



Roj: **AAP SE 2072/2018 - ECLI:ES:APSE:2018:2072A**

Id Cendoj: **41091370062018200253**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Sevilla**

Sección: **6**

Fecha: **18/10/2018**

Nº de Recurso: **7230/2018**

Nº de Resolución: **304/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FEDERICO JIMENEZ BALLESTER**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla

REFERENCIA: INCIDENTE (OT)

PARTE DISPOSITIVA: CONFIRMATORIA

JUZGADO DE ORIGEN: **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº9 DE SEVILLA**

ROLLO DE APELACIÓN Nº 7230/2018

JUICIO Nº 196/2018

A U T O Nº 304/18

PRESIDENTE ILMO SR :

D. MARCOS ANTONIO BLANCO LEIRA

MAGISTRADOS/AS ILMOS/AS SRS/SRAS :

Dª ROSARIO MARCOS MARTIN

D. FEDERICO JIMENEZ BALLESTER

En la Ciudad de SEVILLA a dieciocho de octubre de dos mil dieciocho.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, ha visto y examinado el recurso de apelación interpuesto contra Auto de fecha 14/05/2018 recaído en el procedimiento número 196/2018 seguido en el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº9 DE SEVILLA promovido por **D. Alejandro** representado por el Procurador **D.FRANCISCO JOSE PACHECO GOMEZ** contra **Dª Paula** representada por el Procurador **D.IGNACIO ESPEJO RUIZ**, pendientes en esta Sala en virtud de recurso de apelación interpuesto por la representación de la parte demandante, siendo Ponente del recurso el Magistrado Ilmo. Sr. Don **FEDERICO JIMENEZ BALLESTER**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que seguido el juicio por sus trámites se dictó auto por el Sr. Juez del **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº9 DE SEVILLA** cuyo fallo es como sigue: "Que procede estimar la Declinatoria formulada por la defensa jurídica de Dª Paula, declarando la falta de jurisdicción de este Juzgado para el conocimiento de la presente causa, al existir actualmente un trámite de partición hereditaria abierto en sede notarial, seguido con el número 106/2018 del Notario de esta ciudad sr Martín Vázquez, acordándose seguidamente el archivo del procedimiento sin más trámites."

SEGUNDO.- Que contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de **D. Alejandro** que fue admitido en ambos efectos, oponiéndose al mismo la parte contraria, remitiéndose los autos a este Tribunal y dándose al recurso la sustanciación que la Ley previene para los de su clase, quedando las actuaciones pendientes de dictar resolución, tras la deliberación y votación de este recurso.



TERCERO.- Que en la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. - En la demanda que dio inicio a las actuaciones se ejercitaba por don Alejandro la acción para la división judicial de la herencia de doña Soledad .

Por la demandada, al tiempo de contestación de la demanda, se formuló declinatoria de jurisdicción, por existencia de un procedimiento notarial previo para la designación de contador-partidor, promovido por dicha demandada.

Por el Juzgado de Primera Instancia se dictó el auto ahora impugnado, estimando la declinatoria con fundamento en lo dispuesto en el artículo 782. 1 de la ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), aduciendo que "conformándose el procedimiento judicial de partición de herencia como un trámite subsidiario, únicamente viable en caso de inexistencia de contador partidor dativo, o de inexistencia de procedimiento notarial para verificar la misma, procederá concluir que de conformidad con lo manifestado por la defensa jurídica de la parte demandada, este Juzgado carece de jurisdicción para el conocimiento de la presente causa, al existir actualmente un trámite con el mismo objeto abierto en sede notarial, procediendo de conformidad con lo dispuesto por los artículos 63 y 66 LEC , acordar el sobreseimiento del procedimiento y su posterior archivo".

SEGUNDO .- El recurso va a ser desestimado, por cuanto de conformidad con lo establecido en la LEC, artículo 782.1 "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 Letrado de la Administración de Justicia o el Notario".

Por su parte el artículo 66 de la Ley del Notariado prevé que "El Notario autorizará escritura pública: b) Para el nombramiento de contador-partidor dativo en los casos previstos en el artículo 1057 del Código Civil . El nombramiento se realizará de conformidad con lo previsto en el artículo 50" y por su parte el párrafo segundo del artículo 1057 del Código Civil "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"; por tanto, de la interpretación conjunta de los preceptos citados, modificados todos ellos por la Ley de Jurisdicción Voluntaria, se concluye que en el supuesto de que los herederos, siempre que representen el 50% del haber hereditario, como ocurre en el supuesto de autos, soliciten el nombramiento por el Notario de contador-partidor dativo no podrá promoverse el juicio para la división judicial de la herencia, tal y como ha resuelto la resolución recurrida, que por ello habrá de ser confirmada.

TERCERO .- Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso, tal como se prevé en el número 1 del artículo 398 en relación con el 394, ambos de la LEC .

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

1.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Alejandro contra el auto dictado el 14 de mayo de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Sevilla , en el procedimiento número 196/2018 del que este rollo dimana.

2.- Confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

3.- Imponemos a la apelante las costas derivadas de su recurso.

Dada la desestimación del recurso, la parte recurrente pierde el depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino previsto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Este auto es firme. Contra el mismo no cabe interponer recurso alguno.

Y a su tiempo, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, con copia auténtica de la presente resolución remitida vía telemática y oficio para su cumplimiento.



Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilustrísimos Señores Magistrados que constan en el encabezamiento de esta resolución. Doy fe.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ