



Roj: **SAP C 706/2017 - ECLI:ES:APC:2017:706**

Id Cendoj: **15030370052017100084**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **5**

Fecha: **29/03/2017**

Nº de Recurso: **245/2016**

Nº de Resolución: **97/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CARLOS FUENTES CANDELAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00097/2017**

N10250

RÚA CAPITÁN JUAN VARELA S/N

-

Tfno.: 981 18 20 99/98 Fax: 981 18 20 97

ER

**N.I.G.** 15019 41 1 2014 0000776

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000245 /2016**

**Juzgado de procedencia:** XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.1 de CARBALLO

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000205 /2014

Recurrente: Fátima

Procurador: JOSE LUIS CHOUCIÑO MOURON

Abogado: EDUARDO CASTRO GARCIA

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCION QUINTA**

**A CORUÑA**

**Rollo: 245/2016**

**Proc. Origen:** Juicio ordinario núm. 205/2014

**Juzgado de Procedencia:** 1ª Instancia núm. 1 de Carballo nº 1

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

**SENTENCIA Nº 97/2016**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**



MANUEL CONDE NÚÑEZ

CARLOS FUENTES CANDELAS

RAFAEL COLINA GAREA

En A CORUÑA, a veintinueve de marzo de dos mil diecisiete.

En el recurso de apelación civil número **245/2016**, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Carballo, en Juicio ordinario núm. 205 sobre nulidad de operaciones particionales, seguido entre partes: Como APELANTE/: DOÑA Fátima , representada por el/la Procurador/a Sr/a. CHOUCIÑO MOURON; como APELADOS: DOÑA María Consuelo , representada por el/la Procurador/a Sr/a. VAZQUEZ BORRAZAS, DOÑA Gabriela , representada por la procuradora Sra. FREIRE MARTINEZ y DON Eliseo , en rebeldía.- Siendo Ponente el Ilmo. Sr.DON CARLOS FUENTES CANDELAS.

## ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Que por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Carballo, con fecha 18 de diciembre de 2015, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice como sigue:

*"Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por María Consuelo , representada por la procuradora Sra. Vázquez Borrazás y defendida por el Letrado Sr. Ferreiro Vilas; contra Fátima , representada por el procurador Sr. Chouciño Mourón y defendidos por el letrado Sr. Castro García; contra Gabriela , representada por la procuradora Sra. Freire Martínez y asistida por la letrada Sra. Calvete Liñares; y contra Eliseo , en situación procesal de rebeldía;*

*Debo declarar y declaro la nulidad de las operaciones particionales efectuadas por el Sr. Rubén en División de Herencia 129/2005 seguidos ante el Juzgado nº 1 de Carballo, por violación del artículo 813.2 CC , dejándola sin efectos.*

*En consecuencia, debo condenar y condeno a los codemandados a realizar las actuaciones necesarias para sustituir aquel cuaderno particional por otro que respete el principio de intangibilidad de las legítimas.*

*Las costas procesales se imponen a los codemandados Fátima y Eliseo ."*

**SEGUNDO.-** Notificada dicha sentencia a las partes, se interpuso contra la misma en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación procesal de DOÑA Fátima que le fue admitido en ambos efectos, y remitidas las actuaciones a este Tribunal, y realizado el trámite oportuno se señaló para deliberación de la Sala.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de Doña María Consuelo contra sus hermanos Doña Fátima , Doña Gabriela y Don Eliseo , decretando la nulidad de las operaciones particionales efectuadas en el procedimiento judicial de división de las herencias de sus padres, Don Bruno y Doña Fidela , a que se refiere la sentencia que nos ocupa, dada la importante vulneración del derecho de la coheredera demandante a la legítima en bienes en propiedad, condenando a los demandados a realizar las actuaciones necesarias para sustituir el cuaderno particional por otro que respete el principio de intangibilidad de las legítimas.

**SEGUNDO** .- En la sentencia se consideró el allanamiento a la demanda por parte de Doña Gabriela , así como la falta de personamiento de Don Eliseo que no se defendió (rebeldía procesal), y especialmente la oposición de Doña Fátima al sostener la tesis de que a la demandante no se le habría gravado su legítima sino adjudicado un derecho temporalmente limitado que se extinguió por un acto voluntario de ella misma, aparte de oponer también la prescripción de la acción subsidiaria de rescisión, y la imposibilidad de calcular la lesión de la legítima hasta la nueva liquidación y adjudicación de otras 5 fincas a incorporar.

El juzgador de instancia apreció que la adjudicación a la actora en el cuaderno particional impugnado de un derecho de uso y habitación sobre la vivienda familiar en pago de su legítima vulneraría la misma (intangibilidad cualitativa, art. 813.2º Código Civil ), materia de orden público indisponible por ley sobre la que no podría recaer gravamen ni limitación alguna, sino recibida en los bienes y derechos en pleno dominio. Solo podrían admitirse en pago de la legítima estricta de la demandante las fincas adjudicadas en pleno dominio, pero no el derecho de uso y habitación sobre la vivienda familiar que supondría en sí mismo una forma de gravamen proscrita por el artículo 813. El derecho de uso y habitación sería de igual naturaleza que el derecho de usufructo y, conforme al artículo 528, se le aplicarían las mismas disposiciones generales, al igual que la jurisprudencia



que considera que el usufructo no reuniría la característica de libre disposición de los bienes adjudicados, por su temporalidad al extinguirse por la muerte del titular y en consecuencia no ser transmisible por acto "mortis causa" ni tampoco de forma absoluta por acto "inter vivos", restricciones que menguan los derechos del legitimario, y atacan lo dispuesto en los artículos 806 y 813 del Código Civil. Y más aún en el caso enjuiciado en que el derecho de uso no sería vitalicio, sino nacido sometido a la condición resolutoria de la cláusula testamentaria que prevé la extinción de tal derecho en el momento en que la actora contrajese matrimonio. Y el valor de los restantes bienes adjudicados a la actora en pago de su legítima no cubrirían el importe total fijado para ésta en el cuaderno particional.

**TERCERO** .- En el recurso de apelación de Doña Fátima se sostiene que las operaciones particionales del contador-partidor cumplirían fielmente las disposiciones testamentarias de los padres causantes expresada en sus respectivos testamentos de 9 de octubre de 1990. Al haber cumplido la condición impuesta la ahora apelante heredaría, además de la cuota de su legítima corta, los tercios de libre disposición y de mejora de ambas herencias. Sus hermanos heredarían solamente su legítima corta. Y habiendo los causantes ordenado para estos tres herederos el derecho a vivir en la casa adjudicada a su hermana mientras permaneciesen solteros, tal derecho también formaría parte del tercio de legítima y su valor económico habría de ser computado, como así hizo el contador-partidor en cumplimiento de la voluntad de los testadores, en las cuentas de partición tanto para determinar el importe de cada tercio de las herencias como el importe de la cuota de cada heredero en el tercio de legítima corta o estricta. No se habría impuesto ningún gravamen ni condición, pues no lo sería lo de permanecer solteros, y no se vulneraría el artículo 813 del Código Civil.

Se añade que las operaciones divisorias no infringirían ninguna norma legal. Se habrían realizado y aprobado en un proceso judicial y no existiría ninguna causa de nulidad ni de rescisión, además del principio de conservación de la partición. Y Doña María Consuelo se habría conformado, al no oponerse en dicho procedimiento por haberse adjudicado el valor económico del derecho a vivir en la casa, sino pretendiendo que le fuese adjudicada la misma, y después de la protocolización todos los herederos habrían efectuado las compensaciones en metálico y tomado cada uno los bienes y derechos adjudicados. La demandante iría en contra de sus propios actos.

Por otro lado, la heredera Doña María Consuelo al casarse habría renunciado libre y voluntariamente al derecho de vivir en la casa y no podría pedir el reintegro de su valor. Y si el valor del derecho no debe aplicarse en pago a la demandante y lesionase su legítima, no procedería la nulidad sino la rescisión de la partición con aplicación de la opción del artículo 1077 del Código Civil de indemnizar el daño o consentir una nueva partición.

Además, no se podría condenar solo a los demandados a hacer una nueva partición sin la intervención de la coheredera demandante y la obligación de abonar los gastos en proporción a su haber hereditario.

Finalmente la sentencia apelada infringiría la jurisprudencia sobre el principio de conservación de la partición ("favor partitionis"). Ante la lesión de la legítima la única forma posible sería completarla con una cantidad en metálico, pues no quedarían en las herencias inmuebles suficientes para pago de las legítimas de todos los herederos.

Por la parte demandante se alegó en contra del recurso y en apoyo de la sentencia.

**CUARTO** .- Se estima en la parte que diremos el recurso de apelación, habida cuenta de lo que exponemos a continuación.

1- Está claro y no se discute que la sucesión testamentaria de los padres de las partes litigantes en el presente proceso judicial se rige por el Código Civil, por haber fallecido antes de la Ley de Derecho Civil de Galicia. Todo ello por aplicación del principio tradicional de la ley vigente al momento del fallecimiento del causante que es el hecho que origina la apertura de la sucesión y los efectos de la adquisición de la herencia una vez aceptada la misma (disposición transitoria 12ª del Código Civil y remisión de la DT cuarta de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 1995, además de la DT segunda-2 "contrario sensu" de la actual Ley de 2006).

2- También es claro que la legítima es aquella porción de bienes de la herencia que el testador no puede disponer libremente sino que ha de reservar forzosamente por ley para determinados parientes, legitimarios, como en el caso de los hijos (arts. 763 y 806ss. Código Civil). Es intangible. Tanto cuantitativamente (no cabe otorgar menos de lo que la ley concede por legítima), como cualitativamente (no se admiten gravámenes o restricciones). En este segundo sentido el artículo 813, tras decir que el testador no podrá privar a los herederos de su legítima (salvo casos justificados por la ley), añade que tampoco puede imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie (salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo legal del viudo, o en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados). Es materia de orden público jurídico. Además de su valor económico o cantidad, es necesario que los bienes o derechos atribuidos estén libres en plena propiedad.



Ahora bien, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012, al tratar de la cuestión de las operaciones particionales y la lesión de la legítima: el incumplimiento de la intangibilidad cualitativa (art. 813.2) produce la anulación del gravamen, mientras que la vulneración de la intangibilidad cuantitativa (art. 815) da lugar al complemento de la legítima. De donde que la sentencia concluye que ninguna de estas lesiones produce la nulidad. Y advierte que la intangibilidad afecta al causante, que no puede ni gravar al legitimario ni dejarle menos de lo que por legítima le corresponda, y abre las acciones que éste tiene para corregir las disposiciones que le perjudican; mientras que cuando la lesión la produce la partición, no se puede hablar de intangibilidad, sino de corrección de las operaciones particionales. De manera que sigue diciendo más adelante si la legítima se ha lesionado en las operaciones particionales, se conceden a los legitimarios las acciones de complemento de legítima, sin que ello comporte declarar la nulidad de las operaciones particionales; y aunque el perjuicio de la legítima en la partición no excediere de la cuarta parte (la sentencia que comentamos cita en este sentido, a título de ejemplo, la STS de 31/5/1980).

3- Por otro lado decir que las operaciones particionales aprobadas judicialmente pueden ser impugnadas por nulidad, rescisión, modificación o complemento. No crea cosa juzgada (art. 787 LEC). En el presente caso hubo oposición de la aquí demandante, aunque no hubiera sido exactamente por el mismo motivo que ahora, y hubo de resolverse por sentencia del Juzgado de Primera Instancia de 21 de septiembre de 2009 y por la de apelación de la Audiencia Provincial de 20 de enero 2011 desestimatoria del recurso de apelación interpuesto por parte de Doña María Consuelo. La demanda del proceso ordinario que nos ocupa se presentó el 15 de abril de 2014, pretendiendo de manera subsidiaria, por este orden, la nulidad, la rescisión por lesión y de modificación por complemento de legítima, si bien que estas dos últimas con determinadas especificaciones..

Según la jurisprudencia son de aplicación a la partición las causas de ineficacia de las obligaciones, así como la rescisión por lesión (STS de 18/5/1992). Asimismo que la nulidad requiere la inexistencia de sus elementos esenciales o su inexacta constitución, según las normas de los negocios jurídicos, incluido el defecto de su objeto (contrario al requisito del objeto cierto) por comprender bienes de terceros y no del causante (STS de 14/2/1989). La nulidad radical o de pleno derecho se produciría por carencia de los elementos esenciales del artículo 1261 del Código Civil o de forma o por vulneración de normas imperativas o prohibitivas, y la anulabilidad por vicios de los arts. 1300 a 1314 (STS de 15/6/1982, 14/5/2003).

Así, dice la STS de 7 de noviembre de 2006: "La jurisprudencia establece, como casos de nulidad, además del específico del artículo 1081 CC, la falta de consentimiento de la persona designada para realizar la partición, la inclusión de bienes no pertenecientes al causante (STS de 15 de diciembre de 2005 y supuestos en que no se ha liquidado previamente la sociedad de gananciales, SSTS de 2 de noviembre de 2005, 14 de diciembre de 2005, 15 de junio de 2006), la ilicitud de la causa por deliberada ocultación de componentes del caudal, la invalidez del testamento, la infracción de prescripciones legales imperativas (STS de 28 de noviembre de 2005), el error sustancial cometido por el testador al proceder a la valoración de bienes (STS de 26 de noviembre de 1974) o haber omitido cosas importantes y no computar determinados inmuebles (STS de 7 de enero de 1975), además del supuesto (...) de infracción del principio de igualdad entre los herederos [del artículo 1061 siempre que tenga suficiente relevancia] (STS de 2 de noviembre de 2005, ya citada)".

Por lo demás, conforme al artículo 1074 del Código Civil, la rescisión por lesión exige que sea superior a la cuarta parte del valor de las cosas adjudicadas al accionante con relación a la total masa partible valorada al tiempo de la adjudicación (STS 21/3/1985). La consecuencia es la establecida en el artículo 1077. Y ya dijimos que si el perjuicio afecta a la legítima no es necesario que supere dicho límite.

Hay también que considerar que, rigiendo en esta materia el principio de conservación de la partición ("favor partitionis"), se presume entonces la validez mientras no se pruebe causa de nulidad y es de interpretación restrictiva (STS de 25/2/1969, 31/10/1996, entre otras). Más aun, la jurisprudencia desde antiguo es muy restrictiva respecto a la invalidez, favoreciendo por el contrario el mantenimiento en la medida de lo posible de las operaciones particionales realizadas, y salvo que no exista otro remedio.

Y así, la ya citada STS de 7 de noviembre de 2006 dice: "Este tratamiento restrictivo de la invalidez, afirmado por gran número de sentencias, como la STS de 31 de octubre de 1996, que se refiere a las de 15 de junio de 1982 y 25 de febrero de 1969 (a las que pueden añadirse las SSTS de 25 de febrero de 1989 y 11 de abril de 1959, entre otras), comporta que la nulidad de la partición tiene carácter subsidiario y sólo cabe cuando no existe otro recurso legal (SSTS de 27 de febrero de 1995 y 17 de enero de 1956), siempre que no quepa resolver las atribuciones mal valoradas por vía de rescisión, y las omisiones de bienes o valores por el camino de la adición o complemento de la partición (STS de 11 de abril de 1959). En los supuestos de omisión en el activo partible de alguno de los objetos de la herencia y en el de preterición de algún heredero en la partición, el CC tiende a conservar la validez y eficacia de la partición, sin perjuicio de subsanar el defecto de que adolece y el perjuicio irrogado a alguno de los herederos (beneficio de la partición o favor partitionis)".



También se ha considerado en casos en que la partición ha infringido las disposiciones testamentarias que rigen la sucesión o los agravios patrimoniales son tan sustanciales y enormes que de otro modo, salvo la invalidez de la partición, no se pueden enmendar ( STS de 22/10/2002 , entre otras).

4- En el asunto enjuiciado la lesión de la legítima de la demandante no estaba en los testamentos de los causantes sino en la partición que incluyó y valoró en su cupo la partida del derecho de uso y habitación en cuestión. Aunque puede haber sus dudas interpretativas al respecto, lo correcto es entender que, como sostiene la propia parte demandante al oponerse al recurso de apelación contrario, no se trató realmente de la atribución testamentaria a título de legado o de herencia de un derecho de uso y habitación a favor de la demandante, sino de una carga o condición impuesta a la coheredera mejorada Doña Fátima , además de limitado y temporalmente condicionado a la soltería. Más aún, tras contraer matrimonio, Doña María Consuelo se quedó sin esa partida del cupo que le había adjudicado el contador-partidor al ser desahuciada judicialmente por Doña Fátima (SAP 5ª de la Audiencia Provincial de A Coruña de 26/6/2012, Juicio nº 363/2011 del Juzgado de Carballo). Su legítima resultó así lesionada (no en los testamentos), y en más de una cuarta parte en el cuaderno particional.

5- En las circunstancias jurídicas y fácticas expuestas hasta aquí y habiendo sido realizada la partición judicial por el procedimiento legal, creemos que es dudoso que en el caso enjuiciado el remedio tenga que ser la nulidad de la partición sentenciada en primera instancia, con las graves consecuencias y gastos que supone, cuando puede corregirse de forma menos perjudicial por la vía de la modificación rescisoria por lesión en relación a la legítima de la demandante, con los efectos previstos en el artículo 1077 del Código Civil . Y ya apuntamos más arriba que la rescisión también ha sido pedida, como alternativa subsidiaria, en la demanda. Y esta acción no caducó ni prescribió teniendo en cuenta las fecha de la sentencia de apelación de la impugnación de las operaciones particionales, aparte de que no se ha reiterado esta objeción en el recurso de apelación. Las consecuencias son pues las del artículo 1077 del Código Civil , incluyendo en el cálculo la adición de los bienes señalados en el hecho 10º de la demanda, y sin las demás especificaciones del suplico de la demanda al respecto de la rescisión.

**QUINTO** .- Por todo cuanto antecede procede estimar en parte el recurso de apelación y revocar la sentencia del Juzgado en el sentido indicado, sin mención especial de las costas de la segunda instancia ( art. 398 LEC ). En cuanto a las costas de la primera instancia se imponen a los demandados Doña Fátima y Don Eliseo dada la estimación sustancial de la demanda en la alternativa rescisoria o sino su estimación en gran medida y la temeridad de dichos demandados en oponerse o no reconocer la existencia de lesión alguna de la legítima de la demandante ( art. 394 LEC ).

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

## FALLO

Que, con estimación parcial del recurso de apelación de la codemandada Doña Fátima , revocamos en parte la sentencia apelada y en su lugar acordamos estimar sustancialmente o en gran medida la demanda de Doña María Consuelo , en el sentido indicado más arriba, y por tanto se rescinden en lo necesario las operaciones particionales realizadas por el contador partidor en el procedimiento de división judicial de herencia a que se refiere la demanda y pleito por lesión en relación a la legítima de la demandante, con los efectos previstos en el artículo 1077 del Código Civil , debiéndose de incluir en el cálculo la adición de los bienes señalados en el hecho 10º de la demanda, y llevándose a cabo las correcciones en ejecución de la sentencia de ser preciso. Se imponen las costas de primera instancia a los demandados Doña Fátima y Don Eliseo y no se hace mención especial de las de la apelación.

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

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