



Roj: **SAP PO 858/2020 - ECLI:ES:APPO:2020:858**

Id Cendoj: **36038370012020100292**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **28/05/2020**

Nº de Recurso: **119/2020**

Nº de Resolución: **261/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MANUEL ALMENAR BELENGUER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00261/2020

Modelo: N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

Teléfono: 986805108 **Fax:** 986803962

Correo electrónico:

Equipo/usuario: PA

N.I.G. 36038 42 1 2013 0000749

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000119 /2020

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: DIH DIVISION HERENCIA 0000209 /2013

Recurrente: Leoncio

Procurador: PEDRO ANTONIO LOPEZ LOPEZ

Abogado: JUAN RAMIRO AGRA REQUEIJO

Recurrido: María

Procurador: PEDRO SANJUAN FERNANDEZ

Abogado: JESUS GARCIA BERNARDO

Rollo: 119/2020

Asunto: División Judicial Herencia

Número: 209/2013

Procedencia: Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Vilagarcía de Arousa

Ilmos. Sres. Magistrados

D. Francisco Javier Menéndez Estébanez

D. Manuel Almenar Belenguer

Dña. María Begoña Rodríguez González



LA SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, INTEGRADA POR LOS MAGISTRADOS ANTERIORMENTE EXPRESADOS,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

S E N T E N C I A nº261/20

En Pontevedra, a veintiocho de mayo de dos mil veinte.

Visto el rollo de apelación seguido con el núm. 119/2020, dimanante de los autos de división judicial de herencia incoados con el núm. 209/2013, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Pontevedra, siendo apelante el demandado **D. Leoncio**, representado por el procurador Sr. López López y asistido por el letrado Sr. Agra Requeijo, y apelada la demandante **DÑA María**, representada por el procurador Sr. Sanjuan Fernández y asistida por el letrado Sr. García Bernardo. Es Ponente el Ilmo. Sr. D. **Manuel Almenar Belenguer**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 23 de octubre de 2019 se pronunció por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Pontevedra, en los autos de división judicial de herencia de los que deriva el presente rollo de apelación, sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada, decía:

" Desestimo la impugnación a las operaciones particionales realizadas por el Contador D. Secundino , formulada por la representación procesal de D. Leoncio , representado por la Procuradora Dña. Susana Tomás Abal y en consecuencia procede aprobar las mismas. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada ."

SEGUNDO.- Notificada la citada resolución a las partes, por la representación del demandado se formuló recurso de apelación en virtud de escrito presentado el 13 enero de 2020 y por el que se interesó que, previos los trámites legales, se dictase sentencia por la que, acogiendo el recurso, se revoque la recurrida y se resuelva:

1º Se adjudique al recurrente, en concepto de heredero, la siguiente finca, que en la partición viene siendo adjudicada a Dª María :

"3.- La mitad de la urbana, formada por vivienda con una superficie aproximada de 98 metros cuadrados, con zona de buhardilla lóbrega de 98 metros cuadrados aproximados enclavada en una parcela situada en el término municipal de Pontevedra, en el lugar de RUA000 Sata Margarita, parroquia de DIRECCION000 , Referencia catastral: NUM000 . Se corresponde con el nº 3 del inventario. Su valor 20.500,00 €."

1º Se adjudique a Dª María la finca descrita en el inventario como número 5, que en la partición ha sido adjudicada al recurrente:

"La propiedad de la finca RÚSTICA denominada " DIRECCION001 " de unos 400 metros cuadrados de superficie aproximada sita en el lugar de DIRECCION002 , Pontecaldelas: Inscrita en el Registro de la Propiedad de Pontecaldelas como finca registral número NUM001 . Su valor 26.000,00 €. Con las compensaciones en metálico que correspondan por la diferencia de valor de las respectivas fincas".

O, subsidiariamente, se proceda a la adjudicación a Dª María de la compensación en metálico que corresponda a la adjudicación de la finca del inventario nº 3 al recurrente.

TERCERO.- Del referido recurso se dio traslado a la parte demandante, que en virtud de escrito presentado el 27 de enero de 2020 se opuso al mismo e interesó su desestimación, con imposición de costas al recurrente, tras lo cual con fecha 13 de febrero de 2020 se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial para la resolución del recurso, turnándose a la Sección 1ª, donde se acordó formar el oportuno rollo de apelación y se designó Ponente al magistrado Sr. Almenar Belenguer, que expresa el parecer de la Sala.

CUARTO.- En la sustanciación del recurso se han observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento de la cuestión debatida.

1.- Son antecedentes fácticos de interés para la correcta resolución del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia los siguientes:



1º D. Felix , nacido el NUM002 /1942, falleció en fecha 16/07/2011, en estado de casado en segundas nupcias con Dña. María , con la que había contraído matrimonio el 19/11/2011, quedando un hijo de su primer matrimonio, llamado D. Leoncio .

2º El fallecimiento se produjo bajo testamento abierto otorgado en fecha 23/06/2011, ante la notaria Sra. Jiménez Hernández, con residencia en Pontecaldelas, y en el que, entre otras disposiciones, establecía:

" **SEGUNDA.-** *Lega a su esposa Doña María los siguientes bienes:*

- Vivienda sita en Pontevedra, CALLE000 , número NUM003 .

- *La finca rústica sita en Pontevedra, perteneciente al testador.*

- La NUM009 planta y la planta NUM010 (almacén) de la construcción sita en PLAZA000 , NUM003 , que constituye la vivienda habitual del testador.

TERCERA .- *Lega a su hijo Don Leoncio :*

- La primera planta de la construcción sita en PLAZA000 , NUM003 .

- La finca rústica sita en Ponte Caldelas, Lugar de DIRECCION002 .

CUARTA : *Instituye herederos universales de todos sus bienes, derechos y acciones, por partes iguales, a esposa Doña María y a su hijo Don Leoncio , sustituidos, en caso de premoriencia, conmoriencia o incapacidad, por sus descendientes.*

QUINTA : *Deja reducidos a legítima a los herederos que no acepten, en todo o en parte, lo que dispone en este testamento. Y si por razón de lo dispuesto en este testamento, alguno de ellos no llevase cubierta su legítima, dispone que el complemento le sea abonado en metálico por quien o quienes deban satisfacerlo."*

3º Al no alcanzar un acuerdo amistoso sobre el reparto de la herencia, Dña. María presentó solicitud de inventario para la liquidación de la sociedad de gananciales y división de herencia del causante, frente a D. Leoncio , incoándose por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Pontevedra los autos núm. 84/2012, en los que, ante las discrepancias surgidas en la junta para formación de inventario, se convocó a las partes a juicio verbal, recayendo con fecha 18/09/2012 sentencia en virtud de la cual, estimando parcialmente las pretensiones de demandante y demandado sobre la propuesta de inventario formulada, se declaró por Dña. María , se declaró que los bienes que integraban el activo y el pasivo de la sociedad de gananciales y la herencia del difunto eran los siguientes:

a) Sociedad de gananciales:

- *Activo:* saldo de 1.343,79 € de la cuenta corriente...

- *Pasivo:* no consta.

b) Haber de la herencia:

- *Activo privativo:*

§ Urbana formada por vivienda de planta baja, primera y buhardilla, con terreno de 416 m2 aproximadamente, sita en CALLE000 núm. NUM003 - NUM004 , lugar de CASA000 , Pontevedra; referencia catastral NUM005 .

§ Urbana formada por terreno con vivienda compuesta de sótano, planta baja, terrazas y planta primera, sita en el BARRIO000 , en el núm. NUM003 de la PLAZA000 , Pontecaldelas; referencia catastral NUM006 ..

§ Rústica denominada " DIRECCION003 " , de unos 528 m2 de superficie aproximada, sita en el BARRIO000 , Pontecaldeas; referencia catastral NUM007 .

§ Rústica denominada " DIRECCION001 " , de unos 400 m2 de superficie aproximada, m sita en el lugar de DIRECCION002 , Pontecaldelas, inscrita en el Registro de la Propiedad de Pontecaldelas como finca registral núm. NUM001 .

§ Rústica denominada " DIRECCION004 " , de unos 1.879 m2 de superficie aproximada, sita en Mourente, Pontevedra; referencia catastral NUM008 .

§ Una mitad indivisa de la finca urbana formada por casa matriz, dependencias y terreno de su circundado, de unos 1.300 m2 de superficie aproximada, sita en el lugar de DIRECCION005 , Mourente, Pontevedra.

§ Dos panteones en el cementerio parroquial de Pontecaldelas.

§ Mobiliario, enseres y ajuar de la vivienda señalada en segundo lugar.



§ Saldo a fecha de fallecimiento de las cuentas bancarias bajo los números 13 a 19 de la propuesta de inventario y el restante de la incluida como ganancial; joyas y efectivo que obran en diligencia de 4 de julio salvo alianza con grabado a nombre de la esposa.

- *Pasivo privativo*: deudas relacionadas bajo los números 23 a 25 de la misma propuesta, así como con el ORAL.

2.- Firme dicha sentencia, mediante escrito presentado en fecha 27/02/2013, Dña. María promovió la división, liquidación y adjudicación del patrimonio hereditario de su difunto esposo, interesando la designación de contador-partidor que practique las operaciones divisorias del caudal hereditario, así como en su caso de perito o peritos que hayan de intervenir en el avalúo de los bienes, conforme a los arts. 784 y ss. LEC. Más concretamente, se argumentaba que. De los bienes, derechos y obligaciones que componen la herencia no " *deben ser objeto de valoración, liquidación ni adjudicación judicial aquellos bienes expresamente adjudicados por el difunto D. Felix en su testamento, ni tampoco los que los coherederos de común acuerdo se hayan adjudicado extraprocesalmente, ni los ya liquidados con cargo al haber hereditario* ".

3.- Seguido el procedimiento por sus trámites, se designó contador-partidor al letrado Sr. Secundino , que con fecha 07/01/2019 presentó el cuaderno particional en el que, una vez liquidada la sociedad de gananciales, se fijaba el caudal hereditario neto en 660.466,476 €, de los que correspondían:

- A la viuda Dña. María , por su cuota legítima como usufructuaria a la fecha de cálculo de la partición (41%), siendo la misma el usufructo de una cuarta parte del haber hereditario, la cantidad de 67.697,81 €.

- A la viuda Dña. María , por su participación en la herencia del causante, la cantidad de 425.387,57 €.

- Al hijo del causante, por su participación en la herencia, la cantidad de 236.387,57 €.

4.- Para el pago de los respectivos haberes y de conformidad con las disposiciones del testamento, el contador-partidor propuso:

1º Adjudicar a la viuda Dña. María :

a) *En concepto de legado*:

1.- **Urbana formada por vivienda de planta baja, primera y buhardilla**, con terreno de 416 m2 aproximadamente, sita en CALLE000 núm. NUM003 - NUM004 , lugar de CASA000 , Pontevedra; referencia catastral NUM005 . Valor: 120.000 €

2.- **Planta baja, que se correspondería con el sótano del edificio (almacén)** de una superficie de 239 m2 del edificio compuesto de sótano, planta baja, terrazas y planta primera, sita en el barrio de Portugalete, en el núm. 5 de la plaza de A Lama, Pontecaldelas; referencia catastral 12347NG4913S0001XK. Valor: 70.000 €.

3.- **Planta segunda, que se correspondería con la planta primera (239 m2), con bajo cubierta (93,00 me) del edificio** compuesto de sótano, planta baja, terrazas y planta primera, sita en el BARRIO000 , en el núm. NUM003 de la PLAZA000 , Pontecaldelas; referencia catastral NUM006 . Valor: 70.000 €.

4.- Rústica denominada " DIRECCION004 ", de unos 1.879 m2 de superficie aproximada, sita en Mourente, Pontevedra; referencia catastral NUM008 . Valor: 35.000 €.

b) *En concepto de heredera*:

5.- **La mitad indivisa de la mitad de la urbana**, formada por vivienda con una superficie aproximada de 98 m2, con zona de buhardilla lóbrega de 98 m2 aproximados, enclavada en una parcela de 978 m2 superficie aproximada, sita en Pontevedra, lugar de RUA000 -Santa Margarita, parroquia de DIRECCION000 ; referencia catastral NUM000 . Valor: 20.500 €.

6.- **La mitad indivisa de la rústica** denominada " DIRECCION003 ", de unos 528 m2 de superficie aproximada, sita en el lugar DIRECCION002 , en el BARRIO000 , Pontecaldelas; referencia catastral NUM007 . Valor: 15.000 €.

7.- **Un panteón** en el cementerio parroquial de Pontecaldelas. Valor: 5.000 €.

8. **Bienes muebles que se relacionan**: enseres, ajuar y depósitos por importe de 89.887,86 €.

c) Pasivo: **las deudas que se citan**, por un importe total de 793 € más la mitad de la que resulte con ORAL.

2º Adjudicar a D. Leoncio :

a) *En concepto de legado*:



1.- **La planta primera, que se correspondería con la planta baja del edificio**, de una superficie de 239 m², compuesto de sótano, planta baja, terrazas y planta primera, sita en el BARRIO000 , en el núm. NUM003 de la PLAZA000 , Pontecaldelas; referencia catastral NUM006 . Valor: 80.000 €.

2.- La propiedad de la finca rústica denominada " DIRECCION001 ", de unos 400 m² de superficie aproximada, sita en el lugar de DIRECCION002 , Pontecaldelas, inscrita en el Registro de la Propiedad de Pontecaldelas como finca registral núm. NUM001 . Valor: 26.000 €.

b) *En concepto de heredero:*

3.- **La mitad indivisa de la mitad de la urbana**, formada por vivienda con una superficie aproximada de 98 m², con zona de buhardilla lóbrega de 98 m² aproximados, enclavada en una parcela de 978 m² superficie aproximada, sita en Pontevedra, lugar de RUA000 -Santa Margarita, parroquia de DIRECCION000 ; referencia catastral NUM000 . Valor: 20.500 €.

4.- La mitad indivisa de la rústica denominada " DIRECCION003 ", de unos 528 m² de superficie aproximada, sita en el lugar DIRECCION002 , en el BARRIO000 , Pontecaldelas; referencia catastral NUM007 . Valor: 15.000 €.

5.- **Un panteón** en el cementerio parroquial de DIRECCION006 . Valor: 5.000 €.

6.- **Bienes muebles que se relacionan:** enseres, ajuar y depósitos por importe de 89.887,86 €.

c) Pasivo: **las deudas que se citan**, por un importe total de 793 € más la mitad de la que resulte con ORAL.

5.- El demandado D. Leoncio se opuso a las operaciones divisorias en lo concerniente a la adjudicación de la mitad indivisa de la mitad de la urbana formada por vivienda con una superficie aproximada de 98 m², con zona de buhardilla lóbrega de 98 m², enclavada en una parcela de 978 m², en RUA000 -Santa Margarita, parroquia de DIRECCION000 , Pontevedra, que también se adjudica, en la misma proporción y con el mismo valor, a Dña. María , argumentando:

1º D. Leoncio ya es propietario, por herencia de su abuela, del 50% de la referida finca y que, con la adjudicación que se hace en el cuaderno particional, pasaría a ostentar el 75% de una casa y finca que resulta indivisible.

2º Tal circunstancia, la indivisibilidad de la finca y su pertenencia a ambos herederos en las proporciones referidas, solo puede acarrear futuros conflictos.

3º Para evitar esta situación se propone modificar el cuaderno particional en el sentido de que se adjudique a D. Leoncio la mitad de la citada finca urbana y a Dña. María la propiedad de la finca rústica denominada " DIRECCION001 ", de unos 400 m² de superficie aproximada, sita en el lugar de DIRECCION002 , Pontecaldelas, con las compensaciones en metálico que correspondan por la diferencia de valor de las respectivas fincas.

6.- Por su parte, no obstante resaltar que este motivo de oposición resulta extemporáneo al no haberse planteado en su momento, Dña. María no formula reparo en que se modifique el cuaderno particional, pero no en la forma que se propone de adverso y que entiende que no puede llevarse a cabo porque la finca " DIRECCION001 " constituye un legado del causante a D. Leoncio y ha de ser respetada su voluntad como máxima esencial de toda partición hereditaria, sino mediante la compensación a Dña. María con la adjudicación de dinero en efectivo por el importe de su valor, es decir, de la suma dineraria de 20.500 € procedentes de una de las cuentas bancaria del causante, con un saldo de 43.400 € y que, en lugar de repartirse por mitad, se le adjudicaría en cuantía de 42.200 € a Dña. María y en los 1.200 € restantes a D. Leoncio .

7.- Centrado así el debate, la sentencia analiza el motivo de oposición al cuaderno particional planteado por D. Leoncio y, si bien descarta que se haya formulado extemporáneamente, dado que no llegó a celebrarse formalmente la vista que hubiera podido determinar la preclusión del trámite, lo cierto es que, primero, el contador-partidor ha actuado con pleno respeto a la voluntad del testador, que expresamente legó a su hijo la finca rústica " DIRECCION001 "; segundo, la oferta de compensación dineraria formulada por Dña. María , no aceptada de contrario, " se entiende totalmente extemporánea teniendo en cuenta que tras la segunda presentación del cuaderno particional por el contador no se hizo impugnación alguna por su parte"; y, tercero, el contador se ha limitado a partir los bienes del difunto sin sobrepasar los límites establecidos en los arts. 1061 y 1062 CC, siguiendo la voluntad del causante, por lo que, dado que no existe acuerdo entre los herederos para esa compensación en metálico y que, existiendo bienes en la herencia, no puede imponerse a ninguno de los herederos que acepte o venda la parte de su herencia, desestima la impugnación de las operaciones particionales y, en consecuencia, aprueba el cuaderno particional presentado en sus propios términos.

8.- Disconforme con esta resolución, el impugnante D. Leoncio interpone recurso de apelación, reiterando las alegaciones realizadas en la instancia en el sentido de tratar de evitar la propiedad en proindiviso entre los dos únicos herederos por ser ello posible al existir bienes concretos en el caudal hereditario que permiten llevar a



cabo la partición en los términos propuestos, sin incurrir a la necesidad de entablar un nuevo pleito en el que ejercer la acción de división de cosa común ex arts. 400 y ss. CC. Subsidiariamente, se solicita que se proceda a adjudicar a Dña. María la compensación en metálico que corresponda a la adjudicación a D. Leoncio de la mitad de la finca urbana controvertida.

SEGUNDO.- La voluntad del testador como ley de la sucesión.

9.- De entrada, no es ocioso señalar que la regulación aplicable no viene dada por el Código Civil, sino que, como quiera que el causante tenía la vecindad civil gallega, hemos de estar a lo dispuesto en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, y, en particular, a los arts. 270 y ss., sin perjuicio de la aplicación supletoria de la normativa civil de acuerdo con el art. 1.3 de la citada Ley, y, por ende, de la doctrina jurisprudencial recaída en su interpretación, concretamente y respecto de la cuestión debatida, de los arts. 675 y 1.056 CC.

10.- Al regular las fórmulas a través de las cuales puede hacerse la partición o, dicho de otra manera, las distintas formas de partición, el art. 270 LDCG alude en primer lugar a la realizada por el propio testador, "en testamento u otro documento anterior o posterior a él". Y el art. 273 distingue entre la partición propiamente dicha y la adjudicación o distribución de bienes concretos, cuando establece que el testador "podrá hacer la partición de la herencia o realizar adjudicaciones de bienes y derechos determinados, sin perjuicio de las legítimas". Junto a la partición *strictu sensu* y la adjudicación de bienes y derechos concretos, el art. 275 contempla la posibilidad de ordenar en testamento "disposiciones particulares sobre la partición de la herencia que habrán de observarse al hacer la misma".

11.- Ni la asignación de bienes o derechos aislados ni la existencia de instrucciones o normas sobre cómo hacerla constituyen una verdadera partición, aunque en todo caso conviene recordar que la voluntad del testador es la ley de la sucesión, ya sea porque decidió que los bienes pasasen inmediatamente al dominio de los herederos tras el fallecimiento (verdadera partición), ya porque quiso que determinados bienes o derechos fuesen para determinado heredero o legatario, ya porque pretendió establecer pautas o criterios sobre inventario, avalúo, liquidación y división distributivas (v.gr. el pago de la legítima en metálico), pero asignaciones o normas o reglas que, en tanto que reflejan la voluntad del testador para que, cuando se lleve a cabo la partición, deban seguirse dichos criterios y, además, esos bienes reseñados o adjudicados se adjudiquen en la forma dispuesta por el testador, resultan de obligado cumplimiento sea para los partícipes sea para el contador partidor (cfr. art. 786.1 LEC y arts. 274 y 275 LDCG y arts. 675 y 1.056 CC).

12.- En el presente caso, la lectura del testamento otorgado por D. Felix revela que nos encontramos ante una verdadera y propia partición, y no ante la adjudicación de bienes aislados o determinados ni ante las normas para hacerla. Así se desprende, primero, del hecho de que el testador instituyó herederos universales de todos sus bienes, derechos y acciones, por partes iguales, a esposa Dña. María y a su hijo D. Leoncio, es decir, instituyó herederos y les atribuyó determinadas cuotas (50%); segundo, distribuyó entre ambos y les adjudicó por vía de legado los bienes inmuebles que integraban el patrimonio del causante, a salvo la mitad en proindiviso que le correspondía en una casa sita en la RUA000, Santa Margarita, Mourente (la otra mitad era propiedad de su hijo D. Leoncio, a título de herencia de su madre y primera esposa del causante), instituyéndole herederos a partes iguales respecto de los demás bienes, derechos y obligaciones; y, tercero, para evitar conflictos, el testador establece tanto la sustitución de los designados herederos, en caso de premoriencia, conmoriencia o incapacidad, por sus descendientes, prevé la reducción a la legítima de los herederos que no acepten lo que dispone el testamento y, finalmente, introduce una norma o instrucción sobre el pago de la legítima..., todo lo cual nos lleva a concluir que el testador, haciendo uso de la facultad que le reconoce el art. 270.º LDCG de realizar él mismo, por acto de última voluntad, la partición de sus bienes, por la que habían de estar y pasar los herederos, fijó el activo hereditario correspondiente a cada uno, mediante los oportunos legados, en los bienes concretamente especificados.

13.- Estos elementos demuestran que la voluntad real del testador era partir definitivamente los bienes entre los dos coherederos, impidiendo en la medida de lo posible eventuales situaciones de conflicto entre su segunda esposa y el hijo de la primera. Y a esta conclusión no se opone el que el testador no haya dispuesto por testamento de todos sus bienes (restaba la mencionada finca urbana, los saldos en cuentas y depósitos y las deudas), dada la compatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada, que permite el art. 658 CC.

14.- De ahí que el contador-partidor, al realizar las operaciones divisorias, adjudicase la finca denominada "DIRECCION001" a D. Leoncio, no como decisión personal, sino porque el causante había legado la referida finca a su hijo. Si el testador hizo la partición de sus bienes y adjudicó determinada finca, en concepto de legado, a su hijo D. Leoncio, no puede el contador-partidor ni este Tribunal alterar o prescindir de la voluntad del testador con ocasión de las operaciones particionales del resto de bienes, derechos y deudas. Imposibilidad a la que, en cualquier caso, se llegaría igualmente si se considerara que no estamos ante una partición, sino



ante una adjudicación parcial ex art. 243 LDCG o simples instrucciones o reglas para hacer la partición ex art. 275 LDCG.

15.- En puridad, la partición encomendada al contador partidor se circunscribe a los bienes que no fueron objeto de partición (legado) por el testador, entre los cuales se halla la finca (casa y terreno) sita en RUA000 , Santa Margarita, los saldos de las cuentas y depósitos bancarios y las deudas. De ahí que el contador nombrado, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 303 LDCG, conforme al cual " *[S]i las cuotas de los partícipes en la herencia fueran iguales o si, aun siendo desiguales, permitieran la formación de tantos anexos homogéneos como fueran precisos para la adjudicación de los bienes, el contador-partidor formará los que correspondan...*" (en similares términos se pronuncia el art. 1.061 CC, al ordenar que " *[E]n la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie*", resolviera atribuir la mitad indivisa que correspondía al causante en la mencionada finca, sita en Santa Margarita, a ambos por mitad en proindiviso.

16.- Ciertamente, esa situación de condominio constituye una eventual fuente de conflictos entre los comuneros, pero, a falta de una voluntad concorde por parte de la coheredera Dña. María , no le puede imponer la sustitución de su parte por la titularidad de la finca rústica " DIRECCION001 ", que el testador legó a su hijo. Recuérdese que, si bien el art. 1.056 CC dice que " *se pasará por ella*" (en referencia a la partición hecha por el testador), lo que ha suscitado muchas interpretaciones en orden a la imperatividad o vinculación de los herederos a dicha partición y a la posibilidad de prescindir totalmente de ella o solamente de " *novarla, modificarla, alterarla y crear una situación jurídica nueva, como acto dispositivo más que particional, con sus causas y con sus connotaciones y consecuencias fiscales*" (cfr. SSTS de 4 de febrero de 1994, 5 de marzo de 1991, 25 de febrero de 1966 y 28 de enero de 1964), en cambio el art. 273 LDCG no se expresa en esos términos tan imperativos, por lo que, si en el derecho común se puede defender que, en la actualidad, la doctrina y jurisprudencia más moderna permiten prescindir de la partición hecha por el testador, con mayor motivo se podrá prescindir en el marco del derecho civil gallego.

17.- Al mismo resultado se llega mediante la aplicación del art. 1062 CC, que contempla la posibilidad de que la cosa se adjudique a uno de los herederos, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, cuando sea indivisible o desmerezca mucho por su división, pero siempre que exista acuerdo entre los coherederos, ya que " *bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga*".

18.- En consecuencia, la pretensión del recurrente de que se le adjudicara a él la mitad indivisa que correspondía a su padre, a cambio de que se adjudicara a Dña. María la finca rústica que su padre le había legado también a él no puede ser acogida contra la voluntad de la coheredera.

TERCERO.- La pretensión deducida con carácter subsidiario: compensación en metálico.

19.- Ahora bien, en su recurso de apelación, el recurrente formula una pretensión subsidiaria, a saber, que se le adjudique la parte que correspondía a su padre en la finca ubicada en Santa Margarita, a cambio de compensar en metálico la parte que corresponde a la coheredera Dña. María , según el valor asignado en el cuaderno particional.

20.- Esta pretensión suscita serias dudas a la Sala, no en cuanto al fondo, sino desde la perspectiva procesal. En efecto, se trata de una cuestión introducida *ex novo* en esta alzada, puesto que, al formular la oposición al cuaderno particional, D. Leoncio se limitó a pedir la adjudicación de la cuota de su padre en la finca a cambio de que se atribuya a la coheredera Dña. María la finca rústica denominada " DIRECCION001 ". Sin embargo, no es una cuestión o alternativa nueva, puesto que fue la propia coheredera Dña. María quien, al impugnar la oposición al cuaderno particional formulada de adverso, sugirió u ofreció esta respuesta, es decir, que se adjudicara a D. Leoncio la mitad indivisa titularidad de su padre, a calidad de compensar su valor en metálico. El problema surge desde el momento en que, al dársele traslado del recurso de apelación interpuesto de adverso y en el que se plantea esa petición subsidiaria, la recurrida no se pronunció al respecto, postulando simplemente la desestimación de dicho recurso.

31.- Llegado este punto, no podemos olvidar, primero, que nos hallamos ante el segundo litigio habido entre las partes en relación con la división de la herencia de su esposo y padre, respectivamente; segundo, que la judicialización del conflicto se remonta a principios del año 2012, es decir, ocho años; tercero, que esa misma situación evidencia la existencia de conflicto permanente entre las partes; cuarto, que ningún coheredero puede ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división, y, aun en ese caso, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad (art. 1.051 CC); quinto, que el art. 1.062 CC permite expresamente la posibilidad de que, tratándose de una bien indivisible o que desmerezca mucho con la división -como aquí ocurre, dado que se trata de una pequeña vivienda de una planta-, pueda adjudicarse a un heredero, a calidad de abonar la diferencia en

metálico; sexto, que, firme esta sentencia, quedaría abierta a cualquiera de las partes la posibilidad de ejercitar la acción de división de cosa común ex arts. 400 y ss. CC, con los consiguientes efectos fiscales, al comportar una segunda transmisión; y, séptimo, sobre todo y como elemento determinante, que Dña. María fue quien ofreció dicha solución como mecanismo para evitar la situación de indivisión de la finca en sendas cuotas de 75% y 25%.

32.- En estas condiciones, la Sala considera ajustado traer a colación la doctrina sentada en la STS nº 164/2020, de 20 de marzo, que recuerda:

" Es doctrina constitucional consolidada la que sostiene que lesiona el art. 24.1 CE , "la imposición de formalismos enervantes y las interpretaciones o aplicaciones de las reglas disciplinadoras de los requisitos y formas de las secuencias procesales en sentidos que, "aunque puedan aparecer acomodados al tenor literal del texto en que se encierra la norma, son contrarios al espíritu y a la finalidad de ésta" (SSTC 60/1985, de 6 de mayo, FJ 3 y 124/2019, de 28 de octubre , FJ 3)".

32.- Procede, pues, estimar la pretensión planteada con carácter subsidiario y, en atención a la postura procesal mantenida por la parte recurrida en la instancia, acordar la modificación del cuaderno particional de la herencia de D, Felix , en el sentido de adjudicar al recurrente la cuota parte que correspondía al causante en la finca sita en RUA000 , Santa Margarita, compensando a Dña. María con la adjudicación de dinero en efectivo por el importe de su valor, es decir, de la suma dineraria de 20.500 € procedentes de una de las cuentas bancaria del causante.

CUARTO.- Costas procesales.

24.- En materia de costas, la estimación del recurso comporta que cada parte deba asumir las costas causadas en esta alzada (art. 398 LEC). Por el contrario, respecto a las costas de primera instancia, si bien la presente sentencia implica la modificación del cuaderno particional confeccionado por el contador-partidor Sr. Secundino , no lo es en el sentido postulado al formalizarse la oposición, sino en el que se introdujo en el procedimiento por la actora y que solo al interponer el recurso de apelación fue asumido por el contradictor, si bien de manera subsidiaria, por lo que, a pesar de acordarse la modificación de las operaciones divisorias y dado que fue la tesis sostenida por D. Leoncio en la instancia la que se desestimó en su integridad, la Sala considera que procede imponerle el pago de las costas de primera instancia, que se calcularán, lógicamente, sobre el extremo concreto que fue objeto de discusión (art. 394 LEC).

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

LA SALA

FALLA

Que estimando el recurso de apelación formulado por D. Leoncio , representado por el procurador Sr. López López, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Pontevedra, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y, en su consecuencia, debemos acordar y acordamos que las operaciones divisorias de la herencia del acusante D. Felix se modifiquen en el sentido siguiente:

1º Se adjudique a D. Leoncio , en concepto de heredero, la finca que se describe como: " 3.- La mitad de la urbana, formada por vivienda con una superficie aproximada de 98 metros cuadrados, con zona de buhardilla lóbrega de 98 metros cuadrados aproximados enclavada en una parcela situada en el término municipal de Pontevedra, en el lugar de RUA000 Sata Margarita, parroquia de DIRECCION000 , Referencia catastral: NUM000 . Su valor 20.500,00 € ."

2º Se adjudique a Dña. María de la compensación en metálico, por importe de su valor, es decir, de la suma dineraria de 20.500 €, procedentes del depósito que se identifica en el escrito de impugnación a la oposición al cuader no particional formulada de adverso y que presenta un saldo de 43.400 €, el cual, en lugar de repartirse por mitad, se adjudicará en cuantía de 42.200 € a Dña. María y en los 1.200 € restantes a D. Leoncio .

Se imponen a D. Leoncio las costas de primera instancia, calculadas sobre el extremo concreto que fue objeto de discusión. Cada parte abonará las costas causadas por su intervención en esta alzada.

Así lo acuerda la Sala y lo pronuncian, mandan y firman los Magistrados expresados al margen.