



Roj: **SAP M 7955/2016 - ECLI:ES:APM:2016:7955**

Id Cendoj: **28079370092016100333**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **9**

Fecha: **08/06/2016**

Nº de Recurso: **361/2015**

Nº de Resolución: **337/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JUAN LUIS GORDILLO ALVAREZ-VALDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Madrid, núm. 11, 16-04-2015,
SAP M 7955/2016**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Novena

C/ Ferraz, 41 , Planta 1 - 28008

Tfno.: 914933935

37007740

N.I.G.: 28.079.42.2-2013/0179731

Recurso de Apelación 361/2015 -4

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 11 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1357/2013

APELANTE:: D./Dña. Secundino

PROCURADOR D./Dña. AMALIA RUIZ GARCIA

FUNDACION CULTURAL JORGE JUAN y MALLE SA

PROCURADOR D./Dña. BEATRIZ VERDASCO CEDIEL

APELADO D./Dña. Luis Alberto

D./Dña. Luis Alberto

PROCURADOR D./Dña. JOSE MARIA RICO MAESSO

D./Dña. Debora y otros 5

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL MAR ELIPE MARTIN

D./Dña. Avelino

SENTENCIA NÚMERO:

RECURSO DE APELACIÓN Nº 361/15

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JUAN LUIS GORDILLO ÁLVAREZ VALDÉS

D. JUAN ANGEL MORENO GARCÍA

**DÑA. MARÍA JOSÉ ROMERO SUÁREZ**

En Madrid, a ocho de junio de dos mil dieciséis

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, los Autos de Procedimiento Ordinario nº 361/15 procedentes del Juzgado de Primera Instancia Nº 11 de Madrid a los que ha correspondido el Rollo de apelación nº 361/15 en los que aparecen como partes: de una, como demandante y hoy apelada **D. Eutimio , Debora , Nuria , Joaquín , María Consuelo , Carmela** representados todos ellos por el Procurador D^a M^a del Mar Elipe Martín; y, de otra, como demandadas y hoy apelantes D. Secundino representada por el Procurador D^a. Amalia Ruiz García, **FUNDACIÓN JORGE JUAN Y MALLE S.A.**, representada por la Procuradora D^a. Beatriz Verdasco Cediel, **D. Luis Alberto** , representado por el Procurador D. José María Rico Maesso; además de **D. Avelino** , demandado en situación de rebeldía procesal; sobre derecho de sucesiones (impugnación operación de partición de la herencia).

SIENDO MAGISTRADO PONENTE EL ILMO. SR. D. JUAN LUIS GORDILLO ÁLVAREZ VALDÉS.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida

PRIMERO .- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Madrid, en fecha 16 de Abril de dos mil quince se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Estimo parcialmente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Elipe Martín en nombre y representación de Dña. María Consuelo , Dña. Debora , Dña. Nuria , D. Joaquín , Dña. Carmela y D. Eutimio contra Fundación Jorge Juan, Malle SA, D. Secundino , D. Avelino y D. Luis Alberto y en su mérito declaro que se adicione la partición de la herencia computando todas las donaciones efectuadas a terceros y las donaciones colacionables de dinero en metálico y los objetos personales en poder de los herederos y determinado el valor del caudal hereditario y con ello los tercios del caudal, si las donaciones a terceros exceden del tercio de libre disposición reducirlas en lo que resulten inoficiosas, distribuyendo el caudal conforme lo dispuesto en testamento la herencia, con expresa condena en costas a Malle S.A. y Fundación Jorge Juan. Y condeno a D. Secundino al pago de una indemnización a los actores de 340.000 euros con expresa condena en costas" .

Con fecha cinco de diciembre de dos mil catorce, se dictó Auto aclaratorio cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Su S.S^a dijo: Aclaro la sentencia recaída en el presente procedimiento y en su mérito se deja sin efecto el fundamento noveno y se sustituye por el siguiente: Estimándose en los sustancial la pretensión de la actora, procede imponer las costas a la Fundación Jorge Juan y a la mercantil Malle, S.A.- No ha lugar a la aclaración interesada por la actora respecto al devengo de intereses de la cantidad a que ha sido condenado D. Secundino .".

SEGUNDO .- Notificada la mencionada sentencia por la representación procesal de la parte demandada, previos los trámites legales oportunos, se interpuso recurso de apelación, el cual le fue admitido, y, dándose traslado del mismo a la contraparte, se opuso a él, elevándose posteriormente las actuaciones a esta superioridad, previo emplazamiento de las partes, ante la que han comparecido en tiempo y forma bajo las expresadas representaciones, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO .- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, ni estimando la Sala necesaria la celebración de vista pública, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento de votación y fallo, que tuvo lugar el día tres de Febrero del presente año.

CUARTO .- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los de la sentencia apelada en lo que se opongan a lo que a continuación se expone

PRIMERO .- *Recurso de apelación interpuesto por Malle, S.A. y la Fundación Jorge Juan.*

Esgrimiéndose en el recurso, bajo el alegato de infracción del principio de justicia rogada e incongruencia que, peticionándose con carácter principal la declaración de nulidad de las tres donaciones detalladas en el suplico (punto G. apartados a y b), con carácter subsidiario, de no prosperar la pretensión de nulidad citada, se peticionaba la reducción por inoficiosa de *una concreta donación* (la efectuada por Malle, S.A. el 5.4.2005 a favor de la Fundación Jorge Juan), por lo que, desestimada la petición principal de declaración de nulidad deben de desestimarse las peticiones que traen su causa de aquélla, entre las cuales se encuentra la contenida en el apartado 10º del suplico de la demanda: "que en ejecución de sentencia, y una vez reintegrados a la herencia



los importes correspondientes a los conceptos enunciados en los apartados anteriores se proceda a recalcular las legítimas, modificando, adicionando y complementando el cuaderno particional aquí impugnado a través de la incorporación al mismo de los bienes objeto de la presente demanda", el motivo no puede ser acogido toda vez que, como aduce la parte apelada, el apartado 10º del suplico de la demanda es de aplicación tanto respecto a la petición de nulidad de las donaciones como respecto a la acción de complemento de legítima que también se ejercita, lo cual es de tener en consideración toda vez que, con independencia de que en el punto nº 12 del petitum se solicitaba la declaración de inoficiosidad de una única donación "para el supuesto de que no prospere la pretensión de nulidad de las donaciones otorgadas por Malle S.A. y por Doña Carolina a favor de la Fundación Jorge Juan...", lo cierto es que la petición contenida en el apartado 10º del suplico, según su propio tenor literal e interpretación sistemática del suplico, no viene condicionada al supuesto de declaración de nulidad de las donaciones que se pretendía.

De cualquier forma, lo cierto es que de la demanda (fundamentación jurídica) se revela que lo que se pretende es el que las citadas donaciones se computen en el caudal hereditario, reduciéndose en su caso por causa de su inoficiosidad "alguna o algunas de las donaciones realizadas por la causante..." (al folio 158 de autos), apuntando la anulación de la donación más reciente (de Malle S.A., el 5.4.2005) "hasta donde alcance" para satisfacer las legítimas.

Es decir, condenando la sentencia a computar el valor de todos los bienes donados, determinando el valor de los tercios y comprobando si las donaciones exceden del tercio de libre disposición, "para declarar si las donaciones son o no inoficiosas habrá de tomarse en consideración... en caso de efectuarse una adición a la herencia y efectuar el cuaderno particional distribuyendo los bienes o el dinero según lo dispuesto en el testamento", no cabe considerar incongruencia alguna el que, en definitiva, se acuerde, en su caso, la reducción por inoficiosas de las donaciones una vez valorado el caudal hereditario y determinada la lesión en la legítima, siendo de recordar que, en todo caso, la incongruencia no se apreciaría de no amoldarse el juzgador rígida y literalmente a lo pedido "sino que debe atenerse a la realidad de su contenido y, si, al hacerlo, se agregan extremos accesorios que, sin alterar los pronunciamientos principales, conducen a la efectividad del fallo, ello no constituye incongruencia" (STS 22.2.1966).

Por ello el motivo debe de ser desestimado

SEGUNDO .- Resulta de pleno rechazo el siguiente motivo del recurso -infracción por inaplicación de los artículos 636 y 654 del Código Civil -: "la sentencia estima la acción de declaración de inoficiosidad pese a reconocer: que no sabe, ni existe prueba alguna de cual es el valor total de la herencia, ni del valor del tercio de legítima...", pues, como ya se ha expuesto, la sentencia no declara inoficiosa ninguna donación sino que establece las bases para calcular el caudal hereditario y para que, posteriormente, se valore si existe o no tal inoficiosidad.

TERCERO .- Referido el siguiente motivo del recurso, bajo el alegato de infracción de lo dispuesto en el artículo 656 del Código Civil , primeramente, a que la acción ejercitada de declaración de inoficiosidad y reducción "se ha limitado a una concreta donación", el motivo debe de ser desestimado de conformidad con lo ya razonado en los fundamentos anteriores.

Esgrimiéndose que la actora carece de legitimación para instar la declaración de inoficiosidad y reducción de la donación efectuada por Malle S.A. a favor de la Fundación Jorge Juan, el motivo no puede ser acogido pues si bien es cierto que D^a. María Consuelo poseía cuatro acciones en dicha compañía, siendo la titular del resto su madre (99,98%), el motivo no puede ser acogido toda vez que lo cierto es que, en definitiva, como esgrime la demandante, es de aplicación la teoría del levantamiento del velo, esto es, la causante D^a. Carolina se valió de un instrumento jurídico como lo es una compañía mercantil con personalidad jurídica propia. Es decir, se utilizó una personalidad jurídica meramente formal, tratándose la doctrina del levantamiento del velo de un instrumento jurídico que se pone al servicio de una persona para hacer efectiva una legitimación pasiva distinta de la que resulta de la relación mantenida con una determinada entidad o sociedad, convirtiendo a los que serían terceros -socios- en parte responsable a partir de una aplicación ponderada de la citada doctrina (STS de 30.12.2015). En su consecuencia, su aplicación al caso de autos, en contra de lo expuesto en el recurso, se ajusta a derecho.

CUARTO .- Por otra parte, invocando que la sentencia ordena la reducción de donaciones "comenzando por las de fecha más reciente hecha a favor de la Fundación Jorge Juan", cuando las más recientes son las efectuadas a favor de los legitimarios (joyas, obras de arte y dinero, e inmuebles), lo cierto es que, como indica la parte apelada, debe de tenerse presente que mientras las donaciones hechas a extraños no satisfacen deber alguno del donante, las efectuadas a favor de los legitimarios, en tanto sirvan para cubrir sus legítimas, no atendidas suficientemente mortis causa, deben de ser respetadas en tanto en cuanto cubran la legítima. Es decir, tal falta



de reducción no perjudica la legítima de otro legitimario ni otras donaciones efectuadas a no legitimarios, en lo restante, esto es, en lo que excedan de la legítima, se les reduce en el lugar que corresponda.

Ello tiene su razón de ser en que las donaciones hechas a descendientes se absorben en su legítima si no tienen el concepto de mejora, adscribiéndose a la parte libre en lo que no quepa en la legítima (artículo 819.1 Código Civil), tal y como la doctrina más autorizada sostiene.

Sentado lo cual, al no constar, según todo lo ya razonado, que en el caso de autos proceda la reducción de las donaciones efectuadas a legitimarios, no puede considerarse que el pronunciamiento de la sentencia apelada, que únicamente hace referencia a las donaciones a terceros como objeto de reducción en lo que resulten inoficiosas, no se ajuste a derecho.

QUINTO .- Invocándose, como motivo cuarto del recurso, bajo el alegato de inaplicación de lo establecido en el artículo 1045 del Código Civil , invocando que de conformidad con lo dispuesto en dicho precepto (tras la reforma operada por Ley 11/1981 de 13 de mayo) deben de traerse a colación y partición no las mismas cosas donadas "sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios", siendo a beneficio del donatario el aumento físico posterior a la donación, por lo que, ante la donación de acciones, el patrimonio social debe valorarse al tiempo de la partición, en el estado en que se encontraba en el momento de la donación, de forma que la sentencia infringe el precepto señalado ya que omite que gran parte de los inmuebles de las mercantiles se adquirieron con posterioridad a la donación de sus acciones, es decir, el tiempo de la donación no formaban parte de su patrimonio social, el motivo es de lógico rechazo pues lo que se valora es la cosa donada (en este caso acciones, no inmuebles) al tiempo de la partición, no de la donación.

SEXTO .- En orden a la infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , el motivo es de pleno rechazo pues si bien es cierto que la parte ahora apelante impugnó los informes de valoración emitidos por INCASA, ello en modo alguno priva a los mismos de la fuerza probatoria que les atribuye la Juez a quo considerando que la valoración "contable" de las acciones reflejada en las cuentas societarias no reflejaba el valor "real" de las mismas al no coincidir el valor contable de los inmuebles que integraban el patrimonio de aquéllas con su valor real al tiempo de la partición.

Sentado lo cual, recordando que rige en nuestro Ordenamiento el principio de libre valoración de la prueba, valorándose los informes periciales conforme a las reglas de la sana crítica (artículo 348 LEC), se está en el caso de rechazar el motivo del recurso, no siendo acogibles los alegatos vertidos en el mismo para "desvirtuar" las indicadas periciales cuando lo cierto es que la parte apelante no ha aportado al procedimiento prueba alguna que desvirtúe las conclusiones contenidas en los indicados dictámenes por lo que no cabe rechazar tal valor probatorio por el simple hecho de constar en dichos informes determinadas circunstancias referidas, en definitiva, a la dificultad de realización de la valoración.

SÉPTIMO .- Referido el penúltimo motivo del recurso de apelación formulado por Fundación Jorge Juan y Malle S.A., bajo el alegato de infracción por inaplicación de lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 818 del Código Civil y de los artículos 619 y 622 del mismo texto legal (y otros de la Ley de Fundaciones), a que la sentencia considera las donaciones objeto de autos efectuadas a la Fundación como "puras y simples", atendiendo únicamente a la calificación que consta en las escrituras de donación, debiéndose de estar al verdadero y único fin pretendido: dotar a la Fundación de bienes para el cumplimiento de los fines fundacionales, habiendo efectuado la causante las donaciones conociendo que por expresa disposición legal y estatutaria los bienes donados quedaban afectos al cumplimiento del fin social, tales alegatos deben de ser objeto de pleno rechazo pues si bien, como se invoca, los bienes de la Fundación vienen afectos a los fines fundacionales (artículo 12 Ley de Fundaciones), prescribiendo tal vinculación igualmente los Estatutos de la Fundación (artículo 9 de los mismos), lo cierto es que el artículo 21.2 de la Ley de Fundaciones dispone "se entiende que los bienes y donaciones de la Fundación están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales cuando dicha vinculación está contenida en una declaración de voluntad expresa , ya sea del Fundador, del Patronato de la Fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada, que realice una aportación voluntaria a la Fundación y siempre respecto de los bienes y derechos aportados...", por lo que no constando tal voluntad expresa de vinculación (que puede efectuarse por resolución motivada del protectorado o de la autoridad judicial), no cabría considerar tal "vinculación directa" tal y como el Tribunal Supremo considera en Sentencia de 7 de marzo de 2011 , distinguiendo entre una vinculación "genérica" y otra "expresa" y concreta, para concluir, con la sentencia allí apelada, que al no existir tal resolución motivada del Protectorado ni de la autoridad judicial, ni mucho menos del Fundador ni de la Sociedad que donó el edificio de voluntad expresa de vinculación, no cabría entender la donación como modal. Si bien las apelantes, como el otro apelante Sr. Secundino , se basan en un juicio de intenciones de la fundadora y donante, lo cierto es que no cabe efectuar tal deducción cuando las donaciones se efectuaron puras y simples, sin declaración expresa de la vinculación que se dice conocer por la demandante.



Si a ello se anuda la falta de constancia de, incluso por vía de hecho, utilizarse los bienes donados a los fines fundacionales (criterio, subsidiario, que parece seguir la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 28-7-2008), se está en el caso de entender las referidas donaciones como puras y simples.

De de los documentos que se citan en el recurso (8 a 14 de los de la contestación a la demanda de las ahora apelantes) no se infiere tal utilización a los fines fundacionales sino, únicamente, la constancia de los bienes donados en las cuentas depositadas por la Fundación.

Como dice la actora-apelada, la donación solo será modal si expresamente el donante impone al donatario al constituir y perfeccionar el negocio jurídico una obligación de contenido no patrimonial.

Por todo ello, el recurso de apelación interpuesto por Fundación Jorge Juan y Malle, S.A. debe de ser desestimado, imponiéndose a las mismas las costas causadas (artículo 398 LEC).

OCTAVO - Recurso de apelación interpuesto por D. Secundino

Invocándose en el recurso la incongruencia omisiva en que incurre la sentencia apelada al no resolver las excepciones planteadas por dicha parte, como punto de partida es de recordar que al estimarse en parte la demanda interpuesta declarando que se adicione la herencia en la forma establecida en la sentencia, debe de entenderse que se desestiman las excepciones opuestas, tal y como la jurisprudencia viene considerando (por todas, sentencias de 18-2-1941 , 4-5-1950 o 13-3-1962). No siendo necesario efectuar un pronunciamiento expreso sobre todas las excepciones de no haber sido objeto de reconvención.

En definitiva, al estimarse en parte la demanda se desestimaron implícitamente las excepciones opuestas por el ahora apelante.

De cualquier forma, reproduciéndose las mismas y su fundamentación en esta alzada, procede efectuar un estudio diferenciado sobre si su desestimación se ajusta a derecho.

A) Prescripción de daño y perjuicios.

Invocando que la acción en reclamación de daños al albacea-comisario-contador-partidor está prescrita ex artículo 1902 del Código Civil , no siendo aplicable la acción ex artículo 1101 de dicho texto legal al no existir relación contractual con el testador ni con los herederos o legatarios, sobre la base de dirigir la acción ejercitada contra el Sr. Secundino en su condición de contador-partido (Fundamento de Derecho V de la demanda, hechos 19 y siguientes de la misma), son determinantes las resoluciones del Tribunal Supremo en las que considera la figura del contador-partidor sujeta "a la responsabilidad derivada por los perjuicios que pudiera ocasionar su ejercicio de forma dolosa o negligente (artículos 1101 y siguientes del Código Civil)" (STS de 6 mayo 2013). Ratificando en la sentencia de 10-11-1988 que la reclamación por dolo o culpa son "exigibles por la vía de los artículos 1101 , 1104 y 1726 del Código Civil) (como se razona en la sentencia de 30 marzo de 2004 , que reproduce la anteriormente citada).

Por todo ello los alegatos vertidos deben de ser desestimados.

B) Prescripción de la acción de nulidad de las donaciones efectuadas por Malle SA y la Sra. Carolina a favor de la Fundación Jorge Juan.

Invocándose la prescripción de dicha acción ex artículo 1301 del Código Civil (cuatro años), aduciendo la fecha de perfeccionamiento de las donaciones en cuestión, el motivo deviene inconsistente cuando, como opone la parte apelada- demandante, tal acción de nulidad ha sido desestimada.

C) Falta legitimación pasiva del Sr. Secundino en orden a la acción de nulidad de las donaciones efectuadas por Malle y la Sra. Carolina a la Fundación.

La desestimación de tal excepción es ajustada a derecho en tanto en cuanto al Sr. Secundino se le demanda por la negligente acción en el desempeño de su cargo de contador-partidor.

D) Falta de legitimación ad causam, procesum y falta de acción para entablar la acción ex artículo 1101 del Código Civil contra el ahora apelante.

La desestimación de dicha excepción es conforme a derecho según todo lo ya razonado al tratar la prescripción de dicha acción.

E) Falta de legitimación ad causam, procesum y falta de acción de competencia de jurisdicción para que se declaren nulas las donaciones de Malle a la Fundación Jorge Juan, procede dar por reproducido lo ya razonado en el Fundamento de Derecho tercero de la presente.

NOVENO - Invocando como siguiente motivo del recurso la infracción de los artículo 219 y 216 de la LEC ya que "no cabe dejar que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución, concediéndose,



además, cosas no pedidas o planteadas, procede dar por reproducido lo ya razonado en el fundamento de derecho primero de la presente.

DÉCIMO .- Referido el siguiente motivo del recurso a la responsabilidad que se aprecia en la sentencia apelada en el Sr. Secundino , invocando que debió de desestimarse la condena por aplicación de la cláusula non rite addimpletti contractus, así como la inaplicación de los artículos 1103 y 1104 del Código Civil , ya que se ignora dónde está la culpa o negligencia del citado codemandado, esgrimiendo, entre otras cuestiones, que un comisario-contador-partidor no puede declarar nula, ni oficiosa, ni colacionable una donación hecha por una Sociedad Anónima a una Fundación, como que en todo caso, en orden a la consideración como onerosas y/o modales de unas determinadas donaciones se trataría de una cuestión "de densa interpretación jurídica que ni mucho menos es pacífica..." por lo que no podría constituir motivo de culpa o negligencia, la Sala considera que no cabe apreciar la actuación del codemandado como contador-partidor como culposa o negligente por el mero hecho de considerar unas donaciones como modales y no como puras o simples al ser una Fundación la parte donataria (cuyos estatutos -art. 19- disponen que los bienes y rentas de la misma se entenderán a efectos y adscritos de manera directa e inmediata a la realización del objeto de la misma, lo cual era conocida por la donante en su condición de Presidenta y Fundadora de la Fundación, por lo que no se estipuló el modo en las escrituras de donación), pues lo cierto es la que jurisprudencia del Tribunal Supremo viene exigiendo, ante la posible responsabilidad por dolo o culpa del contador-partidor el previo agotamiento de los medios o recursos que resuelven su defectuoso actuar. Así el Tribunal Supremo en sentencia de 30 marzo 2004 considera:

" No parece que pueda imputarse en este proceso al Contador-Partidor designado una actuación dolosa o culposa, puesto que, frente a su decisión, caben las acciones de los herederos, no sólo para actuar judicialmente para la rescisión y la nulidad de las operaciones particionales, su modificación o adición o complemento, e incluso, si es aprobada judicialmente, siendo homologada (lo que es objeto más bien de un juicio de testamentaría o abintestato, como finalización del mismo), se puede acudir al final al juicio declarativo (S. de 27-V-88).

f) Actuando el Contador-Partidor, en definitiva, como si fuera hecha la partición por el propio testador, se convierte el mismo, sin perjuicio de la posibilidad de la impugnación de sus operaciones, en Juez extraprocesal que dirime la controversia, por lo que se dan los mismos motivos que concurren cuando a dichos funcionarios se les exige responsabilidad civil por dolo o culpa, es decir, la exigencia de que deba esperarse a que la resolución que el mismo dictare sea firme (es decir, que se hayan agotado los recursos que quepan contra ella): art. 413-1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , dando así posibilidad para que, por los medios ordinarios, pueda darse satisfacción jurídica al que se sienta perjudicado."

De cualquier forma, aún soslayando lo anterior, la Sala no consideraría que la actuación del contador-partidor fuese culposa o negligente por efectuar una interpretación de la voluntad de la causante sobre la base ya citada de donarse a una Fundación con vinculación de todos su bienes al objeto fundacional, tratándose de una cuestión que tendría cierto amparo de hecho y de derecho, si bien no compartido por la Sala como ya se ha razonado (Fundamento de Derecho Séptimo).

Sentado lo cual, sin necesidad de entrar a dilucidar sobre otras cuestiones planteadas de tal responsabilidad del contador-partidor (enriquecimiento injusto, ocultación de bienes al contador-partidor, non rite addimpletti contractus...) el motivo debe de ser estimado y, en su consecuencia, con revocación de la sentencia apelada, desestimada la acción en reclamación de responsabilidad contractual que se ejercita frente al Sr. Secundino .

DÉCIMO PRIMERO .- En orden al motivo de recurso referido a "rescisión de la partición" invocando que no puede la juez a quo dejar para ejecución de sentencia el cálculo de la legítima, ya que se concedería cosa no pedida y no permitida por el artículo 219 de la LEC , el motivo no puede ser acogido cuando, en definitiva, como aduce la parte apelada, al considerar el juez a quo que el valor del caudal hereditario debería de comprender bienes no incluidos en el cuaderno particional confeccionado (donados a terceros, metálico y objetos personales en poder de legitimarios no valorados), lo que viene a decretar es la redacción de un nuevo cuaderno particional con arreglo a las reglas y pautas fijadas en la sentencia, no tratándose de rescisión sino de un "complemento de legítima".

DÉCIMO SEGUNDO .- En relación a las costas a cargo del Sr. Secundino , si bien la acción ejercitada contra el mismo resulta desestimada, la Sala aprecia el concurso de serias dudas de derecho respecto a la apreciación o no de dicha responsabilidad como lo demuestra el criterio seguido por la juez a quo de hacerle responsable de los daños y perjuicios ocasionados por el mero hecho de no incluir las donaciones ya citadas, deviniendo inútil la partición.

En orden a las costas de esta alzada, estimándose el recurso, no procede hacer imposición de las mismas (art. 398 LEC).



Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS:

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por MALLE S.A. y FUNDACIÓN JORGE JUAN y estimando el formulado por D. Secundino , ambos interpuestos contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Madrid con fecha 1 de julio de 2014, aclarada por Auto de 5 diciembre de 2014, revocamos en parte la indicada resolución en el único sentido de absolver al Sr. Secundino de las peticiones contenidas en su contra en el suplico de la demanda, sin hacer imposición de las costas ocasionadas por la demanda dirigida frente al mismo.

Se confirman los restantes pronunciamientos de la sentencia apelada.

Se imponen a Malle S.A. y a la Fundación Jorge Juan las costas causadas con su recurso.

No se efectúa imposición de las costas causadas con el recurso formulado por el Sr. Secundino .

Con pérdida del depósito constituido para recurrir por la parte apelante Malle S.A. y Fundación Jorge Juan para recurrir de conformidad con el punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Con devolución al apelante D. Secundino del depósito constituido para recurrir de conformidad con el punto 8º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación literal al rollo de Sala del que dimana, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Haciéndose saber que contra la misma cabe recurso de casación que deberá interponerse ante este Tribunal en el término de veinte días desde la notificación de la presente.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.