



Roj: **AAP M 7044/2019 - ECLI:ES:APM:2019:7044A**

Id Cendoj: **28079370122019200112**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **12**

Fecha: **12/12/2019**

Nº de Recurso: **421/2019**

Nº de Resolución: **288/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANA MARIA OLALLA CAMARERO**

Tipo de Resolución: **Auto**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Duodécima

C/ Santiago de Compostela, 100, Planta 3 - 28035

Tfno.: 914933837

37007750

N.I.G.: 28.079.00.2-2017/0167562

Recurso de Apelación 421/2019

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 47 de Madrid

Autos de División Herencia 863/2017

DEMANDANTE/APELANTE: Dª Fátima

PROCURADOR: D. JUAN BOSCO HORNEDO MUGUIRO

DEMANDADO/APELADO: D. Rodrigo , Dª Gabriela y Dª Gloria

PROCURADOR: Dª ANA MARÍA ALONSO DE BENITO

PONENTE ILMA. SRA. Dª ANA MARÍA OLALLA CAMARERO

AUTO Nº 288

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

Dª ANA MARÍA OLALLA CAMARERO

D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO

Dª MARÍA JOSÉ ROMERO SUÁREZ

En Madrid, a doce de diciembre de dos mil diecinueve.

La Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto la apelación de auto acordando archivo de las actuaciones, dictado en autos de División Herencia 863/2017 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 47 de Madrid, a los que ha correspondido el rollo 421/2019, en los que aparece como parte demandante-apelante Dª Fátima , representada por el Procurador D. JUAN BOSCO HORNEDO MUGUIRO, y como parte demandada-apelada D. Rodrigo , Dª Gabriela y Dª Gloria , representados por la Procuradora Dª ANA MARÍA ALONSO DE BENITO.

VISTO, siendo Magistrada Ponente **Dª ANA MARÍA OLALLA CAMARERO**

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Seguido el juicio por sus trámites legales ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 47 de Madrid, por el mismo se dictó auto con fecha 29 de marzo de 2019, cuya parte dispositiva dice: "Se acuerda el ARCHIVO del presente procedimiento en el estado en que se encuentra, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas del mismo."

Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de Dª Fátima se interpuso recurso de apelación alegando cuanto estimó oportuno. Admitido el recurso se dio traslado a la parte contraria que se opuso, y previos los oportunos trámites, se remitieron las actuaciones a este Tribunal, ante el que han comparecido los litigantes, sustanciándose el procedimiento en la forma legalmente establecida y señalándose para la deliberación, votación y fallo del mismo el día 13 de noviembre de 2019, en que ha tenido lugar lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En la demanda que dio inicio a las actuaciones, se ejercitaba por Dª Fátima , acción conjunta de liquidación de la sociedad ganancial y la división judicial de la herencia de Dª Paulina .

De los demandados Dª Gabriela y Dª Gloria , y D. Rodrigo , este último formuló recurso de reposición contra el decreto de admisión de la demanda, sosteniendo la existencia de litispendencia, pues existía un contador partidario dativo designado notarialmente, recurso que fue desestimado por decreto de 5/11/18.

El 24/1/19 se presentó por D. Rodrigo escritura partición de herencia efectuada por el contador partidario dativo aprobada notarialmente, en virtud de expediente notarial incoado con anterioridad al procedimiento judicial, tramitación que fue aceptada por todos los herederos demandados Dª Gabriela y Dª Gloria , y D. Rodrigo , pero no por la demandante, por lo que el notario en cumplimiento del art. 66 de la Ley del notariado procedió a aprobar la partición con comunicación a la disidente, por lo que solicitaba el archivo del presente procedimiento, dado que la partición producía todos sus efectos, lo que acordó la Juzgadora de Primera Instancia por auto de fecha 29/3/19, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 782. 1 de la ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), por haber designado la testadora contadores partidarios.

SEGUNDO.- 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- partidario 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-partidario 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".

Por su parte el párrafo segundo del artículo 1057 del Código Civil "no habiendo testamento, contador-partidario 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-partidario 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".

El art. 6.1, I LJV establece que: "Cuando se tramiten simultáneamente dos o más expedientes con idéntico objeto proseguirá la tramitación del que primero se hubiese iniciado y se acordará el archivo de los expedientes posteriormente incoados", y según el art. 19.3, I LJV: "Resuelto un expediente de jurisdicción voluntaria y una vez firme la resolución, no podrá iniciarse otro sobre idéntico objeto, salvo que cambien las circunstancias que dieron lugar a aquél. Lo allí decidido vinculará a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexos a aquél". Ambos preceptos, aunque estén recogidos en la LJV, se aplican a las actuaciones notariales y registrales en aquellas materias en las que la competencia les venga atribuida en concurrencia con los letrados de la Administración de Justicia.

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, soliciten el nombramiento por el Notario de contador-partidario dativo, no podrá promoverse el juicio para la división judicial de la herencia. Y este 50% es claro que concurre en el supuesto de autos, visto las disposiciones testamentarias en las que las tres hijas son herederas y el cónyuge usufructuario,



acudiendo al expediente notarial dos de las herederas y el viudo de la causante. Y puesto que el expediente notarial fue iniciado y resuelto con anterioridad al actual procedimiento judicial, procede el sobreseimiento de este último.

Lo que nos lleva a la confirmación de la resolución apelada con desestimación del recurso.

TERCERO.- Las costas de Primera Instancia fueron impuestas a la recurrente, y son objeto de impugnación en la apelación, y puesto que existió un procedimiento judicial en el 2017 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº33 de Madrid, previo al expediente notarial, en el que se solicitaba por la actual recurrente la división de herencia, aun cuando se acordó respecto del mismo el sobreseimiento, aquietándose D^a Fátima al mismo, para interponer la división judicial que nos ocupa, se nos plantean dudas respecto a la oportunidad procesal de los litigantes, en cuanto al seguimiento de los procedimientos judicial y notarial, y la confusión surgida por las simultaneas actuaciones. Y aun cuando debemos atenernos a esta división judicial a la hora de establecer la preferencia respecto del expediente notarial, no debemos ignorar estas circunstancias de expedientes previos archivados y la similitud en las fechas en las que paralelamente se siguieron los expedientes judicial y notarial, determinando la no imposición de costas en ambas instancias.

Vistos los preceptos legales citados y demás generales de pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

- 1.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a Fátima contra el auto dictado el 20 de marzo de 2019 por el Juzgado de Primera Instancia nº 47 de Madrid, en autos de División de Herencia nº 863/2017 del que este rollo dimana.
- 2.- Confirmamos la resolución recurrida.
- 3.- Sin imposición de costas en ambas instancias.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15^a de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Contra la presente resolución no cabe recurso.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su conocimiento y efectos.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los/as Ilmos./as. Sres./as. Magistrados arriba reseñados.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe