Se desestiman los motivos.

Como advirtió la sentencia apelada mal cabe decisión conjunta cuando es patente la falta de acuerdo entre los dos herederos (la hermana de ambos transmitió sus derechos hereditarios al demandado), habiendo el juzgador considerado aceptable el legado incluido en la partición del contador testamentario consistente en una finca a labradío que cubre el ferrado en cuestión. No se le adjudicó legado de dinero sino que se valoró previamente en las operaciones del contador su valor económico para después hacer las adjudicaciones en bienes del causante.

**QUINTO** .- En cuanto a los demás motivos alegados, tampoco desvirtúan los razonamientos de la sentencia apelada.

1- Abundando en lo también considerado jurídicamente en la sentencia apelada conviene recordar varios aspectos en materia de validez y eficacia de las particiones hereditarias:

Son de aplicación al negocio jurídico de la partición las causas de ineficacia de las obligaciones, así como la rescisión por lesión.



Pero así como la rescisión presupone una partición inicialmente válida, la nulidad de la misma viene determinada por la inexistencia de sus elementos esenciales o su inexacta constitución, según las normas de los negocios jurídicos (incluido el defecto de su objeto, contrario al requisito del objeto cierto, por comprender bienes de terceros y no del causante), pudiendo distinguirse, según los casos, la nulidad radical o de pleno derecho, por carencia de los requisitos del artículo 1261 del Código Civil o los esenciales de forma o por vulneración de normas imperativas o prohibitivas, y la anulabilidad por los vicios de los artículos 1300 a 1314.

Destaca en esta materia el principio de conservación de la partición o "favor partitionis", con la consecuente presunción de validez mientras no se pruebe causa de nulidad y la interpretación restrictiva ( STS de 25/2/69 y 31/10/96 , entre otras muchas).

Para el triunfo de la acción de rescisión es preciso una lesión que ésta supere la cuarta parte del valor de las cosas adjudicadas al accionante, según el artículo 1074 del Código Civil , y, asimismo, que resulte no respecto de bienes concretos sino con relación a la total masa partible valorada al tiempo de la adjudicación.

2- En lo referente a la alegada omisión en la partición de dinero en efectivo, tractor y ganado:

a) Se trata de una cuestión nueva a la que es predicable lo ya expuesto en otro lugar más arriba.

b) Tampoco sería causa de nulidad de la partición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1079 del Código Civil en el sentido de que la omisión no daría tampoco lugar a la rescisión por lesión sino en su caso a completar o adicionar (obviamente si se lograse demostrar su existencia al momento de la apertura de la sucesión).

3- Lo dicho en el último párrafo es igualmente aplicable a la alegación de la omisión del ajuar doméstico que sí se había alegado oportunamente.

4- Sobre los supuestos errores graves de valoración: por lo ya expuesto, no se trataría de una causa de nulidad sino en su caso de rescisión por perjuicio (lesión), la cual habría de ser superior a la cuarta parte, lo que no se concreta ni demuestra en el recurso.

**SEXTO** .- Lo demás son argumentos alrededor de lo mismo y, en todo caso, no altera su resultado, siendo lo dicho aquí y en la sentencia apelada suficiente para la desestimación del recurso, con la preceptiva imposición de las costas de la alzada a la parte apelante vencida ( art. 398 LEC ) y la pérdida del depósito constituido para recurrir ( D.A. 15ª LOPJ ).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. El Rey y por la autoridad concedida por el Pueblo Español,

## **fallAMOS**

Desestimamos el recurso de apelación y confirmamos la sentencia apelada, con imposición a la parte apelante de las costas de la alzada y pérdida del depósito para recurrir.

Esta sentencia no es firme y contra la misma solo cabe recurso de casación por interés casacional, y en su caso extraordinario por infracción procesal, para ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, a interponer ante esta Sección 4ª mediante escrito de abogado y procurador en el plazo de 20 días, con los demás requisitos de admisibilidad previstos en la Ley y su jurisprudencia.

Así, por esta nuestra sentencia de apelación, de la que se llevará al Rollo un testimonio uniéndose el original al Libro de sentencias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, en el lugar y fecha arriba indicados.

**PUBLICACIÓN**.- Dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe.