



Roj: **SAP LU 429/2021 - ECLI:ES:APLU:2021:429**

Id Cendoj: **27028370012021100282**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lugo**

Sección: **1**

Fecha: **06/07/2021**

Nº de Recurso: **11/2020**

Nº de Resolución: **312/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **SANDRA MARIA PIÑEIRO VILAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LUGO

Modelo: N10250

PLAZA AVILÉS S/N

-

Teléfono: 982294855 **Fax:** 982294834

Correo electrónico:

Equipo/usuario: JS

N.I.G. 27016 41 1 2015 0100129

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000011 /2020

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.1 de CHANTADA

Procedimiento de origen: DIH DIVISION HERENCIA 0000129 /2015

Recurrente: Yolanda

Procurador: EUGENIO GOMEZ COUCEIRO

Abogado: ANTONIO PEREZ VILLAR

Recurrido: Araceli , Eliseo

Procurador: MARIA BEGOÑA LOPEZ FIGUEIRAS, ESPERANZA RODRIGUEZ BRAGE

Abogado: MARIA JOSE RIGUEIRO ARIAS, MONICA GONZALEZ CANTEIRO

SENTENCIA Nº 312/2021

Magistrados: Iltmos. Sres.

D. DARIO ANTONIO REIGOSA CUBERO

D^a. SANDRA MARIA PIÑEIRO VILAS

D^a. EVA ABADES MACIA

En LUGO, a seis de julio de dos mil veintiuno.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Ilma. Audiencia Provincial de LUGO, los Autos de **DIVISIÓN DEHERENCIA Nº 000129/2015**, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA **INSTANCIA E INSTRUCIÓN N 1 de CHANTADA** , a los que ha correspondido el Rollo **RECURSO DE APELACION (LECN) 0000011/2020**, en los que aparecen como parte apelante, D. ^a **Yolanda** , representada por el Procurador de los



tribunales D. EUGENIO GÓMEZ COUCEIRO, asistida por el Abogado D. ANTONIO PÉREZ VILLAR, y como parte apelada, D.ª Araceli, representada por la Procuradora de los tribunales D.ª MARÍA BEGOÑA LÓPEZ FIGUEIRAS, asistida por la Abogada D.ª MARÍA JOSÉ RIGUEIRO ARIAS, D. Eliseo, representada por la Procuradora de los tribunales D.ª ESPERANZA RODRÍGUEZ BRAGE, asistida por la Abogada D.ª MÓNICA GONZÁLEZ CANTEIRO, el **MINISTERIO FISCAL** y D.ª Belen, D.ª Brigida y D.ª Candelaria, sobre **impugnación del cuaderno particional**, siendo Magistrado Ponente la Magistrada de refuerzo Ilma. Sra. D.ª SANDRA MARÍA PIÑEIRO VILAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N 1 de CHANTADA se dictó sentencia nº 83/2019, con fecha 2 de septiembre de dos mil diecinueve, en el procedimiento del que dimana este recurso (DIVISIÓN DE HERENCIA 129/2015).

SEGUNDO.- La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: "*Que desestimando íntegramente la impugnación del cuaderno particional efectuada por la representación procesal de Dña. Yolanda, representada por el Procurador D. Eugenio Gómez Couceiro, acuerdo:*

1.- *Aprobar el cuaderno particional confeccionado por el contador-partidor Don Mariano sobre la base del informe pericial de D. Mauricio.*

2.- *Imponer las costas de la impugnación a la parte que formuló la oposición Dña. Yolanda.*"

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, se señaló la audiencia el día 18 de mayo de 2021 a las 10:30 horas, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada.

PRIMERO.- La Procuradora de los tribunales Sra. López Figueiras, en nombre y representación de D.ª Araceli, promovió la división judicial de las herencias de D. Nicolas, fallecido el 07.03.1931, bajo testamento hecho de palabra ante testigos, corroborado por el Juzgado de Primera Instancia de Chantada y protocolizado por el Notario de la misma localidad Sr. Montero en fecha 07.09.1931, con el nº 346 de su protocolo y cuya esposa D. Juana falleció el 02.07.1932; del hijo de aquél D. Jose Ramón, fallecido el 20.10.1970, bajo testamento otorgado ante el notario de Chantada Sr. Serrano, en fecha 03.05.1969, con el nº 364 de su protocolo, y de la esposa de éste D.ª Verónica, fallecida el 20.10.1992, sin haber otorgado testamento, habiéndose declarado herederos abintestato sus hijos D. Jose Ramón y D.ª Yolanda, mediante acta autorizada por el Notario de Chantada Sr. Martínez en fecha 26.04.1993, bajo el nº 571 de su protocolo; y de D. Aquilino, fallecido el 19.09.1984 en estado de viudo de D.ª Amanda, sin descendientes y sin haber otorgado testamento, por lo que mediante actas autorizadas por el Notario de Ourense Sr. Fernández en fecha 14.08.2014 y 11.09.2014 autorizadas con nº 1411 y 1595 de su protocolo fue declarada única heredera abintestato su madre D.ª Verónica, promoviendo simultáneamente la liquidación de la sociedad legal de gananciales conformada por D. Jose Ramón, y D.ª Verónica, y accionando como viuda del hijo de D. Jose Ramón, y D.ª Verónica, D. Constancio, fallecido el 08.10.2014 bajo testamento autorizado por la Notario de Monforte de Lemos Sra. Posse, en fecha 18.04.2012, bajo el nº 260 de su protocolo, en el que expone estar casado con la demandante D.ª Araceli, de cuyo matrimonio fue habido un hijo D. Felicísimo, fallecido, que dejó un hijo D. Eliseo, a quien lega la legítima que por ley corresponda a su fallecimiento e instituye heredera de todos sus bienes derechos y acciones a su esposa D.ª Araceli, sustituida vulgarmente por su nieto D. Eliseo.

La anterior demanda fue admitida a medio de decreto de fecha 28.09.2015 obrante a folios 106 y ss de las actuaciones, que acordaba convocar a junta de herederos a los interesados y al Ministerio Fiscal, compareciendo la parte apelante en autos mediante apoderamiento apud acta en fecha 10.11.2015.

Consta a folios 127 y ss de las actuaciones acta de la junta de herederos celebrada en fecha 11.11.2015, a la que asistieron las partes comparecidas en autos y en la que se designó por sorteo contador-partidor a D. Mariano y por acuerdo al perito D. Mauricio.

A los folios 164 y ss de las actuaciones consta el cuaderno particional presentado por el contador-partidor Sr. Mariano en fecha 17.10.2017, y a los folios 175 y ss el informe de valoración elaborado por el perito Sr. Mauricio.



La representación procesal de la parte apelante D.ª Yolanda formuló oposición a las operaciones divisorias, alegando: La inclusión como fincas privativas de D. Nicolas fincas que tenía de casado con su esposa D.ª Juana , y cómo D. Carlos María y D. Luis Carlos y D. Antonia cedieron y transmitieron los derechos que les correspondían en las herencias de D. Nicolas y su esposa D. Juana .

La inclusión de algunas parcelas con localización errada, en relación con FINCA000 o DIRECCION000 , nº NUM000 del inventario, que se identifica como parcela NUM001 del polígono NUM002 , tratándose de un monte, las fincas señaladas con nº NUM003 y NUM004 del inventario, que no estarían adecuadamente localizadas, repercutiendo en la masa arbórea que asigna el informe pericial a dichas fincas, así como las parcelas NUM005 , NUM006 , NUM007 , NUM008 , NUM009 , NUM010 , NUM011 que se sitúan en el ayuntamiento de Chantada cuando se hallan en Carballedo, ubicándolas en las inmediaciones de la CASA000 de Villaguillulfe, pes a radicar en Trasar do Carballo.

La atribución a la totalidad de las fincas de la misma puntuación por situación, tamaño, accesos y carga productiva, tratándose de una valoración estandarizada y no individualizada.

El inventariar como privativas de D.ª Verónica las cuentas corrientes que desde hace años figuran a nombre de sus hijos D.ª Yolanda y D. Constancio , que les pertenecen en régimen de comunidad ordinaria y no hereditaria.

La no inclusión de 800.000 pesetas entregadas en 1983 o 1984 por D.ª Verónica , a su hijo D. Constancio .

La no inclusión como créditos de D.ª Yolanda frente a la herencia de D. Nicolas y D. Juana del importe de la reparación del tejado de la CASA000 por 1.200 €, y el crédito contra la herencia de D.ª Verónica por gastos de comunidad, derramas y demás atinentes al piso sito en Ourense, aportando factura de reparación de terraza de fecha 01.08.1997 por 258.680 pesetas (1.554,69 €).

Que el contador partidor no procedió a liquidar la sociedad de gananciales que formaron los dos matrimonios implicados en el proceso sucesorio: D. Nicolas y D. Juana y D. Jose Ramón y D.ª Verónica , por lo que se atribuye a D.ª Belen , D.ª Brigida y D.ª Candelaria , como hijas del matrimonio de D. Nicolas y D. Juana bienes que no forman parte del caudal relicto de D. Nicolas y que pertenecían a la masa hereditaria de D.ª Verónica con carácter privativo y a D.ª Verónica y D. Jose Ramón , con carácter ganancial; se adjudica a D.ª Araceli la totalidad de los depósitos bancarios, los cuales no forman parte del caudal partible, correspondiendo la mitad a la parte apelante D.ª Yolanda ; se adjudica a D.ª Yolanda casa y finca aledaña pertenecientes a D. Nicolas , sin recibir nada de la herencia de su madre D.ª Verónica , correspondiendo la adjudicación de la CASA000 a quien fue agricultora-ganadera D.ª Araceli a la que, en cambio se adjudica el piso de Ourense, denunciando la sobrevaloración de la CASA000 y del piso de Ourense máxime al ser el perito técnico agrícola, requiriendo la tasación la condición de aparejador o arquitecto técnico.

Que el exceso en la adjudicación a abonar a D.ª María Milagros es de 3.332,55 € en lugar de los 3.532,52 € contabilizados por el contador.

El día 08.01.2019 se celebró el juicio, habiendo formulado oposición la representación procesal de la parte actora D.ª Araceli , reproduciendo el contenido de su escrito de fecha 04.09.2018 obrante a folios 257 y ss de las actuaciones.

La sentencia de instancia desestima la oposición, por cuanto incurrió la parte apelante en mutatio libelli introduciendo nuevos motivos de oposición diferentes de los formulados en el trámite oportuno para ello, de forma extemporánea, y conforme a las reglas de la carga de la prueba del art. 217 LECivil, reputando huérfanas de prueba las alegaciones de la parte recurrente.

Frente a la sentencia de instancia, se alza la parte apelante D.ª Yolanda , aduciendo:

Que la división de la herencia y la liquidación del régimen económico matrimonial son dos procedimientos distintos, siendo previa la liquidación del régimen matrimonial a la división de la herencia, pretendiendo entroncar tal cuestión en relación con que se haya fusionado los bienes gananciales con los bienes privativos de tres matrimonios con la alegación en su escrito de oposición sobre la inclusión como fincas privativas de D. Nicolas fincas que tenía en estado de casado con su esposa, y con que no hubiese procedido el contador-partidor a la liquidación de ninguna de las sociedades gananciales implicadas en el proceso sucesorio.

Que el inventario del contador-partidor nació viciado, debiendo haber procedido previamente a la diligencia de formación de inventario, instando la nulidad de pleno derecho desde el momento procesal en que se encomienda conjuntamente la formación del inventario y la propia partición al contador.

Denuncia que no pudo haber oposición al mencionado inventario porque no hubo acto legalmente previsto, pretendiendo nulidad de actuaciones, que afirma debería haberse apreciado de oficio.



Frente al motivo de desestimación de su oposición conforme a reglas de carga de la prueba, sostiene la parte recurrente que, como la única prueba practicada fue la documental y el interrogatorio de la actora inadmitiéndose prueba, y pretendiendo que la prueba practicada justificaría los motivos de oposición, al no haber aportado la actora prueba para acreditar cuáles eran las fincas privativas de D. Nicolas , que la promotora no fue capaz de identificar la firma de D. Jose Ramón , en el documento privado de adquisición del cupo hereditario de su hermano D. Carlos María , que no se ha incluido las sepulturas de cementerio de CARTELOS, ni la FINCA001 nº NUM012 de la valoración pericial, que la actora en su interrogatorio manifestó desconocer si las fincas DIRECCION002 , DIRECCION003 , DIRECCION004 , DIRECCION005 , DIRECCION006 , DIRECCION007 y DIRECCION008 atribuidas a D. Nicolas pudieran ser gananciales de su esposa D. Juana , así como desconocer los bienes gananciales de D. Jose Ramón y D.ª Verónica , que las cuentas bancarias fueron abiertas 12 años después de fallecer en 1992 D. Verónica , y reconociendo que el dinero provenía de una expropiación de una propiedad de D. Nicolas para hacer una carretera, no formando parte del caudal relicto de D.ª Verónica , que se ha perjudicado a los herederos de D. Constancio , por la adjudicación a la apelante de construcciones de Villaguillulfe, que la finca DIRECCION009 , DIRECCION010 o DIRECCION011 tiene una captación de agua o pozo para servicio de la casa de Villaguillulfe, adjudicándose a D. Eliseo y no a la adjudicataria de la casa que el pozo abastece, que los gastos del piso de Ourense fueron asumidos por D.ª Yolanda desde el fallecimiento de D.ª Verónica , no incluyéndose dicha deuda, que no se han valorado las cesiones a Obdulio y Plácido conocido como Cebollero , perjudicando a los adjudicatarios de las mismas, que el coste de la reparación de la terraza de 258.680 € no se ha incluido, la ubicación incorrecta en Chantada de fincas que radican en Carballedo, la adjudicación a D.ª Belen , D.ª Brigida y D.ª Candelaria de fincas que no pertenecieron a sus padres D. Nicolas y D. Juana , no respetándose en la adjudicación a la apelante D.ª Yolanda de sus derechos hereditarios, al no incluirse ningún bien procedente de su madre D.ª Verónica , a pesar de ser heredera en proindiviso con su hermano D. Constancio , reproduciendo las alegaciones introducidas en la vista y en el escrito de oposición a las operaciones divisorias.

Denuncia también que el contador partidor no ha solicitado colaboración a la parte apelante, suscitando dudas acerca de si fue dispensado el mismo trato a la actora D.ª Araceli .

Sostiene que las herederas D.ª Belen , D.ª Brigida y D.ª Candelaria no comparecieron en el procedimiento hallándose en ignorado paradero, no constando investigación judicial de su verdadero domicilio, ni la declaración expresa de rebeldía procesal que pretende conlleva la nulidad de actuaciones desde la citación negativa en el último domicilio fijado en la demanda rectora.

Se formula oposición al recurso de apelación por las demás partes personadas en autos.

SEGUNDO.- En primer lugar, se plantea por la parte apelante una pluralidad de supuestas nulidades, si bien concluye suplicando el dictado de sentencia por la que se estime íntegramente la impugnación del cuaderno particional realizada por la parte apelante en base a los motivos esgrimidos en el escrito de recurso, con imposición de las costas procesales a la parte actora-recurrida. En su escrito de oposición fechado el 07.11.2017, la parte apelante no alegaba nulidad alguna en la tramitación y resolución del procedimiento y pretendía la convocatoria a comparecencia del art. 787.3 LECivil y designación de perito arquitecto técnico para emisión de informe de valoración de la CASA000 y del piso en Ourense así como del demérito que supone la atribución de la CASA000 a quien carece de fincas con las que constituir una explotación agropecuaria.

NO se incurre en las nulidades denunciadas por la parte apelante, máxime cuando comparecida en autos, no usó los recursos ordinarios para combatir tales supuestas infracciones procesales, ni consta que le supongan gravamen o indefensión.

Para la correcta resolución de la cuestión planteada, debemos partir de la regulación procesal objeto de la controversia contenida en los artículos 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y que no escapa al principio de preclusión, es decir de que lo no alegado en su momento no puede serlo posteriormente, como dispone el artículo 136 de la misma Ley.

El artículo 783.1 establece como primer trámite:

1. 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.

2. Practicadas las actuaciones anteriores o, si no fuera necesario, a la vista de la solicitud de división judicial de la herencia, el Letrado de la Administración de Justicia convocará a Junta a los herederos, a los legatarios de parte alícuota y al cónyuge sobreviviente, señalando día dentro de los diez siguientes.

NO incurre en nulidad el procedimiento por ninguno de los motivos esgrimidos ex novo por la parte apelante en su escrito de recurso, respecto de los cuales guardó un ominoso silencio durante la tramitación de la causa. LA citación de las coherederas D.ª Belen , D.ª Brigida y D.ª Candelaria fue correcta, acudiéndose a las fuerzas



y cuerpos de seguridad del Estado, mucho más efectiva para garantizar su localización que la averiguación domiciliaria a través del Punto Neutro Judicial, máxime cuando no se dispone de DNI que imposibilita tal mecanismo, informando el oficio de la guardia civil obrante a folio 109 que tales coherederas emigraron a Cuba en la primera mitad del Siglo XX sin tener nuevas noticias de las mismas.

En el presente caso, no se solicitó la intervención del caudal hereditario ni la formación, que no se reputaron necesarias, por lo que se convocó a Junta de Herederos, tramitándose conjuntamente la liquidación de la sociedad de gananciales de los suegros de la actora. Tal y como en el citado artículo se preceptúa, no suscitándose, en particular por la parte apelante controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto del inventario propuesto por la parte actora respecto de los caudales relictos de los padres, abuelo y hermano del esposo de la actora, fallecido en 2014.

La comparecencia ante el LAJ tiene por finalidad lograr la definitiva conformidad o discrepancia con las partidas del inventario, de manera tal que solamente el extremo en el que las partes difieran constituirá el objeto único a debatir en repetida vista Verbal, siendo de aplicación analógica lo establecido en el artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto considera la demanda como delimitadora del proceso, resultando inadmisibles cualquier cuestión no suscitada ya en ella.

Solicitar con posterioridad la inclusión en el inventario de bienes o derechos distintos a los consignados como discutibles ante el LAJ, implicaría una "*mutatio libelli*" totalmente proscrita, consecuencia de los principios dispositivo, de justicia rogada y de congruencia que rigen el proceso civil. En este sentido, Sentencias de las Audiencias Provinciales de Santa Cruz de Tenerife, de doce de abril de dos mil trece, de Valencia, de veinte de diciembre de dos mil doce, y de Zamora de 21 de febrero de 2014 que señala: "*Consecuentemente, cabe, a los efectos aquí debatidos, sentar las siguientes matizaciones o conclusiones: Una cosa es inventariar o no un bien, junto con su documentación que lo justifique, lo cual debe hacerse necesariamente en el transcurso de la diligencia de inventario, y otra bien diferente es discutir, sobre dicho bien, si es incluíble o excluible de referido inventario, lo cual se realiza en el seno del juicio previsto en el art. 794 LEC. O lo que es lo mismo, los bienes son concretables, y su documentación, en la diligencia de inventario, en tanto que en el posterior juicio verbal, y sin posibilidad de añadir nuevos bienes, sería donde se concretarían y expondrían los fundamentos de la discrepancia sobre el bien a incluir o excluir del inventario, practicándose las pruebas propuestas y admitidas a tal fin.*"

Y llegados al recurso de apelación es nota esencial el aforismo "*pendente apellatione nihil innovetur*", el cual indica que en grado de apelación no se inicia un juicio nuevo ni autoriza a resolver cuestiones distintas a las planteadas en primera instancia, lo que a su vez, es manifestación de la prohibición de "*mutatio libelli*", esto es la prohibición de modificación esencial de las pretensiones que se ejercitaron en primera instancia y, naturalmente de introducción de nuevas pretensiones.

Aforismo que se recoge en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, así el artículo 456 limita el recurso a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas en primera instancia y en congruencia con ello el 465.5 ordena que el auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación. En consecuencia, procede desestimar todas aquellas cuestiones introducidas por la parte apelante en la vista y en su recurso de apelación, ajenas a las delimitadas por su escrito de impugnación de las operaciones divisorias, operando el principio de preclusión. Hemos de partir de que la segunda instancia no es un nuevo proceso en el que puedan las partes aducir nuevas peticiones o modificar los términos del debate procesal verificado en la instancia, sino que se pretende que otro Tribunal emita un nuevo juicio sobre lo ya pedido y decidido en primera instancia, a la vista de los hechos alegados y de las pruebas practicadas en ella. En la segunda instancia del proceso, al igual que en la primera, se establece como garantía de las partes el principio de preclusión, que impide que puedan introducirse en la alzada nuevos hechos o peticiones que modifiquen los términos en que quedó establecido el debate procesal, por vedarlo el principio de seguridad jurídica y el de la proscripción de la indefensión (arts. 9.3 y 24.1CE). Naturalmente, sin perjuicio de las limitadas concesiones al *ius novorum* previstas por la ley.

Así, no pueden las partes en la segunda instancia del proceso solicitar la reforma de la sentencia de primera instancia invocando hechos, pruebas o excepciones nuevas sino sólo por las mismas aducidas oportunamente en la primera instancia del proceso, en los límites de la pretensión impugnatoria. En conclusión: en nuestro derecho la vía de recursos no es creadora, sino controladora, y no de la realidad material o fáctica, sino del proceso. En caso contrario, estaríamos ante otra realidad fáctica y jurídica, pues el cambio de los motivos de oposición aducidos en la contestación a la demanda en la segunda instancia del proceso opera una modificación de los términos del debate y supone una disminución o desaparición de los derechos de contradicción y defensa de la contraparte, sin que quepa plantear cuestiones distintas de las que se alegaron oportunamente en la primera instancia del proceso. La resolución impugnada parte del alegato fáctico



conformado por las partes en el proceso, respecto de los bienes que integran el caudal relicto de los causantes, no habiendo recurrido la propia parte apelante ni la admisión de la solicitud de división de la herencia, ni los sucesivos actos procesales y habiendo designado de común acuerdo incluso en la comparecencia ante el LAJ al perito, sin impugnar el inventario de bienes propuesto por la actora.

Decaen, así, la apelación respecto de los motivos de oposición a las operaciones divisorias no alegados en el momento procesal oportuno, una vez excluida la nulidad de actuaciones.

Tampoco concurre nulidad por haberse tramitado conjuntamente la división judicial de la herencia y la liquidación de la sociedad legal de gananciales conformada por D. Jose Ramón y D.ª Verónica, y la división de la herencia del padre del Sr. Jose Ramón y del hijo de la Sra. Verónica, respecto de quien se declaró heredera abintestato a la madre. Sostiene la parte recurrente, que no es posible tramitarse en un solo procedimiento de división judicial de herencia las operaciones particionales de dos esposos fallecidos procediendo instar un previo procedimiento de liquidación de gananciales, al ser inviable la práctica de ambas operaciones en un único proceso y de forma acumulada.

La LEC dentro del Libro IV sobre procesos especiales, contiene dos regulaciones que afectan a la división de patrimonios: el procedimiento especial para practicar la partición judicial de la herencia (arts. 782 a 805) cuando no existe acuerdo unánime entre los herederos y legatarios de parte alícuota, tal y como reconoce el art. 1059 CC; y el procedimiento especial para la liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 806 a 811) cuando éste, ya sea por pacto en capitulaciones matrimoniales ya por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes, es decir, los casos de la sociedad de gananciales y del régimen de participación en el derecho civil común, y en los derechos forales, entre otros, los casos del Consorcio conyugal aragonés, de la Comunicación foral de bienes vizcaína, de la Sociedad legal de conquistas Navarra, de la Comunidad de bienes DIRECCION001 y del Fuero de Baylío en algunos pueblos de Extremadura.

En la doctrina y jurisprudencia se ha planteado la posible acumulación del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial al de división de la herencia cuando uno o los dos cónyuges han fallecido y hay identidad subjetiva entre las personas interesadas tanto en la liquidación como en la partición, y, en consecuencia, además de liquidar el régimen económico matrimonial se ha de proceder a practicar la partición de la herencia de uno o de los dos finados, existiendo al respecto dos corrientes doctrinales y jurisprudenciales. Una a favor y otra en contra de la acumulación de acciones.

A favor de la acumulación se pronuncian, entre otras, el Auto de AP de Toledo de 30 de septiembre de 2008, la Sentencia de la AP de Madrid de 26 de septiembre de 2008, la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 2 de septiembre de 2008, el Auto de la AP de Madrid de 22 de noviembre de 2005, la Sentencia de la AP de Palencia de 12 de diciembre de 2001, y la Sentencia del TS, Sala 1ª, de 14 de diciembre de 2005, resoluciones en las que se argumenta que el procedimiento de los arts. 806 a 811 LEC resulta únicamente aplicable a aquellos supuestos en que la disolución del régimen económico matrimonial que determina la liquidación deriva de un pronunciamiento judicial, esto es, a los supuestos de nulidad, separación o divorcio del matrimonio, o a los supuestos contemplados en el art. 1393 CC de disolución judicial de la sociedad de gananciales, mientras que en los supuestos de disolución del régimen económico matrimonial por fallecimiento de uno de los cónyuges aquella no deriva de un pronunciamiento judicial sino del hecho de la muerte. El fallecimiento del cónyuge determina, de conformidad con los arts. 657, 659 y 661, la apertura de la sucesión y concreción de lo que es objeto de la herencia, la cual comprende todos los derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte. Y esta concreción ha de hacerse necesariamente a través de las operaciones particionales habida cuenta de que, aún en el caso de que exista un único heredero, la partición de la herencia resulta necesaria a fin de fijar los derechos legitimarios del cónyuge viudo. De este modo, al devenir necesaria la previa liquidación del régimen económico matrimonial para determinar el verdadero y concreto caudal hereditario del causante, es evidente que la liquidación ha de hacerse dentro de las propias operaciones particionales, y, en consecuencia, en el supuesto de partición judicial, la liquidación del régimen económico matrimonial habrá de efectuarse dentro del correspondiente procedimiento particional regulado en los arts. 782 a 805 LEC.

En todo caso, la división judicial de herencia es un proceso universal con vis atractiva de los procedimientos relativos a la formación de la masa partible, como lo prueba la remisión que el art. 810 LEC hace a los artículos de la división de la herencia, tanto si hay acuerdo entre los cónyuges como si no lo hay.

La conexión jurídica entre los dos procedimientos justifica su tratamiento procesal unitario puesto que la línea jurisprudencial ha relativizado y flexibilizado la aplicación estricta en cuanto a los requisitos de carácter procesal que deben concurrir para que proceda la acumulación de acciones cuando las garantías del proceso seguido no limitan los medios de defensa e impugnación, y ninguna indefensión se produce al respetarse las exigencias previstas en el art. 24 CE.



De esta forma, las acciones de liquidación del régimen económico matrimonial y de partición y adjudicación de bienes hereditarios no son incompatibles por cuanto no se excluyen ni son contrarias entre sí, antes al contrario, el ejercicio de una de las acciones es necesario para realizar las otras, y el hecho de posibilitar el conocimiento de estas acciones simultáneamente aporta claros beneficios, tanto de carácter económico como en orden a la agilización en la resolución de los conflictos litigiosos.

La interpretación armónica, integradora y teleológica en el orden procesal y sustantivo, evitando la dispersión procedimental y dilación del proceso, fundada en la concentración de actuaciones, economía y celeridad procesal también es un motivo a favor. Por último, no podemos concluir sin referir en este punto la opinión, muy ilustrativa, del profesor Montero Aroca que dice: *" Cuando el régimen económico matrimonial se ha disuelto por muerte de una de esas personas existirá, sin duda, una comunidad postmatrimonial entre el cónyuge vivo y los herederos del muerto, pero su división no se hará acudiendo de modo directo a este procedimiento sino por el anterior de división de la herencia".* Y, explica: *" No se trata de que en el procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento Civil se esté pensando principalmente en la liquidación del régimen económico matrimonial de manera dependiente respecto de un proceso matrimonial, pues puede tratarse de otro proceso en el que se inste la disolución de la sociedad de gananciales, por ejemplo por alguna de las causas del artículo 1.393 del Código Civil , sino de que la misma existencia del procedimiento específico se explica desde la vida de los cónyuges o ex cónyuges, pues una vez muerto uno de ellos carece de sentido."*

Conocida es la teoría contraria a la acumulación, reflejada, entre otros, en los Autos de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2ª, de 23 de julio de 2008 y de 27 de febrero de 2009 siendo de destacar como argumentos más importantes: el principio de legalidad procesal , el hecho de que los arts. 806 a 811 LEC se refieran casi únicamente a aquellos supuestos en que la disolución del régimen económico matrimonial que determina la liquidación deriva de un pronunciamiento judicial prescindiendo de los supuestos en que la disolución de la sociedad de gananciales se produce por el fallecimiento de uno de los cónyuges, sin necesidad de declaración judicial alguna, constituye un olvido o falta de previsión del legislador, una pretendida exclusión del ámbito del procedimiento de los arts. 806 a 811 en tales supuestos, hubiera precisado de un pronunciamiento expreso en el precepto en el que se determina dicho ámbito, el art. 806, el cual no establece exclusión o restricción alguna, que la liquidación del régimen económico matrimonial es un paso previo e ineludible para conocer el haber partible entre los herederos por mucho que a partir del art. 810.5 LEC se unifique la tramitación de ambas liquidaciones, pues una no deja de ser presupuesto de la otra. Y que hay un orden lógico de las cosas que parece excluir la posibilidad de acumulación de acciones y tramitación conjunta de las mismas. Aunque se trata de una cuestión polémica, esta Sala considera que no es estrictamente necesario acudir primero a liquidar el régimen económico de la sociedad legal de gananciales para proceder después a la división de los bienes. Ese es el criterio dominante en la práctica forense que, como señala Seoane Spiegelberg, encuentra apoyo normativo en el art. 1410 del Código Civil , viene avalado por la Jurisprudencia (STS de 8.3.95 y 17.10.02) y las citadas en la recurrida y resulta adecuada al principio de economía procesal y no merma el derecho de defensa y así se colige en el caso de autos.

Se desestiman, en consecuencia, los alegados motivos de nulidad de actuaciones, la improcedencia de acumulación de acciones, y los motivos de apelación introducidos ex novo en el recurso de apelación, modificando los términos del objeto y del debate procesal y respecto de los cuales obviamente no pudo pronunciarse la sentencia de instancia.

TERCERO.- En cuanto a los motivos de oposición de fondo, es correcta la valoración de la prueba efectuada por la juzgadora de instancia, pues se trata de alegaciones fácticas huérfanas de prueba e incluso mudadas, como queda expuesto, en el recurso de apelación, en el que, por ejemplo se guarda silencio acerca de la supuesta donación colacionable a la que aludía en su escrito de oposición a las operaciones divisorias, respecto de la supuesta entrega de 800.000 pesetas por la Sra. Verónica en los años ochenta al esposo de la actora. Incluso frente a la reclamación de la reparación de la terraza en la CASA000 , no acreditada, se transmuta en el recurso de apelación la reclamación del crédito que afirma la apelante respecto de la reparación de la terraza. Las alegaciones respecto de que las cuentas bancarias fueron abiertas después de fallecer la Sra. Verónica no obstan a que el dinero ingresado en dichas cuentas procedía del caudal relicto de causante, como consecuencia de expropiación, por lo que también ha de decaer. Pretende la parte apelante que la carga de la prueba respecto de sus propias aseveraciones pesa sobre la parte actora, lo que ha de verse rechazado. Es más tampoco la parte apelante practicó prueba sobre la supuesta sobrevaloración de los bienes inmuebles, ni sobre la incorrecta ubicación o identificación de fincas.

No se debe olvidar que, en la alzada, lo que se examina es si el juzgador de instancia en la valoración probatoria que realiza ha incurrido en un error manifiesto y grave, " error grosero" que llama la jurisprudencia o si, admitiendo varias interpretaciones la constancia probatoria, se ha escogido aquella que más se aleja de la realidad y del sentido común en relación a la voluntad contractual y a la normativa legalmente establecida



al efecto. La Sala, después de haber examinado con no menor atención que la prestada por el juzgador de instancia la prueba practicada en autos, no puede por menos que acoger las decisiones tomadas por aquélla en su valoración por considerarlas acertadas. El examen de la documentación aportada y el visionado del CD de la vista, nos llevan a compartir plenamente la valoración probatoria, lógica y razonable, de la sentencia de instancia, sin que apreciemos en tal valoración error, insuficiencia, incongruencia o contradicción.

Respecto de dicha valoración de la prueba recuerda, por ejemplo, la SAP de Cáceres nº 27, de 15 de enero de 2018, que *"debe ser respetada la valoración probatoria de los órganos judiciales en tanto no se demuestre que el juzgador incurrió en error de hecho, o que sus valoraciones resultan ilógicas, opuestas a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica. Por tanto, debe respetarse el uso que haga el juzgador de primer grado de su facultad de libre apreciación o valoración en conciencia de las pruebas practicadas, al menos en principio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia, como tiene declarando el Tribunal Constitucional (sentencia 17 de diciembre de 1985, 13 de junio de 1986, 13 de mayo de 1987, 2 de julio de 1990 y 3 de octubre de 1994), salvo que aparezca claramente que, en primer lugar, exista una inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba o, en segundo lugar, que el propio relato fáctico sea oscuro, impreciso o dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio, porque prescindir de todo lo anterior es sencillamente pretender modificar el criterio del juzgador por el interesado de la parte recurrente"*.

En tal sentido, ha de tenerse en cuenta el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que recoge las reglas del *onus probandi*, en su doble función de regla de juicio o expediente formal de decisión, en su apartado 1º, y de norma destinada a las partes para que conformen a priori su estrategia y configurada como carga procesal, en el artículo 217.2 y 3, con carácter subsidiario *"para el problema de la falta de la prueba"*, trazo de subsidiariedad que fue constantemente destacado por la jurisprudencia, que destaca que la aplicabilidad de la carga de la prueba es ante la inexistencia de certeza judicial (vid. SSTs de 31 de diciembre de 1.997, fundamento jurídico 1º, de 24 de noviembre de 1.998, fundamento jurídico 5º y de 8 de marzo de 1.999, fundamento jurídico 3º, entre otras). Conforme al señalado artículo 217 de la Ley Procesal, son las partes las que tienen la carga procesal de promover la actividad probatoria, en cuanto imperativo fundado en su propio interés, de forma que su desatención genera el riesgo procesal de que sus pretensiones o resistencias no encuentren amparo en la resolución judicial que pone fin al conflicto judicializado, siendo libres las partes de proponer los medios de prueba en orden a la consecución de la convicción psicológica del juzgador sobre los hechos por ellas afirmados, derecho de las partes para proponer los medios probatorios pertinentes para su defensa (artículo 24 de la Constitución), que es un imperativo de su propio interés, que entra dentro de la estrategia procesal de las partes, por lo que de ellas depende su ejercicio, encontrándose estimulada, sin duda, por la carga de la prueba en cuanto regla de juicio.

Por lo tanto, una vez que la parte apelante no se opuso al inventario de bienes, compareció en legal forma a la junta de herederos en la que se designó al contador partidor y al perito, en este caso de común acuerdo, para posteriormente atacar el cuaderno particional sobre la base de hipótesis y alegatos fácticos no acreditados, y posteriormente introduciendo, prescindiendo del principio de preclusión, nuevos motivos de oposición en la vista, en la que ya estaba delimitado el objeto procesal, y posteriormente por vía de apelación, a la vista de la resultancia probatoria, han de desestimarse los motivos de oposición aducidos por la representación procesal de D.ª Yolanda confirmando la sentencia de instancia.

CUARTO.- En virtud de lo dispuesto en el Art. 398 de la LEC cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, se aplicarán en cuanto a las costas del recurso lo dispuesto en el Art. 394. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación presentado por el Procurador de los tribunales Sr. Gómez Couceiro, en nombre y representación de D.ª Yolanda, contra la Sentencia nº 83/2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N 1 de Chantada con fecha 2 de septiembre de 2019, en autos de División de Herencia 129/2015, que se confirma.

Con imposición a la parte apelante de las costas procesales.

Procedase a dar al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J, si se hubiera constituido.

Notifíquese la presente resolución a las partes conforme art. 248.4 LOPJ, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que pueda interponerse el recurso extraordinario por infracción procesal o de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de



la Ley de Enjuiciamiento Civil , en cuyo caso el plazo para la interposición del recurso será el de veinte días, debiendo interponerse el recurso ante este mismo Tribunal.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ