



Roj: **SAP OU 666/2016 - ECLI:ES:APOU:2016:666**

Id Cendoj: **32054370012016100374**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **15/11/2016**

Nº de Recurso: **290/2016**

Nº de Resolución: **385/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA JOSE GONZALEZ MOVILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

#### **OURENSE**

SENTENCIA: 00385/2016

#### **SENTENCIA**

N10250

PLAZA CONCEPCIÓN ARENAL, Nº 1, 4ª PLANTA

-

Tfno.: 988 687057/58/59/60 Fax: 988 687063

ML

**N.I.G.** 32009 41 1 2013 0000387

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000290 /2016**

**Juzgado de procedencia:** XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.2 de O BARCO DE VALDEORRAS

**Procedimiento de origen:** DIVISION HERENCIA 0000110 /2013

Recurrente: Agapito , Zulima , Antonieta

Procurador: DIANA ORTIZ CARRACEDO, DIANA ORTIZ CARRACEDO , DIANA ORTIZ CARRACEDO

Abogado: ANA MARIA CORZO RODRIGUEZ, ANA MARIA CORZO RODRIGUEZ , ANA MARIA CORZO RODRIGUEZ

Recurrido: Candido , Elisa

Procurador: JOSE ANTONIO MARTINEZ RODRIGUEZ, JOSE ANTONIO MARTINEZ RODRIGUEZ

Abogado: ALEJANDRO CARIDE GONZALEZ, ALEJANDRO CARIDE GONZALEZ

#### **APELACIÓN CIVIL**

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Ilmas. Sras. Magistradas Dña. Ángela Domínguez Viguera Fernández, Presidente, Dña. Josefa Otero Seivane y Dña. María José González Movilla, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

#### **SENTENCIA NÚM. 385**

En la ciudad de Ourense a quince de noviembre de dos mil dieciséis.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de División de Herencia procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de O Barco, seguidos con el núm. 110/2013, Rollo de Apelación núm. **290/2016**, entre partes, como apelantes, D. Agapito , D.ª Zulima y D.ª Antonieta , representados por la procuradora D.ª Diana Ortiz Carracedo, bajo la dirección de la letrada D.ª Ana



María Corzo Rodríguez, y, como apelados, D. Candido y D.ª Elisa , representados por el procurador D. José Antonio Martínez Rodríguez, bajo la dirección del abogado D. Alejandro Caride González.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. María José González Movilla.

## I - ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de O Barco de Valdeorras, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 17 de enero de 2016 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** QUE DESESTIMA LA OPOSICIÓN AL INVENTARIO interpuesta por Antonieta , Zulima y Agapito representados por la Procuradora Diana Ortiz Carracedo. Se aprueba el inventario propuesto por la representación procesal de Candido y Elisa , representados por el Procurador José Antonio Martínez en relación con la división de herencia de Agueda , con las matizaciones previstas en el fundamento cuarto de esta resolución ".

**Segundo.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación procesal de D. Agapito , D.ª Zulima y D.ª Antonieta , recurso de apelación en ambos efectos, al que se opuso la representación procesal de D. Candido y D.ª Elisa , y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

**Tercero.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

## II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** Por la representación de D. Candido y Dña. Elisa se presentó solicitud de división judicial de la herencia dejada a su fallecimiento por Dña. Agueda , previa liquidación de la Sociedad de Gananciales que formaba con D. Agapito . La solicitud se dirigió contra Dña. Antonieta y Dña. Zulima y D. Agapito , que se personaron en las actuaciones tras ser citados para la formación de inventario, alegando la improcedencia del juicio de división judicial de herencia al haber distribuido la testadora sus bienes practicando las operaciones particionales conforme al artículo 157 de la Ley de Derecho Civil de Galicia . Rechazada la excepción procesal invocada, se convocó a las partes a la celebración del correspondiente juicio, dictándose sentencia aprobando el inventario presentado por la parte actora con las precisiones contenidas en los Fundamentos Jurídicos de la propia resolución. Disconformes los demandados con la citada sentencia se interpone el presente recurso de apelación en el que insisten en la improcedencia del juicio de división judicial de herencia por infracción de los artículos 275 y concordantes de la Ley de Derecho Civil de Galicia así como los artículos 675, 1056, 1058, 1079 y concordantes del Código Civil ; alegando asimismo infracción del artículo 808 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no acompañar la parte promovente la correspondiente propuesta de inventario y del artículo 809 de la misma Ley al incluirse una nueva cuenta bancaria en el activo en el momento de celebración del juicio oral. La parte demandada se opuso al recurso solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

**SEGUNDO .-** La primera cuestión que de nuevo se plantea en esta alzada es la referida a determinar si las normas para realizar la partición contenidas en el testamento otorgado por la causante pueden entenderse como una partición hereditaria.

El Tribunal Supremo en sentencia de 7 de septiembre de 1998 ha declarado en relación a la cuestión planteada: "El artículo 1056 del Código Civil totalmente de acuerdo con la tradición jurídica española, faculta al testador para realizar él mismo la partición hereditaria, otorgándole amplias posibilidades para ello, pero siempre con absoluto respeto a las legítimas.

Pero, ahora bien, no toda disposición del testador realizada sobre bienes hereditarios, puede estimarse como una auténtica partición hereditaria. Y para delimitar la cuestión existe una "regla de oro", consistente en que la determinación de 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."

Respecto a esta cuestión en Sentencia de fecha 2 de mayo de 2012 esta Sala también ha declarado: "Doctrina y jurisprudencia vienen distinguiendo, dentro de las disposiciones testamentarias sobre bienes, entre normas particionales y auténtica partición hereditaria. Ésta existirá cuando el testador realice todas las operaciones particionales hasta la adjudicación de bienes mientras que aquéllas, vinculantes en tanto no perjudiquen las legítimas, suponen unas pautas, instrucciones o normas señaladas por el testador para la práctica de la partición, sin llegar a practicar todas las operaciones en que la partición consiste (inventario, avalúo, división y adjudicación). A la distinción se refiere la sentencia del Tribunal Supremo, oportunamente invocada en la



apelada, de 7 de septiembre de 1998 , a su vez citada en la de 14 de julio de 2008 . La sentencia del mismo tribunal de 22 de mayo de 2009 al plantearse la naturaleza y eficacia de las adjudicaciones de bienes que, a modo de normas particionales, hace el testador, declara: 1º.- la reconocida e indiscutible soberanía de la voluntad del testador en la disposición mortis causa de su patrimonio; 2º.-que la partición es la división del patrimonio hereditario que puede ser hecha por el testador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1056, primer párrafo, del Código civil con lo que no extingue la comunidad hereditaria, sino que la evita. Lo que es distinto al caso en que ordena que determinado bien o que determinados bienes, muchos o pocos, se adjudiquen a unos u otros de sus herederos, incluyéndose en la porción que deba percibir cada uno de ellos (es el caso que contempla la sentencia de 7 de septiembre de 1998 ) por lo que se dará la comunidad hereditaria, que deberá dividirse por medio de la partición; y, 3º.-con cita de otras sentencias del Tribunal Supremo, que estas disposiciones o adjudicaciones, verdaderas normas particionales, son obligatorias, de obligado cumplimiento, a salvo las legítimas. En el mismo sentido de su obligatoriedad se pronuncia el artículo 275 de la ley de derecho civil de Galicia a cuyo tenor podrán ordenarse en testamento disposiciones particulares sobre la partición de la herencia que habrán de observarse al hacer la misma."

Abundando en esta tesis la sentencia del TSJG de fecha 13 de febrero de 2013 declara: "...A estos efectos poner de relieve que, al margen de la partición parcial ( artículo 273 LDCG ; artículo 1079 del Código Civil ), el artículo 275 LDCG establece que podrán ordenarse en testamento disposiciones particulares sobre la partición de la herencia que habrán de observarse al hacer la misma. Por otra parte, también el artículo 786.1 LEC dispone que el contador realizará las operaciones divisorias con arreglo a lo dispuesto en la Ley aplicable a la sucesión del causante; pero si el testador hubiese establecido reglas distintas para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, se atenderá a lo que resulte de ellas, siempre que no perjudiquen la legítima de los herederos forzosos".

Y continúa : "Objeto de pronunciamientos jurisprudenciales diversos ( SSTS de 21/7/86 , 4/2/1994 , 7/9/1998 ...), cabe considerar verdadera partición cuando el testador ha distribuido sus bienes practicando expresa o implícitamente las operaciones propias, adjudicando el testador directamente todos los bienes a los herederos. No habrá partición sino normas para la partición - vinculantes en principio en cuanto son manifestación de la voluntad del causante, y así lo prevé el art. 275 LDCG - si el causante testador se limita a expresar su voluntad de que cuando se parta o a través de una auténtica partición, determinados bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos, cuando aquel se limita a ordenar que uno o varios bienes concretos se incluyan en la cuota o parte de determinados herederos. La STS de 8/3/1989 decía: "...cuando un testador, diciendo hacer uso de la facultad que le confiere el art. 1.056 del Código Civil , se limita en su testamento a adjudicar algunos de sus bienes a sus herederos forzosos, a los que atribuye por partes iguales el remanente de los demás bienes no adjudicados, y reserva la práctica de las operaciones particionales

para que la realicen los contadores-partidores por él nombrados expresamente, tales adjudicaciones, aunque siempre respetables dentro de los límites legales, no pueden conceptuarse como una partición, a los efectos prevenidos en el citado precepto, como tiene declarado esta Sala (Sentencias de 9 de marzo de 1961 , 25 de enero de 1971 y 15 de febrero de 1988 )".

**TERCERO.** - En este caso, los apelantes califican como una verdadera la partición testamentaria, la efectuada por la causante en el testamento mancomunado otorgado junto a su esposo D. Agapito el día 12 de agosto de 2003, y ello no es así, pues la adjudicación de bienes que en el testamento se realiza no ha sido precedida de las operaciones particionales correspondientes de inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes, no pudiendo así considerarse que la testadora hizo en el testamento la partija conforme

autorizaba el artículo 157 de la LDCG , vigente en el momento del otorgamiento del mismo; no pasando de ser meras normas particionales a las que ahora se refiere la nueva Ley de 14 de junio de 2006 en su artículo 275 .

En el testamento mancomunado otorgado por los esposos D. Agapito y Dña. Agueda el día 12 de agosto de 2003, los cónyuges se legaron recíprocamente el usufructo voluntario de viudedad con relevación de la obligación de hacer inventario, y seguidamente manifestando su voluntad de realizar la partición de sus bienes formaron tres lotes para sus dos hijas Dña. Antonieta y Dña. Zulima y para sus nietos Antonieta . Damaso y Dña. Virtudes , hijos de su hijo premuerto D. Gonzalo , incluyendo en cada uno de los lotes una serie de fincas rústicas y urbanas y computando la entrega en su día realizada a su hijo de una licencia de taxi y el vehículo para ejercer dicho oficio. En la cláusula tercera establecieron que con el resto de los bienes, derechos y acciones que pudieran existir en sus herencias se formarían tres lotes iguales que se adjudicarían por sorteo y, por partes iguales entre los tres cupos o hijuelas formados.

No se hizo, por tanto, un inventario completo de todos los bienes del matrimonio, existiendo otros que se relacionan en la propuesta de inventario aportada por la parte actora como son una serie de posiciones bancarias por un importe próximo a 500.000 euros que no fueron incluidos. Los lotes se formaron por tanto



solamente sobre una parte de los bienes, de ahí que se estableciera esa cláusula final ordenando el destino de los bienes no contemplados en los lotes. Además no se llevó a cabo la previa liquidación de la sociedad de gananciales ni se realizó ninguna valoración de los bienes incluidos en el testamento. Por ello, la partición realizada no puede considerarse una verdadera partición, sino simplemente unas operaciones particionales que han de ser respetadas en el momento de efectuarla, para lo que es de obvia procedencia el cauce procesal elegido, por lo que el recurso de apelación interpuesto en tal sentido debe ser rechazado, manteniéndose la resolución apelada en tal extremo.

**CUARTO** .- Se alega también como motivo de impugnación la infracción de los artículos 808 y 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; el primero por cuanto no se presentó una propuesta de inventario y el segundo al haberse incluido en el acto del juicio una partida nueva que no había sido relacionada en el escrito promoviendo el procedimiento, que era una cuenta bancaria. El primer motivo, la no presentación de una propuesta de inventario carece de todo contenido, pues el mismo aparece perfectamente reflejado, diferenciando bienes inmuebles de naturaleza rústica y urbana y bienes muebles, cuentas bancarias, en el propio escrito de iniciación del procedimiento. Y la segunda cuestión constituye una alegación nueva contenida ahora en el recurso de apelación que no fue alegada en la contestación a la demanda en la que la parte demandada se limitó a alegar que la partición ya se había realizado, oponiéndose por ello a la inclusión de todos los bienes en el inventario, sin concreción de ninguno en particular. En esta situación surge la polémica doctrinal de si el recurso de apelación se ha de contemplar como comprendido dentro del modelo de la apelación plena o el de la apelación limitada; o sea, el que contempla la apelación como un nuevo proceso -novum indicio- o como un sistema de revisión del primer proceso -revisio prioris instantiae-. Y tal cuestión está perfectamente resuelta en nuestra doctrina jurisprudencial, y así la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1997 , recuerda "la jurisprudencia reiterada de la Sala, de la que es buena muestra la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1992 : en relación con el principio de congruencia que han de respetar las sentencias y los límites del recurso de apelación, es doctrina reiterada de esta Sala, de la que son manifestación, entre otras las Sentencias de 28 de noviembre y 2 de diciembre de 1983 , 6 de marzo de 1984 , 20 de mayo y 7 de julio de 1986 y 19 de julio de 1989 , la de que no pueden tenerse en cuenta, a fin de decidir sobre ellas, las pretensiones formuladas en el acto de la vista del recurso de apelación, al ser trámite no procedente a tal propósito, pues el recurso de apelación aunque permite al Tribunal de segundo grado conocer en su integridad del proceso, no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problemas o cuestiones distintas de las planteadas en la primera instancia, dado que a ello se opone el principio general de derecho "pendente apellatione, nihil innovetur". Y también la sentencia de 25 de septiembre de 1999 , expresiva de que "no cabe la menor duda de que preclusión de las alegaciones de las partes, es el sistema establecido en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, que significa que las alegaciones de las partes en primera instancia que conforman el objeto procesal, impide que se puedan ejercitar pretensiones modificativas que supongan un complemento al mismo, impedimento que debe regir durante todo el proceso, tanto en primera instancia como en apelación. De todo ello es claro ejemplo la Sentencia de esta Sala de 6 de marzo de 1984 , cuando en ella se dice que "el recurso de apelación en nuestro ordenamiento jurídico, aunque permita al Tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a aquél a resolver cuestiones o problemas distintos a los planteados en primera instancia, dado que a ello se opone el principio general del derecho -"pendente apellatione, nihil innovetur"- . No pudiendo nunca olvidarse que el concepto de pretensiones nuevas comprende a las que resulten totalmente independientes a las planteadas ante el Tribunal ad quo como a las que suponen cualquier modo de alteración o complementación de las mismas. En resumen que, en todo caso, una posición contraria atacaría el principio procesal de prohibición de la mutatio libelli.

Todavía matiza más la doctrina jurisprudencial al negar la admisibilidad de que las partes planteen cuestiones nuevas con base en afirmaciones diferentes de aquellas de las que se parte en los escritos rectores de la litis, pues ello causaría indefensión a la adversa, en cuanto no pudieron ser readquiridas por ésta, implicando lo contrario infracción del artículo 24 de la Constitución Española al no darse a la contraparte posibilidad de alegar y probar lo que estime conveniente a su derecho; tal y como estableció la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de septiembre de 1992 , que razonó que la introducción de hechos posteriores a la fase expositiva del proceso supone una modificación sustancial de los términos del debate procesal que afecta al principio de contradicción y, por ende, al fundamental derecho de defensa.

Tal doctrina ha tenido reflejo en el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al señalar que "en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de instancia"; es decir, el ámbito del recurso no puede superar o ser más amplio que el de las actuaciones que lo motivaron, de forma que resulta prohibida la posibilidad de formalizar nuevas pretensiones o motivos de oposición por las partes.

Por tanto, tratándose de una argumentación nueva no deducida en la instancia no puede ser examinada ahora en apelación. Además, la inclusión de una nueva cuenta bancaria fue debida a un error en la información



facilitada en un primer momento por la entidad bancaria, pudiendo la parte demandada en el acto de juicio oponerse a su inclusión por la causa que estimase oportuna, lo que no hizo, manteniendo únicamente una oposición genérica a la inclusión de todos los bienes de la herencia. Por todo ello, el recurso debe ser desestimado, confirmándose íntegramente la resolución recurrida.

**QUINTO** .- En virtud de lo dispuesto en el artículo 398 en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , es preceptiva la imposición de las costas a los apelantes.

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

**FALLO:**

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Agapito , D.<sup>a</sup> Zulima y D.<sup>a</sup> Antonieta contra la sentencia, de fecha 17 de enero de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de O Barco de Valdeorras en autos de División de Herencia nº 110/2013, cuya resolución se confirma, con imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas interponer, **en su caso** , recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal en el plazo de veinte días ante esta Audiencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.