



Roj: **SAP M 5443/2014 - ECLI:ES:APM:2014:5443**

Id Cendoj: **28079370092014100140**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **9**

Fecha: **14/04/2014**

Nº de Recurso: **460/2013**

Nº de Resolución: **191/2014**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JUAN ANGEL MORENO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Novena

C/ Ferraz, 41 - 28008

Tfno.: 914933935

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2013/0007971

**Recurso de Apelación 460/2013**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 17 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 492/2002

**APELANTE:** D./Dña. Cesareo y otros 3

PROCURADOR D./Dña. ANTONIO GOMEZ DE LA SERNA ADRADA

D./Dña. Indalecio

**APELADO:** D./Dña. Ricardo

PROCURADOR D./Dña. MANUEL MARIA ALVAREZ-BUYLLA BALLESTEROS

**SENTENCIA NÚMERO**

**RECURSO DE APELACIÓN Nº 460/2012**

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

**D. JOSÉ LUIS DURÁN BERROCAL**

**D. JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA**

**D. JOSÉ MARÍA PEREDA LAREDO**

En Madrid, a catorce de abril de dos mil catorce.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, los Autos de Juicio Ordinario número 492/2002, procedentes del Juzgado de Primera Instancia Nº 17 de Madrid, a los que ha correspondido el Rollo de apelación 460/2012, en los que aparecen como partes: de una, como demandante reconvenido y hoy apelado **D. Ricardo**, representado por el Procurador D. Manuel María Álvarez-Buylla Ballesteros; y de otra, como demandados reconvinentes y hoy apelantes **D. Cesareo y Dª Rafaela, D. Indalecio, Dª Raimunda Y D. Argimiro**, estos tres últimos como sucesores de su fallecida tía Dª Candida, representados todos ellos por el Procurador Sr. D. Antonio Gómez de la Serna Adrada; sobre reclamación de cantidad.

**SIENDO MAGISTRADO PONENTE EL ILMO. SR. D . JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA.****I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

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

**Primero** .- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Madrid en fecha ocho de marzo de dos mil trece, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Álvarez-Buylla y Álvarez en nombre y representación de D. Ricardo frente a D. Cesareo y Dña. Rafaela , (personados como sucesores de su fallecida madre, Dña. Candida ), todos ellos representados por el Procurador Sr. Gómez de la Serna Adrada, y desestimando la demanda reconvenicional interpuesta por los demandados D. Cesareo y Dña. Rafaela frente al actor, debo:

- 1.- Condenar y condeno a Dña. Rafaela a abonar al actor la suma de 41.830,44 € e intereses por la mora procesal.
- 2.- Condenar y condeno a los hermanos D. Indalecio , Dña. Raimunda y D. Argimiro a abonar al actor la suma de 41.830,44 € e intereses por la mora procesal.
- 3.- Condenar y condeno a D. Cesareo , a abonar al actor la suma de 10.457,6 € e intereses por la mora procesal.
- 4.- Desestimar y desestimo la demanda reconvenicional y, en consecuencia, absolver y absuelvo al actor-reconvenido de las peticiones de condena formuladas contra él en la demanda reconvenicional.
- 5.- Condenar y condeno a la parte demandada a abonar las .costas procesales causadas derivadas de la demanda originaria y a los reconvinientes las causadas por la reconvenición."

Habiéndose dictado con fecha diecinueve de abril de dos mil trece Auto aclaratorio cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "DISPONGO.- Rectificar/aclarar la sentencia dictada en el presente procedimiento, en los siguientes aspectos:

En el encabezamiento, Antecedentes de Hecho y Fallo, donde dice "y D. Indalecio , Dña. Raimunda y D. Argimiro (personados como sucesores de su fallecida madre Dña. Candida ...) debe sustituirse la palabra "madre" por la de tía" manteniendo invariable el resto.

En el Fallo, los números 1, 2, y 3 se sustituyen por los siguientes:

- 1.- Condenar y condeno a Dña. Rafaela a abonar al actor la suma de 41.830, 44 € (IVA al 16% incluido), e intereses por la mora procesal.
- 2.- Condenar y condeno a los Hermanos D. Indalecio , Dña. Raimunda y D. Argimiro a abonar al actor la suma de 41.830,44 € (IVA al 16% incluido) e intereses por la mora procesal.
- 3.- Condenar y condeno a D. Cesareo , a abonar al actor la suma de 10.457,61 € (IVA al 16% incluido) e intereses por la mora procesal.

Se mantienen inalterables el resto de pronunciamientos que en la Sentencia constan."

**Segundo** .- Notificada la mencionada sentencia y el mencionado auto y previos los trámites legales oportunos, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandados reconvinientes del que se dio traslado a la contraparte quien se opuso al mismo, elevándose posteriormente las actuaciones a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes, ante la que han comparecido en tiempo y forma bajo las expresadas representaciones.

**Tercero** .- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, ni estimando la Sala necesaria la celebración de vista pública, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento de votación y fallo la cual tuvo lugar el día diez de abril del año en curso.

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

**II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero** .- Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada que no se opongan a los de esta resolución judicial, en cuyo caso deben entenderse sustituidos por estos.

**Segundo** .- En el escrito de apelación se impugna la sentencia de primera instancia alegando como primer motivo del recurso de apelación la falta de legitimación pasiva de D. Cesareo , al entender que al no ser



heredero de su hermano D. Jose Carlos , y el mero hecho de estar gravada esa herencia con un fideicomiso de residuo, no implica que deba contribuir a los gastos de partición de la herencia de su hermano, por lo que en base al los artículos 5.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y del artículo 1064 del C. Civil , los gastos derivados de la partición debe ser abonados por los herederos de D. Jose Carlos , condición que no tenía el ahora apelante, por lo que no debe venir obligado al pago de tales gastos, cuando al ser heredero fideicomisario único no precisaba escritura de partición para inscribir los bienes a su nombre en el Registro de la Propiedad.

Para resolver este concreto motivo del recurso de apelación, debe partirse de los hechos que han quedado acreditados en los autos y que no se discuten en esta alza, como es por un lado que D. Jose Carlos , en testamento otorgado en fecha 25 de mayo de 1942, mejoró a su hijo D. Doroteo , gravada con una sustitución fideicomisaria de la que resultó beneficiario el ahora apelante, también consta en los autos que el actor fue designado contador partidor en el testamento otorgado por D. Jose Carlos el 14-9-1998, habiendo procedido el actor al inventario de la herencia de D. Doroteo , y la correspondiente partición, en la que se recogían los bienes que formando parte del fideicomiso debía recibir el apelante.

**Tercero** .- El artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que serán consideradas partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación u objeto litigioso. Como señala la STS de 27 de junio de 2011 legitimación pasiva ad causam [para el pleito] consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud o idoneidad para ser parte procesal pasiva, en cuanto supone una coherencia o armonía entre la cualidad atribuida -titularidad jurídica afirmada- y las consecuencias jurídicas pretendidas ( SSTS 28 de febrero de 2002, RC n.º 3109/1996 , 20 de febrero de 2006, RC. n.º 2348/1999 y 21 de octubre de 2009 ). En consecuencia, su determinación obliga a establecer si, efectivamente, guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen ( STS 7 de noviembre de 2005, RC n.º 1439/1999 ), lo que exige atender al contenido de la relación jurídica concreta, pues será esta, sobre la que la parte demandante plantea el proceso, con independencia de su resultado, la que determine quienes son las partes legitimadas, activa y pasivamente.

No se discute que los gastos de partición se tienen que deducir de la herencia al ser un gasto hecho en beneficio común de los herederos, tal como establece el artículo 1064 del C. Civil , ya se considere dicha relación jurídica como un arrendamiento de servicios o como un contrato de mandato, siendo la obligación por tanto de los herederos proceder a su retribución bien detrayendo dichos bienes del caudal hereditario, o una vez llevada a cabo partición, y adjudicada a cada uno de ellos los bienes por la forma establecida en el artículo 1084 del C. Civil .

De los hechos que se declaran probados en primera instancia, que se recogen en el fundamento de derecho anterior, se deduce que D. Cesareo no era heredero de su hermano Jose Carlos , siendo en la partición de la herencia de este donde se han devengados los honorarios del actor, gasto que en principio debe ser a cargo de los herederos, cualidad que no tiene el ahora apelante.

En la sentencia apelada se estima que el ahora apelado debe proceder al pago de los honorarios reclamados por el actor, por el hecho que si bien no tiene la cualidad de heredero de D. Jose Carlos , herencia en cuya partición se produjeron esos honorarios, se justifica su pago por el hecho de haberse instituido un fideicomiso de residuo a su favor por el padre del causante y del apelante, y la necesidad de que de la previa entrega y separación de los bienes de la herencia al ser un fideicomiso de residuo, en base al artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria .

Ahora bien es una obligación de los herederos, del heredero fiduciario en su caso, proceder a separar los bienes del fideicomiso, e incluso proceder a su entrega cuando proceda, como se deduce del artículo 783 del C. Civil , por lo que al no ser heredero del fiduciario el ahora apelante, los gastos que se han hecho lo han sido como consecuencia de la liquidación y partición de la herencia de D. Jose Carlos , en interés de sus herederos, aunque en el inventario y en su caso en el cuaderno particional se pueda haber incluido los bienes que integran el fideicomiso aunque sea de residuo, por no haber dispuesto de ellos el fiduciario, tales gastos deben ser a cargo de la herencia, y en modo alguno a cargo del fideicomisario que tiene derecho a la entrega de los bienes, obligación que debe llevar a cabo el fiduciario o sus herederos, siendo por lo tanto los gastos que puedan derivarse de la identificación y separación de los bienes que han quedado del fideicomiso de residuo a la muerte del fiduciario a cargo de su herencia, siendo por lo tanto esos gastos incardinables dentro de los gastos de la herencia, que debe asumirse por los herederos de D. Jose Carlos , pero no de D. Cesareo .

**Cuarto** .- En el escrito de apelación se alega como segundo motivo del recurso de apelación el carácter excesivo de los honorarios reclamados, alegando que al haberse condonado a las otras dos coheredadas parte de los honorarios, pues a juicio de la parte apelante ha quedado acreditado, que las otras dos herederas solo han abonado 18.000 €, por lo que la quita que el actor hizo a esas dos herederas, debiendo entenderse de



acuerdo con los artículos 1143 y 1146 del C. Civil que esa quita que el actor ha hecho de los de las herederas debe beneficiar a todas ellas.

Como se alega en el escrito de apelación el artículo 1064 del C. Civil establece que los gastos de partición hechos en interés común de todos los coherederos se deducirán de la herencia; los hechos en interés particular de uno de ellos, serán a cargo del mismo.

Por su parte el artículo 1084 del C. Civil establece que hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio.

Constituye criterio jurisprudencial que son gastos de partición hechos en interés común, los del contador-partidor y los del perito designado para el avalúo de los bienes por no haberse puesto de acuerdo los herederos ( STS 14/5/2002 y SSAP A Coruña de 13/11/2008 , Almería de 30/3/2009 , Alicante de 22/7/2009 , Barcelona de 27/10/2009 , Pontevedra de 1/2/2011 , y Burgos de 19/12/2011 ), así como que cuando los gastos comunes no se hubieren deducido de la herencia responderá cada heredero conforme a la parte que le corresponda proporcional a su adjudicación ( SSTS 5/6/1957 y 16/4/1973 ).

Teniendo en cuenta que los honorarios del contador ahora reclamados lo es después de haberse procedido a la partición de herencia, adjudicación y entrega de los bienes a los herederos, el acreedor en este caso el contador partidor actor está legitimado para reclamar a todos y cada uno de los herederos la cuota correspondiente en tales gastos, para el cobro de sus honorarios, sin que la quita que se pueda haber realizado a alguno o algunos de los coherederos pueda beneficiar al resto de los herederos y obligados al pago, sin que en modo alguno pueda aplicarse al presente caso el artículo 1143 del C. Civil en la medida que la quita que el actor pueda haber hecho a alguna de las herederas solo puede beneficiar a estas, pero no al resto de los herederos.

**Quinto** .- Como tercer motivo del recurso de apelación se alega la pérdida de su derecho al cobro de los honorarios por parte del contador partidor como consecuencia de los errores del cuaderno particional, errores a que a juicio de la parte apelante se derivan de la propia sentencia firme, en la que se acordó la adición de una partida a la partición ya realizada, en especial al no haber dado de baja una partida de 6.781.788 pts. correspondiente a los intereses de demora, derivados de la liquidación del impuesto de sucesiones de la herencia del cónyuge del causante, y en su caso de no haber cumplido el pacto a que se llegó con los herederos del cónyuge del causante, derivado de la sustitución fideicomisaria constituida a favor de ellos.

Es cierto como se alega en el escrito de apelación, que existió ese error o defecto en la partición realizada, y sobre esa concreta partida; ahora bien sobre el resto de las alegaciones, no cabe entender que se pierda el derecho por parte del contador partidor al cobro de sus honorarios, dada la complejidad y cuantía de los bienes que integraban el caudal hereditario, las circunstancias concurrentes, como era la existencia de un fideicomiso de residuo de parte de los bienes recibidos por el causante D. Jose Carlos y que como consecuencia de ese fideicomiso debían entregarse a D. Cesareo , así como otro fideicomiso, en este caso no de residuo a favor de los sobrinos de D<sup>a</sup> Victoria , esposa del causante; debe entenderse que la sentencia apelada ha procedido a una correcta valoración de la prueba, y ponderación de los trabajos realizados, a fin de entender conforme a esas funciones la minuta presentada, sin que en modo alguno pueda llegarse a la conclusión de la pérdida del actor del cobro de sus honorarios por esa pequeña deficiencia en el cuaderno particional, cuando existe una sentencia firme, como se alega y reconoce por la propia parte apelante, en la que se desestima la impugnación de la partición realizada, si bien ordenando la adición o complemento de una sola partida.

**Sexto** .- De conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , las costas de primera instancia causadas a D. Cesareo , han de imponerse a la parte actora. Sin que proceda hacer expresa imposición de las costas derivadas del recurso de apelación de conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

## FALLAMOS:

Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Cesareo y D<sup>a</sup> Rafaela , D. Indalecio , D<sup>a</sup> Raimunda Y D. Argimiro , contra la sentencia dictada por la Ilma. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 17 de Madrid en fecha 8 de marzo de 2013 , estimando la falta de legitimación activa de D. Cesareo , con imposición de las costas causadas en primera instancia a dicho demandado a la parte actora. Se desestiman el resto de los motivos del recurso de apelación. Todo ello sin que proceda hacer expresa imposición de las costas derivadas de esta alzada y con devolución a los recurrentes del depósito constituido de conformidad con el punto 8<sup>o</sup> de 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. Haciéndose saber que contra la misma CABE RECURSO DE CASACIÓN, de acreditarse el interés casacional, que deberá interponerse ante este Tribunal, en el término de VEINTE DÍAS siguientes a la notificación de la presente resolución.

**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. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ