



Roj: **AAP C 1265/2017 - ECLI:ES:APC:2017:1265A**

Id Cendoj: **15078370062017200089**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santiago de Compostela**

Sección: **6**

Fecha: **07/11/2017**

Nº de Recurso: **279/2017**

Nº de Resolución: **116/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **CESAR GONZALEZ CASTRO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 (DESPL)

A CORUÑA

AUTO: 00116/2017

Rollo: RECURSO DE APELACIÓN (LECN) 279/17

Magistrados Ilmos. Sres.:

D. ANGEL PANTIN REIGADA -PRESIDENTE-

D. JOSÉ GÓMEZ REY

D. CÉSAR GONZÁLEZ CASTRO

A U T O

NÚM. 116/17

En SANTIAGO DE COMPOSTELA, a siete de noviembre de dos mil diecisiete.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de DIVISION HERENCIA 354/2017, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 2 de SANTIAGO DE COMPOSTELA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 279/2017, en los que aparece como parte apelante, **D^a Julia y D^a Sonia**, representadas por la Procuradora de los tribunales, Sra. RITA GOIMIL MARTÍNEZ, asistidas por el Abogado D. JOSÉ LUIS MARTÍNEZ-OLIVARES GÓMEZ; siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. **D. CÉSAR GONZÁLEZ CASTRO**, quien expresa el parecer de la Sala en los siguientes Hechos, Fundamentos de Derecho y Parte Dispositiva.

HECHOS

PRIMERO.- Por XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 2 de SANTIAGO DE COMPOSTELA, se dictó en fecha 21/6/17 auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"INADMITO a trámite la solicitud de división judicial de herencia presentada por Julia Y Sonia, respecto de la herencia del causante Gerardo .

ACUERDO el archivo de las actuaciones."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por D^a Julia y D^a Sonia, y elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personada la parte en legal forma, se siguió el recurso por sus trámites, señalándose para la deliberación, votación y fallo, el pasado día dieciocho de octubre de dos mil diecisiete, en que ha tenido lugar lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- OBJETO DEL RECURSO

1.- Por la titular del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santiago de Compostela se dictó auto inadmitiendo una solicitud de división judicial de herencia.

Los argumentos para dicha denegación, expuestos de manera resumida, son:

- a) En el testamento abierto otorgado por el causante consta el nombramiento de tres albaceas y contadores partidores para ejercer el cargo de manera sucesiva y con las más amplias facultades a modo de albaceas testamentarios.
- b) Conforme al artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y los artículos 1057 y 1058, no es posible acudir a la división judicial de la herencia si se ha designado en el testamento un contador.
- c) Podría estimarse lícita la división de la herencia por los herederos, si hubiesen procedido a alcanzar un acuerdo los mismos un acuerdo sobre la división de la herencia pero no para acudir a un procedimiento de división judicial y pretender así el nombramiento de un contador partidor distinto al nombrado por testador.
- d) La remoción del albacea tiene previsto un cauce específico para ello y las facultades para ello no corresponden a los herederos sino que se atribuyen al juez y por causas tasadas, que si bien no previstas en el Código Civil, han sido desarrolladas por la jurisprudencia.
- e) Conforme al artículo 910 del Código Civil , termina el albaceazgo por la muerte, imposibilidad, renuncia o remoción del albacea, por el lapso del término señalado por el testador, por la ley y, en su caso, por los interesados. La remoción deberá ser apreciada por el juez. La actual Ley de Jurisdicción Voluntaria, en su artículo 91.2 , regula un expediente para tramitar precisamente la remoción del albacea.

No pueden, por tanto los herederos, motu proprio, prescindir del contador partidor y albacea nombrados, mediante su remoción, y sin que sean apreciadas las causas previstas al efecto.

f) A la misma conclusión conducen los preceptos de la Ley de Derecho Civil de Galicia. Conforme a los artículos 270 , 288 y 295, la Ley de Derecho Civil de Galicia contempla como subsidiaria la partición entre herederos y a falta de contador partidor.

2.- Frente a dicha argumentación, el recurrente alega:

- a) Los interesados en la herencia pueden acordar por unanimidad que la partición no sea realizada por el contador partidor.
- b) No estamos ante un supuesto de remoción del contador partidor en sentido estricto.
- c) Todos los herederos y legatarios acordaron en documento privado, posteriormente elevado a público, prescindir de la actuación de los designados contadores-partidores.
- d) Los herederos por unanimidad pueden modificar las relaciones jurídicas que afectaban al causante como si fueran él y, en consecuencia, prescindir por unanimidad de los contadores - partidores designados en el testamento, dejando abiertas las otras vías legales: partición extrajudicial y judicial. Si no llegan a un acuerdo, pueden solicitar el auxilio judicial y solicitar la partición judicial.

Considera la parte recurrente que, si todos los herederos están legitimados para partir la herencia por acuerdo unánime prescindiendo del contador partidor designado testamentariamente, con mayor motivo podrán acordar unánimemente prescindir del contador - partidor designado testamentariamente y poder partir la herencia judicialmente pues dicha partición es más garantista.

e) D. Gerardo tiene vecindad civil gallega

f) De la literalidad del artículo 288.1 de la Ley de Derecho Civil de Galicia se infiere que el nombramiento testamentario no impide que los partícipes puedan prescindir por unanimidad de su intervención en la partición de la herencia.

SEGUNDO.- RAZONES PARA LA DESESTIMACIÓN DEL RECURSO FORMULADO

Son los siguientes:

A.- En el ámbito del Derecho común

1.- Se aceptan los de la resolución impugnada.



2.- Establece el artículo 1058 del Código Civil que ,cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente.

De este artículo, interpretado literalmente, podría extraerse la consecuencia de que la existencia de un contador partidor nombrado por el testador, a menos que su intervención se hubiera previsto por el mismo testador con carácter facultativo y a previo requerimiento de algún heredero, excluiría la posibilidad de que los herederos realicen la partición por sí mismos. Sin embargo, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha admitido que siendo todos los herederos mayores y capaces puedan prescindir del contador partidor nombrado y realizar la partición por sí mismos (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1992).

Sin embargo dicha sentencia, establece que el acuerdo ha de ser unánime de todos los herederos ("nemine discrepante").

3.- Establece el artículo 1057 del Código Civil :

" El testador podrá encomendar por acto «inter vivos» o «mortis causa» para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.

No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Secretario judicial o el Notario, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Notariado establecen para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación del Secretario judicial o del Notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad, tutela o curatela; pero el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas. "

Junto al contador-partidor testamentario existe también el llamado contador-partidor dativo. Es un contador-partidor que no ha sido nombrado por el testador en el testamento, sino que, conforme a la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria es nombrado por el notario o por el/la letrado/a de la Administración de Justicia, conforme al procedimiento y requisitos señalados.

Por medio de esta figura se intenta evitar que los herederos tengan que acudir a una partición judicial cuando no se ponen de acuerdo en la forma de partir la herencia y al propio tiempo no hay designado un contador - partidor testamentario que realice la partición.

Un tercer tipo de contador partidor sería el nombrado en el seno de un procedimiento judicial, que es a su vez distinto del contador partidor dativo. Así, en el procedimiento judicial de división de patrimonios, artículos 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se prevé un específico trámite de convocatoria a una junta para nombramiento de contador y designación de peritos (artículo 783 de dicha Ley procesal civil).

4.- De la interpretación conjunta de dichas normas, cabe concluir que la existencia de un contador partidor testamentario excluiría la posibilidad de nombrar un contador partidor dativo. Se dice expresamente, en el artículo 1057 del Código Civil que la posibilidad de nombramiento de contador - dativo está condicionada a la inexistencia de testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo.

También excluiría la posibilidad de acudir al procedimiento judicial de división de herencia. La normal intención del testador al nombrar un contador partidor es precisamente evitar la partición judicial, considerada antieconómica y fuente de conflictos familiares muchas veces irresolubles. En tal sentido, el artículo 782.1 de la LEC dispone que: "Cualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia, siempre que esta no deba efectuarla un comisario o contador- partidor designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por el Secretario judicial o el Notario".

5.- A falta de acuerdo unánime entre todos los coherederos (en términos de la doctrina del Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, partiendo la herencia del modo que tengan por conveniente, prescindiendo de las disposiciones del testamento y creando una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas que puedan válidamente atacarla y transformando la comunidad de la hereditaria en un condominio ordinario, atribuyendo a los coherederos la copropiedad de los concretos bienes de la herencia, con expresión de las cuotas proindiviso que en los mismos correspondan a cada heredero), y de existir un contador partidor en el testamento, se cierra el paso al nombramiento de un contador-partidor dativo o un contador en un procedimiento judicial.



La existencia del acuerdo unánime de los herederos ha de ser doble y acumulativo: prescindir del contador -partidor y en la forma de practicar la partición y adjudicar los bienes. Es decir, no cabe el acuerdo unánime sobre el hecho de prescindir del contador designado testamentariamente para después iniciar un procedimiento judicial de división de herencia, donde posiblemente termine nombrándose otro contador. La ley trata de evitar la judicialización y respetar la voluntad del testador a falta de unanimidad de los herederos.

Como se infiere del artículo 1059 del Código Civil, la partición judicial o arbitral es el último recurso cuando no se ha realizado la partición por cualquiera de las vías anteriores.

En definitiva, la finalidad consustancial de la institución del contador-partidor es evitar litigios entre los coherederos y que la partición se haga en paz. En consecuencia, si todos los coherederos actúan de común acuerdo y por unanimidad, se consigue dicha finalidad y se puede prescindir del contador testamentario. Si no existe unanimidad, ha de actuar el contador - partidor testamentario porque:

a) Como se dijo, trata de evitar gravosos litigios judiciales con su nombramiento.

b) A falta de unanimidad, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha señalado que la partición efectuada por un contador-partidor designado en testamento se equipara a la efectuada por el propio testador, mereciendo el calificativo de vinculante para los herederos, salvo que perjudique los derechos legitimarios de los herederos forzosos o altere los derechos que derivan del testamento. Igualmente dicha jurisprudencia señala que el principio de "favor testamenti", conforme se da prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador, alcanza, de forma clara, al contador partidor nombrado expresamente por el testador a tal efecto.

6.- Al contador - partidor le son aplicables las causas de extinción establecidas en el artículo 910 del Código Civil para el albacea ("muerte, imposibilidad, renuncia o remoción, y por el lapso del término señalado por el testador, por la ley, y, en su caso, por los interesados").

Además de ellas, podríamos añadir la finalización de su mandato, que tendría lugar con la terminación de las operaciones divisorias, las que una vez realizadas, ya no pueden modificarse sin el consentimiento de los herederos.

En consecuencia, si concurre una de las causas de extinción, en todos los contadores - partidores y albaceas nombrados sucesivamente, entonces podrían los herederos partir la herencia conforme a cualquier trámite legal de los previstos.

La apelante inicia la alegación segunda de su recurso afirmando que "No estamos ante un supuesto de remoción del contador partidor en sentido estricto". Sin embargo, en el hecho cuarto de la solicitud de división judicial de herencia, afirma que "Además del acuerdo unánime de remoción (o no intervención) de los albaceas y contadores - partidores, a través del documento 14 de noviembre de 2008 las partes firmantes encargan a un perito economista, Raimundo, la formación de inventario y la valoración de los bienes de la herencia de Gerardo".

Cabe entender, tal y como señala la resolución recurrida que, a falta de unanimidad sobre la división de la herencia, los herederos que estimen que existen causas de remoción, habrán de instar o iniciar el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria.

7.- Señala la parte recurrente que la partición judicial de la herencia es más garantista que la realizada por la partes.

No estamos ante una partición a realizar por las partes, sino que existe designación testamentaria de albaceas - contadores de forma sucesiva. Como ya se ha señalado, la partición realizada por un contador - partidor designado en testamento se equipara a la efectuada por el testador. La finalidad consustancial de la institución del contador- partidor es evitar litigios entre los coherederos y que la partición se haga en paz y cabe entender, a priori, que dicha designación es para proteger a todos los herederos.

De todas maneras, una vez realizada dicha partición, las partes pueden impugnar la misma por los motivos legal y jurisprudencialmente establecidos.

8.- En definitiva, existen cauces legales y procedimentales para remover a los albaceas si se entiende que lo reúnen las condiciones necesarias para desempeñar el cargo y además también existe la posibilidad de impugnar en vía jurisdiccional la partición realizada por contador designado testamentariamente.

B.- En el ámbito del derecho civil de Galicia

1.- También se aceptan los de resolución recurrida.



2.- Mantiene la parte impugnante que el causante D. Gerardo , tenía la vecindad civil gallega en el momento de su fallecimiento. Procedería la aplicación del derecho civil de Galicia. En este sentido se pronuncia el art. 14.1 del Código Civil : «La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil».

3.- En derecho gallego, el artículo 270 de la Ley de Derecho Civil de Galicia , establece que la partición de la herencia puede realizarse por:

- a) El propio testador, en testamento u otro documento anterior o posterior a él.
- b) El contador-partidor, en cualquiera de los casos admitidos por la ley.
- c) Los herederos.
- d) Resolución judicial.

4.- El artículo 294 de la Ley de Derecho Civil de Galicia señala que, cuando el testador no tuviera hecha la partición, los partícipes mayores de edad, los emancipados o los legalmente representados podrán partir la herencia del modo que tengan por conveniente.

Estamos ante una partición de naturaleza contractual, de carácter bilateral o plurilateral, que no ofrece importantes especialidades respecto a su regulación en el ámbito del Derecho Civil Común. Por acuerdo unánime, se distribuye la herencia de la manera que convenga, aunque hubiese partidor nombrado por el causante.

5.- El artículo 288.1 de Ley de Derecho Civil de Galicia viene a plasmar la posibilidad de que los coherederos, por unanimidad, practiquen la partición sin el contador partidor nombrado por el testador.

Es la posibilidad de prescindir del contador partidor mediante la que se ha llamado "cláusula de no estorbar", disponiendo que tal contador-partidor actuará sólo a falta de la acción conjunta de los herederos. En el caso de acuerdo de todos los herederos es obviamente lícito que los mismos hagan caso omiso del partidor y procedan directamente a practicar por sí mismos la partición. Cabe entender que se requiere unanimidad de los herederos el modo de distribuir la herencia.

6.- El artículo 270 de la Ley de Derecho Civil de Galicia afirma que la partición «puede realizarse por el contador partidor, en cualquiera de los casos admitidos por la Ley». Dicha expresión se refiere a la partición realizada por el contador-partidor testamentario (artículo 283 y siguientes) y al nombrado por la mayoría de los herederos (artículo 295).

7.- Si no hay acuerdo entre todos los herederos, existe la posibilidad de:

a) Conforme al artículo 295 de la Ley de Derecho Civil de Galicia , los partícipes que representen una cuota de más de la mitad del haber partible y sean, al menos, dos podrán promover ante notario la partición de la herencia, que, respetando en todo caso las disposiciones del causante, se sustanciará conforme a las formalidades establecidas en los artículos siguientes.

Únicamente se podrá promover dicha partición cuando no haya contador-partidor designado por el causante o esté vacante el cargo. No es el supuesto que concurra en el presente caso.

8.- En cuanto a la partición judicial, nada regula la Ley de Derecho Civil de Galicia, salvo la posibilidad de acudir a la misma que establece el artículo 270.4º de dicha ley y las menciones que establecen los artículos 271 y 300 de la misma ley. En consecuencia, salvedades establecidas, se debe aplicar la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a lo ya señalado. Además, si el nombramiento de un contador dativo exige la ausencia de designación de contador-partidor testamentario, parece lógico que el nombramiento de un contador dirimente en un procedimiento judicial esté sometido al mismo requisito.

TERCERO.- COSTAS PROCESALES

No ha lugar a hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en esta alzada en razón de la estimación del recurso de apelación (art. 398-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y de la ausencia de parte contraria personada.

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

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA :

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora de los tribunales D. ^a Rita Goimil Martínez, en nombre y representación de D. ^a Julia y D. ^a Sonia frente al auto de fecha 21 de junio de 2017, dictado por



la magistrada del Juzgado de Primera Instancia Número 2 de Santiago de Compostela en el procedimiento de división de herencia 354/2017, confirmando la resolución recurrida en todos sus extremos.

No se hace pronunciamiento en costas.

La pérdida del depósito constituido para recurrir dada la total desestimación del recurso interpuesto.

Notifíquese esta resolución, en legal forma, a las partes haciéndoles saber, conforme preceptúa el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que la misma es firme, y que contra ella no cabe recurso alguno.

Dentro del plazo legal, devuélvanse las actuaciones originales con testimonio de la presente resolución al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra resolución de la que se pondrá certificación literal en el Rollo de Sala de su razón, incluyéndose el original en el Libro correspondiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ