



Roj: **SAP LU 417/2017 - ECLI:ES:APLU:2017:417**

Id Cendoj: **27028370012017100214**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lugo**

Sección: **1**

Fecha: **06/07/2017**

Nº de Recurso: **149/2017**

Nº de Resolución: **221/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA INMACULADA GARCIA MAZAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LUGO

SENTENCIA: 00221/2017

N10250

PLAZA AVILÉS S/N

-

Tfno.: 982294855 Fax: 982294834

JS

N.I.G. 27030 41 1 2014 0000107

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000149 /2017

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.2 de MONDOÑEDO

Procedimiento de origen: DIVISION HERENCIA 0000046 /2014

Recurrente: Borja , Virtudes

Procurador: SUSANA TAMARGO PRIETO, SUSANA TAMARGO PRIETO

Abogado: ALBERTO MANUEL LOPEZ REDONDO, ALBERTO MANUEL LOPEZ REDONDO

Recurrido: Fausto

Procurador: JUSTO ALFONSO FERNANDEZ EXPOSITO

Abogado: MANUEL GARCIA PASARON

SENTENCIA Nº 221/17

Il'tmos. Sres.

D^a. MARIA ZULEMA GENTO CASTRO

D. DARIO ANTONIO REIGOSA CUBERO

D^a. MARIA INMACULADA GARCIA MAZAS

Lugo, a seis de julio de dos mil diecisiete.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de LUGO, los Autos de **DIVISION HERENCIA0000046 /2014** , procedentes del **XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.2 deMONDOÑEDO** , a los que ha correspondido el Rollo **RECURSO DE APELACION (LECN) 0000149 /2017** , en los que aparece como parte apelante, D. Borja y D^a. Virtudes , representado por el Procurador de los tribunales, Sra. TAMARGO



PRIETO, asistido por el Abogado Sr. LOPEZ REDONDO, y como parte apelada, D. Fausto , representado por el Procurador de los tribunales, Sr. FERNANDEZ EXPOSITO, asistido por el Abogado Sr. GARCIA PASARON, sobre impugnación cuaderno particional, siendo ponente la Magistrada la Iltna. Sra. Dña. MARIA INMACULADA GARCIA MAZAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.2 de MONDOÑEDO, se dictó sentencia con fecha 30 de diciembre de 2016 , en el procedimiento del que dimana este recurso.

SEGUNDO.- La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE LA OPOSICION efectuada por la Procuradora Sra Tamargo Prieto en representación que ostenta en autos al cuaderno particional elaborado por la contadora partidora Sra. Gema , ORDENANDO que en dicho cuaderno se realicen las modificaciones pertinentes en lo relativo a la valoración de la partida 8, todo ello en los términos contenidos en el fundamento jurídico quinto de la presente resolución, que ha sido recurrido por la parte demandante, habiéndose alegado por la contraria.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 9 de junio de 2017, a las 10,30 horas, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia en lo que no se oponga a lo que a continuación se razona

PRIMERO .- D^a. Virtudes y D. Borja promueven en fecha de 3 de febrero de 2014 el procedimiento de división judicial de la herencia de sus padres, D. Luis Enrique y D. Trinidad , siendo citado como parte interesada D. Fausto (sobrino de los demandantes).

Se convocó a las partes para la formación de inventario, que se celebró el 25 de abril de 2014, no compareciendo D. Fausto , pese a haber sido citado, y nombrándose en dicho acto perito y contador partidador. Practicadas las operaciones divisorias se dio traslado de las mismas a las partes, siendo impugnadas por D. Virtudes y D. Borja .

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda y contra dicha decisión judicial plantea recurso de apelación la parte demandante.

SEGUNDO .- Se alegan como motivos de oposición del recurso los siguientes:

- 1) Omisión de las circunstancias personales de los interesados en la partición.
- 2) Incumplimiento de la condición testamentaria impuesta a la legataria Virtudes .
- 3) Vulneración del inventario.

TERCERO .- En relación al primero de los motivos alegados, esto es que el cuaderno particional ha omitido las circunstancias personales de los interesados en la herencia, coincidimos con la Juzgadora de instancia en que se trata de un mero error de transcripción, fácilmente subsanable, que no afecta al contenido de las operaciones divisorias consignadas en el Cuaderno y que tal motivo no reviste entidad suficiente para considerarlo como motivo invalidante del mismo, sin embargo la contadora-partidora puede consignar las circunstancias personales de los interesados, para que ningún problema se presente a la hora de solicitar la inscripción en el Registro de la Propiedad de los cambios de titularidad que hayan producido en los bienes inmuebles.

CUARTO .- Por lo que se refiere al segundo de los motivos, el incumplimiento de la condición testamentaria impuesta a la legataria Virtudes , sostiene el demandante recurrente, que las partes, incluida la propia legataria bajo condición, han reconocido que la condición no se ha cumplido, por lo que no puede entenderse cumplida. No podemos compartir esta argumentación.

Cabe comenzar mencionando que D. Trinidad en testamento otorgado el día 31 de agosto de 1993, lega a su hija Virtudes la casa en que habita con todos los edificios anejos a la misma, los bienes muebles, ropa, enseres y ajuar, y 13 áreas de terreno, subordinado a la condición de que continúe conviviendo con la testadora y su esposo hasta el fallecimiento del último, cuidándoles y asistiéndoles. La legataria fue ingresada por la patología psiquiátrica que padece en el Centro LAR Pro Saúde Mental el 18 de agosto de 2003, donde reside desde entonces y hasta la fecha. D. Trinidad falleció el 3 de noviembre de 1997, pero su esposo, D. Luis



Enrique falleció el 14 de septiembre de 2010, habiendo residido durante siete años (desde el 1 de septiembre de 2003 hasta su muerte) en el centro residencia de personas mayores San Sebastián y Lázaro.

Lo primero que cabe reseñar es que ninguna de las partes ha alegado en la demanda ni en la contestación el incumplimiento de la condición, siendo que a éstas correspondía plantear tal cuestión de considerar que no se había cumplido, por lo que si el cumplimiento no ha sido cuestionado por las partes interesadas, no procede dudar del mismo.

Ha sido la contadora quien solicita al Juez que requiera a los letrados de las partes para que indiquen quien es la persona que ha cumplido la condición mencionada, y de señalar que nadie la ha cumplido, que indiquen si están conformes en tener por cumplida la condición por D. Virtudes . Tanto D. Fausto como Borja , quien actúa en representación de su hermana Virtudes , en virtud de un poder otorgado por ésta el día 27 de diciembre de 2012, contestaron que no se podía entender cumplida la condición expuesta.

Por Diligencia de Ordenación de 29 de septiembre de 2016 se pide se dé traslado del procedimiento a D. Virtudes para que manifieste si tiene por cumplida la condición (tras ser examinada por un médico forense del IMELGA éste manifiesta que la patología que padece, salvo en períodos críticos de compensación, no le impide regir su persona y bienes). Contesta nuevamente su hermano, en virtud del poder de representación que tiene conferido, que la condición no se ha cumplido. El poder de representación otorgado en el año 2012 por D. Virtudes a favor de su hermano, comprende facultades generales pero no hace referencia a la facultad destinada a tener por cumplida o no la condición a que se refiere el testamento de su madre, en el que son parte interesada ambos hermanos, por lo que no puede admitirse que la legataria haya reconocido el incumplimiento de la condición.

De otro lado, como se recoge en la sentencia recurrida, aunque del relato de los hechos podemos deducir que, aparentemente, D. Virtudes no ha podido cumplir con la condición que le fue impuesta, debido a una circunstancia sobrevenida como es su enfermedad psiquiátrica, no obstante, no apreciándose dolo o culpa en su conducta, unido al hecho de que las partes no hicieron mención alguna al cumplimiento de la condición hasta que tal cuestión fue planteada por la contadora, y que la legataria no se ha pronunciado al respecto, nos lleva a entender la condición como cumplida.

No ha lugar a estimar este motivo de oposición.

QUINTO .- Alega el apelante, en último lugar, la vulneración del inventario efectuado en sede judicial el 25 de abril de 2014, donde se recogían 9 partidas, que la contadora convierte en 14, por considerar necesarias tales correcciones, además de llevar las edificaciones anejas a la vivienda al apartado de bienes gananciales, pese a que en el inventario se recogían como privativas de D. Trinidad .

No podemos sino dar la razón al recurrente en este punto. La parte demandante había solicitado al Juzgado el señalamiento de día y hora para la formación de inventario tal y como permite el artículo 783.1 de la LEC , acto que tuvo lugar el 25 de abril de 2014, previa citación de todos los interesados. Ante la incomparecencia del demandado, se acepta la propuesta de inventario presentada por D. Virtudes y D. Borja . Cualquier controversia sobre la relación de bienes del inventario debería haberse solventado en ese momento. El contador únicamente podrá llevar a cabo la formación de inventario cuando éste no hubiere sido hecho (artículo 785 LEC), sin embargo en este caso, el inventario ya había sido aprobado, por lo que el contador designado ha de respetar su contenido.

Se estima el recurso de apelación en este punto.

SEXTO .- Al estimarse parcialmente el recurso no procede la imposición de las costas de esta alzada a ninguno de los litigantes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la LEC .

Vistos los artículos citados y de general y pertinente aplicación.

FALLO

Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en fecha 30 de diciembre de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 2 de Mondoñedo . Se revoca en parte la sentencia recurrida al objeto de que la contadora-partidora realice una nueva propuesta de Cuaderno particional respetando el inventario previamente aprobado, incluyendo tan sólo a mayores aquellos extremos sobre los que haya absoluta conformidad entre las partes.

No ha lugar a la imposición de las costas de esta alzada.

Devuélvase al consignante el depósito constituido para recurrir.



Contra dicha resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que pueda interponerse el recurso extraordinario de casación o por infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo caso el plazo para la interposición del recurso será el de veinte días, debiendo interponerse el recurso ante este mismo Tribunal.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ