

Roj: **STS 7677/2004** - ECLI: **ES:TS:2004:7677**Id Cendoj: **28079110012004101106**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **25/11/2004**Nº de Recurso: **4061/1998**Nº de Resolución: **1115/2004**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **ROMAN GARCIA VARELA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Noviembre de dos mil cuatro.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo integrada por los Magistrados arriba indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en grado de apelación, en fecha 15 de septiembre de 1998 en el rollo número 1035/1997, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Granada, dimanante de autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos con el número 1.025/94 ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Granada; recurso que fue interpuesto por la "ORDEN HOSPITALARIA DE LOS HERMANOS DE SAN JUAN DE DIOS", la "CONGREGACIÓN DE LAS HERMANITAS DE LOS POBRES", la "CONGREGACIÓN DE RELIGIOSAS ESCLAVAS DE LA INMACULADA NIÑA" y la "CONGREGACIÓN DE PADRES CAPUCHINOS", representados por el Procurador de los Tribunales don Mariano Calleja Sánchez, siendo recurrido don Alonso, representado por el Procurador don Carlos Mairata Laviña.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1º.- El Procurador de los Tribunales don Mariano Calleja Sánchez, en nombre y representación de la "ORDEN HOSPITALARIA DE LOS HERMANOS DE SAN JUAN DE DIOS", la "CONGREGACIÓN DE LAS HERMANITAS DE LOS POBRES", la "CONGREGACIÓN DE RELIGIOSAS ESCLAVAS DE LA INMACULADA NIÑA" y la "CONGREGACIÓN DE PADRES CAPUCHINOS", promovió ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Granada autos de juicio de mayor cuantía, registrados bajo el número 1.025/94, contra don Alonso, representado por el Procurador de los Tribunales don José Antonio Rico Aparicio, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado que dictara en su día sentencia por la que estimando la demanda, declare la nulidad absoluta de la **partición** efectuada por el Sr. Alonso al ser la misma contraria a las normas que para su realización se expresan en el Código Civil y, en concreto, contraria al principio de proporcionalidad en los lotes que integran el haber hereditario. Subsidiariamente a lo anterior y para el caso de no ser apreciada, declare la nulidad de la **partición** efectuada por error sustancial del contador-partidor al proceder a la valoración de los bienes. Subsidiariamente, que se declare la nulidad de la mencionada **partición** al no haberse dado intervención en la misma a sus mandantes como legatarios condicionales, efectuando una división y avalúo de los bienes integrantes del haber hereditario con la clara intención de perjudicar su derecho al tercio de libre disposición. Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

2º.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada para que en el plazo de nueve días compareciera en autos personándose en forma, personación que tuvo lugar mediante escrito de 3 de febrero de 1995, concediéndole a continuación veinte días para que contestara a la demanda, lo que llevó a cabo dentro del plazo legal, oponiéndose a la estimación de la misma en base a los hechos y fundamentos de derecho contenidos en su escrito, solicitando, en definitiva, la desestimación de la demanda con imposición de costas al actor.

3º.- A continuación se concedió a la parte actora el plazo de diez días para réplica, lo que tuvo lugar mediante escrito de 20 de marzo de 1995. La parte demandada, de la misma forma y en plazo legal presentó su escrito de dúplica, que se unió a los autos dando traslado a la contraria. Se recibió el pleito a prueba concediendo a



las partes veinte días para que propusieran la que tuvieran por conveniente. Abierto el periodo de práctica de la prueba por treinta días se mandó formar ramos separados para la práctica de la propuesta por cada una de las partes, plazo de práctica de prueba que tuvo que ampliarse para poder practicar la pericial propuesta por el actor. Practicada la prueba propuesta, se mandó unir a las actuaciones, y, la actora solicitó la celebración de vista, por lo que tras la instrucción de las partes se señaló día y hora para la vista, quedando a continuación los autos conclusos para sentencia, una vez se dejó sin efecto la diligencia para mejor proveer.

4º.- El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Granada dictó sentencia, en fecha 17 de septiembre de 1997, cuya parte dispositiva dice literalmente: "Declaro la nulidad absoluta de la **partición** efectuada por don Alonso en escritura pública otorgada ante el Notario de Granada, don Blas Serrano Pérez, el día 28 de abril de 1964, condenando al demandado al pago de las costas".

5º.- Apelada la sentencia de primera instancia, y, sustanciada la alzada, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Granada dictó sentencia, en fecha 15 de septiembre de 1998, cuyo fallo se transcribe textualmente: "Esta Sala ha decidido revocar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número seis de esta ciudad y, desestimando íntegramente la demanda formulada, debemos absolver al demandado de las pretensiones efectuadas en su contra, con imposición a los actores de las costas de la primera instancia, y sin hacer mención a las causadas en esta alzada".

SEGUNDO.- La Procuradora doña Paloma Espinar Sierra, en nombre y representación de la "ORDEN HOSPITALARIA DE LOS HERMANOS DE SAN JUAN DE DIOS", la "CONGREGACIÓN DE LAS HERMANITAS DE LOS POBRES", la "CONGREGACIÓN DE RELIGIOSAS ESCLAVAS DE LA INMACULADA NIÑA" y la "CONGREGACIÓN DE PADRES CAPUCHINOS", interpuso, en fecha 2 de diciembre de 1998, recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia, por los siguientes motivos, al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: 1º) Por infracción del artículo 1061 del Código Civil, así como de la jurisprudencia que lo interpreta; 2º) por infracción de la jurisprudencia relativa a la **partición** hecha por Contadores-Partidores, SSTS de 18 de febrero de 1987 y 31 de mayo de 1980; 3º) por vulneración de los artículos 799, 801, 1054 y 1080 del Código Civil; y, suplicó a la Sala: "Dicte sentencia por la cual case y anule la dictada por la Audiencia Provincial de Granada, dictando otra por la cual declare la nulidad de la **partición** hereditaria en su día practicada".

TERCERO.- Admitido el recurso y evacuado el trámite de instrucción, el Procurador don Carlos Mairata Laviña, en nombre y representación de don Alonso, lo impugnó mediante escrito de fecha 14 de julio de 2000, suplicando a la Sala: "Se dicte sentencia que, desestimando íntegramente el recurso de casación, confirme la referida sentencia, con expresa condena a la recurrente de las costas de esta alzada".

CUARTO.- La Sala señaló para votación y fallo del presente recurso el día 4 de noviembre de 2004, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ROMÁN GARCÍA VARELA

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son antecedentes necesarios para la resolución de este recurso de casación los siguientes:

1º.- Doña Rocío falleció el 1 de febrero de 1964 en la localidad de Huetor Santillán, y había otorgado último testamento el 14 de julio de 1955 ante el Notario de Granada don Antonio Moscoso y Ávila.

2º.- En el mencionado testamento, doña Rocío instituyó heredero en pleno dominio de dos tercios de su herencia a su único hijo don Alonso, y legó a éste en usufructo vitalicio el tercio de libre disposición de sus bienes, adjudicándosele en parte de pago todos los valores que pertenezcan a la otorgante y, asimismo, manifiesta que la nuda propiedad "será por igual para los hijos legítimos de su hijo que vivan al fallecimiento de éste y si fallece sin ellos los bienes integrantes de dicho tercio se dividirán y adjudicarán por sextas partes a los Asilos de las Hermanitas de los Pobres en Granada y Guadix; los Asilos de la Divina Infantita en Granada y Guadix; el Asilo de San Rafael de Granada a cargo de los Hermanos Hospitalarios de San Juan de Dios y los Padres Capuchinos de Granada para que esas limosnas recaigan en beneficio del alma de la testadora y las de sus difuntos".

3º.- El contador partidario solidario don Gregorio y don Alonso comparecieron ante el Notario de Granada don Blas Serrano Pérez el 28 de abril de 1964, para practicar y aprobar las operaciones particionales de los bienes dejados por doña Rocío.

4º.- Para la realización de dicha **partición** no fueron llamados los legatarios condicionales instituidos en el testamento.



5º. - La "ORDEN HOSPITALARIA DE LOS HERMANOS DE SAN JUAN DE DIOS", la "CONGREGACIÓN DE LAS HERMANITAS DE LOS POBRES", la "CONGREGACIÓN DE RELIGIOSAS ESCLAVAS DE LA INMACULADA NIÑA" y la "CONGREGACIÓN DE PADRES CAPUCHINOS" demandaron por los trámites del juicio declarativo de mayor cuantía a don Alonso, e interesaron las peticiones que se detallan en el antecedente de hecho primero de esta sentencia.

La cuestión litigiosa se centraba principalmente en la determinación de si, a los efectos de la nulidad solicitada en la demanda, en la confección de la **partición** de la herencia de doña Rocío, donde no intervinieron los actores como legatarios de parte alícuota bajo condición, se quebrantó o no la proporcionalidad de los lotes y se incurrió o no en error sustancial del contador partidador en la valoración de los bienes.

El Juzgado acogió la demanda y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia.

La parte actora ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia por los motivos que se examinan a continuación.

SEGUNDO.- El motivo primero del recurso -al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1061 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial de aplicación a este precepto, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada ha declarado que la regla de la proporcionalidad no puede servir para obtener la nulidad, máxime cuando existen mecanismos reparadores y, también, que es reiterada la jurisprudencia indicativa de que el artículo 1061 tiene un carácter facultativo y no imperativo, pues la formación de lotes depende de las circunstancias de cada caso sin que sea precisa una igualdad matemática y absoluta, sin embargo ello no puede significar, y sería contrario al espíritu que preside el Código Civil con relación a la **partición** de la herencia, que al cobijo de esa facultad se formen lotes absolutamente desproporcionados respecto a las fincas que los integran, como ocurre en el presente supuesto, y se aprecia tanto de la lectura de la propia **partición**, como de los informes periciales practicados- se desestima por las razones que se dicen seguidamente.

El artículo 1061 establece la igualdad, en el supuesto de que sea posible, en la realización de los lotes, lo que ha sido interpretado por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que la **partición** ha de estar presidida por un criterio de estricta equidad (SSTS de 30 de enero de 1951, 14 de diciembre de 1957 y 25 de marzo de 1995) y de observancia de una equitativa ponderación (SSTS 25 de marzo de 1995); esta Sala ha declarado que se ha de respetar la posible igualdad (SSTS 8 de febrero de 1974, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 28 de mayo de 1992, 15 de marzo de 1995 y 16 de febrero de 1998); que no se trata de una igualdad matemática o absoluta (SSTS de 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980 y 14 de julio de 1990); que la norma tiene un carácter orientativo u orientador (SSTS de 30 de noviembre de 1974 y 7 de enero de 1991); de índole más facultativa que imperativa (SSTS de 30 de noviembre de 1974, 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 14 de julio de 1990, 28 de mayo de 1992 y 15 de marzo de 1995, cuya última resolución alcanza dicha posición sin desconocer la importante corriente doctrinal que propugna la imperatividad relativa, no absoluta, del precepto); igualmente, se condiciona la posibilidad de igualdad por las circunstancias de cada caso (SSTS de 16 de junio de 1902, 13 de junio de 1970 y 17 de junio de 1980); y se ha sentado que la infravaloración de los bienes no vulnera el artículo 1061 cuando la valoración por bajo de su valor se aplica con el mismo baremo a todos los bienes (SSTS de 21 de abril de 1966 y 7 de enero de 1991).

La posición general entiende que cuando no se respeta el criterio igualitario concurre una causa de nulidad, debido a que supone la vulneración de lo preceptuado en la ley.

En el caso debatido, si bien discrepamos de la afirmación de la sentencia recurrida sobre que "la regla de la proporcionalidad no puede servir para obtener la nulidad, máxime cuando existen mecanismos reparadores", es evidente que la parte demandada no acreditó el error sustancial en la valoración de los bienes, toda vez que, aunque se practicaron dos extensas pruebas periciales (una, de bienes de naturaleza rústica, y otra, de fincas urbanas), las mismas fueron hechas sobre la base de una tasación actual y no a la del momento de llevarse a cabo la **partición** como era procedente, pues para juzgar acerca de la existencia de error o lesión en una **partición** debe hacerse atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas (SSTS de 23 de junio de 1952 y 14 de julio de 1990).

La sentencia de apelación ha argumentado que "no puede suplirse esa omisión ni con el número de los bienes adjudicados a cada tercio de herencia, ni con la prueba indiciaria de una tasación actual. Lo primero porque la proporcionalidad no depende del número de bienes adjudicados, y lo segundo por la diferencia temporal (unos treinta años desde la **partición** a la valoración) en la que los bienes de la herencia han sufrido trascendentales transformaciones como reparcelaciones, recalificaciones de terrenos rústicos en urbanos, además del desconocimiento del estado de los mismos en la fecha de la **partición**, y la situación arrendaticia y de explotación agrícola de unos y otros", cuyo razonamiento es aceptado por esta Sala, pues para demostrar el error sustancial era preciso la reconstrucción de la totalidad de los bienes correspondientes a la herencia



en su valor real referido a la época de la **partición**, amén de que tampoco se ha tenido en cuenta en dichas tasaciones el importe de los títulos, que, por voluntad de la testadora, habrían de ser imputados al tercio de libre disposición.

TERCERO.- El motivo segundo del recurso -al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por transgresión de la doctrina jurisprudencial relativa a la **partición** hecha por contadores partidores, referida en las SSTS de 18 de febrero de 1987 y 31 de mayo de 1980, ya que, según denuncia, la sentencia de instancia ha señalado que el error sustancial en la valoración de los bienes no se ha acreditado por los actores, pues a éstos competía la demostración de la esencial equivocación, e indica que se han practicado dos extensas pruebas periciales, pero la valoración efectuada ha sido sobre la base de la tasación actual y no al momento de la **partición** como era precedente, no obstante, según ha declarado esta Sala, entre otras, en sentencias de 25 de abril y 17 de junio de 1963 y 18 de febrero de 1987, constituye jurisprudencia reiterada la de que la **partición** hecha por contador partidor nombrado por el testador equivale a la realizada por éste, y siendo ello así le será de aplicación el criterio de esta Sala, que ha calificado como casos de nulidad de la **partición** el error sustancial cometido por el testador al proceder a la valoración de los bienes, y como más significativa, la STS de 31 de mayo de 1980, según la cual el Código Civil carece de una regulación específica sobre la nulidad de las **particiones** fuera del precepto singular del artículo 1081, por lo que habrá que entender aplicables a la materia las normas sobre nulidad de los negocios jurídicos y principalmente de los "inter vivos" contractuales, recogiendo la citada sentencia diversos supuestos de nulidad así calificados por la doctrina científica y por la jurisprudencia y, entre otros, el citado error sustancial cometido por el testador al proceder a la valoración de los bienes- se desestima por coherencia con la repulsa del motivo precedente, en atención a que no se ha probado por la parte actora, como le correspondía, la presencia de error sustancial en la valoración de la integridad del acervo hereditario en la época en que fue hecha la **partición**.

CUARTO.- El motivo tercero del recurso -al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración de los artículos 799, 801, 1054 y 1080 del Código Civil, puesto que, según reprocha, la sentencia de la Audiencia no ha considerado que, del examen de las actuaciones y de la documental aportada al juicio, la **partición** se ha llevado a efecto no sólo con preterición absoluta de la parte actora, sino también con mala fe, pues don Alonso, único participante en la **partición** con el contador partidor, se considera único heredero, y así lo manifiesta, y como, por ser la voluntad de su madre la expresada en el testamento, había de adjudicar bienes de la herencia a favor de los herederos condicionales, efectuó la **partición** sin el conocimiento y la intervención de éstos, y sin establecer los medios legalmente dispuestos para proteger sus derechos- se desestima porque, en las **particiones** hereditarias realizadas por contador partidor, no constituye un requisito necesario la intervención de los herederos o legatarios.

De una parte, esta Sala tiene declarado que las operaciones particionales realizadas por el contador partidor equivalen a las practicadas por los propios testadores, sin precisar el consentimiento de los interesados al no tener carácter contractual, a diferencia de la hecha por los coherederos (entre otras, SSTS de 17 de junio de 1963 y 16 de marzo de 2001); y de otra, el testamento otorgado por doña Rocío, madre del demandado, respecto al legado de la nuda propiedad del tercio de libre disposición, precisaba que "será por igual para los hijos legítimos de su hijo que vivan al fallecimiento de éste y si fallece sin ellos los bienes integrantes de dicho tercio se dividirán y adjudicarán por sextas partes a los Asilos de las Hermanitas de los Pobres en Granada y Guadix; los Asilos de la Divina Infantita en Granada y Guadix; el Asilo de San Rafael de Granada a cargo de los Hermanos Hospitalarios de San Juan de Dios y los Padres Capuchinos de Granada", lo que constituye un legado de condición suspensiva a favor de los desconocidos hijos o de las Órdenes y Congregaciones que formularon la demanda, habida cuenta de que la adquisición del legado quedaba supeditada a la supervivencia o no de los hijos del único heredero en el momento del fallecimiento de éste.

Con indicación a la aplicación de los artículos 801 y siguientes del Código Civil que se postula en el motivo, concernientes a que se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse, no procede verificar aquí pronunciamiento alguno al tratarse de una cuestión nueva, no integrada en los escritos alegatorios de las partes y, por consiguiente, de extemporánea aportación en casación; este tema se menciona en la sentencia recurrida como razonamiento complementario, sin consecuencia directa en la parte dispositiva de la resolución, por lo que está excluido del recurso de casación (entre otras, SSTS de 30 de mayo de 1990, 3 de septiembre de 1992 y 27 de octubre de 1994).

QUINTO.- La desestimación del recurso produce los preceptivos efectos determinados en el artículo 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto a las costas.

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

**FALLAMOS**



Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la "ORDEN HOSPITALARIA DE LOS HERMANOS DE SAN JUAN DE DIOS", la "CONGREGACIÓN DE LAS HERMANITAS DE LOS POBRES", la "CONGREGACIÓN DE RELIGIOSAS ESCLAVAS DE LA INMACULADA NIÑA" y la "CONGREGACIÓN DE PADRES CAPUCHINOS" contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Granada en fecha de quince de septiembre de mil novecientos noventa y ocho . Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas. Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . CLEMENTE AUGER LIÑÁN; ROMÁN GARCÍA VARELA; JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Román García Varela, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO