



Roj: **SAP C 2027/2016 - ECLI:ES:APC:2016:2027**

Id Cendoj: **15030370052016100285**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **5**

Fecha: **14/09/2016**

Nº de Recurso: **510/2015**

Nº de Resolución: **313/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ELENA CALLEJA CURROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

A CORUÑA

SENTENCIA: 00313/2016

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION QUINTA

A CORUÑA

Rollo: 510/15

Proc. Origen: Juicio Ordinario núm. 99/15

Juzgado de Procedencia: 1ª Instancia núm. 3 de Carballo

Deliberación el día: 22 de junio de 2016

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, ha pronunciado en nombre del Rey la siguiente:

SENTENCIA Nº 313/2016

Ilmos. Sres. Magistrados:

JULIO TASENDE CALVO

CARLOS FUENTES CANDELAS

ELENA CALLEJA CURROS

En A CORUÑA, a catorce de septiembre de dos mil dieciséis.

En el recurso de apelación civil número 510/15, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Carballo, en Juicio Ordinario núm. 99/15, sobre "Nulidad partición hereditaria", siendo la cuantía del procedimiento indeterminada, seguido entre partes: Como **APELANTE: DOÑA Carmen (en representación de su hija menor Sandra)**, representada por el/la Procurador/a Sr/a. Domínguez Pallas; como **APELADO: DOÑA Fermina**, representado por el/la Procurador/a Sr/a. Otero Salgado.- Siendo Ponente la Ilma. Sra. **DOÑA ELENA CALLEJA CURROS.-**

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Que por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Carballo, con fecha 4 de junio de 2015, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice como sigue:

"Desestimando la demanda promovida en nombre y representación procesal de DOÑA Carmen contra DOÑA Fermina, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones frente a ella formuladas.

Todo ello con expresa imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte demandante., "



SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se interpuso contra la misma en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación procesal de la demandante que le fue admitido en ambos efectos, y remitidas las actuaciones a este Tribunal, y realizado el trámite oportuno se señaló para deliberar la Sala el día 22 de junio de 2016 fecha en la que tuvo lugar.

TERCERO.- En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución apelada en lo que no se opongan a los que a continuación se exponen,

PRIMERO.- RESUMEN DE ANTECEDENTES

Con carácter previo a la resolución de las cuestiones planteadas en el recurso, debemos partir de una breve referencia a los hechos más relevantes acreditados en la instancia y al desarrollo del proceso:

El Sr. Leopoldo falleció el día 18 de marzo de 2011, en estado de viudo, habiendo otorgado testamento el 16 de junio de 1997 por el que instituía herederos a sus dos hijos (Ramón y Fermina) adjudicando a su favor determinados bienes. En concreto, a su hijo Ramón le adjudicaba la casa donde vivía, sita en el municipio de Laxe, compuesta de planta baja y un piso de unos 56 metros cuadrados, con su patio y un garaje y el terreno unido. Su fallecida esposa, Sra. Begoña , había otorgado previamente testamento por el que delegaba en su esposo la facultad de distribuir sus bienes entre sus dos hijos, a quienes nombraba herederos.

Los hermanos Ramón y Fermina , en fecha 4 de noviembre de 2011, como únicos herederos de sus fallecidos padres, otorgaron ante notario escritura pública de declaración de obra nueva y adjudicación de herencia. En el expositivo III, relativo a declaración de obra nueva, se consigna textualmente en relación con la casa que queda al fallecimiento de los causantes, con carácter ganancial, sita en Laxe que con los debidos permisos y licencias, se han realizado obras de ampliación de la misma, consistentes éstas en la ampliación de la planta baja y la construcción de dos nuevas plantas altas y planta bajo cubierta, describiéndose la misma, de la siguiente forma: "VIVIENDA UNIFAMILIAR, señalada con el número NUM000 de la CALLE000 , en la villa y municipio de Laxe (A Coruña). Está compuesta de PLANTA BAJA, con una superficie construida de CUARENTA Y SEIS METROS CUADRADOS, planta PRIMERA ALTA, con una superficie construida de CUARENTA Y SEIS METROS CUADRADOS, planta SEGUNDA ALTA, con una superficie construida de CINCUENTA METROS CUADRADOS. Tiene unido, por su parte posterior u oeste, un trozo de terreno destinado a corral y labradío, en el que hay un galpón destinado a almacén y al oeste de éste, otro galpón destinado a garaje".

En el expositivo IV, los otorgantes aceptan las herencias de sus padres y adjudican a Fermina la finca con la obra nueva declarada antes descrita.

Ramón contrajo matrimonio con la Sra. Carmen , de la que posteriormente se divorció y con la que tuvo a su única descendiente, Sandra , nacida el NUM001 de 1997. Tras el fallecimiento del Sr. Ramón , acaecido el día 14 de mayo de 2014, Sandra fue declarada heredera única universal de su padre mediante escritura pública de 1 de julio de 2014.

En la demanda principal instada por la Sra. Carmen , en representación de su hija menor de edad, se pretende la declaración de nulidad de la escritura de declaración de obra nueva y adjudicación de herencia de fecha 4 de noviembre de 2011, por infracción del art. 273 de la Ley de derecho Civil de Galicia , al ser contraria a la voluntad de los causantes y vulnerar los derechos hereditarios de su hija.

La sentencia dictada en primera instancia, desestimatoria de la demanda, parte de que la facultad concedida al testador en el artículo 273 LDCG para realizar la partición de su herencia no implica que todo testamento en el que se haga atribución concreta de bienes suponga una partición. Invoca el art. 1058 CC que permite a los herederos que fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente, cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad. Centra la cuestión controvertida en determinar si Don. Leopoldo realizó una verdadera partición de su herencia en el testamento de 16 de junio de 1997, fecha en la que su esposa ya había fallecido y la sociedad de gananciales entre ambos estaba sin liquidar y siendo requisito para ello haber procedido previamente a la liquidación, descarta que se hubiese hecho la partición. Por otra parte, concluye la facultad de los hermanos para distribuir mediante la escritura impugnada los bienes de sus padres en el modo que tuvieron por conveniente, debiendo la menor estar y pasar por esta partición, pues carece de más derechos que su padre en la herencia que éste tenía al tiempo de su fallecimiento, al sucederle en todos sus derechos y obligaciones.

SEGUNDO.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DEBATIDA



Frente a la sentencia de instancia, plantea recurso de apelación la representación procesal de la parte demandante, interesando que se dicte nueva sentencia por la que se revoque la de instancia y se estime la demanda principal. Los motivos de apelación alegados en el recurso son básicamente:

Aplicación errónea del art. 218.2 LEC . El pronunciamiento judicial debe expresar de modo inequívoco si la nulidad de la partición existe con independencia de que para tal pronunciamiento resolutivo se acoja a la norma imperativa invocada en la demanda o a otra que tenga igual carácter.

Pues bien, la resolución impugnada, remitiéndose al acto de la Audiencia Previa, sostiene que no puede ahora alegarse la vulneración de normas imperativas con carácter genérico pero en virtud del principio *iura novit curia* y con independencia de que se invoque de modo concreto por las partes, el art. 218.2 LEC impone al Juzgador o Tribunal la obligación de resolver conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por las partes, siempre y cuando para ello no se aparte de la causa de pedir y la sentencia sea congruente. En este caso, la causa de pedir de la demanda, se hace extensiva tanto a la literalidad testamentaria como a la posterior escritura particional, en cuanto que se aparta radicalmente de la voluntad del testador.

Por tanto y aún dando por cierta la conclusión de que el testamento no contiene una verdadera partición, en todo caso contiene unas concretas normas particionales que deben de ser respetadas, y por lo tanto la partición verificada por la demandada y su finado hermano continuaría siendo nula por vulnerar una norma imperativa (art. 275 LDCG). Es decir, tanto si se infringe el art. 273 o el art. 275 LDCG , el resultado es la nulidad de la partición.

Vulneración del art. 275 LDCG . Incluso partiendo de que el testamento contiene sólo normas particionales y no una verdadera partición, la partición llevada a cabo entre los hermanos sigue siendo nula pues contraviene la norma imperativa citada.

Se impugnan los razonamientos de la sentencia relativos a que la menor carece de derechos en la herencia de sus abuelos, por virtud de lo dispuesto en el art. 661 CC .

La parte demandada solicitó la desestimación del recurso y la confirmación del fallo de la sentencia recurrida, con imposición de costas a la parte apelante.

TERCERO.- NULIDAD DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2011. DECISIÓN DEL TRIBUNAL.

El presente litigio versa sobre la nulidad de la escritura pública de partición hereditaria otorgada, en fecha 4 de noviembre de 2011, por los hermanos Fermina y Ramón , éste último, padre de la menor demandante, quien insiste en el recurso de apelación en que debe ser mantenida la voluntad particional de su abuelo manifestada en testamento de 16 de junio de 1997, en virtud de la cual la casa sita en Laxe se le adjudicaba a su fallecido padre. La adjudicación realizada en la escritura cuya nulidad insta, vulnera sus derechos hereditarios al adjudicar dicho bien a su tía.

La "causa petendi" se identifica con el relato de los hechos efectuado en los escritos expositivos, y no con la norma jurídica que sirva de apoyo a la pretensión, por lo que la calificación en derecho de la acción ejercitada se entiende comprendida en el ámbito de operatividad del principio "*iura novit curia*", pues, ni vincula al Tribunal la denominación dada a aquélla por las partes ni, por otro lado, puede impedir que el Tribunal base su decisión en fundamentos de derecho distintos de los invocados por las partes, si resultan adecuados, ya que al aplicar la norma adecuadas a los hechos litigiosos no se causa indefensión a las partes (T.S. sentencia de 20 de octubre de 2005).

Deberá entenderse, por tanto, que no existe incongruencia cuando el Tribunal acude al principio "*iura novit curia*" y aplica una norma jurídica distinta de la invocada para la causa de pedir identificada por el actor, entendiendo por tal, no la fundamentación jurídica de la acción, sino el conjunto de acontecimientos de la vida en que ésta se apoya (STS de 9 de febrero de 1990) o cuando cambia la calificación de la relación jurídica litigiosa (STS de 17 de marzo de 1998); o cuando prescinde del rígido nominalismo del proceso romano expresado en la *editio actionis* (STS de 18 de abril de 1995), ello pasa por respetar la causa de pedir, verdadero límite a la aplicación de dicho principio, de modo que no cabe aplicar norma distinta de la invocada cuando ello conlleve la alteración del referido componente fáctico de la acción, debidamente introducido en el pleito (T.S. sentencia de 4 de junio de 2008).

La congruencia de las sentencias, así como demás resoluciones judiciales, que, como un requisito de las mismas establece el art. 218 LEC , se mide por el ajuste, o adecuación entre la parte dispositiva y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente, que no hubiera sido pretendida . .



En la STS de 23 de abril de 2.014 en relación a la exigencia de motivación se mantiene que no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse 'suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquella (SSTS de 29 de abril de 2008 , de 22 de mayo de 2009 y 9 de julio de 2010). En este caso, como se expondrá a continuación, no se ha producido ninguna vulneración del principio iura novit curia, pues la Juzgadora ha resuelto con arreglo a las normas aplicables al caso, que sirven de base para su decisión desestimatoria.

De este modo, resulta necesario analizar los documentos públicos controvertidos.

Don. Leopoldo otorgó testamento notarial abierto el 16 de junio de 1997, falleciendo el 18 de marzo de 2011. Las disposiciones testamentarias fueron las siguientes (f 58 y ss):

Instituye herederos a sus dos hijos, y en uso de la facultad de distribuir sus bienes, con arreglo al art. 831 CC , que le confirió su esposa, distribuye sus bienes entre los mismos, formando las siguientes adjudicaciones.

Adjudica a su hijo Ramón , los siguientes bienes, sitios en la villa y municipio de Laxe: la casa donde vive el testador, sita en el municipio de Laxe, compuesta de planta baja y un piso, de unos 56 metros cuadrados, con su patio y un garaje y el terreno unido.

Adjudica a su hija Fermina : los siguientes bienes, sitios en la villa y municipio de Laxe: una cuadra con su patio.

Se prevé que si apareciesen más bienes que los que quedan adjudicados se distribuirán, por partes iguales, entre sus hijos; que las diferencias que pudieren existir entre las adjudicaciones realizadas se entenderán como mejora o legado, en favor del heredero que resulte favorecido; nombra sustitutos de sus herederos a sus descendientes y prohíbe la intervención judicial en su testamento.

La STS de 15 de junio de 2006 dispone que *la nulidad de la partición por falta de la previa liquidación de la comunidad de gananciales es incuestionable. La partición produce la extinción de la comunidad hereditaria, mediante la división y adjudicación a los coherederos del activo de la herencia, tal como prevén los artículos 1051 y siguientes del Código civil, la cual, como dice el artículo 659 comprende los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, es decir, que no se comprende la mitad de la comunidad ganancial que corresponde al cónyuge superviviente. Tal como precisa la sentencia de esta Sala de 7 de septiembre de 1998, "el objeto de una partición hereditaria sólo puede recaer sobre bienes de la exclusiva propiedad del testador, y la otra mitad de los bienes gananciales no lo son; y así se proclama en la emblemática Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 13 de octubre de 1.916, cuando, entre otras cuestiones, establece "que es necesario que los bienes distribuidos en una partición testamentaria sean propios del causante".*

Hacerlo, mezclando bienes privativos y gananciales no es otra cosa que incluir bienes ajenos al patrimonio del causante. Ya la sentencia de 7 de diciembre de 1988 , citada por la anterior, destacaba que "como requisito condicionante de la validez y eficacia de la partición que contempla el artículo 1056 del Código Civil , es que la misma se refiera a bienes que forman parte del patrimonio del testador que la hace, como exige expresamente el citado precepto".

...Por otra parte, no es baldío precisar que no hay una verdadera partición hecha por el testador al amparo del artículo 1056 del Código civil (LA LEY 1/1889), sino, como dice la sentencia antes citada de 7 de septiembre de 1998 , "una verdadera partición se dará cuando el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones -inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes-, pero cuando, así, no ocurre, surge la figura de las denominadas doctrinalmente normas para la partición, a través de las cuales, el testador se limita a expresar su voluntad para que en el momento de la partición, determinados bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que mencione".

Sobre la base de la normativa y jurisprudencia expuesta anteriormente, no apreciamos error en la valoración probatoria de la sentencia apelada ni infracción de la jurisprudencia aplicable al caso. Lo cierto es que las adjudicaciones efectuadas por el testador en escritura de 16 de junio de 1997 no tienen la naturaleza de verdadera partición, al comprenderse en ella bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales habida entre el causante y su esposa y no habiéndose procedido a la previa disolución del régimen económico-matrimonial. De este modo, son los hijos y herederos del causante los que en realidad parten y adjudican los bienes hereditarios, y de acuerdo con el art. 1.058 del Código civil , pueden distribuirlos de la manera que tengan por conveniente, que es lo que ha ocurrido en el caso de autos, pues mediante escritura pública de 4 de noviembre de 2011, los hermanos Ramón y Fermina aceptaron las herencias de sus padres y adjudicaron a Fermina la finca con la obra nueva declarada.



Como ya disponía la STS de 19 de junio de 1997 el referido artículo 1058 da prioridad a la partición hecha por el testador y la de los contadores partidores, sin embargo proclama una decidida libertad jurídica en cuanto autoriza a los herederos mayores de edad, que tuvieran la libre administración de sus bienes, a llevar a cabo la distribución de la herencia de la manera que tengan por conveniente, sin limitaciones ni condicionamientos, salvo las que hacen ineficaces los negocios jurídicos sucesorios y con los efectos que atribuye el artículo 1068.

Esta facultad divisoria es tan amplia que permite a los coherederos realizar actos particionales más allá de los propios divisorios y de lo dispuesto por el causante, con lo que se trata más bien de actos de disposición que de partición.

La naturaleza de este hecho, -dar ejecución a la distribución del caudal hereditario-, es de relación contractual, al surgir del acuerdo unánime de las voluntades de los interesados, que se perfecciona con la concurrencia de los requisitos del artículo 1261 del Código Civil, al acomodarse a sus intereses (Ss. de 3-1-1962, 25-2 - 1966, 21 -5-1966, 18-2-1967, 8-2-1996 y 12-11 -1996), sin que sea necesario que afecte a todos los bienes, pues puede proyectarse sobre parte de los mismos, subsistiendo una comunidad hereditaria sobre los restantes o llevarse a cabo la definitiva en su momento, que tendrá en cuenta la parcial precedente, y esta tiene acceso al Registro de la Propiedad, conforme al artículo 14 de la Ley Hipotecaria y 80 de su Reglamento.

En virtud de lo expuesto, los motivos del recurso no pueden acogerse, pues ni siquiera puede admitirse que en el testamento se realizaron concretas operaciones particionales que puedan ser válidas, ex art. 275 LDCG, al obviar la recurrente que se refería a unos bienes gananciales sin su previa liquidación. Atendiendo a lo anterior, resulta probada la realidad de un acuerdo voluntario entre los únicos coherederos y ante fedatario público para adjudicar la finca con la casa a Fermina, tía de la demandada.

Por tanto, la escritura pública impugnada contiene actos dispositivos concluyentes que expresan el consentimiento conjunto de los únicos herederos del causante Don. Leopoldo, al adjudicar en pleno dominio del inmueble objeto de disputa a la tía de la demandante. Dentro del ámbito interno de las relaciones entre los coherederos, dicho pacto alcanzado ha de entenderse válido y eficaz. Por otro lado, los actos posteriores de las partes confirman la vocación de permanencia del acuerdo pues no consta que desde la suscripción del documento hasta el fallecimiento del padre de la actora, 14 de mayo de 2014, hubiese éste reclamado en forma alguna el bien previamente adjudicado ni impugnado la validez de la escritura en el correspondiente procedimiento.

A la luz de lo expresado, resulta clara la imposibilidad de que prospere la acción declarativa de nulidad, lo que conlleva a la desestimación del recurso.

CUARTO.- COSTAS

Procede imponer las costas de alzada a la parte apelante (art. 398 LEC), debiendo darse al depósito que se hubiere constituido para recurrir el destino legal (D.A. 15ª LOPJ).

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº3 de Carballo y CONFIRMAMOS en su integridad la sentencia apelada.

Se imponen las costas a la parte apelante.

Dese al depósito que se hubiere constituido para recurrir el destino legal.

Esta sentencia no es firme y contra la misma sólo cabe recurso de casación por interés casacional, y, en su caso conjuntamente extraordinario por infracción procesal, para ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, a interponer ante esta Sección 5ª 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.