



Roj: **SAP PO 1074/2016 - ECLI:ES:APPO:2016:1074**

Id Cendoj: **36057370062016100279**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **26/05/2016**

Nº de Recurso: **544/2015**

Nº de Resolución: **284/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JULIO CESAR PICATOSTE BOBILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6**

**PONTEVEDRA , sede Vigo**

**SENTENCIA: 00284/2016**

Domicilio: C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO

Telf.: 986817388-986817389 - Fax: 986817387

N.I.G. 36057 42 1 2014 0001771

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000544 /2015**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 4 de VIGO

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000091 /2014

Recurrente: LLANO&LLANO INGENIERIA SL, Consuelo

Procurador: MARIA DEL CARMEN SANCHEZ FERNANDEZ, MARIA MERCEDES PEREZ CRESPO

Abogado: LUIS HIGINIO LORENZO CUERVO, CARLOS QUINTANILLA LOPEZ

Recurrido: CRUZ ROJA ESPAÑOLA ASAMBLEA LOCAL

Procurador: JOSE VICENTE GIL TRANCHEZ

Abogado: MIGUEL ANGEL FERRERAS DIEZ

**LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO**, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados DON JAIME CARRERA IBARZÁBAL, Presidente; DON JUAN MANUEL ALFAYA OCAMPO y DON JULIO PICATOSTE BOBILLO, ha pronunciado la siguiente:

**SENTENCIA núm. 284/16**

En Vigo, a veintiséis de mayo de dos mil dieciséis.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede Vigo, los autos de Juicio Ordinario número 91/2014, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA Nº 4 DE VIGO, a los que ha correspondido el núm. de Rollo de apelación 544/2015, en los que es parte **apelante** : la entidad "LLANO & LLANO INGENIERÍA, S.L.", representada por la Procuradora doña Carmen Sánchez Fernández y asistida del Letrado don Luis Lorenzo Cuervo, y DOÑA Consuelo , representada por la Procuradora doña Mercedes Pérez Crespo y asistida del Letrado don Carlos Quintanilla López; y, **apelada** : CRUZ ROJA ESPAÑOLA, representada por el Procurador don José Vicente Gil Tránchez, con la dirección del Letrado don Miguel Ángel Ferreras Díez.

Siendo Ponente el Ilmo. Magistrado DON JULIO PICATOSTE BOBILLO, quien expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 4 de esta ciudad, se dictó sentencia con fecha 20 de mayo de 2015, en el procedimiento del que dimana este recurso, cuyo fallo textualmente dice:

" *ESTIMO TOTALMENTE A DEMANDA formulada por CRUZ ROJA ESPAÑOLA contra de LLANO & LLANO INGENIERÍA, SL e Consuelo, facendo, en consecuencia, os seguintes pronunciamentos:*

1º. *Condeno a Consuelo a pagarlle a CRUZ ROJA ESPAÑOLA a cantidade de 16.894,65 euros. A cal reportará o xuro legal dos cartos, incrementado en dous puntos, a contar desde a data da presente sentenza. Todo elo con imposición das custas procesuais.*

2º. *Condeno a LLANO & LLANO INGENIERÍA, SL a pagarlle a CRUZ ROJA ESPAÑOLA a cantidade de 50.683,85 euros. A cal reportará o xuro legal dos cartos, incrementado en dous puntos, a contar desde a data da presente sentenza. Todo elo sen que haxa lugar a efectuar pronunciamento condenatorio en materia de custas procesuais*

"

**SEGUNDO.-** Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación tanto por la representación procesal de "LLANO Y LLANO INGENIERÍA, S.L." como por la de DOÑA Consuelo, que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, por la representación procesal de CRUZ ROJA ESPAÑOLA se presentó sendos escritos formulando oposición a ambos recursos.

Cumplimentados los trámites legales y elevadas las actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, personándose las partes en legal forma. Se señaló el día 17 de marzo para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

**TERCERO.-** La parte recurrente LLANO Y LLANO INGENIERÍA, S.L. ha efectuado el depósito para recurrir exigido por la Disposición Adicional 15ª de Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, y no habiéndolo efectuado doña Consuelo, por ser beneficiaria del derecho de asistencia jurídica gratuita

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Los hechos que constituyen el substrato fáctico del litigio son los siguientes:

1º. Doña Marí Trini otorgó testamento el 24 de agosto de 1994. Tras disponer de varios legados, instituía como herederos universales, a partes iguales, en el remanente de todos sus bienes a don Anselmo, don Estanislao. Don Justo, doña Consuelo y don Serafin.

2º. También ordenaba en el testamento, y a cargo de los mentados herederos, varios legados, de entre ellos uno a favor de la aquí demandante Cruz Roja Española consistente en la sexta parte del valor que se obtuviera en la enajenación del chalet que la testadora poseía en Monte DIRECCION000, DIRECCION001, municipio de Nigrán, así como la sexta parte de los saldos que dejase en cuentas corrientes o de ahorro.

3º Fallecida la testadora el 19 de abril de 1995, Llano & Llano Ingeniería S.L. (en lo sucesivo, Llano & Llano) adquirió de los Srs. Marí Trini Estanislao, Justo y los herederos del Sr. Anselmo los derechos hereditarios correspondientes en la herencia de doña Marí Trini, consistentes en 3/5 partes del haber hereditario, en virtud de escritura de 23 de febrero de 2006.

En la escritura de venta se contiene una cláusula en la que literalmente se dice: "Se aclara por las partes que en la presente transmisión no se encuentran incluidos los bienes expresamente legados por la testadora en su testamento, transmitiéndose solo la posición económica de los herederos, pero no su cualidad de tales, de tal forma que los herederos siguen obligados a la entrega de los legados en los términos establecidos en el testamento,"

A renglón seguido, los cedentes otorgan poder irrevocable a favor de la sociedad adquirente para que con relación a la herencia de que se trata en el contrato pueda manifestarla, adjudicarla y realizar todas las operaciones particionales desde el inventario y avalúo hasta la liquidación y adjudicación final.

En diligencia extendida el 17 de marzo siguiente, se hace constar que en la escritura se ha cometido error al consignar el precio de la cesión, cifrado entonces en 187.580,35 euros, cuando en realidad el precio real es el de 178.378,16 euros; el error, sigue diciendo la diligencia, "se produjo por no haber deducido los legados en metálico ordenados por la testadora doña Alicia, a favor de don Landelino, don Segundo y don Pedro Miguel."

4º. A instancia de Llano & Llano se tramitó expediente de jurisdicción voluntaria para el nombramiento de contador partidario dativo a fin de que llevase a efecto la partición, liquidación y adjudicación de lotes. Nombrado



este, procedió a realizar las operaciones particionales que fueron aprobadas por auto de 11 de enero de 2012 del Juzgado de Primera Instancia número 13 de esta ciudad . En esta resolución se dice en su antecedente de hecho segundo que de la partición y del posterior escrito de corrección se dio traslado a los interesados en la herencia, sin que se hiciera por aquellos manifestación alguna; en el fundamento jurídico único se dice que al no haberse hecho alegación alguna por los interesados, se aprueba la partición.

En el documento particional, fechado el 16 de mayo de 2011, se recoge el legado atribuido a la demandante: "La sexta parte del valor que se obtenga en la enajenación del chalet que la testadora posee y habita en Monte DIRECCION000 , DIRECCION001 , así como la sexta parte de los saldos que deje en cuentas corrientes o de ahorro.

En el apartado relativo al pago de legados, se dice literalmente que Llano & Llano Ingeniería S.L. abonará en metálico las siguientes cantidades: (...) d) Por último, hará entrega a la Cruz Roja de las siguientes cantidades: i. 683,85 euros correspondientes a 3/5 partes de 1/6 parte del saldo existente en la cuenta del Banco de Galicia nº NUM000 . ii. Y 3/5 partes de 1/6 del precio que se obtenga por la venta del bien inmueble inventariado (Finca Registral nº NUM001 del registro nº 2 de Vigo. Libro NUM002 .Folio NUM003 ) cuando este se venda.

El pago de otras cantidades y por las cuotas correspondientes (1/5 de 1/6) de los saldos en cuentas y del precio de la venta del inmueble, se imponen a favor de Cruz Roja y a cargo de los herederos Sr. Serafin y Sra. Consuelo , tal como resulta de la corrección realizada en escrito separado de la misma fecha que el cuaderno particional.

5º. Por escritura de 29 de noviembre de 2012, se lleva a cabo la venta del inmueble inventariado.

6º. Con fecha 14 de febrero de 2013, se documenta el pago por la sociedad demandada, Llano & Llano, y otros herederos, de diversos legados en cumplimiento de lo establecido en el cuaderno particional antes mencionado, pero no a la demandante.

**SEGUNDO.**- Sobre la base de los hechos anteriores, Cruz Roja Española formula demanda contra Llano & Llano y doña Consuelo solicitando la entrega del legado correspondiente, cifrando en la cantidad de 50.683,85 euros la parte que, de acuerdo con los criterios establecidos, debe satisfacer la sociedad Llano & Llano, y en 16.894,65 euros la que ha de ser abonada por la Sra. Consuelo .

La sentencia de instancia estima la demanda y contra ella se alzan en apelación ambas demandadas.

### **TERCERO.- Recurso de Llano y Llano Ingeniería, S.L. -**

La apelación de la codemandada Llano & Llano, se basa, en esencia: a) en lo recogido y pactado en la escritura de venta de herencia; b) en que este documento es el título verdadero al que hay que atenerse, y no el cuaderno particional, que tacha de erróneo.

La partición hecha por contador-partidor dativo que regula el art. 1057 del CC tiene por objeto fundamental evitar un procedimiento de división de herencia. Señala la doctrina que la figura funciona como contrapeso a la exigencia de unanimidad en la partición convencional, que, por causa de un heredero obstruccionista, caprichoso o díscolo, la situación de indivisión se dilata en el tiempo en perjuicio de los demás herederos. La partición por contador-partidor dativo es, pues, una excepción a la regla de la unanimidad de los herederos en la partición. Importa retener este dato, en la medida en que, la otra cara de la moneda, la contrapartida, es que, la partición hecha por ese tercero nombrado por el juez, en cuanto aprobada por los herederos, y, ante esa aceptación unánime, también por el juez, tiene el mismo valor que una partición aprobada por los herederos por unanimidad.

Es cierto que observado el *iter* de los diversos estadios del proceso sucesorio, se advierte que la idea originaria de la codemandada Llano & Llano era la de quedar al margen del pago de legados. La cláusula incluida en escritura de 23 de febrero de 2006 dice primero algo obvio: que no se transmite la cualidad de heredero, lo que es evidente, pues no es transmisible en venta la condición de heredero que es personalísima. Pero es que, además, quien adquiere por compra adquiere *inter vivos* y no *mortis causa* , por más que, con arreglo al art.272 de la Ley de Derecho Civil de Galicia el cesionario del heredero se subrogue en el lugar de este en la partición de la herencia. En la misma cláusula se dice que los herederos siguen obligados a la entrega de los legados en los términos establecidos en el testamento. Parece, pues, que la idea era que el pago de legados pesase sobre los herederos y no sobre los adquirentes de los derechos hereditarios.

En diligencia correctora posterior, se rectifica el precio (de 187.580,35 euros se pasa a 178.378,16 euros), porque, se dice, el error se produjo "por no haber deducido los legados en metálico ordenados por la testadora doña Alicia , a favor de don Landelino , don Segundo y don Pedro Miguel ." Ello lleva a entender que de estos legados sí se hacía cargo Llano & Llano.



Ocorre, sin embargo, que hay un cambio radical en el cuaderno particional donde, al recoger el pago de legados, claramente se dice que Llano & Llano Ingeniería S.,L. abonará en metálico las siguientes cantidades: (...) d) Por último, hará entrega a la Cruz Roja de las siguientes cantidades: i. 683,85 euros correspondientes a 3/5 partes de 1/6 parte del saldo existente en la cuenta del Banco de Galicia nº NUM000 . ii. Y 3/5 partes de 1/6 del precio que se obtenga por la venta del bien inmueble inventariado (Finca Registral nº NUM001 del registro nº 2 de Vigo. Libro NUM002 .Folio NUM003 ) cuando este se venda.

No puede la parte apelante minimizar este cuaderno particional. Por una parte, no puede decirse, como se hace en el recurso, que el único título de la actora es el testamento. Ello supone tanto como hacer desaparecer del mundo jurídico el procedimiento judicial seguido, a instancia precisamente de Llano & Llano, para el nombramiento de contador partidor, el cuaderno particional y el auto judicial aprobándolo por inexistencia de oposición o alegación en contra de las partes intervinientes. Precisamente, el único título que sirve de referencia para la demandante es justamente el cuaderno particional aprobado por la autoridad judicial y nunca impugnado.

Tampoco puede admitirse en modo alguno que, como la recurrente alega, el nombramiento de contador partidor carece de trascendencia jurídica. Tiene, obviamente, la que le corresponde según las disposiciones del CC.

Cualquier argumento que gire en torno a una pretendida futilidad o inanidad del cuaderno particional está abocado al fracaso. Es preciso considerar:

1º. Cualquiera que sea el distanciamiento, por una parte, entre lo dispuesto en testamento y en el contrato de cesión de derechos hereditarios, y, por otra, lo traducido o transcrito en el cuaderno particional, lo consignado en este por el contador cuenta con una aceptación unánime de todos los herederos e interesados en la partición, y esa ha sido, precisamente, la razón que la juez invocó para aprobar sin más el cuaderno particional. Y si la jurisprudencia, en los casos de partición hecha por los herederos, permite que más allá de los actos divisorios y de lo dispuesto por el causante se lleven a cabo otros de disposición si así lo acuerdan los herederos ( STS 19 de junio de 1997 ), será aplicable el mismo criterio, *mutatis mutandis*, y por analogía, al caso de una partición realizada por contador partidor dativo con el respaldo y conformidad de todos los interesados y posterior aprobación judicial.

Abundando en lo dicho, se ha venido entendiendo por la doctrina y jurisprudencia ( SSTS de 9 de octubre de 1962 , 25 de febrero de 1966 , 5 de marzo de 1991 y 14 de julio de 1995 , entre otras) que la libertad que a los herederos atribuye el art. 1058 CC , permite que estos, si así lo acuerdan unánimemente, puedan partir la herencia como tengan por conveniente, hasta el punto de que pueden prescindir de las disposiciones del propio testamento, de modo que pueden dar lugar a una situación jurídica nueva, de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas que puedan válidamente atacarla (omisión de un heredero).

Es cierto que la doctrina mencionada en los párrafos anteriores se basa en el carácter contractual de la partición hecha por los herederos; pero esa posibilidad de conformar una nueva realidad jurídica basada en la concurrencia coincidente de todas las voluntades de los intervinientes, se da tanto cuando la partición es hecha por los propios herederos, como cuando esa confluencia de voluntades coincidentes se produce a la vista de un cuaderno particional que cuenta con la aprobación y conformidad unánime de todos ellos.

En este caso, la apelante no puso reparo alguno al cuaderno particional, cuyo contenido conocía, por lo que no estamos ante un supuesto de error, dejando que el Juzgado dictase un auto que sencillamente aprobaba lo que todos aceptaban, auto que, por supuesto nadie impugnó.

2º. Es inadmisibles el argumento de la parte demandada que no solo se recoge en el escrito de recurso, sino que también se expresó por la representante de la sociedad Llano & Llano cuando explica que aunque el cuaderno estaba mal, tenía errores y, llega a decir, "no tenía pies ni cabeza", lo firmó para terminar de una vez y porque lo que quería era que se le diese lo que le correspondía. Y decimos que es inadmisibles por cuanto que tal modo de proceder es de una ligereza impropia de los actos jurídicos con trascendencia económica para sí y para terceros. Diríase que improcedente también en quien es administradora de una sociedad sobre la que pesan deberes específicos de diligencia en el desempeño de su función ( art. 225 del RDL 1/2010, de 2 de julio ). La frivolidad no puede imponerse en el mundo jurídico como causa para dejar sin efecto negocios jurídicos formalizados judicial o notarialmente y que afectan a terceros, en este caso, a los otros intervinientes en la partición y al legatario. No tiene explicación que se avale por conformidad y se permita sea judicialmente aprobado aquello con lo que no se está de acuerdo creando frente a todos una apariencia de lo que, según dice ahora, no es. Es inadmisibles hasta qué punto se puede subestimar la seriedad de los documentos jurídicos y los expedientes judiciales.



En cierto modo, lo que la demandada explica para justificar su aprobación de la partición sin reparo alguno, al punto de permitir la aprobación judicial, tiene una evidente semejanza con la reserva mental, es decir, el supuesto en el que hay una voluntad exteriorizada voluntariamente, pero con una voluntad interna, oculta, que es contraria a lo declarado. La doctrina entiende, por regla general, que hay que estar a la voluntad manifestada, y ello con base en los principios de buena fe y confianza de los otros. Es obligado recordar a Savigny cuando dijo: "Todo el ordenamiento jurídico descansa en que se pueda confiar con certidumbre en aquellos signos mediante los que los hombres se ponen en relación viva y recíproca". De ahí que se tenga por inadmisibles que una declaración hecha, es decir, la voluntad exteriorizada que dio pie a la formalización de un negocio jurídico pueda contradecirse por otra voluntad contraria oculta y que después se expresa en otra parte o momento. Por lo tanto, expresada una voluntad determinada, no puede su autor eximirse de responsabilidad expresando que su voluntad, oculta y por nadie conocida, era otra distinta.

3º. Como es lógico, la demandante se dirige contra la única persona contra la que puede actuar. Piénsese en qué lugar quedaría Cruz Roja si se admitiese la excusa dada por Llano & Llano y se desestimase la pretensión; podría la actora dirigirse luego contra los herederos, los que lógicamente excusarían su obligación basándose en la partición aceptada unánimemente y judicialmente aprobada. La demandante no puede verse desamparada cuando actúa guiada por la buena fe y la confianza en la rectitud de las voluntades manifestadas y en las resoluciones judiciales dictadas en consecuencia. Asuma la demandada su responsabilidad frente a la demandante, y resuelva, si hubiere lugar a ello, sus diferencias con los otros herederos intervinientes en la partición que con ellos aprobó.

#### **CUARTO.- Recurso de doña Consuelo .-**

La recurrente no contestó a la demanda, razón por la que su capacidad alegatoria está muy mermada en vía de recurso; obviamente, no puede convertir el recurso en una contestación a la demanda y, por ello, no puede hacer alegaciones que correspondían a la primera instancia para que el debate oportuno sobre lo alegado o contra-alegado tuviese lugar en la primera instancia, que es la sede natural para el debate del proceso.

Si el objeto del proceso, subjetiva y objetivamente (demandado, *petitum* y *causa petendi*), viene determinado por el actor con su demanda, al demandado, con su repertorio de excepciones, corresponde definir el ámbito del debate. Pero esta es labor de la primera instancia, no de la segunda. Si no ha contestado a la demanda debe atenerse a los límites de su falta de oposición, pero los términos de esta que supongan apertura de un debate no pueden inaugurarse con la apelación.

Dicho esto, cumple decir que las primeras consideraciones que se hacen en el recurso (primera y segunda) son ajenas a lo que es objeto del proceso. En la tercera se dice que la Sra. Consuelo no se ha negado a entregar el importe correspondiente a 3/5 partes de 1/6 parte del precio de la vivienda, pero lógicamente quiere que se le reste del precio de la vivienda todos los importes por ella abonados y necesarios para lograr la venta de la vivienda. Es una cuestión que debió proponerse en contestación a la demanda para debatir sobre ello, y no hacer de tal contra-alegación una materia de discusión nueva en la segunda instancia. Lo mismo cabe decir respecto de la excusa de que el único motivo por el cual no se hizo pago del otro legado es porque ninguno de los herederos obtuvo importe alguno de la cuenta del Banco de Galicia.

Al margen de la extemporaneidad del planteamiento, cabe decir que el legatario tiene derecho a que le sea entregado el legado dinerario, sin que deba sufrir descuento o reducción alguna que, por otra parte, no tiene apoyo legal. Aun más, si para la entrega de la cosa legada el heredero gravado hubiera de hacer gasto alguno, este no se podría imputar en modo alguno al legatario sino a la herencia, tal como prescribe el párrafo tercero III del art. 886 del CC; en efecto, después de decirse en el párrafo segundo que "los legados en dinero deberán ser pagados en esta especie, aunque no lo haya en la herencia, añade el párrafo tercero que "los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada serán de cargo de la herencia, pero sin perjuicio de la legítima."

**QUINTO.-** El art. 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que "cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el art. 394"; en consecuencia, al no prosperar ninguno de los dos recursos de apelación interpuestos y ser rechazada la pretensión impugnativa de cada uno de los apelantes, les han de ser imputadas las costas de esta segunda instancia.

**SEXTO .-** Según el apartado 9 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, "cuando el órgano jurisdiccional inadmita el recurso o la demanda, o confirme la resolución recurrida, el recurrente o demandante perderá el depósito, al que se dará el destino previsto en esta disposición.". Toda vez que el recurso interpuesto por Llano y Llano es desestimado y confirmada la sentencia apelada, se tiene por perdido el depósito constituido por Llano y Llano para recurrir, al que se dará el destino previsto en el apartado 10 de la citada norma.





## FALLAMOS

Que al desestimar los recursos de apelación interpuestos por LLANO Y LLANO INGENIERÍA, S.L. y por doña Consuelo debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada en autos de Juicio Ordinario número 91/2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de esta ciudad, con imposición de las costas de esta segunda instancia a las parte recurrente.

Se declara la pérdida del depósito constituido por LLANO & LLANO INGENIERÍA, S.L. para recurrir, al que se dará el destino legal.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional, y, en su caso, extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo. La interposición se hará ante este Tribunal en el plazo de veinte días desde el siguiente al de la notificación de esta resolución. No puede presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación.

Al tiempo de la interposición de los citados recursos deberá la parte recurrente acreditar haber constituido el depósito a que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ , sin cuyo requisito, el recurso de que se trate no será admitido a trámite.

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

FONDO DOCUMENTAL CEMUC