

Roj: **SAP GR 352/2018 - ECLI:ES:APGR:2018:352**Id Cendoj: **18087370042018100046**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Granada**Sección: **4**Fecha: **23/03/2018**Nº de Recurso: **472/2017**Nº de Resolución: **89/2018**Procedimiento: **Civil**Ponente: **ANTONIO GALLO ERENA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

SECCIÓN CUARTA

ROLLO Nº 472/17

JUZGADO GRANADA 5

ORDINARIO Nº 624/16

PONENTE SR. D. ANTONIO GALLO ERENA

SENTENCIA Nº 89**ILTMOS. SEÑORES:****PRESIDENTE**

D. ANTONIO GALLO ERENA

MAGISTRADOS

D. MOISÉS LAZÚEN ALCÓN

D. JUAN FRANCISCO RUIZ RICO RUIZ

=====

En la ciudad de Granada a veintitrés de marzo de dos mil dieciocho. La Sección Cuarta de esta Il'tma. Audiencia Provincial, ha visto, en grado de apelación los precedentes autos de Juicio ordinario 624/16, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número 5 de Granada, en virtud de demanda de **D. Jose Manuel , D. Luis Pablo y D. Pedro Antonio** , representados en esta instancia por el Procurador/a Sr/a D^a Victoria Espadas Ledesma y asistido del L'tdo. Sr/a D. Alberto Luis García-Ligero Fuensalida, contra **D. Alejo y D. Aureliano** , representados por el Procurador/a Sr/a D^a M^a Auxiliadora González Sánchez en esta alzada y asistido del L'tdo. Sr/a D. Manuel Sánchez Mesa, y **D^a Belinda** , en rebeldía.

Aceptando como relación los "Antecedentes de Hecho" de la sentencia apelada, y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La referida sentencia, fechada en 11 de mayo de 2017 contiene el siguiente fallo: "*Que desestimando íntegramente la demanda inicial de estos autos interpuesta por Jose Manuel , Luis Pablo y Pedro Antonio , representados por la Procuradora Sra. Espadas Ledesma; contra Alejo y Aureliano , representados por la Procuradora Sra. González Sánchez; y contra Belinda , declarada rebelde, debo absolver y absuelvo a dichos demandados de las pretensiones ejercitadas contra ellos. Sin imposición de costas*" .

SEGUNDO .- Sustanciado y seguido el presente recurso, por sus trámites ante esta Il'tma. Audiencia Provincial, en virtud de apelación interpuesta por la parte demandante, por escrito y ante el órgano que dictó la sentencia;



de dicho recurso se dio traslado a las demás partes, para su oposición o impugnación; tras ello se elevaron las actuaciones a este Tribunal, señalándose día para su votación y fallo, en que ha tenido lugar.

TERCERO .- Han sido observadas las prescripciones legales de trámite.

Siendo ponente el Magistrado Iltmo. Sr. D. ANTONIO GALLO ERENA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se alega como primer motivo de recurso error en la valoración de la prueba e infracción de la doctrina sobre nulidad de pleno derecho por contravención en la partición hereditaria y extensión de ello a la liquidación de la sociedad de gananciales efectuada en la misma escritura de adjudicación de herencia.

De entrada debemos resaltar que si bien es cierto que en nuestro sistema procesal la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos, como una -revisio prioris instantiae-, en la que el Tribunal Superior u órgano -ad quem- tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (-quaestio facti-) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (-quaestio iuris-), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la -reformatio in peius- y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (-tantum devolutum quantum appellatum-) (ATC 315/1994), no obstante ello la revisión de los hechos y valoración probatoria debe sustentarse en la realidad de la concurrencia de error que resulte patente.

Por lo demás, los hechos necesitados de prueba en el proceso son aquellos que afirmados por una parte, los niega la otra, es decir, los "hechos controvertidos", por tanto, la admisión de hechos en sentido amplio, excluye de la necesidad de probarlos, y de aquí, que la carga de probar es excusable respecto de los hechos de la demanda que fueron reconocidos, expresa o tácitamente, por las partes, doctrina esta en línea con la establecida, entre otras, en la sentencias del Tribunal Supremo de 29 noviembre 1950 ; 2 febrero 1952 ; 20 junio 1954 , y 19 diciembre 1986 .

SEGUNDO .- En este caso teniéndose en cuenta cuanto se alega en el hecho cuarto de la demanda sobre que en el año 2006, en vida del padre, se iniciaron actuaciones para la aceptación de la herencia de la madre y que en el borrador de la minuta de la Notaría aparecían ambas cuentas con saldo superior a ochenta mil euros, así como la certificación de 24-8-2010 del Registro General de Contratos de Seguros de cobertura de fallecimiento que aparece en la página 67 del expediente que incorpora la escritura de 1-12-2010 a que se refiere la demanda, además de la posibilidad que como herederos habrían tenido los actores para acceder a toda la documentación bancaria, resulta razonable cuanto concluye la sentencia sobre que al momento del otorgamiento de la referida escritura pública se conocía la existencia del dinero y del seguro, por lo que conscientemente se omitió la inclusión en el activo del inventario de la misma la cantidad ahora reclamada, habiéndose decidido hacer constar como único saldo en cuenta corriente el que presentaba al momento del fallecimiento del padre.

TERCERO .- Son hechos no discutidos, además de acreditados, que interesa resaltar:

- Que el día 25-9-2003 falleció D^a Cristina habiendo otorgado testamento el día 21 de agosto de dicho mismo año, en el que legaba a cada uno de sus seis hijos los bienes inmuebles a que se refería, instituyéndolos a continuación herederos a todos ellos por parte iguales y dejando a su marido D. Gines el usufructo vitalicio de todos sus bienes.

- Que D. Gines falleció a su vez, el día 2 de junio de 2010, habiendo otorgado testamento el día 14 de noviembre de 2006 en el que legaba a cada uno de sus seis hijos los inmuebles a que se refería, además en el resto de bienes instituyó herederos universales por partes iguales a sus hijos Alejo , Aureliano , Jose Manuel y Belinda .

- Que el día 1-12-2010 se efectuó la partición de la herencia de ambos cuya nulidad parcial se insta, en escritura pública otorgada ante el Notario D. Luis Serrano Lorca, no habiéndose interpuesto demanda hasta el día 20-9-2016. Previamente el 21-7-2015 se solicitaron diligencias preliminares a dicho fin.

CUARTO .- El art. 1058 del CC dispone que cuando el testador no hubiese hecho la partición ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fuesen mayores y tuviesen la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente.

Este precepto contiene una amplia facultad para los herederos mayores de edad, que les posibilita transigir diferencias sobre la procedencia y circunstancias de los bienes inventariados, determinación de los mismos y sus respectivos derechos, pudiendo establecerse pactos y cesiones sobre todo ello, de donde surgen



obligaciones para los otorgantes por razón de la unánime conformidad requerida, de manera que la nulidad o rescisión de lo convenido solo procederá de concurrir las circunstancias previstas por los arts. 1300 y 1314 del CC o por la lesión de cuarta parte a que se refiere el art. 1074 (STS de 7-1-49). El ejercicio de dichas acciones deberá efectuarse en el plazo de 4 años tal como se deriva de los arts. 1301 y 1299 del CC .

Por tanto la partición hecha por los propios herederos tiene naturaleza contractual, siéndole de aplicación el artículo 1261 del CC en cuanto a su existencia y validez y las normas de nulidad a que nos acabamos de referir (SSTS de 15-2-96 y 3-2-99).

El TS en sentencia de 11-12-2002 que cita la dictada por el Juzgado, expresa que la adición a que se refiere el art. 1079 CC está indicada cuando los bienes omitidos son de poca importancia en el conjunto de la herencia (STS 15-2- 1988 [RJ 1988, 1987]), pero no cuando la omisión se dé respecto de bienes importantes, en cuyo caso lo procedente es la acción de anulabilidad (SSTS 7-1-1975 [RJ 1975 , 12] y 31-5-1980 [RJ 1980, 2724]), y por eso el art. 1079 CC no puede servir de amparo para, años después de la partición y vencido con mucho el plazo de ejercicio de las acciones de rescisión por lesión y anulabilidad, suplir su falta de ejercicio en tiempo y forma mediante una petición de complemento o adición que a su vez encubre la de una obligación de colacionar posterior en muchos años a la partición. Como se deriva de lo expresado por el TS en sentencia de 27-6-95 , solo podría haber complemento o adición cuando la lesión o perjuicio no llegue a la cuarta parte.

No debemos olvidar que la impugnación de las particiones de herencia tiene en el Código Civil un tratamiento incompleto, deficiente y poco sistemático, teniendo gran protagonismo la doctrina jurisprudencial que resalta el principio de conservación de la partición -favor partitionis- S 25 de febrero de 1969, que en aras de la seguridad jurídica y estabilidad de las adjudicaciones, trata de evitar su continua revisión. La facultad que en casos determinados tienen los interesados para impugnarla y pedir su modificación, su nulidad o su rescisión, tiene que ajustarse como norma procesal a la necesidad de determinar en la demanda la clase de acción que se ejercite, de modo especial cuando se trata de las acciones de nulidad y de rescisión de las operaciones particionales, pues cada una de ellas tiene distinto objeto y diferente título o causa (SSTS 17 de abril de 1943 y 6 de marzo de 1945).

La no inclusión en las operaciones particionales de bienes o valores cuya existencia es perfectamente conocida por todos los herederos al tiempo de realizar la partición debe ser interpretada como voluntad de excluirlos de la masa hereditaria, lo que no puede ser luego corregido sin que se vulnere la doctrina de los actos propios. Ello podrá resultar mas explicable en este caso en que en la misma escritura las partes, que son hermanos, llevan a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales de sus padres y la herencia de ambos, habiendo tenido el padre el usufructo de todos los bienes al fallecimiento de la madre, incluidas la cuentas corrientes.

Por cuanto antecede consideramos acertado lo que expresa la sentencia apelada en el fundamento de derecho sexto con referencia, entre otras, a la sentencia de 11-12-2002 a que acabamos de aludir y también en el segundo en cuanto a la inexistencia de error en el consentimiento que pudiese propiciar la nulidad radical de la partición, cuestión esta respecto de la que debe tenerse en cuenta el error como vicio en el consentimiento ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982 (RJ 1982 , 179), 756/1996, de 28 de septiembre (RJ 1996 , 6820) , 726/2000, de 17 de julio (RJ 2000 , 6803) , 315/2009 , de 13 de mayo (RJ 2009, 4742) - exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba. Solo será excusable el error no imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente.

QUINTO .- Teniéndose en cuenta lo que antecede, y si bien es cierto que en este caso la nulidad de la partición arrastraría la de la liquidación de la sociedad de gananciales, dada la forma unitaria en que se ha llevado a cabo todo ello en la escritura de 1-12-2010, no concurriendo la una tampoco existirá la otra.

Como se deriva de todo lo expresado entendemos que la resolución apelada no vulnera la doctrina sobre nulidad de pleno derecho por contravención, como se dice, en la partición hereditaria, de manera que se pudiese extender a la liquidación de la sociedad de gananciales, no pudiendo ser estimado este motivo de recurso, lo que condiciona ya el éxito del mismo.

SEXTO .- Seguidamente como segundo motivo, se alega infracción del artículo 218-1 de la LEC y del principio "iure novit curia", en cuanto alude la sentencia al principio de congruencia, al no haberse ejercitado en este caso acción de reembolso del art. 88 de la LCS, aún cuando luego se haya resuelto sobre ello, desestimándolo, centrándose en la siguiente alegación en la denuncia de infracción de los arts. 1035 y ss del CC en relación con



el 88 que se acaba de citar, discrepándose de la interpretación restrictiva que hace la sentencia del concepto indeterminado "fraude de derechos" contenido en este precepto, al limitarlo a los de la legítima de los herederos forzosos.

En cuanto a la primera cuestión como expresa el TS en sentencia de 18-7-2007, la jurisprudencia - Sentencias de 9 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2009), 17 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7194), 31 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3497), entre muchas otras- permite que el Tribunal aplique una norma jurídica distinta de la que hubiera sido invocada por el actor al identificar la causa de pedir, entendiendo por tal el conjunto de acontecimientos de la vida en que la pretensión se apoya - Sentencia de 9 de febrero de 1990 (RJ 1990, 674) -; o que cambie la calificación de la relación litigiosa - Sentencia de 17 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1352) -; o prescinda del rígido nominalismo del proceso romano, expresado en la "editio actionis" - Sentencia de 18 de abril de 1995 (RJ 1995, 3136) -. Sin embargo, esa libertad de elección de la norma bajo la que ha de quedar el supuesto de hecho subsumido, como se ha visto, no es absoluta sino que está limitada por la necesidad de respetar el componente fáctico esencial de la acción, como establecen, entre otras muchas, las Sentencias de 6 de abril de 2005 (RJ 2005, 2704) y 24 de julio de 2006 (RJ 2006, 5137), que insisten en que no cabe alterar la "causa petendi", tan relacionada con el principio de contradicción y, por ende, con el propio derecho de defensa. Por ello mismo, para determinar en concreto si la aplicación por el Tribunal de una norma distinta de la invocada por las partes genera o no incongruencia, se han de distinguir los casos en que el supuesto de hecho aportado al proceso coincide con la proposición enunciativa de la norma aplicada (silenciada por las partes), de aquellos otros en los que la coincidencia no se da, pues, en estos últimos, actuar la consecuencia jurídica que contiene el precepto significaría alejarse del fundamento histórico de la causa de pedir y, al fin, tener por fijado un supuesto fáctico distinto, con indefensión para alguno de los litigantes, privado de la facultad de alegar y probar sobre lo que constituye una materia procesalmente nueva, en el sentido de no planteada en el momento oportuno - Sentencia de 20 de febrero de 2006 (RJ 2006, 2909).

El TS en sentencia de 18-6-12 entiende por causa de pedir el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión (SSTS 19-6-00 (RJ 2000, 5291) en rec. 3651/96 y 24-7-00 (RJ 2000, 6193) en rec. 2721/95). Por tanto, tiene un componente jurídico que limita las facultades del juez de aplicar libremente a los hechos el Derecho que considere más procedente o, dicho de otra forma, que limita el principio *iura novit curia* (STS 7-10-02 (RJ 2003, 357) en rec. 923/97) descartando que pueda tener un carácter absoluto, como por demás resulta del art. 218 LEC al disponer que el tribunal resuelva conforme a las normas aplicables al caso pero sin acudir a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer.

En este caso es evidente que se alude en los fundamentos de derecho al artículo 88 de la LCS, la propia sentencia impugnada lo admite y considerándose por los actores defraudados en sus derechos hereditarios al haber dispuesto el padre de 80100 euros de cuenta ganancial para abonar la prima del seguro de vida ya referido en el que fueron designados beneficiarios los demandados, solicitan el reembolso de dicha cantidad en los términos que se concreta en el suplico de la demanda, pero esto se hace en el marco de la nulidad parcial de la partición a la que consideran afectaría, de manera que solo así resultará posible efectuarlo en el marco de este procedimiento sin incurrir en incongruencia. No debemos olvidar la doctrina jurisprudencial que declara en relación a la congruencia, que las partes deben asumir las consecuencias de sus respectivos planteamientos, sin descargarlas sobre la parte contraria ni sobre el juez cuando estos se atengan precisamente a dichos planteamientos (SSTS 20-10-04, rec. 2712/98, y 18-3-10, rec. 2621/05).

SÉPTIMO .- Pero es que además y centrándonos ya en alegación sobre la interpretación del concepto "fraude de derechos" a que se refiere el art. 88 de la LCS, entendemos que cuando se trata de disposición que haya hecho el causante de dinero del que podía disponer, para abonar la prima del seguro de vida en el que designa beneficiarios a unos determinados herederos forzosos que luego concurren a la herencia con los otros, la interpretación que hace el Juzgador "a quo" es correcta, pues en dichas circunstancias solo el derecho a legítima podría verse defraudado. No debemos olvidar que pese a la dificultad doctrinal para la construcción de la figura de un derecho de usufructo sobre el dinero, es lo cierto que no existe controversia, más allá de la estructura jurídica (problema sobre la propiedad de la cosa usufructuada), acerca de que el usufructo del dinero constituye un cuasi-usufructo o usufructo impropio regulado por el art. 482 del C.C. En consecuencia cuando por la naturaleza de la cosa dada en usufructo, cosas consumibles al primer uso cual es el dinero, el "ius utendi" apenas tiene valor sin el "ius abutendi" o derecho a consumir la cosa, es el propio ordenamiento jurídico el que consiente la destrucción y consunción de la cosa para imponer al usufructuario, o en su caso a sus herederos, la obligación de devolver el "tantundem". En este sentido se ha pronunciado la Sección 5ª de esta Audiencia en sentencia de 12-12-2014.

Por lo tanto salvo en lo que perjudicase a la legítima, no procedería el reembolso de la aportación que realizó el padre de las partes como prima, pues dicha cantidad le sería disponible en el momento en que lo hizo sin



perjuicio de la posible obligación de reposición que podría haber generado deuda computable en su herencia que, en este caso, los herederos de uno y otra, consideraron oportuno no en su momento no incluir.

Por todo ello no alegado ni acreditado perjuicio de legítima, no resultará vulnerado el 88 de la LCS ni por tanto tampoco el art. 1035 del CC, debiendo remitirnos a cuanto se argumenta en este sentido en el fundamento de derecho quinto de la sentencia.

OCTAVO .- Por todo lo expuesto, no desvirtuados en lo sustancial los razonamientos de la resolución impugnada, con remisión en lo demás a aquellos para obviar inútiles reiteraciones, debe desestimarse el recurso y por las mismas razones tenidas en cuenta por el Juzgado para no imponer las costas de 1ª instancia, tampoco procederá condena de las de esta alzada, de acuerdo con lo previsto en los arts. 394 y 398 de la LEC.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, este Tribunal dispone el siguiente

FALLO

Que desestimándose el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la que dimana este Rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma, sin efectuar condena respecto de las costas del recurso, con pérdida del depósito al que debe darse destino legal.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación, por interés casacional, y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, que deberá interponerse ante este Tribunal dentro del plazo de veinte días contados desde el siguiente a su notificación.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.