

**Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, Sentencia 249/2015
de 9 Jul. 2015, Rec. 348/2015**

Ponente: Almenar Belenguer, Manuel.
Consultar JURIMETRÍA de este Magistrado

LA LEY 104454/2015

ECLI: ES:APPO:2015:1466

PROCESO CIVIL. Actuaciones procesales. Nulidad de actuaciones. SUCESIÓN HEREDITARIA. Derecho sucesorio general. Partición de la herencia. Formas. Judicial. -- Derecho sucesorio general. Partición de la herencia. División.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00249/2015

APELACIÓN CIVIL

Rollo: 348/2015

Asunto: División judicial de herencia

Número: 452/2010

Procedencia: Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Marín

Magistrados

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

DÑA. MARÍA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

**LA SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, CONSTITUIDA
POR LOS MAGISTRADOS EXPRESADOS CON ANTERIORIDAD,**

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NÚM.249

En Pontevedra, a nueve de julio de dos mil quince.

Visto el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia pronunciada en el juicio sobre división judicial de herencia seguido con el núm. 452/10 ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Marín, siendo apelante la demandante **DÑA. Felicísima**, representada por la procuradora Sra. Angulo Gascón y asistida por la letrada Sra. Rodal Otero, y apeladas las demandadas **DÑA. Ofelia y DÑA. Vicenta**, representadas por la procuradora Sra. Hermida Paredes y asistida por el letrado Sr. Barreiro Malvido. Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. MANUEL ALMENAR BELENGUER**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 21 de marzo de 2015, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Marín pronunció en los autos originales de juicio sobre división judicial de herencia de los que dimana el presente rollo de apelación, sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada, decía:

" Que ESTIMANDO PARCIALMENTE los motivos de oposición al cuaderno particional elaborado por el Sr. Andrés invocados por la Procuradora Sra. María del Amor Angulo Gascón, en nombre y representación de D^a. Felicísima , DEBO ACORDAR Y ACUERDO llevar a cabo por el contador partidos las modificaciones que se recogen en la fundamentación jurídica segunda y tercera de esta sentencia.

Todo ello sin hacer expresa imposición de costas."

SEGUNDO.- Tras ser notificada a las partes, por la representación de la demandante se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación mediante escrito presentado el 29 de abril de 2015 y por el que, tras alegar los hechos y razonamientos jurídicos que estimó de aplicación, terminaba suplicando que se tenga por interpuesto, en tiempo y forma, recurso de apelación y se dicte sentencia por la que, estimando el recurso, se decrete la nulidad del procedimiento y se ordene retrotraer las actuaciones al momento de la Junta de Inventario, a fin de que pueda ser celebrada de acuerdo con lo previsto en el art. 784 de la LEC ; subsidiariamente, se interesa la revocación parcial de la sentencia al objeto de que se ordene al contador partidador la corrección del cuaderno particional en los siguientes extremos:

1º Realizar las correcciones ordenadas en la sentencia de instancia y que no han sido objeto de impugnación.

2º Realizar el inventario de forma separada de los tres inmuebles pertenecientes al acervo hereditario sitos en la CALLE000 de Bueu, tal y como los adquirió el causante en virtud de la escritura de 24 de febrero de 1981, siendo dichos inmuebles los bienes descritos en los números 27-29 y 31 de la misma (vivienda y local del Oeste sitos en el nº NUM000 de la CALLE000 ; garaje; y solar de 72 metros de superficie, sobre el que el causante construyó otro garaje).

3º Realizar la correcta descripción del inmueble denominado "Náutico", de acuerdo con su superficie real y su avalúo, solicitando perito especialista en la materia de considerarlo necesario.

4º Realizar el inventario de todos los bienes muebles existentes en las propiedades del causante (sitas en AVENIDA000 nº NUM001 , en la CALLE001 y en la CALLE000 nº NUM000), así como de los vehículos y cuentas bancarias y su avalúo, solicitando perito especialista en la materia de considerarlo necesario.

5º Realizar nueva liquidación de gananciales considerando además de los bienes reseñados en el anterior apartado, los vehículos y el valor actual de las participaciones sociales de la entidad "Benito Estévez e Hijos, S.L.", solicitando perito especialista en la materia de considerarlo necesario.

TERCERO.- Admitido a trámite el recurso interpuesto por la demandante, se dio traslado a las demandadas, que se opusieron al mismo en virtud de escrito presentado el 25 de mayo de 2015 y por los que interesaron la íntegra confirmación de la sentencia, con imposición de costas a la recurrente, tras lo cual con fecha 28 de mayo de 2015 se elevaron los autos a esta Audiencia para la resolución del recurso, turnándose a la Sec. 1ª, donde se acordó la formación del oportuno rollo y se designó ponente al Magistrado Sr. MANUEL ALMENAR BELENGUER, que expresa el parecer de la Sala.

CUARTO.- En la sustanciación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales que lo regulan.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Con el matiz que luego se dirá, se aceptan los razonamientos jurídicos expuestos en la sentencia de instancia y que esta Sala comparte y tiene por reproducidos para evitar inútiles repeticiones.

PRIMERO.- Planteamiento de la cuestión debatida.

Son antecedentes fácticos de interés para la resolución de la controversia planteada en el recurso los siguientes:

1º D. Higinio , nacido el NUM002 de 1919, hijo de D. Manuel y Dña. Patricia , falleció el 13 de febrero de 2006, en estado de casado en únicas nupcias con Dña. Ofelia , de cuyo matrimonio nacieron dos hijas, Dña. Vicenta y Dña. Felicísima (extremos no cuestionados).

2º El causante falleció bajo testamento otorgado ante la notaria de Cangas, Sra. Otero Seivane, el 14 de agosto de 2002 (cfr. el certificado de defunción, el certificado de últimas voluntades y la copia del citado testamento -folios 21, 22 y 24 y ss., respectivamente-).

3º El citado testamento contenía, entre otras, las siguientes cláusulas:

" PRIMERA.- *Lega a su indicada esposa (...) el usufructo universal de viudedad, libre de fianza e inventario).*

SEGUNDA.- *Dejando a salvo el anterior legado, instituye herederas a sus mencionadas dos hijas, en la proporción que resulte de las adjudicaciones que realizará en la cláusula siguiente.*

TERCERA.- *Haciendo uso de su facultad de hacer partición, distribuye sus bienes entre sus herederos realizando las siguientes adjudicaciones:*

A).- A FAVOR DE SU HIJA Vicenta :

Su derecho en los siguientes bienes: (...)

Y los siguientes bienes, propios del causante: (...)

B).- A FAVOR DE SU HIJA Felicísima :

Su derecho en los siguientes bienes: (...)

Y las siguientes fincas propias del testador: (...)

C).- A FAVOR DE SUS DOS HIJAS Vicenta Y Felicísima , en proindiviso y a partes iguales, su derecho en: (...) 11) *Cualesquiera otros bienes, créditos, derechos y acciones que pudieran corresponder al otorgante.*

Las diferencias de adjudicación se estimarán como mejora y legado en favor de la beneficiada.

No obstante las disposiciones efectuadas y lo que en vida del testador hubieran podido recibir sus hijas, si alguna de éstas llevase menos de su legítima estricta, tendrá derecho al complemento de la misma.

CUARTA.- *Sustituye vulgarmente a las beneficiadas de este testamento por sus respectivos descendientes por estirpes.*

QUINTA.- *Prohíbe la intervención judicial en su testamento (...).* "

4º Con fecha 7 de julio de 2010, previo intento de conciliación que finalizó sin avenencia, Dña. Felicísima presentó demanda sobre división judicial de herencia frente a su madre, Dña. Ofelia , y su hermana, Dña. Vicenta , con el fin de proceder a la división, partición y adjudicación del haber hereditario dejado por su padre, D. Higinio , incorporando como hecho séptimo de la demanda un " *inventario de bienes que forman el caudal hereditario de D. Higinio* ", comprensivo de 38 partidas de carácter ganancial (29 inmuebles o fincas urbanas y rústicas, 2 vehículos, el saldo de 5 cuentas corrientes y 2 clases de valores en la entidad Banco Pastor) y 17 partidas o bienes privativos (fincas rústicas y urbanas), de conformidad con la relación de bienes presentada para la liquidación del

impuesto de sucesiones (cfr. folios 31 y ss.).

5º La demandante, tras interesar en el hecho noveno que se requiriera a las codemandadas " la aportación de la totalidad de los títulos de propiedad que obran en su poder a los Autos, a fin de fijar con claridad los bienes que integran el caudal hereditario objeto del presente procedimiento de división judicial de herencia, pues aunque en el presente inventario se hacen constar <superficies según títulos>, lo cierto es que mi representada carece de copia alguna de los títulos de propiedad, y que la referencia a tales títulos se basa en los datos que constan en el Impuesto Sobre Sucesiones (...) y de las Notas Simples solicitadas en el Registro de la Propiedad de Cangas, Notas Simples de todos los bienes en que el causante fuese titular o cotitular ", se terminaba suplicando que:

"(...) teniendo por promovido PROCEDIMIENTO PARA LA DIVISIÓN JUDICIAL DE LA HERENCIA de DON Higinio , y citados los herederos, se proceda a la división, partición y adjudicación de los bienes relictos de la forma establecida en el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil ".

6º La expresada solicitud dio lugar a la incoación por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Marín del procedimiento núm. 452/10, en el que con fecha 30 de julio de 2010 se dictó decreto en virtud del cual se admitió a trámite la petición y cuyo razonamiento jurídico cuarto decía:

" El artículo 783 de la L.E.C. establece que cuando no fuera necesario la formación de inventario ni la intervención del caudal hereditario, el secretario judicial convocará a junta a los herederos, a los legatarios de parte alícuota y al cónyuge sobreviviente, señalando día dentro de los diez siguientes "

7º En la fecha fijada para la junta, 7 de octubre de 2010, comparecieron ambas partes. Abierto el acto, la demandante formuló una aclaración a la partida 22 del inventario, que fue rechazada por la secretaria judicial " por no ser el objeto de la presente junta ", tras lo cual el acto se desarrolló como sigue:

" Por la parte actora se opone al nombramiento de contador-partidor y peritos sin haberse efectuado previamente la formación de inventario, de acuerdo con el art. 783.1 de la LEC, manifestando que le causa indefensión.

Los reunidos no se ponen de acuerdo, en los siguientes nombramientos: como contador, y como perito/s.

No habiéndose conseguido acuerdo de los reunidos, se designa contador al abogado D. Andrés , al que por sorteo ha correspondido de entre la lista obrante en este Juzgado y que reúne la doble condición de tener despacho en este lugar y conocimientos en la materia.

No existiendo-Existiendo acuerdo sobre el nombramiento de Perito/s se acuerda se procederá a su nombramiento por el contador/partidor designado/s- por igual procedimiento se designa como Perito/s a Dña. Matilde ...

Con lo cual se da por finalizada la Junta (...) "

8º Ni el decreto de admisión ni las decisiones adoptadas en la junta de herederos fueron impugnadas, siguiendo el procedimiento por sus trámites, con aceptación del contador y de la perito designados (22 y 27 de octubre de 2010), incidente sobre provisión de honorarios de la perito, entrega de las valoraciones efectuadas por la perito (23 de abril de 2012), solicitud de la demandante de nulidad de actuaciones por entender que en la junta se debió proceder únicamente a nombrar contador, que sería en su caso el competente a proponer el perito o peritos que realizaran los distintos avalúos, careciendo la nombrada de la cualificación profesional necesaria a tales efectos (8 de mayo de 2012), desestimación de la nulidad (auto de 23 de octubre de 2012), entrega del cuaderno particional por el contador (15 de enero de 2014), oposición al cuaderno por demandante (31 de enero de 2014) y demandadas (3 de febrero de 2014), celebración de la comparecencia (11 de abril de 2014), reformulación del cuaderno particional (30 de octubre de 2014), oposición al cuaderno particional por ambas partes, nueva comparecencia con proposición y práctica de prueba (6

de marzo de 2015) y sentencia (23 de marzo de 2015).

9º La sentencia dejó constancia de los dos extremos sobre los que se había producido conformidad en la vista y centró el examen en los conceptos y valoraciones controvertidas, que resolvió en los siguientes términos:

- Inmueble denominado "Náutico", sito en la AVENIDA000 (Bueu) : rechazó la impugnación de la demandante al valorarse "solo una parte del inmueble y no la totalidad", por carecer de soporte probatorio alguno.

- Inmueble sito en AVENIDA001 nº NUM003 (Cangas) : asumió el motivo de impugnación relativo a la distribución y valoración del edificio.

- Vehículos, mobiliario y cuentas bancarias : se desestimó porque la inclusión y avalúo de tales conceptos respondió a la actuación de la propia demandante, que los recogió en la relación presentada y que en ningún momento ha discutido.

- Local garaje sito en AVENIDA000 nº NUM004 (Pitis, Bueu) : se acepta la impugnación en el sentido de reconocer el carácter privativo y no ganancial del inmueble.

- Inmueble sito en CALLE000 nº NUM005 / NUM000 (Bueu) : acepta la impugnación relativa a que en el inventario realizado por el contador se incluyen siete referencias catastrales, que la perito valoró como un todo, cuando tres de ellas pertenecen a personas ajenas al causante, por lo que procede excluir tales inmuebles y valorar únicamente los que constan como del causante.

- En relación con las adjudicaciones : la sentencia hace suyo el motivo de oposición formulado por la demandante en el sentido de que el contador no ha respetado las disposiciones testamentarias del causante al formar los lotes y hacer las adjudicaciones, sin que las malas relaciones existentes entre las coherederas y la evitación de las situaciones de indivisión sean fundamento suficiente para adjudicar en su totalidad inmuebles especificados y concretados en contra de la voluntad del testador, por lo que acoge la petición de adjudicación de bienes en proindiviso a las herederas por partes iguales.

- En relación con el valor de los lotes : no se aprecia vulneración del art. 788 LEC ni lesión alguna susceptible de determinar la aplicación del art. 1074 CC .

10º Con estas premisas, la sentencia estima parcialmente los motivos de oposición al cuaderno particional planteados por la demandante y acuerda que se proceda a su modificación por el contador-partidor, de acuerdo con las conclusiones expuestas en la propia resolución.

Disconforme con esta resolución, Dña. Felicísima interpone recurso de apelación, que articula sobre los siguientes motivos:

1.- Con carácter principal, se postula la nulidad de actuaciones por haberse vulnerado gravemente las normas procesales, tanto al obviar la formación de inventario para la previa liquidación de la sociedad de gananciales que formaban el causante y su esposa, como al arrogarse la secretaria judicial una competencia que la ley atribuye al contador-partidor, cual es la de solicitar la designación de los peritos que estime pertinentes, nombrándose a una persona que, además, no reunía las condiciones de idoneidad necesarias, con infracción de los arts. 783 , 784 y 341 LEC , lo que ocasionó a la demandante una flagrante indefensión.

2.- De forma subsidiaria, se cuestiona la valoración del inmueble denominado "Náutico", sito en la AVENIDA000 (Bueu), la descripción y valoración del inmueble sito en CALLE000 nº NUM005 / NUM000 (Bueu), y la existencia y valor de los vehículos, mobiliario y saldo en cuentas corrientes.

SEGUNDO.- La petición de nulidad de actuaciones por infracción del art. 783 LEC, al no procederse a la formación de inventario para la previa liquidación de la sociedad de gananciales.

En realidad, la invocación del art. 783.1 LEC sobre la formación de inventario engloba dos cuestiones distintas: por una parte, la problemática derivada de la acumulación en un mismo proceso de las pretensiones relativas a la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta por fallecimiento de uno de los cónyuges (o los dos) y la división del haber hereditario, es decir, cual es el cauce procesal adecuado para proceder a la división del patrimonio hereditario de un causante, sin que se haya procedido previamente a la liquidación de su sociedad de gananciales; y, por otra parte, la existencia de un inventario sobre el que realizar las operaciones particionales.

En relación con la primera cuestión, esta Sección viene distinguiendo de manera uniforme en función de la complejidad del caso, entre la regla general, que impone la tramitación separada y consecutiva de ambos procedimientos, liquidación de gananciales y división de herencia, y la excepción, que vendría constituida por aquellos supuestos en los que, atendidas las circunstancias del caso (una única sociedad de gananciales, hijos comunes, un solo bien a dividir, claridad del planteamiento...), cabría admitir el empleo de un único procedimiento de división de herencia, con una liquidación de gananciales en su seno, pero posibilidad que, por falta de previsión legal y potencial inseguridad jurídica, debe reservarse a supuestos sencillos y claros, en los que pueda descartarse de entrada cualquier complejidad.

Por otra parte, también que tener en cuenta que gran parte de las resoluciones que han amparado la acumulación responde a un principio de economía procesal, es decir, han sido dictadas después de que el procedimiento se haya tramitado en su integridad y de que, a la vista de las alegaciones de ambas partes y de la prueba practicada, no se observe complicación u oscuridad ningunas.

Entre nuestras últimas resoluciones pueden citarse los Autos de 17 de abril de 2012, 23 febrero de 2011 y 26 de marzo de 2014, que recuerdan los razonamientos contenidos en la Sentencias de esta misma Sección de 23 septiembre 2009 :

" TERCERO.- Posturas a favor de la acumulación en un único procedimiento.- Desde esta perspectiva se considera que el trámite previsto en los art. 806 y ss (De la liquidación del régimen económico matrimonial) queda reservado exclusivamente para cónyuges vivos y en el que la disolución se produce como consecuencia de una crisis matrimonial. Es la tesis que sostiene Montero Aroca en la doctrina abocando al procedimiento único de la liquidación del patrimonio hereditario. Argumentos que se proporcionan para ello:

1.1. La dicción literal de los preceptos: argumentan que la redacción literal de los arts. 806 , 808.1 , 809.1 e 810.1 , 3 , 4 e 5 de la LEC induce a entender que el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales está previsto por el legislador para los casos en los que la causa de disolución del régimen económico matrimonial venga determinada por una resolución judicial. Si tiene lugar por el fallecimiento de alguno de los cónyuges o de ambos el procedimiento a seguir será el de la división de la herencia acumulándose en el mismo las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales.

Si verdaderamente el legislador pretendía que muriendo uno de los cónyuges se debiera seguir el trámite especial previo del art. 806 no habría establecido en el art. 808.1 que la solicitud de inventario depende de la admisión a trámite de la demanda de nulidad separación o divorcio o del inicio del proceso de disolución del régimen económico. Del mismo modo que la admisibilidad de la solicitud de liquidación depende de la firmeza de la resolución judicial sobre la disolución del régimen económico matrimonial en el art. 810.1 de la Ley adjetiva.

1.2. La inexistencia de prohibición legal expresa a los requisitos de la acumulación previstos en el art. 77 de la LEC. Así los Autos de A. P. Castellón de 29 de abril de 2005 , A. P. Valladolid de 19 de junio de 2006 o Jaén de 3 de mayo de 2007 .

1.3. Criterio de la "economía procesal". En esta Audiencia la Sección 3ª, Auto de 29 de marzo de

2005 permite esta acumulación a pesar de reconocer una inicial imposibilidad al amparo del art. 77.1 da LEC pero admitiéndolo por elementales razones de economía procesal" y teniendo en cuenta: a) la "vis atractiva" que se atribuye en esa resolución a la división de la herencia; b) la estrecha vinculación entre la liquidación de los patrimonios ganancial y hereditario; y la inexistencia de lesión del derecho de defensa de las partes y de pérdida de derechos procesales.

Idéntica es la postura defendida por la SAP de Pontevedra nº 421/05 de 28/7/05 y 6/11/08, que vincula la posibilidad de acumulación con el art. 24 da CE y a la necesidad de evitar el "peregrinaje judicial" y no existe precepto legal expreso que prohíba tal opción acumulativa.

1.4.- La realización de la liquidación dentro de la partición hereditaria es una facultad atribuida a los contadores partidores como indica la Sección 3ª de la AP de Pontevedra en resoluciones de 1/6/07 y 13/4/07) por el contenido del art. 293 da LDCG 2/2006.

1.5 Usus fori (AP Lugo de 13 de diciembre de 2007).

1.6 El art. 810 de la LEC remite, a falta de acuerdo entre los cónyuges, las normas de la división de la herencia previstas en los arts. 785 y ss.

CUARTO.- Posturas en contra de la acumulación en un único procedimiento.- Consideran que la LEC en su redacción de 2000 contempla dos procedimientos para la división de patrimonios con trámites distintos, de modo que siendo las normas procesales de orden público no se puede obviar su contenido como afirma Díaz Fuentes en la doctrina. Argumentos que avalan esta postura:

1.1. El art. 77.1 de la LEC, sobre acumulación de autos, no permite la misma en un solo procedimiento de ambas liquidaciones si es que se produce una pérdida de las garantías procesales.

La acumulación defendida por los partidarios de esta tesis supone a su juicio, en realidad una infracción de los arts. 73 y ss. de la LEC dado que no cabe acumulación de acciones cuando cada una de ellas deba ventilarse, por razón de materia, por juicios diferentes -cual es el caso-.

2.1. Los arts. 806 y ss. no tienen como presupuesto indispensable la existencia de una previa demanda de en sede de una crisis matrimonial judicial sino que se deberían aplicar también cuando la causa de la disolución es el fallecimiento de uno de los cónyuges o de ambos por de lo contrario se podría obligar al cónyuge supérstite a participar en un procedimiento de división de una herencia con la finalidad de liquidar a sociedad de gananciales cuando es posible que no tenga ningún derecho en la herencia del premuerto o renunciara a ellos, según se afirma por Díaz Fuentes en la doctrina, por SAP de Barcelona de 26/10/01, AP de Vitoria nº 76/04, do 24/11/04, y Auto de 21/1/05 y de esta misma Sala de 30 de marzo de 2006, y la de 25 de junio de 2008 donde decíamos que: "Bien es verdad que el art. 808 LEC, al regular el inicio del procedimiento, recoge que, admitida a trámite la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en el que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial, "cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la formación de inventario", pero ello no implica que la legitimación quede circunscrita a los propios cónyuges, con exclusión de sus causahabientes, primero, porque no se trata de un derecho personalísimo, y, segundo, porque no se contiene ninguna disposición que exceptúe de la aplicación de las normas generales establecidas en los arts. 659 y concordantes del Código Civil".

1.3. Obligar a los herederos del causante a los trámites del art. 782 y ss. implica condenarlos a una "vía muerta" dado que cuando lo que se pretende o lo que en todo caso es indispensable antes de la división hereditaria es la liquidación de la sociedad de gananciales ya existe perfectamente definido en los arts. 806 y ss. recoge el mismo Auto de esta Sala con cita de la sentencia de la AP Madrid, de fecha 24-6-2003, en sentido coincidente al expuesto, viene a señalar que tales operaciones divisorias encuentran en la LEC, en orden a su iter procedimental, el específico cauce de los arts. 809 y concordantes, que, aunque es cierto que sólo hacen referencia a los "cónyuges", ello no puede excluir, en caso de fallecimiento de los mismos, el que la correspondiente acción sea ejercitada, o en su caso

continuada, por sus herederos; debiendo imponerse una interpretación coherente y sistemática de las fórmulas legales utilizadas, en armonía con las exigencias del art. 24 CE, que reconoce el derecho a la tutela judicial a todas las personas que sean titulares de derechos e intereses legítimos, y no puede negarse dicha condición jurídica a los herederos de una persona fallecida, en relación con las acciones de que ésta era titular, a salvo las de carácter personalísimo, no pudiendo encuadrarse entre éstas las relativas a la liquidación del régimen económico-matrimonial; entendiéndose que el remitir a las partes a los trámites de los arts. 782 y ss. implica el condenarles a una vía muerta, pues la misma resulta totalmente inadecuada al fin propugnado, al no encontrarnos ante una partición hereditaria, sino en un procedimiento liquidatorio de la sociedad de gananciales que tiene en la ley un marco perfectamente definido en los arts. 806 y ss. y respecto del que si bien los únicos legitimados son, en principio, los propios cónyuges, no puede negarse tal condición a quienes, por la muerte de aquéllos, son sus herederos, ocupando en sus relaciones jurídicas, ya sustantivas o bien procesales, la misma posición que el causante."

1.4. Desde la perspectiva de una interpretación sistemática y auténtica el legislador ha optado por la existencia de dos tipos de procedimiento para tramitar materias distintas precisamente para evitar los problemas que la acumulación (mejor inexistencia de procedimiento autónomo) suscitaba en la anterior LEC. En la Exposición de Motivos de la LEC 1/2000 el legislador expresa que junto con la voluntad de establecer una mayor simpleza en división de la herencia, se realiza una regulación de un nuevo procedimiento "específicamente concebido para servir de cauce a la liquidación del régimen económico matrimonial, con el que se da respuesta a la imperiosa necesidad de una regulación procesal clara en esta materia que se venía poniendo reiteradamente de manifiesto durante la vigencia de la legislación precedente".

1.5. Los "usus fori" malamente pueden servir de argumento cuando de normas procesales estamos tratando, aparte de que el usus fori se daba con la legislación anterior de 1881, que la de 2000 precisamente vino a cambiar.

1.6. En relación a la aplicación del art. 293 de la LDCG 2/2006, aún cuando la norma indica que "na partición, o contador-partidor poderá liquidar a sociedade conxugal co cónxuxe sobrevivente ou os seus herdeiros" pero tal posibilidad no está prevista para la partición judicial sino para la realizada por el contador-partidor designado por el causante "no propio testamento ou en escritura pública" (art. 283 de la citada Ley 2/2006).

1.7. Imposibilidad de que los interesados puedan solicitar la intervención judicial de la herencia en los términos del art. 792 LEC. En efecto si no está practicada la liquidación de la sociedad de gananciales no se sabe qué bienes pertenecen al causante y es lo cierto que este trámite no se puede diferir para después porque el art. 794 indica que debe solicitarse "al tiempo de promover a declaración judicial de herederos" o "de solicitar la división judicial de la herencia"

(...) Conclusión.- Pues bien, a juicio de esta Sala la vía procesal adecuada para esa liquidación previa de la sociedad de gananciales es la prevista en los arts. 806 y ss. LE, que regula específicamente el "procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial".

Más concretamente, el art. 806 dispone en relación al ámbito de aplicación del procedimiento: "La liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por capitulaciones matrimoniales o por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, con arreglo a lo dispuesto en el presente Capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables".

Sobre este particular, la sentencia de este Tribunal de 30 de marzo de 2006, al analizar la apelación basada en la supuesta inadecuación del procedimiento en razón a que habiendo fallecido ambos cónyuges el procedimiento adecuado era el correspondiente a la división de patrimonios hereditarios y no el promovido de formación de inventario en orden a la liquidación del régimen económico

matrimonial contemplado en elart. 809 de la LEC, ya resolvió: "(...) como paso previo a la división judicial de patrimonios hereditarios se requiere la determinación del caudal hereditario que se pretende partir, cuyo inventario es la primera actuación que cabe llevar a cabo en el procedimiento regulado en losarts. 782 y ss LEC, que no contempla la precedente liquidación del régimen económico matrimonial del causante. En tal sentido, la sentencia del TS, de fecha 17-10- 2002, viene a señalar que constituye presupuesto o elemento esencial de la partición la determinación del patrimonio hereditario del causante, y para poder hacerlo es imprescindible la fijación del suyo y del cónyuge o herederos del mismo correspondientes a su parte de los bienes gananciales . En el supuesto examinado, una vez disuelta la sociedad de gananciales de los esposos... como consecuencia de la resolución judicial que en el año 1988 vino a decretar su separación matrimonial, tal como prevé elart. 1392-3º del CC , se ha venido a formar una comunidad postganancial integrada inicialmente por los propios cónyuges y, tras el fallecimiento de ambos, por sus respectivos herederos, que se halla pendiente de liquidación. Parece, pues, evidente la legitimación de los herederos de los esposos causantes para solicitar la liquidación de dicha comunidad postganancial, y, por ende, para instar la previa formación de inventario por los trámites delart. 809 LEC, de conformidad con lo prevenido en elart. 661 del CC, a cuyo tenor los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones, estando facultados, por lo tanto, para el ejercicio de las acciones que a su causante correspondían."

Criterio, el expuesto, que se mantiene y corrobora en la sentencia de esta Sala de 6 de julio de 2006 y 25 de julio de 2008 , recientemente la de 30 de junio de 2010 dictada por la Secc. 6ª de esta Audiencia.

En suma, si se formula una demanda de división de herencia como es el caso y consta que no se liquidó la sociedad de gananciales entre los causantes, lo adecuado será, como obra en la instancia, no admitir a trámite la demanda (por inadecuación de procedimiento conforme a losarts. 403,414 ,416 , 423 y443.2 de la LEC, según dijimos en nuestro Auto de 25/6/08 porque la consecuencia de proceder a una partición sin la liquidación del régimen económico previo se califica por la STS de 17 de octubre de 2002 que "cae en nulidad por carecer del presupuesto básico de determinación del patrimonio hereditario de causante", de tal manera que el procedimiento seguido, amén de desde un punto de vista procesal puede ser, según los casos (número de herederos, características de su llamamiento, concurrencia de deudas, etc.) enormemente confuso resultando lo prudente conocer previamente y con exactitud que bienes, derechos y obligaciones integran el caudal hereditario de cada "cónyuge", resulta técnicamente lo más correcto. Lo anterior no obsta a que en determinados casos sencillos esta Sala haya mantenido que si"en el escrito iniciador del procedimiento que nos ocupa se había solicitado expresamente que se procediera a la liquidación de la sociedad de gananciales, además, y ello es lo más importante, no existe obstáculo alguno a que ello tenga lugar en sede de este procedimiento por evidentes razones de economía procesal sin merma alguna de garantías en los términos delart. 806 de la LECni indefensión alguna toda vez que: los cónyuges han fallecido, no han hecho testamento, y los llamados a la sucesión son los mismos hermanos como legitimarios. En este caso la determinación de lo que era haber partible en cada una de las sucesiones pierde interés porque no existirá una mayor atribución a un heredero que al otro en la misma (SAP Pontevedra de 27 de septiembre de 2007)"

El mismo criterio se ha sostenido en nuestra reciente sentencia de 6 febrero 2012 . Si bien se cita por la parte apelante la sección 3ª de esta misma Audiencia , cabe señalar que también viene a inclinarse por este criterio, permitiendo la acumulación únicamente en supuestos no complejos. Así en su SAP Pontevedra, sección 3ª, 22 diciembre 2011, señala :

Por otro lado, en la demanda inicial también se solicita la previa liquidación de la sociedad de gananciales, como trámite previo y necesario a la división de la herencia del cónyuge fallecido. Es criterio de éste Tribunal ya expuesto en auto de 11 de febrero de 2010 , la posible acumulación de

ambos procedimientos de división judicial de patrimonios en casos como el presente en el que no se aprecia dificultad o complejidad que lo impida, sino que existen unos únicos bienes y dos únicas partes interesadas.

En la misma línea la SAP Pontevedra, sección 6ª, de 15 abril 2011 en la que se evidencia la necesidad de realizar previamente la liquidación de la sociedad de gananciales, y únicamente matizando su postura, admitiendo algunos supuestos en que por su sencillez o especiales características, permita la realización de todas las operaciones en un solo procedimiento. Así señala que: No descartamos, matizando así nuestra anterior posición de remitir siempre y en todo caso a un proceso previo de liquidación, que haya casos en los que, por sus especiales características, pueda obviarse ese proceso previo y separado".

Más recientemente, la Sentencia de esta Sección 1ª de 22 de junio de 2012 (ponente Sra. Rodríguez González) volvió a insistir en la misma línea:

" Este órgano de apelación viene proclamando con reiteración que resulta necesaria la previa liquidación del patrimonio ganancial del causante casado en régimen de gananciales para proceder a la división de su caudal relicto. Ya desde la sentencia de 26 de noviembre de 2002, siguiendo el criterio seguido por otros precedentes del TS (22 de julio de 1997, 8 de junio de 1999, 14 de diciembre de 2005), criterio también seguido por diversas resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado y por numerosas audiencias provinciales, en jurisprudencia de cita ociosa por conocida ."

Igualmente, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012 proclama:

" Cuando el matrimonio del causante se había regido por el régimen de gananciales, se suele proceder a la división de la sociedad, lo cual obliga a dividir y liquidar a su vez dos comunidades. La razón se encuentra en que hay que determinar, a los efectos del art. 659 CC, cuál es el objeto de la herencia, es decir, los bienes, derechos y obligaciones del causante que no se extingan con la muerte. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que entre las titularidades que integran el caudal relicto se encuentra la cuota que el causante casado ostentaba en la sociedad que se ha extinguido con su muerte (art. 1392.1 CC), de modo que como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia de esta Sala, cuando se produce el supuesto que determina la disolución de la sociedad, se transforma en una comunidad por cuotas sobre todos y cada uno de los bienes gananciales (SSTS 523/2004, de 10 junio; 591/1998, de 19 junio , 17 febrero 1992 y 21 noviembre 1987 , entre otras). Por ello, serán dichas cuotas las que formarán parte del patrimonio relicto, a pesar de que no se haya procedido a la disolución de los gananciales ."

Es verdad que esta última sentencia admite que la regla general apuntada " *no es imperativa, de modo que la no liquidación previa de los gananciales no comporta la nulidad de la partición realizada, cuando de las circunstancias concurrentes pueda identificarse el objeto de la partición, es decir, el caudal relicto* ", pero lógicamente la validez queda condicionada al análisis de tales circunstancias, que en el caso examinado por el Alto Tribunal consistían en la existencia de una única finca ganancial y en la atribución a cada uno de los dos hijos del derecho que la causante ostentaba en dicha comunidad porque esto es lo que tenía en su patrimonio, limitándose la albacea contadora a partidora a adjudicar la parte correspondiente a los derechos que se ostenten en la sociedad de gananciales.

Las anteriores consideraciones llevan a la Sala a rechazar la eventual nulidad de actuaciones por la acumulación de la liquidación de la sociedad de gananciales que formaba el causante y su esposa Dña. Ofelia al procedimiento de división de la herencia de aquél.

De entrada, no es ocioso recordar que fue la propia parte demandante la que instó directamente la iniciación del procedimiento de división judicial de la herencia, sin aludir a la previa liquidación de la comunidad ganancial ni en los hechos (véase el hecho séptimo) ni en los fundamentos de derecho ni en el suplico de la demanda, donde se pedía que " *teniendo por promovido PROCEDIMIENTO PARA LA*

DIVISIÓN JUDICIAL DE LA HERENCIA de DON Higinio , y citados los herederos, se proceda a la división, partición y adjudicación de los bienes relictos de la forma establecida en el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil ".

En segundo lugar, el decreto de la secretaria judicial de 30 de julio de 2010, por el que se admitió a trámite la solicitud, acordó convocar a las partes a la correspondiente junta con el siguiente razonamiento: " El artículo 783 de la L.E.C. establece que cuando no fuera necesario la formación de inventario ni la intervención del caudal hereditario, el secretario judicial convocará a junta a los herederos, a los legatarios de parte alícuota y al cónyuge sobreviviente, señalando día dentro de los diez siguientes ".

Dicho decreto fue consentido por la demandante que, en el propio acto de la junta, si bien se opuso al nombramiento de contador-partidor por no " haberse efectuado previamente la formación de inventario, de acuerdo con el art. 783.1 de la LEC ", no interesó la previa liquidación de la sociedad de gananciales ni recurrió la resolución verbal que rechazó su petición.

Y, sobre todo, en tercer lugar, la revisión de los dos cuadernos particionales elaborados por el contador-partidor Sr. Andrés (folios 243 y ss. y 420 y ss.) evidencia que, en el propio cuaderno y como parte de las operaciones participaciones, se relacionan los bienes privativos del causante y los bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales, para a continuación proceder a la liquidación de esta última y agregar la porción correspondiente al esposo a la relación de bienes que conforman el haber hereditario. Si a ello se añade, primero, que la liquidación y adjudicación no se concretó en la asignación de bienes y derechos en exclusiva a cada miembro de la sociedad de gananciales, sino en la creación de una comunidad romana en relación a cada bien o derecho con atribución a cada uno de una cuota del 50% (de manera que no se extrajo de la herencia bien o derecho alguno); segundo, que la liquidación fue consentida por el cónyuge supérstite demandada, Dña. Ofelia (y también por su hija y codemandada Dña. Vicenta); y, tercero, que no se alega por la recurrente que la liquidación de la sociedad y consiguiente adjudicación de cuotas indivisas se haya llevado a cabo en perjuicio del causante o que, en general, sea incorrecta o errónea, no se alcanza a comprender en qué se traduciría la nulidad pretendida.

Dicho de otra manera, la recurrente no concreta en qué repercutiría o qué cambiaría de haberse producido a la liquidación de la sociedad de gananciales a través de un procedimiento previo, lo cual, si tenemos en cuenta que la solicitud que nos ocupa fue presentada en fecha 7 de julio de 2010, esto es, hace ahora cinco años, conduce a que, a falta de un mínima posibilidad de cambio o modificación (ni siquiera apuntada por la recurrente), un mínimo principio de economía procesal obliga a rechazar este motivo de nulidad.

La segunda cuestión se centra en la formación del inventario. Alega la demandante que la secretaria judicial convocó directamente la junta de herederos sin que previamente se formara el inventario del patrimonio hereditario.

Señala el art. 783.1 LEC que, solicitada la división judicial de la herencia " se acordará, cuando así se hubiere pedido y resultare procedente, la intervención del caudal hereditario y la formación de inventario ", y el apartado 2 del mismo precepto añade que, " practicadas las actuaciones anteriores o, si no fuera necesario, a la vista de la solicitud de división judicial de la herencia, el secretario judicial convocará a Junta a los herederos, a los legatarios de parte alícuota y al cónyuge sobreviviente ".

Con relación al contenido de la junta, el art. 784.2 LEC establece que los interesados " deberán ponerse de acuerdo sobre el nombramiento de un contador que practique las operaciones divisorias del caudal, así como sobre el nombramiento del perito o peritos que hayan de intervenir en el avalúo de los bienes ".

Y una vez elegidos el contador y los peritos, en su caso, previa aceptación, de conformidad con el

art. 785.1 LEC , el secretario judicial entregará los autos al primero y pondrá a disposición de éste y de los peritos cuantos objetos, documentos y papeles necesiten " *para practicar el inventario, cuando éste no hubiere sido hecho, y el avalúo, la liquidación y la división del caudal hereditario* ".

Así, el inventario puede efectuarse, bien al inicio del procedimiento (art. 783.1 LEC), bien, si no se hubiese interesado en la petición o no se hubiese estimado necesario hacerlo a la vista de la solicitud de división judicial de la herencia, por el contador-partidor, en el marco de las operaciones divisorias y como presupuesto de las mismas (art. 785.1 LEC).

En el caso enjuiciado, la parte demandante incorporó en su escrito una propuesta de inventario de bienes privativos del causante y de bienes de la sociedad de gananciales, sin que se adujera la existencia de otros bienes desconocidos cuyas características, ubicación o valor hubiera que investigar, por lo que parece lógico que se convocara a las partes a la junta de herederos y, una vez en la misma, no habiendo sido impugnada aquella propuesta de inventario, resulta igualmente plausible que el contador-partidor tomara aquella relación como punto de partida para las operaciones particionales.

Se alega que incumbía al contador-partidor la obligación de proceder a la formación de inventario por sus medios, practicando a tal fin las actuaciones necesarias para determinar los bienes y derechos que componían la herencia, según previene el art. 785.1 LEC .

No obstante, tal actuación sería necesaria si el contador-partidor careciera de datos previos o si alguna de las partes rechazara la propuesta efectuada por la contraria o propugnara la inclusión o exclusión de algún bien o derecho, pero cuando las partes se muestran conformes, expresa o tácitamente, con una determinada relación, que además coincide con la que se presentó a la Administración con ocasión de liquidar el impuesto sobre sucesiones, así como con los datos obrantes en el Registro de la Propiedad, en el Catastro y en la relación circunstanciada contenida en el propio testamento del causante, no se aprecia obstáculo alguno para que el contador-partidor haga suya la propuesta o borrador introducido en el debate, máxime si, como aquí sucede, no hay elementos para sospechar sobre la corrección de la relación o el carácter privativo o ganancial de los bienes que enumeran en cada listado (con la excepción del local garaje y de las participaciones sociales de "Benito Estévez e Hijos, S.L.", que ya fueron resueltas en la instancia, la primera por sentencia y la segunda por conformidad entre las partes).

Ello al margen de que, si en el futuro aparecieran nuevos bienes, tampoco habría mayor problema en completar la partición (art. 1079 CC).

TERCERO.- La petición de nulidad de actuaciones por infracción de los arts. 784.1y 341 LEC , al arrogarse la secretaria la facultad de designar perito y nombrar a quien carecía de la cualificación profesional necesaria.

El art. 784.2 LEC proclama que, en el acto de la junta, los interesados " *deberán ponerse de acuerdo sobre el nombramiento de un contador que practique las operaciones divisorias del caudal, así como sobre el nombramiento del perito o peritos que hayan de intervenir en el avalúo de los bienes* ".

Y apara el caso de que no hubiese acuerdo entre las partes, el apartado 3 del mismo precepto aclara que "[S]i de la Junta resultare falta de acuerdo para el nombramiento de contador, se designará uno por sorteo, conforme a lo dispuesto en el artículo 341, de entre los abogados ejercientes con especiales conocimientos en la materia y con despacho profesional en el lugar del juicio. Si no hubiera acuerdo sobre los peritos, se designarán por igual procedimiento los que el contador o contadores estimen necesarios para practicar los avalúos... "

En el supuesto de autos, las partes no consensuaron el nombramiento de contador, por lo que se procedió a designar uno por sorteo, como ordena el art. 784.3 LEC . Tampoco hubo acuerdo sobre los peritos, si bien, en lugar de aguardar que el contador planteara, en su caso, la necesidad de su

nombramiento, se optó por designar uno directamente por sorteo, recayendo la suerte sobre la perito de tasación de inmuebles Dña. Matilde , que procedió a valorar los bienes que integraban el haber hereditario y cuyas conclusiones fueron asumidas, con alguna salvedad, por el contador-partidos al elaborar el cuaderno particional.

Con independencia de que se alterara la normal tramitación, lo cierto es que, desde el momento en que el contador Sr. Andrés aceptó los informes emitidos por la perito y trabajó sobre los mismos para llevar a cabo la valoración de los bienes de la herencia, introduciendo las modificaciones o apartándose de las valoraciones en la medida que consideró oportuno, no se observa que la irregularidad denunciada, que ciertamente existió, haya tenido relevancia alguna. El contador entendió que precisaba un perito para evaluar los bienes y asumió la labor llevada a cabo por la perito designada por sorteo, por lo que al alteración del trámite tuviera trascendencia material alguna.

Se argumenta que el trabajo encomendado, consistente en la tasación de inmueble, solo podía llevarse a cabo por un arquitecto, un arquitecto técnico o un agente de la propiedad inmobiliaria, por lo que, al carecer la perito designada de título oficial habilitante, el nombramiento ha de reputarse nulo, con la consecuente nulidad del dictamen emitido.

La tacha no se comparte. El art. 340.1 LEC , rotulado "Condiciones de los peritos", dispone que "*deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias*". Y el art. 341 LEC distingue entre las actuaciones correspondientes a actividades cuya realización exige el título oficial y la pertenencia al correspondiente Colegio profesional o, en su defecto, entidad análoga, y las actuaciones como peritos de personas sin título oficial, prácticos o entendidos en la materia.

Pues bien, la valoración de una finca o bien inmueble, sea rústico o urbano, solar o construcción, es una actividad que está legal o reglamentariamente al elenco competencial de una profesión o título oficial determinado, sino que exige conocimientos, formación y experiencia en la materia. Claro es que a mayor formación, lo que de ordinario vendrá dado por la superación de una licenciatura o grado en la materia, mayor garantía de acierto y mayor fiabilidad de las conclusiones. Pero ello no obsta a que la tasación pueda llevarse a cabo por cualquier persona experta, entendida o práctica en la materia, valorándose la fuerza suasoria del informe en función de la razón de ciencia, las explicaciones que ofrezca y la sana crítica.

En consecuencia, constando que la perito designada figura inscrita en la asociación de peritos inmobiliarios por poseer el título expedido por la Universidad Politécnica de Cataluña, que la faculta para realizar todo tipo de valoraciones inmobiliarias, figurando incluida igualmente en las listas de peritos de la Consellería de Facenda de la Xunta de Galicia (cfr. folio 224), no se aprecia causa o circunstancia alguna que vicio el nombramiento realizado.

CUARTO.- Valoración del bien inmueble denominado "Náutico".

La parte recurrente argumenta que el contador se extralimitó en sus funciones, puesto que no solo modificó en el segundo cuaderno particional la valoración asignada en el primero al inmueble sito en la AVENIDA000 de la localidad de Bueu, lo que le está vedado desde el instante en que el contador no puede realizar valoraciones de los bienes inmuebles, sino que la segunda valoración se basó a su vez en una valoración parcial y manipulada, presentada por la otra parte, ya que el inmueble en cuestión es una construcción que consta de tres plantas y en esa segunda valoración únicamente se tienen en cuenta 20m2 destinados a nave industrial, obviando el resto de la edificación destinado a otros usos y, más concretamente, el sótano de 49m2 a uso de vivienda y planta baja de 42m2 a uso de vivienda.

El análisis de las actuaciones practicadas permite constatar:

1º La perito Sra. Matilde indicó en su informe de valoración con relación a esta finca (cfr. folios 119 y 120):

" Además de las propiedades referidas anteriormente, en el inventario de inmuebles (señalado con el número NUM007), se incluye un inmueble con referencia catastral nº NUM006 . Dicho inmueble está situado en la AVENIDA000 de Bueu con una superficie de 97 m/2 de solar. Esta propiedad no se cuantifica y por tanto no se emite informe pericial por las siguientes razones:

- aunque figura como vivienda, no reúne las condiciones mínimas de habitabilidad.*
- está afectada por la Ley de Costas, por tanto no sería viable la construcción de una nueva edificación.*
- la alineación de la construcción supera la permitida en el PXOM.*
- aún en el supuesto de plantearse una rehabilitación de la edificación existente, la obligada licencia de obra mayor que se necesitaría, no sería concedida.*

Por todas las razones expuestas anteriormente, se considera que no se puede realizar una valoración de mercado, cuando no es viable que exista tal mercado ".

2º El contador-partidor recogió esta partida como la número NUM007 del cuaderno particional, con la siguiente descripción: *" NUM007 .- INMUEBLE NAUTICO con referencia catastral (...), sito en la AVENIDA000 -Bueu (Pontevedra), de 92 m2 de parcela. Superficie construida, sótano de 49 m2 de uso vivienda, planta baja de 42m2 de uso vivienda... 97.601,21 € " (cfr. folio 253), aclarándose en la última página del cuaderno que " El inmueble con número NUM007 del inventario, INMUEBLE NAUTICO no fue valorado por la perito. Este contador-partidor estima que, independientemente de las circunstancias alegadas por la perito (estar afectado por la Ley de Costas, no cumplir con el PXOUM...), dicho inmueble en mayor o menor medida, ha de tener un valor, por lo que a efectos de la partición encomendada, fue valorado en 97.601,21 €, de acuerdo con el cálculo efectuado por la Xunta de Galicia, que consta en el procedimiento como documento de comprobación de valores de fecha 11/05/07 " (folio 294).*

3º Tras la celebración de la comparecencia, el contador modificó el cuaderno particional, entre otros extremos, en lo relativo al referido inmueble, haciendo constar:

" Se recoge la alegación efectuada por la parte demandada en cuanto a la valoración del bien denominado NAUTICO y que consta en el inventario como bien nº NUM007 . Dicha modificación se efectúa a raíz del documento presentado por esa parte en la comparecencia, y del cual se pidió, y acordó, su unión a los autos, (no siendo impugnado por la parte demandante). Entiende este Contador, que si la propia Administración rectificó en su día el valor dado en el impuesto de sucesiones y que en su momento fue tomado como referencia por el Contador-Partidor para la elaboración del anterior Cuaderno Particional, esta rectificación, debería de verse reflejada en el valor tomado por el Contador-Partidor para la elaboración del presente cuaderno.

De este modo, el valor inicialmente dado al bien inmueble denominado NAUTICO, pasa de su cuantificación inicial de 97.601,21 €, a cuantificarse en 2.649,80 € ".

Entiende la Sala que ni el hecho de que el contador-partidor modificase o elaborase un nuevo cuaderno a la vista de las alegaciones de las partes en la comparecencia, ni que corrigiese la valoración de uno de los bienes en función de la documentación aportada, constituyen infracción alguna de la normativa reguladora de sus funciones, y, menos aún, una actuación irregular o reprochable en el marco de las competencias atribuidas al contador.

Si las partes, y en particular la recurrente, consideraba que el contador no podía modificar el cuaderno, debió hacerlo constar así en la comparecencia y oponerse a la suspensión acordada para rehacer las operaciones particionales. Si no hizo así, aviniéndose a la suspensión, no puede

pretender que se recojan únicamente sus consideraciones o aquellas sobre las que hubo acuerdo, entre otras razones porque la relativa a la retroacción de la sustitución del derecho de usufructo a cambio del derecho de propiedad sobre determinados bienes de la herencia implicaba forzosamente un reajuste de todo el cuaderno.

En suma, el contador podía corregir el cuaderno o rehacerlo por entero, sin menoscabo alguno para la parte, que pudo mostrar su oposición en la segunda comparecencia.

Y en la misma línea, tampoco puede asumirse la afirmación de que el contador no puede valorar los bienes. El contador puede valerse de peritos en la medida en que lo estime necesario para hacer su valor, pero nada le impide valorar por sí los bienes de que se trate si considera que dispone de los datos necesarios para ello, sobre todo si, como ocurre en el caso litigioso, la valoración se hace tomando como referencia la obtenida tras un proceso contradictorio en el marco de la liquidación de un impuesto.

En cuanto al fondo de la cuestión, la modificación realizada por el contador no se antoja irrazonable o absurda: si inicialmente se optó por valorar el bien de acuerdo con el cálculo efectuado por la Administración a los efectos del impuesto de sucesiones y más tarde, tras el oportuno proceso contradictorio, esa valoración fue corregida a la baja, lo coherente es reformular la cifra para acomodarla al resultado del mencionado proceso y evitar distorsiones.

Cuestión distinta es que tanto la valoración inicial como la sobrevenida sean correctas, puesto que, tratándose de un bien que está fuera de mercado, la Sala considera que su valor debía tender a cero. Ahora bien, toda vez que el contador-partidor fija el precio en 2.649,80 € y que dicho importe solo ha sido cuestionado por la demandante y al alza, constituye un suelo mínimo que no puede soslayarse, so pena de vulnerar el principio dispositivo.

QUINTO.- Inmueble sito en CALLE000 nº NUM005 / NUM000 de Bueu .

La sentencia acepta parcialmente la tesis sostenida por la demandante en el sentido de que en el inventario realizador por el contador-partidor se incluyen siete referencias catastrales, cuando en realidad los inmuebles señalados por aquella en la propuesta de inventario son únicamente cuatro (partidas 40 y 41), por lo que, al margen de haberse procedido por la perito a la valoración de todo el solar de forma agrupada, deben excluirse los tres inmuebles no inventariados y cuya titularidad no corresponde al causante, sino a la herencia de su difunta hermana.

La parte recurrente insiste en que, si bien es cierto que el testador adjudicó a su hija Dña. Vicenta la vivienda, sótano, planta baja y ático, que el propio testador había heredado de sus padres y que constituye una parte de la edificación de la CALLE000 nº NUM000 , perteneciendo la otra parte a los herederos de Dña. Patricia , no es menos cierto que el testador no realiza adjudicación alguna del denominado garaje que recibe de sus padres ni del solar sito en la CALLE000 nº NUM005 , del que no solo adjudica el garaje a su hija Dña. Vicenta .

El razonamiento tropieza frontalmente con el resultado de la prueba practicada en la vista, y, en especial, con el testimonio prestado por el testigo D. Lucas , hijo de Dña. Patricia y sobrino de D. Manuel .

Frente a la tesis de la recurrente de que existen cuatro inmuebles diferenciados, tres edificaciones y un solar, el citado testigo declaró que el causante amplió la vivienda primitiva hacia el norte (izquierda entrando) donde hizo una cocina y terraza en la planta alta, destinando el bajo a garaje, con acceso interior a la vivienda inicial, con la que forma una unidad; edificación que se correspondería con el número de orden NUM000 de la calle, mientras que, al lado, como número NUM005 , se hallaría un local destinado a garaje. Asimismo, el testigo manifestó que ambas construcciones agotan la total superficie de los solares (cfr. min. 35:01 a 39:40).

Si al fallecimiento del causante solo existían los dos inmuebles referenciados, identificados con los

números de orden NUM005 y NUM000 , y si en el testamento se adjudican ambos, de forma expresa, a una de las hijas, carece de sentido la impugnación formulada.

SEXTO.- Vehículos y mobiliario .

La coheredera Dña. Felicísima incluyó en su propuesta de inventario, como bienes gananciales, dos vehículos (un Land Rover tipo CM del año 1965 y un Citroen modelo 2 caballos -partidas 30 y 31 del inventario-). Por su parte, el contador-partidor recogió ambos vehículos en el inventario del cuaderno particional, con un valor de 3.000 € cada uno (partidas 30 y 31), adjudicando a Dña. Felicísima la cuota parte (50%) que en los mismos correspondía al causante una vez liquidada la sociedad de gananciales.

Asimismo, el contador incluyó en el inventario, con un valor de 6.820,00 € y con carácter ganancial los " *muebles, lozas, ropas, herramientas, y demás enseres existentes en la casa habitación del testador y su esposa, en AVENIDA000 nº NUM001 Lugar de Pitis-Bueu* " (partida NUM001 B, no incluida en la propuesta de inventario de la demandante) y asignó a Dña. Ofelia la cuota parte (50%) que al causante correspondía sobre dichos enseres o ajuar tras la liquidación de los gananciales.

La recurrente razona que si hizo referencia a los vehículos en su demanda porque aparecían relacionados en el impuesto de sucesiones cuya copia le facilitó la asesoría fiscal que llevaba la contabilidad del causante, sin conste u matrícula, ni el lugar donde se encuentran ni su documentación, a pesar de lo cual el contador procedió a valorarlos en 3.000 € en atención a su antigüedad.

La queja ha de prosperar porque, efectivamente, no hay otra prueba sobre la realidad de los vehículos que la circunstancia de que figuraban en la relación de bienes que se presentó para la liquidación del impuesto. Si a ello se une el que el único dato existente, proporcionado por la demandante, resultó inexacto al referirse a otro vehículo dado de baja, la solución pasa, bien por atribuir a cada vehículo el valor consignado en el documento presentado ante la oficina liquidadora (500 € y 1000 €, respectivamente), bien por excluir dichos bienes del activo del inventario al no poder afirmar que subsistieran tras el fallecimiento del causante, opción esta última que la Sala estima más ajustada a derecho ante la orfandad probatoria sobre esta cuestión y sopesando que, si aparecieran tales bienes, siempre podría completarse la partición, sin perjuicio de la oportuna deducción de testimonio de particulares contra quien los hubiera ocultado para la incoación del correspondiente procedimiento penal por los delitos de apropiación indebida, falsedad y estafa procesal.

Por lo que se refiere al ajuar de la casa habitación sita en la AVENIDA000 núm. NUM001 , Pitis, Bueu, la recurrente aduce que no hay razón para recoger como partida del inventario el mobiliario y ajuar de dicho inmueble y no el que pudiera existir en otros, así como que se ha valorado por el contador sin disponer de los mínimos elementos que permitan realizar un avalúo mínimamente serio.

La razón de que el contador-partidor incluya en el inventario los muebles, lozas, ropas, herramientas, y demás enseres existentes en la casa habitación del testador es, lisa y llanamente, que fue el propio D. Higinio quien en su testamento adjudicó, como partida número 3 del apartado C), " *los muebles, lozas, ropas, herramientas y demás enseres existentes en la casa habitación* " en proindiviso a sus dos hijas (cfr. folio 25 vto. y 26), y ello a pesar de que, previamente, había adjudicado a su hija Dña. Ofelia , como bien privativo, la referida casa habitación (partida número 5 del apartado B), lo que evidencia que fue el mismo causante quien deslindó el inmueble o continente del mobiliario/enseres o contenido, al revés de lo que había hecho con el edificio sito en la CALLE002 nº NUM000 de Bueu, que la adjudicó íntegramente a su hija Dña. Vicenta " *con inclusión de todo lo que dentro de los mismos exista al fallecimiento del otorgante, es decir, a puertas cerradas* ".

En cuanto a la inclusión en el inventario del mobiliario y ajuar existente en los inmuebles sitos en la CALLE001 de Bueu y en la CALLE002 , cabe señalar, por una parte, que el hecho de que el testador

no mencione un bien en su testamento no significa que no exista y que, en tal caso, no deba incluirse en el inventario; y, por otra parte, que una vez el causante atribuye un bien como un todo no es posible desglosarlo en distintas partidas para valorarlas separadamente.

De este modo, podemos distinguir:

1º Respecto del mobiliario y ajuar del edificio sito en la CALLE002 nº NUM000 , el testamento es tajante al atribuir dicho inmueble a la codemandada Dña. Vicenta " *con inclusión de todo lo que dentro de los mismos exista al fallecimiento del otorgante, es decir, a puertas cerradas* ", lo que impide mayor digresión.

2º La recurrente impugna asimismo la valoración del mobiliario y ajuar existente en el inmueble sito en la AVENIDA000 nº NUM001 de Bueu, efectuada por el contador. El argumento no puede prosperar porque el contador, interrogado al efecto, se ratificó en el valor adjudicado a dicho concepto, explicando que lo calculó " *tomando un 3% del valor del bien inmueble (art. 34.3 Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones)* " y que no " *se puede tomar como valor el declarado en el impuesto de sucesiones por los herederos (29.113,50 €), tal y como pretende la demandante, porque en primer lugar ese valor ha tenido como base para su cálculo la totalidad del caudal relicto, esto es, la suma total del haber hereditario, incluyendo el valor de otros bienes, (como cuentas corrientes, vehículos, valores...), en segundo lugar, porque los valores declarados a la Hacienda Pública no se corresponden con los valores reales peritados y, en tercer lugar, porque no se han declarado todos los bienes inmuebles dejados en herencia* ". Criterios que la recurrente no ha desvirtuado, por lo que han de mantenerse.

3º Finalmente, por lo que atañe al mobiliario y enseres existentes en la vivienda sita en la CALLE001 en la fecha del fallecimiento, lo cierto es que, no existiendo posibilidad real de determinación de los bienes que lo componen, por simple coherencia es menester seguir el mismo criterio apuntado en el anterior apartado, incluyendo este concepto en el inventario, con un valor igual al 3% del valor del bien inmueble.

SÉPTIMO.- Saldo en cuentas bancarias, valores y participaciones sociales de "Benito Estévez e Hijos, S.L.".

Alega la recurrente que el contador debería haber requerido a la codemandada Dña. Ofelia un extracto del saldo actual de las cuentas existentes al tiempo del fallecimiento del causante y, de no aportarse, debió atribuir esos saldos capitalizados a fecha actual a la viuda a cuenta de su participación en la liquidación de la sociedad de gananciales, lo que hizo, permitiendo que Dña. Ofelia haya dispuesto de la totalidad del dinero existente al fallecimiento y " *ahora en el Cuaderno se le adjudica además del 50% de dichos saldos, el 50% de todos los bienes restantes, sin obligación ninguna de reintegrar al acervo hereditario no solo el dinero que había retirado, sino que dicha cantidad debe actualizarse al tiempo de llevarse a cabo las operaciones particionales* ".

El motivo se subdivide en dos, que han de analizarse de forma separada: la subsistencia de los saldos y valores bancarios, y la percepción de los intereses y rendimientos.

Por lo que atañe al primer punto, el inventario parte del saldo y del número de participaciones existentes en la fecha del fallecimiento y sobre cuya cuantificación en aquel momento no se plantea debate alguno. Por tanto, si con posterioridad alguien ha dispuesto indebidamente de todo o parte del saldo o ha enajenado los valores depositados en la entidad de crédito habrá de reintegrarlos hasta alcanzar la suma a que ascendían el 13 de febrero de 2006 (o, en el caso de Dña. Ofelia , deducirlos de la cuota parte que pudiera corresponderle en la liquidación de gananciales practicada por el contador).

En cambio, con relación a los intereses o rendimientos, no hay que olvidar que Dña. Ofelia no solo es coparticipe, sino que es usufructuaria universal de la herencia, y, por ende, tiene derecho a percibir y

hacer suyos los intereses y rendimientos, como frutos civiles que son, de acuerdo con los arts. 481 y 485 del Código Civil , de tal manera que nada habrá de reintegrar sobre este concepto.

Por último, la demandante/recurrente cuestiona la valoración de las participaciones sociales de la empresa "Benito Estévez e Hijos, S.L.", argumentando que no puede fijarse en la cantidad indicada porque actualmente carece de actividad.

El planteamiento es inane porque, primero, el avalúo se hace con efectos de la fecha del fallecimiento y no ahora, y, segundo, en todo caso, si a cada hija se atribuye la mitad de las participaciones sociales, es decir, a cada una se adjudican 600 participaciones sociales, es indiferente el valor que tengan, salvo que ello pudiera incidir o provocar una lesión de la legítima, lo que ni siquiera se ha planteado por la parte.

OCTAVO.- Costas procesales.

La estimación parcial del recurso comporta que no se haga pronunciamiento de condena sobre las costas de esta alzada (art. 398 LEC).

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

LA SALA

FALLA

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Dña. Felicísima , representada por la procuradora Sra. Angulo Gascón, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Marín, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución salvo en el particular relativo a

1º Los vehículos, que se excluyen del inventario.

2º El mobiliario, enseres y ajuar existente en la vivienda sita en la CALLE001 nº NUM008 , NUM009 , de Bueu, que se incluirá en el inventario con un valor igual al 3% del valor del inmueble.

3º El saldo de cuentas corrientes y valores depositados, respecto de los que se actuará conforme se indica en el fundamento séptimo.

En consecuencia, se acuerda ordenar al contador-partidor que proceda a la modificación del cuader **no** particional de conformidad con lo indicado por la sentencia de instancia y por la presente resolución.

Cada parte deberá asumir el pago de las costas devengadas por su intervención en esta alzada.

Así por esta sentencia, juzgando definitivamente en la instancia, lo pronuncia, manda y firma la Sala constituida por los Magistrados expuestos al margen.

Análisis

Voces

Voces

Proceso civil
Actuaciones procesales
Nulidad de actuaciones
Sucesión hereditaria
Derecho sucesorio general
Partición de la herencia
División
Formas
Judicial

