



Roj: **SAP M 14260/2019 - ECLI:ES:APM:2019:14260**

Id Cendoj: **28079370212019100377**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **21**

Fecha: **15/10/2019**

Nº de Recurso: **142/2019**

Nº de Resolución: **392/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN JOSE SANCHEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoprimera

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 8 - 28035

Tfno.: 914933872/73,3872

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0165894

Recurso de Apelación 142/2019

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 87 de Madrid

Autos de Jurisdicción Voluntaria. General 1234/2014

APELANTE: D./Dña. Severiano

PROCURADOR D./Dña. MARIA MERCEDES REVILLO SANCHEZ

APELADO: D./Dña. Coro

PROCURADOR D./Dña. MAGDALENA RUIZ DE LUNA GONZALEZ

SENTENCIA

MAGISTRADOS Ilmos Sres.:

D. GUILLERMO RIPOLL OLAZÁBAL

D. RAMON BELO GONZALEZ

D. JUAN JOSE SANCHEZ SANCHEZ

En Madrid, a quince de octubre de dos mil diecinueve. La Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto, en grado de apelación los autos de Jurisdicción Voluntaria número 1234/2014 procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 87 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como Apelante: D. Severiano y de otra, como Apelada: Dª Coro .

VISTO, siendo Magistrado Ponente **el Ilmo. Sr. DON JUAN JOSE SANCHEZ SANCHEZ**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 87 de Madrid, en fecha 17 de septiembre de 2018, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la impugnación a la formación de Inventario promovida por el Procurador Sra Ruiz de Luna González, en nombre



y representación acreditada en la Causa. DEBO DECLARAR Y DECLARO que el 50% de los fondos, saldos que existieran en las cuentas por importe de 185.283,39 euros para la cuenta NUM000 , 17.000,00 euros para el depósito NUM001 y 37.500,00 euros para el depósito NUM002 , totalizando la suma de 239.783,39 euros, que fueron indebidamente traspasados a las cuentas privadas NUM003 , NUM004 , NUM005 , todas de titularidad de D^o Severiano deberán formar parte del acervo partible como donaciones colacionables a tener en cuenta para la formación de lotes, conjuntamente con la Libreta (últimos dígitos) de ahorro NUM006 por importe de 146.965,84 euros a fin que se procedan a realizar los ajustes y repartos correspondientes por la Sra Contadora Partidora, Lorena que resultó designada en este procedimiento -para el caso que siga siendo dicha Contadora Partidora actuante en este procedimiento-. O en su caso, la persona que sea designada para substituirle. DEBO CONDENAR Y CONDENO a D^o Severiano al abono de las costas de este incidente."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, del que se dio traslado a la parte demandada, quién se opuso en tiempo y forma. Elevándose los autos junto con oficio ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de 23 de julio de 2019, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 14 de octubre de 2019.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-DE LA NULIDAD DE ACTUACIONES.-

Por la representación de D. Severiano se formula recurso de apelación contra la sentencia dictada con fecha 17 de septiembre de 2018.

Se invoca por la parte recurrente que la sentencia dictada incurre en sustanciales infracciones legales constitutivas de nulidad parcial de pleno derecho, por haberse prescindido de normas esenciales del procedimiento durante su sustanciación y contravenir el sentido de la reiterada doctrina jurisprudencial interpretativa del art. 1.057 del CC que ha causado la indefensión a los interesados. Que los autos tienen su origen en una solicitud de Expediente de Nombramiento de Contador Partidor Dativo para la liquidación y división de la herencia de Dña. Noelia , fallecida en Madrid, madre del apelante, de donde era vecina, en estado de viudedad y dejando dos únicos hijos, el apelante, D. Severiano , y la también interesada y llamada al procedimiento, hoy apelada, Dña. Coro . Por lo tanto, el apelante promovió un procedimiento particular de jurisdicción voluntaria fundado en la posibilidad de representar el 50% del haber hereditario, con citación de los demás interesados, para solicitar el nombramiento de un contador partidor dativo que lleve a cabo las operaciones particionales para su posterior aprobación judicial, amparado en el art. 1.057 del CC. Que la solicitud se admitió a trámite por el juzgado de instancia, acordando que se sustanciaría por las reglas establecidas en el LEC para los procedimientos de jurisdicción voluntaria, librándose el correspondiente Oficio al ICAM a fin de que se designe el contador partidor que por turno corresponda.

Añade la parte apelante que dicho procedimiento, desde su admisión, se ha sustanciado como un despropósito lleno de conclusiones ilógicas y contrarias al procedimiento específico del art. 1.057 del CC, vulnerándose las más elementales normas y contravieniendo la pacífica interpretación doctrinal de dicho artículo, al no haberse encomendado ni tan siquiera haberse ofrecido la aceptación del cargo al contador partidor nombrado para la realización como tercero independiente la liquidación y división de la herencia del causante, evitando la necesidad de acudir a la vía contenciosa. Que de conformidad con el escrito inicial de solicitud de nombramiento de contador partidor dativo fundado en el art. 1057 del CC, cuya pretensión es el nombramiento de un contador partidor dativo responsable de partir la herencia del causante, es incontestable como el juzgado de instancia debería en aras de la tutela judicial efectiva haberse limitado a resolver la pretensión de manera congruente con lo pedido, evitando desajustes o desviaciones patentes o conclusiones ilógicas en relación con el fallo y los términos de la citada pretensión formulada, citando a las partes interesadas para la designación del perito.

Continúa expresando la parte apelante que la oposición al nombramiento del contador que en el procedimiento puede suscitarse no lo convierte ni transforma en un procedimiento contencioso con sometimiento al juicio que corresponda de división de herencia de la LEC, ni paraliza la designación del perito, ya que la redacción y jurisprudencia del citado artículo 1.057, párrafo 2^o, del CC tiende precisamente a evitar la necesidad de acudir a la vía contenciosa para lograr las particiones de las herencias, cuando lo soliciten herederos que representen al menos del 50% del haber hereditario. Que se trata de un procedimiento no contencioso y específico que garantiza y favorece una partición extrajudicial de la herencia, y evitar así una división judicial o juicio de



testamentaria por estar en uno de los casos del art. 1.057 del CC, proceso particular y sumario que la doctrina jurisprudencial tiene declarado de forma constante ante la orfandad de normas reguladoras que constituye un proceso especial y sucinto sujeto a lo dispuesto en el art. 1.057.2 del CC, asimilado al albaceazgo y a su normativa correspondiente, que únicamente prevé la comparecencia de las partes para la designación del citado contador partididor dativo para prevenir un pleito de testamentaría.

SEGUNDO.- DE LOS HECHOS RELEVANTES.-

Constituyen antecedentes necesarios para la resolución del motivo de apelación, los siguientes:

1º.- Por la representación de D. Severiano se presenta con fecha 29 de octubre de 2014 solicitud de EXPEDIENTE DE NOMBRAMIENTO DE CONTADOR- PARTIDOR DATIVO, con solicitud de citación a Dña. Coro , para la liquidación y división de la herencia de Dña. Noelia , fallecida en Madrid, en estado de viudedad y dejando dos únicos hijos, D. Severiano , y la también interesada y llamada al procedimiento Dña. Coro ; a los efectos de que el contador partididor dativo lleve a cabo las operaciones particionales para su posterior aprobación judicial, amparado en el art. 1.057 del CC.

2º.- Que la solicitud se admitió a trámite por el Juzgado de Primera Instancia nº 87 de Madrid, por providencia de fecha 1 de Diciembre de 2014, acordando que se sustanciaría por las reglas establecidas en el LEC para los procedimientos de jurisdicción voluntaria, la notificación a Dña. Coro y el libramiento del correspondiente Oficio al ICAM a fin de que se designara el contador partididor que por turno corresponda; nombrándose por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid como contador partididor a Dña. Lorena con fecha 2 de marzo de 2015.

3º.- Que El Juzgado de instancia dicta providencia de fecha 11 de Marzo de 2015, donde tras dar cuenta de la designación de Perito Contador Partididor, acuerda que " *careciendo el procedimiento de objeto se procede al archivo provisional de las presentes actuaciones*". Contra dicha resolución se interpone por la representación de D. Severiano recurso de reposición con fecha 23 de Marzo de 2015, por considerar que la misma carece de fundamentación y al subsistir el derecho a la tutela judicial efectiva a la designación de un contador partididor dativo responsable liquidar y dividir la herencia que permanecía yacente por estar en uno de los casos del art. 1.057 del CC. Que mediante Auto de fecha 10 de Abril de 2015, el Juzgado estima el recurso de reposición dejando sin efecto el archivo acordado en fecha 11/3/15, con el único fundamento jurídico de regular la LEC un procedimiento específico para la división de patrimonios procedentes de las herencias en los arts. 782 y siguientes, citando a todos los coherederos para la formación de inventario, considerando que la actora ha solicitado una vía indirecta y rápida para evitar los trámites procesales del artículo 787 y siguientes de la LEC.

4º.- En el acto de formación de inventario, celebrado con fecha 22 de junio de 2015, se invoca nuevamente por la representación de D. Severiano la existencia de un error en la tramitación del procedimiento, "toda vez que estamos ante un procedimiento especial del art. 1.057 del Código civil, que con arreglo al suplico de la demanda prevé el nombramiento de un contador partididor dativo y no la formación de inventario"; rechazando el Secretario Judicial en el acto de comparecencia dichas alegaciones.

5º.- Que mediante providencia dictada con fecha 24 de junio de 2015 el Juzgado de Instancia convoca a las partes al acto de la vista y con fecha 30 de junio de 2015 la representación de D. Severiano formula solicitud de solicitud de incidente de NULIDAD DE PLENO DERECHO de las actuaciones fundada en la referida infracción del procedimiento y de la figura del contador partididor dativo regulado en el art. 1.057 del CC, insistiéndose en el nombramiento del contador partididor dativo, resolviendo el Juzgado de instancia que no ha lugar a tener por presentado el mismo, remitiendo a la parte al acto de la vista para ejercitar su defensa. Igualmente con fecha 1 de julio de 2015 se interpone por la representación de D. Severiano recurso de reposición contra la providencia de fecha 24 de Junio de 2015, y la citación para la vista, con fundamento en la nulidad de pleno derecho por ausencia de los requisitos indispensables y esenciales para alcanzar el fin del procedimiento instado de nombramiento de un contador partididor dativo del art. 1.057 del CC, y favorecer una partición de herencia extrajudicial y evitar una división judicial, infracción que causa indefensión y contraviene el sentido literal del artículo 1.057 del CC; dictándose auto de fecha 28 de Julio de 2015, que desestima el recurso de reposición, entendiéndose que se pueden plantear en la propia vista cuestiones relativas a la formación del inventario.

6º.- Que con fecha 4 de Septiembre de 2015 la representación de D. Severiano solicita el DESISTIMIENTO y abandono de la pretensión, petición que es rechazada mediante providencia dictada con fecha 6 de octubre de 2015 al mantener la parte demandada su interés en la demanda. Que con fecha con fecha 20 de Octubre de 2015, la representación de D. Severiano interpone recurso de reposición contra la citada providencia, que es desestimado mediante auto de fecha 13 de noviembre de 2015.

7º.- Que con fecha 4 de noviembre de 2015, la representación de D. Severiano vuelve a interesar la NULIDAD RADICAL Y DE PLENO DERECHO DEL PROCEDIMIENTO Y ACTUACIONES PRACTICADAS, la cual fue inadmitida mediante providencia de fecha 6 de Noviembre de 2015



8º.- Que en el acto de la vista, celebrada con fecha 17 de Septiembre de 2018, la representación de D. Severiano manifestó y reiteró la infracción procedimental denunciada y constitutiva de nulidad de actuaciones por la conculcación de la norma esencial del procedimiento instado del art. 1.057 del CC, y no realización por el contador partidor dativo de las operaciones particionales de la herencia, entre las cuales está la formación del inventario.

TERCERO.- El artículo 1.057 párrafos 2º y 3º del CC, establece:

"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".

La figura del contador partidor dativo ha sido introducida por la reforma operada en el Código Civil, por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, la cual vino a paliar los graves inconvenientes derivados de la exigencia de unanimidad para efectuar la partición hereditaria, cuando el propio testador no la había hecho ni había instituido quién la efectuara. No obstante, la STS de 20 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8090) alude a la "poca atención normativa que presta a la figura del contador-partidor", y la STS de 19 de febrero de 1993 (RJ 1993, 996) que habla de "orfandad normativa".

La necesidad de intervención judicial para el nombramiento del contador-dativo y para la aprobación, en su caso, de la partición por éste efectuada, origina dudas sobre la naturaleza del cargo, y concretamente sobre si la partición efectuada por el contador es judicial o extrajudicial, con los muy diversos efectos y consecuencias que una y otra producen. A tal respecto, la colocación sistemática del precepto destinado a regular esta figura, revela que el contador dativo es en todo igual al que el mismo causante pudo nombrar en su testamento, y participa de la misma naturaleza y características. En realidad, el primer inciso del párrafo 2º del art. 1.057 del Código Civil, al describir los supuestos de hecho que habilitan para solicitar el nombramiento ("no habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo") viene a demostrar que el Juez al officiar el cargo suple o integra la voluntad del causante que, sin haber efectuado un nombramiento expreso, tampoco prohíbe que la partición de su herencia sea realizada por un tercero. Por tanto, el contador dativo se configura como el tercero independiente a los herederos con las únicas funciones de efectuar la partición de la herencia, lo que constituye un acto unilateral, no necesitado de asentimiento, adhesión o consentimiento de los herederos, a cuya figura se ha de aplicar todo el estatuto que doctrinal y jurisprudencialmente se ha construido para el contador testamentario. Siendo así que el Auto del Juez que decide sobre la aprobación de las operaciones particionales solo puede enjuiciar la concurrencia de los presupuestos habilitantes del nombramiento, la regularidad del procedimiento y el mantenimiento del contador dentro del ámbito de sus facultades, esto es, la no extralimitación en el ejercicio de su función - SAP de Pontevedra, Sección 1ª, núm. 120/2014 de 1 abril (AC 2014\1259)-.

Así, para el AAP de Ciudad Real, Sección 1ª, núm. 98/2001 de 12 noviembre (JUR 2002\31802), la instauración de la figura del contador-partidor dativo a raíz de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, implica la posibilidad de llenar el vacío producido por la falta de nombramiento de contador testamentario, o de la ineffectividad del cargo, lo que va a suponer que en tales casos no sea estrictamente necesaria una partición unánimemente convenida por los herederos, pues será ya factible la designación de un tercero que efectúe las operaciones particionales, con el fin de que cese la indivisión hereditaria, sin perjuicio del ejercicio de las diversas acciones que protegen los derechos de los coherederos en la partición. La colocación sistemática del precepto destinado a regular esta figura, revela que el contador dativo es en todo igual al que el mismo causante pudo nombrar en su testamento y participa de la misma naturaleza y características; en realidad, el primer inciso del párrafo 2º del artículo 1.057 del Código Civil, al describir los supuestos de hecho que habilitan para solicitar el nombramiento ("no habiendo testamento, contador partidor en el designado o vacante el cargo") viene a demostrar que el juez al officiar el cargo suple o integra la voluntad del causante que, sin haber efectuado un nombramiento expreso, tampoco prohíbe que la partición de su herencia sea realizada por un tercero. De ahí que, cuando del tenor del testamento o del conjunto de sus cláusulas se derive una voluntad contraria del testador a la actuación de un contador partidor, no sea posible el nombramiento por el juez. Esto es, el testador puede preservar la regla de unanimidad de los coherederos en la partición, (vid artículo 1.059 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), mas ya no son los herederos los titulares de un derecho a mantener a todo trance, la referida regla de la unanimidad. Por tanto, el contador dativo se configura como el tercero independiente a los herederos con las



únicas funciones de efectuar la partición de la herencia, lo que constituye un acto unilateral, no necesitado de asentimiento, adhesión o consentimiento de los herederos, a cuya figura se ha de aplicar todo el estatuto que doctrinal y jurisprudencialmente se ha construido para el contador testamentario. Lo dicho, por lo demás se compagina con la índole y naturaleza del procedimiento judicial que se sigue tanto para el nombramiento como para la aprobación, procedimiento que no es otro que el correspondiente a los actos de jurisdicción voluntaria, tendente por tanto a integrar una determinada relación jurídica, sin efectuar definitiva declaración de derechos, para lo que se requiere la incoación y prosecución del correspondiente juicio ordinario... la finalidad de esta figura es la de romper la inflexibilidad del principio de unanimidad en la partición, lo que se logra mediante la designación de un tercero encargado únicamente de esa función, y que este tercero actúa con las mismas facultades y autoridad que el contador testamentario, y a ello se une la naturaleza del procedimiento judicial en que se le designa y se examina el resultado de su labor, al Auto del juez que decide sobre la aprobación de las operaciones particionales solo puede enjuiciar la concurrencia de los presupuestos habilitadores del nombramiento, la regularidad del procedimiento y el mantenimiento del contador dentro del ámbito de sus facultades, esto es, la no extralimitación en el ejercicio de su función. Así, el control judicial que supone la aprobación se extenderá: 1º.- al examen de la concurrencia de los Presupuestos procesales, 2º.- a la constatación de la legitimación para instar el nombramiento, comprobando que la solicitud venga deducida por quienes tengan la cualidad de herederos cuyo interés represente al menos el 50 % del haber hereditario partible, esto es descontadas, en su caso, las deudas y las atribuciones singulares de bienes efectuadas por el testador, 3º.- la determinación de si la operación particional hecha por el contador se mantiene dentro de la idea general de la partición hereditaria, consistente en la fijación del caudal relicto, de las cargas que lo graven o disminuyan, y la fijación de lotes con los que pagar a cada coheredero la parte que en la herencia le corresponda, y 4º.- la realización de la partición dentro del plazo señalado al efecto, o en su defecto en el de un año artículo 904 del Código Civil. En definitiva la aprobación judicial efectuada en el expediente de jurisdicción voluntaria tiene el carácter y naturaleza de un control negativo, de un veto, pues la partición hecha por el contador regularmente nombrado es válida ex nunc, desde que se realiza, pues no es un proyecto de partición lo que se presenta sino un partición consumada, si bien queda supeditada su perfección y plena eficacia a la autorización o aprobación, mas esta, por su carácter limitado, no purifica los vicios o defectos que puedan concurrir en la operación divisoria, ni consume, ni aborta las acciones de impugnación, de nulidad, de rescisión de complemento. Que el coheredero agraviado desee ejercitar. En definitiva, se trata con este procedimiento de salir de manera rápida y sencilla de la indivisión, evitando la dilación y coste de los juicios sucesorios, sin perjuicio de las acciones de impugnación. Con ello se cesa "de momento" en la comunidad, quedando a salvo el recurso al juicio ordinario".

Igualmente, para el AAP de A Coruña, Sección 4ª, de 30 marzo 2000 (AC 2000\1084), la propia finalidad o "ratio legis" de la figura del contador-partidor dativo introducida por la Ley de reforma del Código Civil 11/1981, trató "de evitar o reducir los problemas inherentes a las impugnaciones" - STS de 30 de marzo de 1990-, o, en otras palabras, "el legislador español pretende establecer un procedimiento rápido para la división del haber hereditario, ante los inconvenientes que resultan de la partición efectuada por los coherederos interesados (art. 1.058 del CC) que, por tener carácter contractual, requiere acuerdo unánime de todos ellos - SSTS de 21 de enero de 1907, 7 de noviembre de 1935 [RJ 1935, 2168], 7 de enero de 1949 [RJ 1949, 3], 28 de enero de 1964 [RJ 1964, 392], 25 de febrero de 1966 [RJ 1966, 852], 9 de mayo de 1968 [RJ 1968, 3721], 3 de julio de 1969, 18 de febrero de 1987 [RJ 1987, 715], 15 de febrero de 1996 [RJ 1996, 1406], etc.-, y que, por lo tanto, puede verse abocada al fracaso por la mala fe de alguno de dichos herederos, que se mantiene contrario a su aprobación, e igualmente para evitar los dilatados trámites de las testamentarias judiciales, que demoran considerablemente la partición del caudal relicto de los causantes de las herencias (art. 1.059 del CC). Es más, esta figura está incluida en el art. 1.057 en defecto de partición hecha por el testador (art. 1.056) y de contador-partidor testamentario, pero parificado o al mismo nivel que éste en sus funciones y efectos, aunque precise del complemento de la aprobación judicial cuando no se logre la aceptación expresa de todos los herederos y legatarios. Pero esto no convierte la partición realizada en una de tipo judicial. En este sentido le sería predicable a la partición dativa aprobada legalmente la misma doctrina que a la efectuada por un contador-partidor testamentario, en orden a que "equivale a la hecha por el testador y debe ser respetada - STS de 25 de abril de 1963 [RJ 1963, 1996]-, no precisando el consentimiento de los interesados al no tener carácter contractual - STS de 17 de junio de 1963 [RJ 1963, 3330]-, a diferencia de la hecha por los coherederos - STS de 18 de febrero de 1987-, o como se dice en la sentencia de esta SAP de A Coruña, Sección 4ª, de 22 de junio de 1998 (también sobre partición por contador testamentario), tiene la misma fuerza de obligar para los interesados, los cuales forzosamente habrán de pasar por ella mientras no sea anulada o rescindida por causa apropiada, sin más salvedad que la del último párrafo del art. 1.057 y la intervención del cónyuge viudo en la liquidación de la sociedad de gananciales.

Y siguiendo la SAP de Salamanca, Sección 1ª, núm. 45/2013 de 5 febrero (AC 2013\680), "realizar la partición" (cfr. artículo 1.057) comprende las operaciones de inventario, avalúo, liquidación, división



y adjudicación de los bienes hereditarios. El desempeño del cargo de contador-partidor comprende la presentación de un cuaderno particional, con independencia de su contenido, pues el contador-partidor, cualquiera que sea el origen de su nombramiento (artículo 1.057 del Código Civil), tiene como función el practicar las operaciones divisorias del caudal, operaciones divisorias que contendrán, según el artículo 786 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la relación de los bienes que formen el caudal partible, el avalúo de todos los bienes comprendidos en esa relación y la liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes - STS de 18 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2483)-. Es necesario, por tanto, que la partición documentada en el cuaderno particional sea factible, esto es, que, con independencia de su aceptación o confirmación por los herederos, - que pueden no estar de acuerdo con la partición efectuada por el contador-partidor y desear impugnarla-, se trate de una partición que pueda llevarse a cabo partiendo de las diferentes operaciones particional que en el cuaderno se documenten.

Efectivamente, como dice la SAP de Madrid, Sección 20ª, de 22 enero 2014 (JUR 2014\63665), recuerda la jurisprudencia que la partición hecha por el contador-partidor equivale a la hecha por el propio testador y ha de ser respetada, no precisando para su validez o eficacia del consentimiento de los interesados - SSTS de 25 de abril de 1963, 17 de junio de 1963 y 4 de noviembre de 1967). Sobre ello, la resolución de 10 de enero de 2012 de la Dirección General de los Registros y del Notariado expresa que la partición de herencia hecha por el contador-partidor produce, per se, los efectos previstos en el artículo 1.068 del Código Civil y, tal y como ha tenido oportunidad de declarar en reiteradas ocasiones este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 27 de diciembre de 1982, 19 de septiembre de 2002, 21 de junio de 2003, 13 de octubre de 2005 y 20 de julio de 2007) no requiere el consentimiento de los herederos, aunque éstos sean legitimarios, siempre que actúe dentro del ámbito de su competencia o de sus funciones (funciones que se concretan en la "simple facultad de hacer la partición" -cfr. artículo 1.057 del Código Civil). Por eso, salvo que haya mediado extralimitación del partidor testamentario, la eficacia de la partición nunca precisa del consentimiento de los herederos o legatarios afectados.

En consecuencia, se entiende que la aprobación de las operaciones particionales tan sólo deberá tener en cuenta la concurrencia de los presupuestos que dan validez al nombramiento del contador, el cumplimiento de los requisitos del procedimiento y que en el ejercicio de sus funciones la persona que ha decidido la partición no ha incurrido en extralimitación de clase alguna. Este criterio fue seguido por distintas Audiencias Provinciales - AAP de Ciudad Real de 31 de enero de 1994; A Coruña, Sección 4ª, de 30 marzo 2000 (AC 2000\ 1084) de 30 de marzo de 2000; Valencia de 16 de enero de 2003; Valladolid de 17 de noviembre de 2003, y León, Sección 2ª, núm. 12/2005 de 17 febrero (JUR 2005 \76728), de 17 de febrero, citados en el AAP de Vizcaya, Sección 4ª, núm. 100/2011 de 17 febrero (JUR 2011\304435); así como el AAP de Cantabria, Sección 3ª, núm. 198/2002 de 5 abril (JUR 2002\164029)-. Añade el citado AAP de León, Sección 2ª, núm. 12/2005 de 17 febrero (JUR 2005\76728), que cualquiera que se sienta perjudicado y puesto que la resolución judicial se dicta en un expediente de jurisdicción voluntaria, que no produce excepción de cosa juzgada, podrá impugnarla en procedimiento aparte.

En cualquier caso, como señala el AAP de Vizcaya, Sección 4ª, núm. 100/2011 de 17 febrero (JUR 2011\304435), resulta inaplicable al caso el artículo 1.817 de la LEC 1881, en el entendimiento que los trámites que se contemplan, pese a lo sucinto de los mismos, son los específicos del propio artículo 1.057 del Código Civil y se agotan con los mismos -al igual que acaece en otros supuestos que pueden encuadrarse dentro de la jurisdicción voluntaria pero no estrictamente dentro del ámbito de los trámites que se regulan en los artículos 1811 y siguientes de la LEC de 1881, como el del artículo 1.178 del Código Civil o el del artículo 38 de la Ley del Contrato del Seguro-, cuando establece la facultad de promover el nombramiento de contador partidor dativo, cuando no hay testamento, contador partidor en él designado o vacante el cargo, a los herederos o legatarios que representan, al menos, el 50 por ciento del haber hereditario, y en ese caso dicho nombramiento según las reglas de la LEC para la designación de peritos, a cuyo efecto deben ser citados los demás interesados si su domicilio fuere conocido. Y siendo que la partición realizada por el contador partidor dativo precisa de la aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios, de aceptarse que la oposición del interesado puede paralizar el trámite y hacerlo contencioso, desnaturalizaría la propia finalidad del precepto, como señala la doctrina, cual es paliar el severo criterio del Código Civil cuando en sus artículos 1.058 y 1.059 exige la unanimidad de los herederos para la práctica de la partición, por lo que es sumamente fácil en la práctica provocar un pleito de testamentaria por uno de los herederos en perjuicio de gastos y molestias para el resto, evitando en lo posible el juicio de testamentaria, actualmente denominado de división judicial de la herencia, en los casos en los que los herederos no llegan a un acuerdo en la forma de efectuar por si mismos la partición cuando no existe contador partidor designado por el testador, por unos trámites que tienen una diferencia fundamental con los de la división judicial de la herencia, cual es que el contador partidor es nombrado por el Juez y no por la Junta, así como en orden a la aprobación judicial de la partición que no será necesaria en el caso del trámite del artículo 1.057 del Código Civil, cuando todos los herederos



se muestran conformes con la misma. Y así, el propio artículo 782 de la LEC permite a cualquier coheredero o legatario de parte alícuota reclamar la división judicial de la herencia, siempre que ésta no deba efectuarla un comisario o contador partidador designado por el testador, por acuerdo entre los herederos "...o por resolución judicial". Lo que se entiende una clara referencia al supuesto del artículo 1.057, párrafo 2º del Código Civil. En similares términos se expresa el AAP de Álava, Sección 2ª, núm. 69/2006 de 13 noviembre (JUR 2007\105084), para el cual, semejante idea -aceptarse que la oposición del interesado puede paralizar el trámite y hacerlo contencioso- no solo pugna con la literalidad del precepto citado, que quedaría vacío de contenido y eficacia, sino directamente con la doctrina y la jurisprudencia patrias, que señalan el carácter supletorio o subsidiario de la vía judicial, respecto de la partición llevada a cabo por el propio testador, o por acuerdo de los herederos o por un contador partidador testamentario, convencional o judicial, de modo que, de hallarse en estos supuestos, no cabe impetrar la acción de los órganos jurisdiccionales. Incluso algunos autores han entendido que la designación de un contador partidador en el testamento ha de ser considerada una prohibición tácita y temporal de la posibilidad de partir la herencia por otras vías, de lo que resulta que, habiendo contador partidador designado y mientras su nombramiento se encuentre vigente, los herederos no pueden acudir al procedimiento judicial de división, pues, de admitirse dicha posibilidad, se estaría prescindiendo de forma ilegítima de la finalidad y voluntad testamentaria del causante al efectuar tal nombramiento -vid. AAP de A Coruña, Sección 4ª, de 16 de junio de 2003-. En el mismo sentido se expresa el AAP de Valencia, Sección 11ª, núm. 8/2003 de 16 enero (JUR 2003\102014)

CUARTO.- Expuesto lo anterior, no cabe duda que la solicitud presentada por la representación de D. Severiano tiene como finalidad el nombramiento por el Juez de un contador-partidor en base al párrafo segundo del art 1.057 del CC -" *EXPEDIENTE DE NOMBRAMIENTO DE CONTADOR-PARTIDOR DATIVO*"-, concurriendo los presupuestos establecidos en dicho precepto, como son la inexistencia de testamento, y la petición por parte de un heredero que representa, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario; no debiéndose confundir dicha petición con la que compete a todo heredero para solicitar la división de la herencia por los trámites de los arts. 782 y siguientes de la LEC -el procedimiento de división judicial de la herencia nada tiene que ver con la petición formulada por el hoy apelante-.

Y dicha solicitud es claramente una alternativa u opción al mismo y ha de seguir los trámites de los actos de jurisdicción voluntaria, siendo claro que el art 782 de la LEC excluye la aplicación del proceso especial para la división judicial de la herencia a los supuestos en los que esta no ha de realizarse judicialmente sino por un comisario contador-partidor que haya sido designado directamente por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por resolución judicial, tal y como se colige del término "siempre que" del precitado precepto -AAP de Madrid, Sección 10ª, de 1 de junio de 2002 (JUR 2002\209490)-. Parafraseando el AAP de Guipúzcoa, Sección 2ª, de 9 noviembre 1999 (AC 2000\1), en virtud de lo dispuesto en el art. 1.057 del Código Civil en su párrafo segundo, se concede el ejercicio de la facultad de pedir el nombramiento de un contador-partidor dativo, excluyendo por lo tanto la posibilidad de que los demás inicien el juicio de testamentaría. Si no quedase excluida esa posibilidad el párrafo segundo del art. 1.057 del Código Civil perdería prácticamente una de sus más importantes funciones, que es precisamente, la de evitar un juicio de testamentaría largo y costoso. Dado lo universal del juicio de testamentaría, para la legislación española es un procedimiento al que se debe de recurrir en último extremo, procedimiento al que sólo se debe acudir en últimas y contadas ocasiones. El juicio de testamentaría, tal y como está articulado en la Ley Rituaria, es un procedimiento largo y costoso, pudiéndose pasar mucho tiempo sin que se solucionen los problemas hereditarios durante muchos años... El de contador-partidor dativo, en virtud de lo dispuesto en el art. 1.057 del Código Civil y su reforma en la Ley 11/1981, de 13 de julio, tiene gran utilidad, porque puede evitar y evita el juicio de testamentaría, incluso en los casos de ausencia de partición del testador y de contador-partidor designado. La doctrina es unánime en este sentido... En la partición del contador-partidor dativo no se reduce ninguna de las garantías de los afectados. Pero puede ser que con esta designación se reduzca la posibilidad de que la testamentaría llegue a ser litigiosa, y se ahorren cuantiosos gastos que se producen con los juicios de testamentarías. Igualmente, para el AAP de Sevilla, Sección 6ª, de 18 de octubre de 2018 (ROJ: AAP SE 2072/2018-ECLI:ES:APSE:2018:2072A), 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 de contador-partidor dativo no podrá promoverse el juicio para la división judicial de la herencia.

Por todo ello, procede estimar el recurso de apelación formulado por el solicitante de este expediente de jurisdicción voluntaria, revocando la sentencia dictada con fecha 17 de septiembre de 2018, declarando la nulidad de todas las actuaciones posteriores a la providencia dictada con fecha 1 de diciembre de 2014, debiéndose continuar con el trámite del expediente conforme a lo prevenido en el art 1.057 párrafo segundo del CC, convocándose a los interesados a comparecencia para el nombramiento del contador partidador en la forma prevista para la designación judicial de peritos, que en defecto de acuerdo entre los interesados, lo debe



ser conforme a lo establecido en el artículo 341 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hasta, en su caso, llegar a la aprobación judicial del cuaderno particional.

QUINTO.- Como consecuencia de la estimación del recurso de apelación, no procede hacer expresa imposición de las costas procesales.

SEXTO.- Igualmente, procede la devolución del depósito constituido para el recurso de apelación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial

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

III.- F A L L A M O S

Que estimando el recurso de apelación formulado por la representación de D. Severiano , frente a Dña. Coro , contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número 87 los de Madrid, con fecha 17 de septiembre de 2018, debemos acordar y acordamos revocar la misma, declarando la nulidad de todas las actuaciones posteriores a la providencia dictada con fecha 1 de diciembre de 2014, debiéndose continuar con el trámite del expediente conforme a lo prevenido en el art 1.057 párrafo segundo del CC, convocándose a los interesados a comparecencia para el nombramiento del contador partidador en la forma prevista para la designación judicial de peritos, que en defecto de acuerdo entre los interesados, lo debe ser conforme a lo establecido en el artículo 341 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hasta, en su caso, llegar a la aprobación judicial del cuaderno particional; sin hacer expresa imposición de las costas procesales de la presente alzada.

Igualmente, procede la devolución del depósito constituido para el recurso de apelación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial

MODO DE IMPUGNACION DE ESTA RESOLUCIÓN: Contra esta sentencia cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.