

Audiencia Provincial Civil de Madrid**Sección Decimocuarta**

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 6 - 28035

Tfno.: 914933893/28,3828

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0185713

Recurso de Apelación 654/2018

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 18 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 1146/2016

APELANTE: D.

PROCURADOR Dña.

APELADO: Dña. M

PROCURADOR Dña

SENTENCIA**ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:**

D. JUAN UCEDA OJEDA

Dña. PALOMA GARCIA DE CECA BENITO

D. JOSÉ IGNACIO ZARZUELO DESCALZO

En Madrid, a treinta de septiembre de dos mil diecinueve.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente D. JUAN UCEDA OJEDA

La Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 1146/2016 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 18 de Madrid, en los que aparece como parte apelante Dña.

representados por la Procuradora Dña.

y defendidos por el Letrado

, y como parte apelada Dña.

representada por la Procuradora Dña.

MARIA SOLEDAD RUIZ BULLIDO y defendida por la Letrada Dña. NOELIA BARREIRO SÁNCHEZ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 23/05/2018.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 18 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 23/05/2018, cuyo fallo es del tenor siguiente: "Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la representación de

contra

, debo absolver y absuelvo a la demandada de todos los pedimentos de la demanda y todo ello con imposición de las costas causadas a la actora."

SEGUNDO.- Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandante D. _____

al que se opuso la parte apelada Doña _____ y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC, se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 24 de abril de 2019.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales, excepto en el plazo para dictar sentencia, debido el cúmulo de asuntos pendientes de resolución.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Don _____ y _____ solicitando que se presentaron demanda contra doña _____ declare la nulidad de la partición de la herencia del causante don _____ aprobada por el juzgado de primera instancia de Madrid nº 69 en el procedimiento de división de herencia registrado con el número 867/2003, y subsidiariamente la reintegración y adición a la herencia de bienes omitidos en el previo procedimiento judicial de división de herencia en base a los siguientes hechos.

El causante, don _____, falleció en _____ dejando un solo hijo, don _____, de su relación con doña _____ con quien contrajo matrimonio el día _____ en _____

El mismo otorgó testamento abierto el día 23 de agosto de 1998 en la localidad de Madrid en el que nombró heredero a su hijo, legando el tercio de libre disposición a _____ con quien, tras abandonar el domicilio familiar, inició una relación en el año 1971.

Con carácter previo al fallecimiento del causante, don _____ y su cónyuge doña _____ procedieron a efectuar, con fecha _____, la venta de una vivienda sita en la calle _____ en la localidad de Madrid. El precio de venta del citado inmueble ascendió a _____ de pesetas, abonando el comprador del inmueble, don _____ euros a cada uno de los vendedores antes de la firma de la escritura y el resto que importaba _____ euros, _____, para cada uno, se pagó el día 1 de julio de 2002 cuando se otorgó la escritura pública de venta del inmueble. Doña _____ procedió a ingresar las cantidades que recibió por la venta de la casa en la cuenta bancaria que tenía abierta en el Banco Guipuzcoano mientras que don _____ ingresó el mismo en una cuenta corriente de su exclusiva titularidad, nº _____ del Banco de la Pequeña y Mediana Empresa (_____). Dos días después con tal dinero adquirió un total de _____ participaciones de un Fondo de Inversión desde una cuenta de la que también era titular la persona con la que convivía, disponiendo doña _____ tras el fallecimiento del señor _____

de las participaciones hasta la cantidad de euros.

Tras unas conversaciones entre las partes hoy en litigio que no llegaron a buen fin, se presentó demanda promoviendo procedimiento de división judicial de herencia(autos 867/2003 del juzgado de primera instancia nº 69 de Madrid), en el que se dictó sentencia en la que se desestimaba la oposición presentada por don y doña frente las operaciones divisorias efectuadas por la contadora partidora designada y se aprobaban las mismas indicando expresamente en la resolución que la misma no producía efectos de cosa juzgada, ordenando la protocolización del cuaderno particional.

La relación de bienes relictos que, a juicio de los actores, componían el haber hereditario del señor son los siguientes:

- a.- Vivienda sita en la calle de la localidad de Madrid.
- b.- Efectivo en cuenta corriente nº por importe de euros.
- c.- Participaciones adquiridas de un fondo de inversión que importan en total de euros.
- d.- Negocio sito en la calle F
- e.- Rendimiento económico y derechos de propiedad intelectual del libro
- f.- Ajuar doméstico.

De los mismos se ha reducido la tercera partida a la suma de euros, y se han eliminado las partidas d y e al considerar que carecen de todo valor.

En el suplico de la demanda solicitaron las siguientes peticiones:

A.- Se declare la nulidad de las operaciones particionales realizadas mediante cuaderno particional homologado judicialmente por sentencia número 251 de fecha 17 de octubre de 2005, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 69 de los de Madrid, dejándose sin efecto la resolución mentada así como la de la sentencia que resolvió el recurso de apelación, las cuales no tienen efecto de cosa juzgada por concurrir motivos y causas de nulidad al no haberse efectuado la previa liquidación de la sociedad de gananciales, condenando a la parte demandada a reintegrar a la comunidad hereditaria el 100% de la cantidades pecuniarias de carácter ganancial dispuestas de las cuentas bancarias o de valores que el causante mantenía abiertas en la entidad Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, así como los intereses correspondientes desde el fallecimiento del causante

B.-De forma subsidiaria se proceda a declarar la adición y reintegración a la herencia de don I del 50% de las participaciones suscritas por el causante con carácter previo a su fallecimiento y que se encontraban en la cuenta de valores declarando la obligación de la demandada de reintegrarlo al caudal relicto así como los intereses legales devengados desde que procedió de forma indebida a apropiarse de dichas cantidades

C.- Que se proceda a declarar expresamente la necesidad de efectuar las partes nueva partición y adjudicación de herencia respetando lo acordado en la sentencia dictada.

D.- Que se deje sin efecto la ejecución motivada por la condena en costas en el procedimiento de división de herencia 540/2006 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 69 de Madrid.

SEGUNDO. La parte demandada, doña [redacted] que era heredera de doña [redacted] que había fallecido el día [redacted] se opuso a la solicitud de la parte actora en base a los siguientes motivos que pasamos a analizar.

Caducidad de las acciones entabladas. Teniendo en cuenta la naturaleza contractual de la partición hereditaria y la falta de regulación específica en materia de su nulidad, a excepción del supuesto contemplado en el artículo 1081 del CC, hay que entender que le son aplicables los preceptos generales de nulidad de los negocios jurídicos y en particular el artículo 1261 del CC. No estaríamos ante un supuesto de nulidad radical o absoluta, sino en todo caso de nulidad relativa o anulabilidad, con la consecuencia que el plazo para el ejercicio de la acción sería el de cuatro años, conforme dispone el artículo 1301 del CC.

Igual suerte debe correr la acción de adición o de complemento de la partición, pues también en este caso la postura del Tribunal Supremo apunta a la anulabilidad, así en su sentencia de 11 de diciembre de 2002 señala que no procede la adición del artículo 1079 del CC cuando los bienes omitidos en la partición sean bienes importantes, en cuyo caso lo procedente es la acción de anulabilidad, habida cuenta que el artículo 1079 del CC no puede servir de amparo para, años después de la partición y vencido con mucho el plazo de ejercicio de las acciones de rescisión por lesión y anulabilidad de la misma, suplir su falta de ejercicio en tiempo y forma mediante una petición de complemento o adición. Importancia que no cabe negar en este caso en cuanto pretende adicionar una suma de [redacted] euros con sus intereses, lo que supone un 29% valor total del cuaderno.

Cosa Juzgada. La pretensión que se ha planteado y se está discutiendo ya fue analizada en el procedimiento de división de herencia nº 867/2003 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 69 de Madrid, donde se tramitó un incidente de juicio verbal con motivo de la oposición de los hoy demandante al cuaderno particional elaborado por [redacted].

Las cuestiones planteadas son exactamente las mismas, por lo que, a pesar de que el artículo 787.5 de la LEC alude a que las resoluciones que se dicten al resolver el proceso de división de herencia carecen de cosa juzgada, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado que si lo tienen respecto a los concretos hechos o planteamientos en los que las partes pudieron debatir con plenitud de medios probatorios y de argumentos, sin restricción alguna, como es el que caso que nos ocupa, en definitiva los temas objeto de este procedimiento ordinario. Esta doctrina ha sido sentada entre otras, por la sentencia 728/1992 de 8 de julio.

Los hechos puntualizó que debía tenerse presente que el señor [redacted] estaba separado de su esposa doña [redacted] hacía más de 25 años, por lo que se había extinguido la sociedad de gananciales.

La parte actora no ejercitó en aquel procedimiento acción para la liquidación de la sociedad de gananciales sino únicamente una acción de división de herencia. Ahora bien, pese a no solicitar la liquidación de la sociedad de gananciales, la actora se opuso al cuaderno particional, entre otros motivos, por no haberse declarado disuelta la sociedad de

gananciales, resolviendo la cuestión la sentencia dictada en el juicio verbal en estos términos. *“Asimismo alega la parte opositora al cuaderno particional, dentro de los motivos segundo y tercero, que en el mismo no se adjudica a la viuda doña [redacted] bienes en concepto de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, a pesar de que se le reconoce a la misma su mitad de gananciales, alegación que tampoco puede ser acogida, pues, por más que no pueda negarse genéricamente su derecho a la mitad de los bienes gananciales, ningún precepto de los que regulan la división de la herencia(artículos 782 y ss de la LEC) exige que la liquidación de la sociedad de gananciales, caso de existir, se materialice dentro de las operaciones divisorias de la herencia a que se alude en el artículo 786 de la LEC, bastando que en las mismas se haya tenido en cuenta, a efectos de la división, el carácter ganancial de los bienes de que se trate, y sin que conste tampoco que, tras veintiséis años de separación conyugal(hay que tener en cuenta que cuando el causante hace testamento, en octubre de 1998, hace referencia a que está separado de su esposa hace veintidós años, falleciendo, conforme no se discute en agosto de 2002) permanezcan dentro del ajuar doméstico bienes atribuibles al cincuenta por ciento a la viuda”.*

Sobre el importe obtenido por la venta del inmueble, debe tenerse presente que tal dinero no existía en el momento de la muerte de don [redacted], y que se debe negar la indebida disposición por parte de la legataria de las participaciones del Fondo de Inversión que obraban en la cuenta [redacted] puesto que siendo titular de las mismas conjuntamente con don [redacted] nada le impedía que como propietaria pudiera disponer libremente de aquellas, lo que unido al hecho de que constando incluido en el Cuaderno Particional aprobado la otra mitad del Fondo citado hace que su actuación en todo caso haya quedado convalidada. No puede obviarse que al aparecer ambos como titulares del Fondo de Inversión la presunción que el capital que lo integra es de titularidad compartida

En ambos casos debe recordarse que la actora únicamente recurrió la sentencia anterior en lo relativo a su pronunciamiento en materia de costas, consintiendo en todo lo demás lo dispuesto por el Juzgado de Instancia, por lo que la sentencia de 17 de octubre de 20005 en lo restante devino firme y por ello inalterable. Pretender ahora nuevamente que se declare la nulidad de lo actuado implica que la actora esté yendo contra sus propios actos, toda vez que las cuestiones aquí planteadas ya tuvo oportunidad de deducirlas también en el procedimiento anterior, por lo que si no lo hizo o consintió son cuestiones que a la parte actora le son imputables, sin que resulte admisible que se ejercite ahora una acción o un derecho que se halle en contradicción con un conducta y forma de comportarse anterior, contradictoria e incompatible con dicho ejercicio.

Aunque se pudiera llegar a declarar la nulidad o complemento de las operaciones particionales, ello en modo alguno podría suponer que se dejase sin efecto la ejecución de títulos judiciales nº 540/2006 que fue instada para el cobro de las costas procesales que se generaron en el procedimiento de división de herencia.

TERCERO. La sentencia de instancia desestimo en su integridad la demanda condenando al pago de las costas procesales a los actores. Pasamos a reproducir literalmente aspectos esenciales de la fundamentación de la misma.

“En el presente juicio declarativo los actores pretenden la nulidad de la partición de la herencia del causante por los motivos relacionados en el primer fundamento de esta sentencia. Ahora bien, si resulta claro que la sentencia dictada en juicio verbal de división

de herencia no genera, por si misma, fuerza de cosa juzgada, lo que si vincula, pues no nos olvidemos que la partición de herencia es un negocio jurídico, es la voluntad de las partes intervinientes en dicho negocio. Así las cosas, los hoy actores, manifestaron con rotundidad su conformidad con la partición de la herencia y la división judicial acordada en la sentencia de juicio verbal de división de herencia. Manifestaron expresamente que aceptaban rotundamente la división de la herencia; además como demostración de esta aceptación interesaron la ejecución provisional de la sentencia.

Así las cosas, es evidente que los actores no pueden ir en contra de sus propios actos formulando once años después una acción de nulidad y adición de la herencia, cuando ellos mismos mostraron su plena conformidad a la partición realizada.

La teoría de los actos propios es de plena aplicación en este supuesto, pues todos, qué duda cabe, podemos contradecirnos a nosotros mismos, pero cuando esa contradicción genera efectos jurídicos a terceros, como es el caso que nos ocupa, no puede ser amparada por nuestro Ordenamiento Jurídico, dado que genera inseguridad jurídica e implica un abuso de derecho. Y ello es lo que hace que la demanda formulada por los actores, sea plenamente desestimada, sin entrar en el fondo del asunto.”

CUARTO. Contra la sentencia se presentó recurso de apelación que se sustenta en los siguientes motivos que pasamos a exponer:

1.- Ausencia de cosa juzgada: indebida inaplicación de lo dispuesto en el artículo 787.5 de LEC en relación con el artículo 222 del mismo cuerpo legal y consecuente conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva ex artículo 24 de la Constitución Española.

a.- EL artículo 787.5 de la LEC es claro y taxativo. El legislador ha decidido que la sentencia que recaiga en los procesos de división judicial de herencia no tenga eficacia de cosa juzgada.

b.- La sentencia combatida, concretamente en el fundamento de derecho tercero cita la sentencia de 21 de febrero de 2007 que, a su vez, se remite a la de 22 de junio de 2001 y de su lectura es evidente que no puede entrar en juego el principio de cosa juzgada en este caso concreto.

c.- Se apoya la resolución apelada en el principio de prohíbe ir contra los propios actos “venire contra factum proprium non valet”.

A este respecto como puede apreciarse en autos, mis patrocinados, tal y como ya se ha adelantado, procedieron en su día a oponerse al cuaderno particional que elaboró el letrado designado del turno de oficio.

La circunstancia de que mis patrocinados solicitaran en su día la ejecución de la sentencia, no impide, según la doctrina jurisprudencial, que pueda prosperar la petición pues, manteniendo su oposición a las operaciones realizadas, solamente pretendían disponer de la titularidad de los bienes de la herencia que les correspondían en función de lo acordado en el procedimiento de división de herencia.

d.- La indebida aplicación de la excepción procesal de la cosa juzgada, ha conculcado

derechos fundamentales de mis patrocinados, ha conculcado su derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a no sufrir discriminación alguna.

2.-Indebida extensión del efecto de cosa juzgada al resto de pretensiones formuladas en la demanda, especialmente en relación con la acción de adición de bienes en la herencia.

Esta acción, formulada subsidiariamente a la principal, se corresponde con la acción de adición de bienes a la herencia, sin embargo la juzgadora extiende indebidamente el efecto de la cosa juzgada. La acción o pretensión de adición de bienes a la herencia (el 50% de las participaciones del Fondo respecto a las cuales el cuaderno particional homologado no se pronuncia) no tiene porque verse afectado por la cosa juzgada. En todo caso la resolución impugnada no lo aclara, pareciendo haberse centrado únicamente en la acción de nulidad que formula y peticiona en su numeral 1º de su escrito de demanda.

Por tanto, entendemos que la Juez a quo ha errado al ampliar el efecto de la cosa juzgada en relación al resto de pedimentos distintos del principal en el que se interesaba la declaración de nulidad de la partición.

QUINTO. Antes de entrar debemos analizar si existe algún obstáculo que nos impida conocer de la materia que es objeto de este procedimiento.

Por tanto, como primer paso debemos analizar el alcance de la disposición contenida en el artículo 787.5 de la LEC, precepto semejante al que existía bajo la anterior legislación dentro del juicio de testamentaria(LEC de 1881), en concreto la carencia de eficacia de cosa juzgada de la resolución en la que se aprueba la división judicial de la herencia, determinando si ello permite que, en cualquier caso, se pueda presentar una nueva demanda de juicio ordinario sobre la misma materia resuelta en el proceso de división o, por el contrario, deben hacerse ciertas matizaciones.

La falta de eficacia de cosa juzgada de determinadas disposiciones viene establecida por la ley por la existencia de procesos sumarios en los que el alcance del conocimiento que puedan tener los tribunales sobre la materia objeto de proceso viene restringido legalmente y, en ocasiones, también los medios de prueba a tal efecto.

Dentro del juicio verbal, encontramos el artículo el 447, apartados 2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que indica que *"2. No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión ni las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumarias.*

3. Carecerán también de efectos de cosa juzgada las sentencias que se dicten en los juicios verbales en que se pretenda la efectividad de derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito".

Al analizar esta materia la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado "que la esencia del proceso sumario no es la carencia absoluta de efectos de cosa juzgada sino que "no produce la totalidad de los efectos materiales de la misma"(23 de marzo de 1996), los sumarios "limitan la cognición a determinados aspectos de la relación jurídica material, ello

implica que los efectos de la cosa juzgada(o de la litispendencia) también han de respetar esos límites”(10 de octubre de 2007). En definitiva, a pesar que la terminología pueda llevarnos a confusión, no podemos desconocer que si se producen los efectos de la cosa juzgada respecto a las materias que son el objeto específico de los procesos sumarios.

Así, a pesar de la limitación de la eficacia de la cosa juzgada, los interesados no podrán presentar nueva demanda sobre la materia que constituían el objeto del anterior procedimiento y fueron objeto de análisis o pudieron haberlo sido, como ocurre con el pago de la renta o con la duración del plazo del arrendamiento en los procesos de desahucio arrendaticio, o con las causas de oposición limitadas legalmente frente al ejercicio de las acciones con la que se pretende obtener la efectividad de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad. Especialmente claro al respecto se presenta el artículo 827.3 de la LEC, respecto al juicio cambiario, que expresa que *“la sentencia firme dictada en juicio cambiario producirá efectos de cosa juzgada, respecto de las cuestiones que pudieron ser en él alegadas y discutidas, pudiéndose plantear las cuestiones restantes en el juicio correspondiente”*.

En otras ocasiones el alcance de la eficacia de la resolución se concreta especialmente en la normativa contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, como ocurre con los artículos 564, para el procedimiento de ejecución de títulos no judiciales, y 698, para el procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, en los que expresamente se permite a las partes acudir a un proceso declarativo para examinar materias referidas al título que fue objetivo de ejecución en cuanto no pudieron ser alegadas u opuestas durante el proceso de ejecución por la limitación de motivos de oposición que tiene establecida la ley en los mismos(ver artículos 557 y 695 LEC).

Si analizamos el procedimiento para la división de la herencia no apreciamos que se establezca restricciones al conocimiento que pueda tener el Tribunal sobre las materias que conducen a la de división de la herencia, ya que no existe limitación alguna sobre las alegaciones que puedan hacer las personas llamadas a la herencia relacionadas con la división y adjudicación de los bienes hereditarios ni sobre la práctica de pruebas.

No obstante, no creemos que podamos aceptar que en cualquier situación, después del juicio de división de herencia, se pueda instar un juicio declarativo ordinario para analizar y resolver todas cuestiones referidas a la división de la herencia, entendiendo que la doctrina derivada de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2007 que recogemos casi en su totalidad, dictada en un asunto en el que se aplicaba la normativa del juicio de testamentaria de la vieja ley procesal, nos puede facilitar la solución que debemos dar a esta materia.

“La respuesta que debe darse a dicha cuestión difiere de la que se contiene en la sentencia recurrida, cuyos argumentos no pueden ser acogidos, lo que tiene como consecuencia que -ya se ha anticipado- haya de estimarse el motivo de impugnación y casarse la sentencia recurrida. La Audiencia Provincial ha anulado al Auto aprobatorio de las operaciones divisorias el efecto de cosa juzgada respecto de la acción ejercitada en el presente proceso, y semejante conclusión -que, sin duda, busca su apoyo en las consecuencias derivadas del efecto preclusivo anulado al transcurso del plazo establecido en el artículo 1084, en relación con el artículo 1079, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para oponerse a las operaciones particionales- no se acomoda a la doctrina jurisprudencial de esta Sala relativa a los efectos de las resoluciones judiciales que

aprueban las operaciones divisorias frente a los eventuales procesos declarativos en los que se ejerciten acciones rescisorias, de nulidad, de ampliación o de modificación de tales operaciones. La Sentencia de 22 de junio de 2001 se hace eco de la doctrina sentada en las anteriores Sentencias de 7 de febrero de 1969, 27 de mayo de 1998 y 27 de octubre de 2000, conforme a la cual la aprobación judicial de la partición hecha en juicio de testamentaria -a cuyas normas remite, no se olvide, el artículo 1410 del Código Civil, cuando se trata de la liquidación de la sociedad de gananciales- no tiene la autoridad de cosa juzgada.

Dicha doctrina jurisprudencial se expresa en los siguientes términos: "CONSIDERANDO.- Que la finalidad del juicio de testamentaria radica en la práctica de la partición, cuya aprobación por los interesados no es esencial, dado que ante el silencio de éstos, con la pérdida del trámite procesal de impugnación, tiene el juzgador el imperioso deber de aprobarlas -Sentencia de 18 junio 1928 -, pero esta aprobación judicial no varía la naturaleza del acto particional, y es sólo el medio de poner fin al proceso de testamentaria cuando los interesados no impugnan dichas operaciones o las consienten, por lo que tal aprobación judicial no puede impedir que los coherederos, al amparo del art. 1073 del CC, soliciten su rescisión, dado que el precepto expresa "las particiones", sin distinguir de entre las varias clases de las mismas, y ello es así porque, como declaran las Sentencias de 30 enero 1951 y 16 noviembre 1955, la acción impugnativa a que se refieren los arts. 1086 y 1088 de la LECiv versa sobre partición en proyecto, cual lo califica el art. 1083 de dicha Ley, mientras que la acción prevista en el 1074 del CC actúa sobre partición ya efectuada, la que, como negocio jurídico, puede adolecer de vicios o imperfecciones que la aprobación judicial no puede subsanar, y que son susceptibles de dar origen a su impugnación e ineficacia, no sólo por las mismas causas por las que se rescinden las obligaciones (art. 1073), sino también como causa especial, por la lesión en más de la cuarta parte que preceptúa el art. 1074, rescisión por lesión aplicable a todas las operaciones particionales, sin más excepciones que las señaladas en los arts. 1075 -cuando la partición la hace el mismo testador- y 1078 del CC -cuando el adjudicatario ha enajenado los bienes adjudicados-. CONSIDERANDO.- Que, por lo expuesto, la partición aprobada judicialmente no tiene el carácter de cosa juzgada y es susceptible de ser impugnada por los en ella perjudicados, ejercitando las acciones pertinentes, bien sean de nulidad, de rescisión o de modificación o complemento, pues así como las operaciones particionales, una vez concluidas por convenio unánime de todos los herederos, pueden ser impugnadas posteriormente por diversas causas, según declara la Sentencia de 29 marzo 1958, en las aprobadas judicialmente cabe la misma impugnación, tanto los interesados manifiesten su conformidad, pues ésta no puede purgar los vicios de consentimiento y la lesión se reputa como tal, como si dejan transcurrir el término sin hacer oposición, que son los dos supuestos a que se refiere el art. 1081 de la Ley Procesal, dado que este silencio y pérdida del trámite para impugnar la partición, no revela conformidad con la misma ni impide el juicio declarativo correspondiente, según afirma la Sentencia de 3 diciembre 1928 ".

La doctrina expuesta se recoge también en las Sentencias de 27 de mayo de 1998 y 27 de octubre de 2000, si bien en esta última se precisa que ha de reconocerse el efecto de cosa juzgada a las sentencias que resuelvan los procedimientos promovidos, con carácter incidental, de conformidad con lo previsto en el artículo 1088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y siempre, claro está, con relación a las cuestiones que conforman su objeto.

La misma doctrina se contiene en la Sentencia de 27 de octubre de 2000; y también se establece en la Sentencia de 1 de junio de 2005, si bien en el caso contemplado por ésta se declaró la inexistencia de los efectos de la litispendencia -estadio procesal antecedente de la cosa juzgada- entre el procedimiento de partición hereditaria y el posterior que versó sobre la propiedad de una finca y sobre el derecho a percibir el justiprecio acordado en su

expropiación.

Resulta indiscutible, por lo demás, la aplicación de los criterios jurisprudenciales expuestos a los casos en que, como ocurre en el presente, se trata de la división y adjudicación de los bienes y derechos en su día integrantes del acervo ganancial, pues es consecuencia inherente a la remisión que el artículo 1410 del Código Civil hace a las normas del juicio de testamentaria. Y, desde luego, no contradice la doctrina de esta Sala conforme a la cual las sentencias que deciden los juicios que, presentando carácter incidental respecto del procedimiento universal, versan sobre la impugnación del inventario de los bienes y derechos, o sobre la inclusión o exclusión de él, o de las subsiguientes operaciones divisorias, de alguno de ellos, tienen autoridad de cosa juzgada -véanse, en este sentido, las Sentencias de 24 de febrero de 1993, 5 de julio de 1994, 21 de octubre y 15 de diciembre de 2005, entre otras-, pues el reconocimiento de dicho efecto es consustancial, primero, al hecho de mediar un proceso en el que las pretensiones que integran su objeto han sido examinadas con plenitud y resueltas en el marco de un procedimiento contradictorio, desarrollado también con plenitud de alegación y prueba, cosa que no cabe decir de los casos en que, sin mediar oposición, se aprueban judicialmente las operaciones divisorias; y después, a la presencia de las tres identidades, subjetiva, objetiva y causal, en torno a las cuales se construye el instituto jurídico de la cosa juzgada.

Aplicando el mismo criterio la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2005 recuerda que es necesario poner de relieve “ *el efecto de cosa juzgada material, que no meramente formal, que ha de producir lo que se resuelve en un previo incidente de exclusión o inclusión de bienes promovido en juicio de testamentaria, en los supuestos, claro está, de darse la triple identidad del art. 1252 del Código Civil, pues es patente que se trata de un procedimiento contradictorio con todas las garantías y sin merma o limitación de medios de defensa*”.

En definitiva debe mantenerse la existencia de la cosa juzgada de mediar un proceso en el que las pretensiones que integran su objeto han podido ser examinadas con plenitud y resueltas en el marco de un procedimiento contradictorio, desarrollado también con plenitud de alegación y prueba con la presencia de las identidades en torno a las cuales se construye el instituto jurídico de la cosa juzgada, criterio al que sigue la sentencia de la Audiencia de León de 8 de julio de 2015 cuando indica que “ *las resoluciones dictadas en procesos de división de herencia no producen efectos de cosa juzgada salvo que los interesados hayan intervenido en los mismos y queden vinculados por los actos propios o reproduzcan de forma idéntica la misma pretensión que ya fue analizada con amplitud de prueba en el procedimiento anterior y sin aportar elemento alguno novedoso*” y la de .

No existe motivo para separarnos del criterio de la anterior doctrina jurisprudencial dada la semejanza de la regulación que sobre la cosa juzgada se contiene en el procedimiento de división de herencia de la nueva ley procesal respecto al viejo juicio de testamentaria, por lo que debemos indicar que no podemos volver a conocer sobre esta materia fue planteada y resuelta por el juzgado de primera instancia nº 69 que indicó que en este caso no había obligación de practicar la liquidación de la sociedad de gananciales pues llevaban más de 25 años separados los cónyuges con lo que se había extinguido la sociedad de gananciales y no podía catalogarse como ganancial más que la vivienda de la calle

... y lo que fue tenido en cuenta siendo dividida al 50% en el cuaderno particional. Como hemos indicado anteriormente y reiteraremos más adelante la sentencia dictada en el proceso de herencia no fue apelada en sus pronunciamientos esenciales

SEXTO. Por otra parte es cierto que de un modo expreso no se ha analizado la segunda de las cuestiones planteadas en este procedimiento, pero no podemos olvidar que la contadora partidora redujo a la mitad considerando que como la cuenta era conjunta con doña la mitad correspondería a cada uno de los titulares sin que los hoy actores hicieran observación alguna sobre tal decisión, por lo que debemos analizar si la presente reclamación puede infringir la prohibición de actuar contra la buena fe por ir contra los propios actos o la infracción el principio de seguridad jurídica.

AP Valencia(Sección 8ª) de 24 de junio de 2013. *La sentencia que recaiga se llevará a efecto con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente, pero no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda. A mayor abundamiento y aunque fuéramos generosos en la interpretación del artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y consideráramos que el coheredero que fue parte en el juicio particional puede posteriormente cuestionar el inventario y el cuaderno particional en un nuevo procedimiento ordinario, nunca podría hacerlo en el sentido de ir contra lo que expresamente defendió al tiempo de formarse el inventario en el proceso particional, porque ello significaría tanto como convalidar actuaciones contrarias a la buena fe. Y es consecuencia de la buena fe aquella que impide a una persona ir válidamente contra sus propios actos, prohibición que también rige en aquellos casos, como el de autos, en que quien defiende una posición contraria a la que mantuvo en el pasado, se justifica diciendo que la primera actuación estuvo movida por el error, porque tal error, en tanto que inexcusable (si el error se despejó al tiempo de producirse la segunda actuación, también pudo -y por tanto debió- superarse al tiempo de la primera actuación, si el sujeto pudiera procedido con la debida diligencia), no puede beneficiar al que lo sufrió. En relación a la doctrina de los actos propios, la jurisprudencia tiene declarado que el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos ("nemo potest contra proprium actum venire"), actúa como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 7.1 del Código Civil EDL1889/1, y acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico al imponer un deber de coherencia en el tráfico, precisando para su aplicación la observancia de un actuar, sea a través de hechos o de actos, con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la posición actual exista una incompatibilidad o contradicción (SS. del T.S. de 12-2-99, 28-1-00, 9-5-00, 25-10-00, 13-3-03 y 16-9-04. En el caso de autos se dan determinadas peculiaridades que deben ser tenidas en cuenta a la hora de valorar y aplicar la doctrina interpretativa del alcance de la cosa juzgada en los juicios particionales, como son que en el procedimiento de división judicial de herencia que precedió a éste el demandado no mostró oposición alguna a lo largo del procedimiento respecto de la titularidad de sus padres en relación con el solar y vivienda que ahora reclama y tampoco recurrió frente al auto aprobando el cuaderno particional por lo que la actuación del demandado y apelante es contraria a la estabilidad y seguridad jurídica que constituye el fundamento de la cosa juzgada*

No creemos que sea suficiente que no se haya recurrido la resolución para estimar que hubo una aceptación de la decisión judicial que permita aplicar la doctrina antes expuesta, pero en este caso debemos recordar que los hoy actores expresamente manifestar su conformidad con la decisión adoptada por el juzgado de instancia e incluso solicitaron la ejecución de la misma. En concreto en el escrito de interposición del recurso de apelación se

indicó que “mi parte respeta plenamente la sentencia, salvo en el punto a las costas, que no está completamente ajustado a derecho en cuanto incurre, a mi juicio, en haber ignorado que las pretensiones deducidas por mi parte las ha acogido plenamente la sentencia con la diferencia no sustancial de la diferente valoración dada al piso respecto a la propuesta por mi parte” y “aceptada pues la división judicial de la herencia, el presente recurso de reduce solo a impugnar el pronunciamiento de la condena en costas a mi parte por la sentencia apelada, con objeto de que las costas se impongan no a mis representados sino a la demandada Sra .

Ampararse ahora en la carencia de cosa juzgada de las resoluciones judiciales del proceso de división de herencia (artículo 787.5 LEC) parece que contradice las reglas de la buena fe. Es indudable que cuando el artículo 7.1 del Código Civil exige que el ejercicio de los derechos se haga conforme a las exigencias de la buena fe se ha abierto una vía para introducir los principios éticos y morales de una sociedad en el mundo de derecho y así la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2001 mantiene que esta “Sala viene reiterando que la exigencia de ajustar el ejercicio de los derechos a las pautas de buena fe constituye un principio informador de todo el ordenamiento jurídico que exige rechazar aquellas actitudes que no se ajustan al comportamiento honrado y justo (S. 11 de diciembre de 1989). El ejercicio de los derechos conforme a las reglas o exigencias de la buena fe (artículo 7.1 del Código Civil, artículo 11.2 LOPJ y 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000) equivale a sujetarse en su ejercicio a los imperativos éticos exigidos por la conciencia social y jurídica de un momento histórico determinado, imperativo inmanente en el ordenamiento positivo (Sentencias 4 marzo 1985 , 5 julio 1989 , 6 junio 1991). Implica la necesidad de tomar en cuenta los valores éticos de la honradez y la lealtad (Sentencias 21 septiembre de 1987, 8 marzo 1991, 11 mayo 1992 , 29 febrero 2000), es decir los imperativos éticos que la conciencia social exige (Sentencia 11 mayo 1988)”.

Dentro de estándar exigido social y éticamente a los titulares de los derechos se encuentra la obligación de ejercitar los mismos con cierta prontitud sin permitir que tal inactividad perjudique a la parte contraria ni le de pie a pensar que se ha renunciado al mismo, y el no actuar contra los propios actos que impide que una persona pueda actuar en un momento determinado en contra de un comportamiento anterior expreso y exteriorizado que permitió a las personas interesadas pensar que se había tomado una determinación definitiva sobre una materia.

SÉPTIMO. Las costas procesales de esta segunda instancia deben correr a cargo de la parte apelante al haberse desestimado el recurso de apelación y no apreciar la concurrencia de circunstancias especiales fácticas o jurídicas que aconsejen abandonar el criterio objetivo del vencimiento (artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por doña [redacted] set que viene representada ante esta Audiencia Provincial por la procuradora doña [redacted] contra la sentencia dictada el día 23 de mayo de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Madrid en el procedimiento de juicio ordinario registrado con el número 1146/2016, debemos confirmar y confirmamos la referida

resolución, con expresa condena a la parte apelante al pago de las costas devengadas en esta segunda instancia.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la Cuenta de Consignaciones y Depósitos de **esta Sección 14 APM, abierta en la entidad Banco Santander S.A., Sucursal 6114 de la Calle Ferraz, número 43 de Madrid**, con el número **IBAN ES55- 0049-3569-9200-0500-1274**, que es la cuenta general o “buzón” del Banco de Santander, especificando la cuenta para esta apelación concreta: **«2649-0000-00-0654-18»** excepto en los casos que vengan exceptuados por la ley, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

En Madrid, a 15 de noviembre de 2019

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.