

Roj: **STS 327/2008** - ECLI: **ES:TS:2008:327**Id Cendoj: **28079110012008100057**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **29/01/2008**Nº de Recurso: **5217/2000**Nº de Resolución: **31/2008**Procedimiento: **Casación**Ponente: **ANTONIO GULLON BALLESTEROS**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Enero de dos mil ocho.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia con fecha 18 de octubre de 2.000, como consecuencia de los autos de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Valencia, sobre declaración de nulidad de testamento; cuyo recursos ha sido interpuesto por D<sup>a</sup>. Inmaculada , representada por el Procurador de los Tribunales D. Florencio Aráez Martínez; siendo recurrido D. Jesús María , representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Victoria Pérez-Mulet y Díez-Picazo, (interponiendo en principio recurso de casación el cual no superó el trámite de admisión, pasando a continuación a ser parte recurrida); siendo también recurridos D. Sebastián y D. Ignacio , asimismo representado por el Procurador de los Tribunales D. Alvaro Goñi Jiménez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Valencia, sobre declaración de nulidad de testamento, fueron vistos los autos de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, instados por D<sup>a</sup>. Inmaculada , contra D. Jesús María , contra D<sup>a</sup>. Andrea y D. Evaristo , contra D. Sebastián y D. Ignacio , contra "Finanzas e Inmuebles Cisneros, S.A. y contra "Dibu, S.A."

Por la parte actora se formuló demanda con arreglo a las prescripciones legales, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando se dictase sentencia por la que se declarase "A) Que la disposición testamentaria quinta del testamento abierto otorgado por d<sup>a</sup>. Julia el 22 de julio de 1.981, ante el Notario de Valencia D. Carlos Saltó Dolla (número protocolo 1291), es nula de pleno derecho al haber sido suscrita y protocolizada por la causante en la manifiesta creencia de que, en dicha disposición testamentaria, estaba distribuyendo de forma igualitaria los bienes que integraban su patrimonio entre sus herederos forzosos, cuando en realidad no se cumple tal deseo por encontrarse viciado su consentimiento al haber sido fruto de error inducido (dolo) -con los efectos previstos para tal supuesto en el artículo 674 del Código Civil , en relación con el heredero D. Jesús María - y, en todo caso, de error sustancial, lo que motiva su nulidad.- B) Que son igualmente nulos los cuatro testamentos abiertos otorgados por la causante ante el Notario de Valencia D. Carlos Saltó Dolla los días 20 de diciembre de 1.982 (número de protocolo 2598), 13 de diciembre de 1.983 (número de protocolo 2529), 10 de febrero de 1.985 (número de protocolo 407) y 11 de noviembre de 1.986 (número de protocolo 2548), en los que, con motivo de las ventas efectuadas en vida por la causante de bienes inmuebles objeto de distribución entre sus herederos en la disposición testamentaria quinta antes indicada, procede a su sustitución por otros bienes.- C) que, en consecuencia, es nula de pleno derecho la partición hereditaria efectuada de acuerdo con dicha disposición testamentaria número 5 por D. Ignacio , en su condición de contador- partidario, protocolizada el día 28 de diciembre de 1.990 ante el Notario de Valencia D. Carlos Saltó Dolla con el número 3.700 de su protocolo por no haberse respetado la voluntad real de la causante y, en todo caso, por haberse omitido deliberadamente en dicho Cuaderno Particional los bienes que,



de incalculable valor, se detallan en el testamento ológrafo, y haberse asignado valores irreales a gran parte de los bienes que integran el caudal relicto provocando con ello una indeterminación de las cuotas legitimarias lo que constituye de por sí causa de nulidad de la partición por error sustancial. D) Subsidiariamente y para el caso nada probable de que no se estime la acción de nulidad, se declare la rescisión por lesión de dicha partición hereditaria al resultar perjudicada la legítima estricta de su mandante y, en todo caso, por no haber sido respetada la voluntad de la causante y haber ocasionado con ello a su mandante lesión en más de la cuarta parte de su derecho hereditario. E) Que, como consecuencia de ello, se declare la nulidad y consiguiente cancela cancelación de las inscripciones causadas en los Registros de la Propiedad por la escritura pública de protocolización del Cuaderno Particional antes indicada, a favor de los distintos herederos, así como de las inscripciones posteriores que traigan causa en la misma y, en concreto, las efectuadas a favor de las Entidades demandadas Finanzas Inmuebles Cisneros, S.A. y Dibu, S.A. al no concurrir en ninguna de ellas la condición de terreno hipotecario de buena fe. Y condenando a todos y cada uno de los demandados a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y, en consecuencia, a que se avengan D. Jesús María , D<sup>a</sup>. Andrea y D. Evaristo , en su condición de herederos de D<sup>a</sup>. Julia a que se realice una nueva partición –bien por acuerdo entre todas las partes interesadas, bien por los cauces legalmente establecidos– en la cual se respete la voluntad real de la testadora de, deducidos los legados ordenados, repartir por partes iguales entre los herederos el remanente del caudal relicto, valorando correctamente los bienes integrantes de la herencia, incluidos todos lo bienes muebles (alhajas y obras de arte) descritos en el testamento ológrafo, de acuerdo al valor del mercado que los mismos tengan al tiempo en que se practique la nueva partición y sean puestos los bienes a disposición de los herederos, todo ello sin perjuicio de los establecido en el art. 674 del Cód . civ. para el caso de que por el Juzgado se aprecie, como así solicita, y espera, la existencia de dolo, en cuyo caso deberá ser condenado el heredero D. Jesús María a devolver los bienes recibidos con los frutos y rentas percibidos desde el fallecimiento de la causante. E imponiendo expresamente las costas a los demandados que se opusieron a esta demanda. Y por otrosí interesó la anotación preventiva de la demanda en los Registros de la Propiedad de Valencia-Occidente, finca NUM000 , de Moncada, fincas NUM001 , NUM002 , NUM003 , NUM004 y NUM005 , y de Valencia Tres, fincas NUM006 , NUM007 , NUM008 , NUM009 , NUM010 , NUM011 , NUM012 y NUM013 .

Admitida a trámite la demanda y emplazadas las mencionadas partes demandadas, comparecieron los representantes legales de D. Jesús María y de Finanzas e Inmuebles Cisneros, que presentaron sendos escritos formulando la excepción de falta de personalidad de sus representadas, dándose traslado de ellos al actor por tres días, con suspensión del término para contestar a la demanda por providencia de 30 de julio de 1.992, que contestó oponiéndose a la ausencia de personalidad de las demandadas, recibándose a prueba la cuestión incidental que se resolvió por Auto de 21 de noviembre de 1.992 , en la actualidad firme, no dando lugar a la excepción de falta de personalidad de los demandados Finanzas e Inmuebles Cisneros, S.A. y Dibu, S.A., imponiendo a los mismos el pago de las costas procesales.

Por cada una de las representaciones procesales de los demandados se presentó escrito contestando a la demanda contra ellos formulada, interesando todos ellos su desestimación, a excepción de la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. María José de Victoria Fuester que solicitó que se dictase sentencia declarando: 1. Que D<sup>a</sup>. Julia no pretendió en sus testamentos mejorar a ninguno de sus herederos, considerados por estirpes, salvo en los legados que instituyó.- 2. Que D<sup>a</sup>. Julia con la partición que se practica en la cláusula quinta de su testamento abierto el día 22-7-81 no consigue su fin manifestado en la cláusula sexta de procurar la mayor justeza y equidad pues con los valores reales, por ello ignorados, y con ese error en el consentimiento, no se produce la justicia y equidad que ella pretendía.- 3. Que el contador partidador Sr. Ignacio no ha interpretado la voluntad real de la testadora pues del resultado de su partición no se produce la justicia y equidad de valor de las hijuelas de los herederos de las que la testadora autoriza con el vocablo "alguna"; y además, omitió deliberadamente, en su momento, la existencia del testamento ológrafo. Declarando, por tanto, nula la partición efectuada en fecha 28/12/90. Y condenando a todos los herederos de D<sup>a</sup>. Julia a que practicasen una nueva partición que se respetase la voluntad de la testadora de conseguir la mayor justeza y equidad y previa deducción de los legados, respete en lo posible, las adjudicaciones hechas por la testadora, compensándolas con el resto de los bienes hasta alcanzar, con valores reales, y por estirpes, la justicia y equidad que pretendía la testadora. Y condenando a quien se opusiese al pago de las costas.- Por Providencia de 16 de diciembre de 1.992 se tuvo por contestada la demanda en nombre de todos los demandados, dándose traslado a la actora para réplica por término de diez días, presentándose por la demandante escrito renunciando a tal trámite, dictándose Auto el 11 de enero de 1.993 teniendo a la misma por renunciada al trámite de réplica y acordando el recibimiento del pleito a prueba, declarando abierto el término de proposición de recibimiento a prueba.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 28 de julio de 1.999 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO.- Que desestimando la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Eladio Sin Cebriá, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Inmaculada , sobre nulidad testamentaria y rescisión por lesión de



operaciones particionales, contra D. Jesús María , D. Evaristo y D<sup>a</sup>. Andrea , D. Ignacio , D. Sebastián y contra las mercantiles Finanzas e Inmuebles Cisneros, S.A. y Dibu, S.A., DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a los demandados de los pedimentos contra ellos formulados, sin hacer expreso pronunciamiento en orden al pago de las costas procesales".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de 1<sup>a</sup> Instancia por la representación de Doña Inmaculada , adhiriéndose a la apelación D. Jesús María y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia con fecha 18 de octubre de 2.000, dictó sentencia con la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS.- Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Celia Sin Sánchez, en nombre de D<sup>a</sup>. Inmaculada , así como las adhesión formulada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Elena Gil Bayo, en el de D. Jesús María , ambos contra la sentencia de 28 de julio de 1.999, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 20 de Valencia , en autos de juicio de mayor cuantía seguidos con el n<sup>o</sup> 347/92, que se confirme íntegramente sin hacer imposición sobre las costas de esta alzada.

TERCERO.- El Procurador de los Tribunales D. Florencio Aráez Martínez, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Inmaculada , ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia con fecha 18 de octubre de 2.000, con apoyo en los siguientes: El motivo primero, al amparo del art. 1.692.4<sup>o</sup> LEC , acusa infracción de los arts. 673, 767 y 743 del Código civil.- El motivo segundo , al amparo del art. 1.692.4<sup>o</sup> LEC , acusa infracción de la doctrina jurisprudencial según la cual no se está en presencia de una verdadera partición sino de meras normas particionales, cuando falta inventario de los bienes de la herencia apreciados en su valor real, así como determinación del pasivo, para poder fijar el saldo partible resultante. Dicha doctrina jurisprudencial viene recogida, entre otras en las sentencias de esta Sala de 19 de febrero de 1.960, 9 de marzo de 1.961, 25 de enero de 1.971 y 76 de septiembre de 1.998 .- El motivo tercero, al amparo del art. 1.692.4<sup>o</sup> LEC , acusa infracción de los arts. 1.261 y siguientes del Código civil, y específicamente del art. 1.265 sobre los vicios del consentimiento y del art. 1.266 sobre el error invalidante del consentimiento. Y sentencias que cita de esta Sala de 26 de noviembre de 1.974 y 31 de mayo de 1.980 .- El motivo cuarto, al amparo del art. 1.692.4<sup>o</sup> LEC , acusa infracción del art. 675 Cód. civ.- El motivo quinto , al amparo del art. 1.692.4<sup>o</sup> LEC , acusa infracción del art. 1.075 Cód. civ. - El motivo sexto , al amparo del art. 1.692.4<sup>o</sup> LEC , acusa infracción del art. 632 de dicha Ley Procesal en relación con el art. 1.243 Cód. civ. y con la doctrina de esta Sala recogida en las sentencias que cita.

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido para impugnación, los Procuradores D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Victoria Pérez-Mulet y Díez-Picazo y D. Alvaro Goñi Jiménez, en sus respectivas representaciones de las partes recurridas presentaron sendos escritos con oposición al mismo.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 14 de enero de 2008, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR 1<sup>o</sup>.- D<sup>a</sup>. Inmaculada , representada procesalmente en forma debida, demandó por las reglas del juicio declarativo de mayor cuantía, a su hermano D. Jesús María ; a sus sobrinos D<sup>a</sup>. Andrea y D. Evaristo ; a D. Sebastián y D. Ignacio , albaceas mancomunados y el último también contador-partidor de la herencia de D<sup>a</sup>. Julia , madre de la actora y del demandado D. Jesús María , y abuela paterna de D<sup>a</sup>. Andrea y D. Evaristo , hijos de D. Evaristo , que premurió a su madre D<sup>a</sup>. Julia ; a Finanzas Inmuebles Cisneros, S.A.; y a Dibu, S.A. Estas dos últimas sociedades por ser, al parecer de la actora, las actuales propietarias de gran parte de los inmuebles integrantes del caudal relicto y no gozar de la condición de tercero hipotecario.

En la susodicha demanda, la actora formuló con carácter principal la pretensión de que se declarase la nulidad de la disposición testamentaria quinta del testamento notarial abierto otorgado por D<sup>a</sup>. Julia el 22 de julio de 1.981, por haberla realizado la causante en la manifiesta creencia de que estaba distribuyendo de forma igualitaria sus bienes, debido a error inducido por el demandado D. Jesús María , y, en todo caso, sustancial. Igualmente solicitaba la declaración de nulidad de los cuatro testamentos notariales abiertos otorgados con posterioridad al citado anteriormente, y en los que con motivo de ventas efectuadas en vida de bienes inmuebles que se distribuyeron en el testamento de 1.981, se procedía a su sustitución por otros bienes. También se solicitaba la nulidad del cuaderno particional protocolizado notarialmente por el contador-partidor demandado.

Subsidiariamente, y para el caso de que no se estimase la acción de nulidad, se declarase la rescisión por lesión de tal partición causada a la legítima de la actora, y, en todo caso, por no haber sido respetada voluntad real de la causante y haberle ocasionado una lesión en más de la cuarta parte de su derecho hereditario.



Por todo ello, se solicitaba la nulidad y las correspondientes cancelaciones registrales en favor de los distintos herederos, así como las inscripciones posteriores que traigan causa de la misma y, en concreto, las efectuadas en favor de Finanzas Inmuebles Cisneros, S.A. y Dibu, S.A.

Por último, la actora solicitaba la condena de los demandados a estar y pasar por las declaraciones anteriores, y, en consecuencia, que se aviniesen a la realización de una partición de acuerdo con el valor de mercado de los bienes hereditarios al tiempo de practicarse, incluidos todos los bienes muebles (alhajas y obras de arte) descritos en el testamento ológrado de la causante, compatible con el de 1.981. Todo ello sin perjuicio de que en el caso de que se apreciase dolo por parte del demandado D. Jesús María, sea el mismo condenado a la devolución de los bienes recibidos con los frutos y rentas percibidos desde el fallecimiento de la causante.

PRELIMINAR 2º.- La disposición quinta del testamento notarial abierto de 22 de julio de 1.981 cuya nulidad se pretendía contiene la partición de sus bienes que la testadora practicaba entre sus hijos Inmaculada y Jesús María, y su nietos Andrea y Evaristo, hijos de su fallecido hijo Evaristo, adjudicándoles bienes inmuebles, con su contenido mobiliario y pertenencias, urbanos y rústicos, y acciones de determinadas sociedades anónimas.

Esta disposición iba precedida de otra, posterior a los legados que ordenaba, en la que los instituía herederos suyos único y universales del remate de sus bienes, considerando a sus nietos como una sola estirpe en representación de su fallecido hijo, si bien "con sujeción todo ello a lo dispuesto en la siguiente disposición [la quinta], y en la proporción que para cada uno de ellos se derive de la misma".

En la disposición sexta, la testadora explicaba así las adjudicaciones hechas a cada heredero: "La testadora ha formado las anteriores hijuelas procurando la mayor justeza y equidad, y los herederos deberán respetarlas sin modificación alguna, aunque existiera alguna diferencia de valor.- Si a pesar de la voluntad de la testadora de mantener la justicia y equidad a que se hace mención, existiera alguna diferencia de valor, los herederos deberán respetar las hijuelas realizadas por la testadora conforme a la presente disposición sin modificación alguna aún en el caso de que concurriera cualquiera de los supuestos contemplados en la disposición séptima siguiente, toda vez que ninguno de ellos ha podido ser perjudicado en su legítima en virtud de la indicada partición, y deberá cualquiera de ellos soportar, si la hubiera, por causa de las hijuelas y adjudicaciones hechas, que deberán mantenerse en todo supuesto, una menor participación en los tercios de mejora y libre disposición".

PRELIMINAR 3º.- El Juzgado de 1ª Instancia desestimó la demanda, absolviendo a los demandados de las pretensiones contra ellos formuladas, sin imposición de costas.

La aludida sentencia se fundamentaba esencialmente: 1º. En que no se había probado dolo por parte del demandado D. Jesús María; 2º. En que la disposición quinta de su testamento no obedece a una voluntad de la testadora de igualar a todos sus herederos; 3º. En que el criterio desigualitario que preside la partición hecha por la testadora no perjudicaba la legítima de sus hijos y descendientes. 4º En que no ha existido lesión en más de la cuarta parte.

La sentencia fue apelada por la actora. El demandado D. Jesús María se adhirió a la apelación en el particular relativo a la no imposición de costas a la parte actora. La Audiencia desestimó ambas apelaciones, sin hacer imposición de costas de la alzada. Razona su decisión sustancialmente así:

A) El error provocado por un tercero encaja en la figura del dolo testamentario, al cual se le han de aplicar analógicamente los arts. 1.269 y 1.270 del Código civil. Consistiendo aquél, según la actora, en que su madre suscribió la disposición quinta de su testamento notarial abierto de 22 de julio de 1.981 en la creencia errónea, a la que había sido inducida por su hijo D. Jesús María, de que estaba distribuyendo sus bienes de forma igualitaria cuando en realidad no era así. Sin embargo, no es cierta la premisa sobre la que basa la actora su pretensión de nulidad, porque la testadora no quiso la igualdad entre todos los herederos.

B) La interpretación de la disposición quinta impugnada no da como resultado aquella igualdad, pues los herederos no han sido instituidos por partes iguales sino en la que resultase de la partición de sus bienes que hacía la testadora en la susodicha disposición. Además, previó el supuesto de que hubiera diferencias en el valor de los bienes, y ordenó que, no obstante, los herederos habrían de pasar por la partición que practicaba, reduciendo incluso su participación en los tercios de mejora y libre disposición. Por tanto, las importantes diferencias de valor entre los lotes adjudicados a la actora Dª. Inmaculada y a los nietos en contraste con el que se atribuye a D. Jesús María, que resulta notablemente favorecido, no puede atribuirse a ningún error de la testadora, ya que su voluntad no fue la de igualar a los herederos. La Audiencia encuentra corroboración de este criterio en que la misma otorgó el citado día 22 de julio de 1.981 testamento ológrafo complementario del notarial abierto, en el que en uso del art. 1.056, hace una partición desigual de sus bienes muebles entre los herederos, y la actora no ha pedido su nulidad.



C) La partición efectuada por la testadora respeta la legítima de la actora, analizando al efecto su crítica a la valoración de la prueba pericial practicada, que ha quedado reducida, según la sentencia, a la de los inmuebles con sus ajuares. Tal crítica la basaba la actora en que la sentencia de primera instancia se inclinó, para hallar el valor real de los bienes, por promediar el de los informes periciales, combatiéndose por ilógico el criterio. Sin embargo, la Audiencia lo considera correcto, a la vista de que en los informes de distintos peritos se dan valoraciones dispares. Destaca la Sala de instancia que: "Esta solución ha sido cuestionada por la parte apelante, considerándola desacertada, sin embargo ahí se ha terminado su impugnación, en cuanto que ni ha concretado las razones por las que juzgaba incorrecto dicho criterio ni ha ofrecido otra alternativa que la de tener en cuenta como prueba pericial que ilustrara la controversia existente el informe emitido en su ramo de prueba por la entidad Tinsa, Tasaciones Inmobiliarias, S.A., argumento éste que, por motivos obvios, resulta escasamente convincente".

Contra la sentencia de la Audiencia interpusieron recursos de casación D<sup>a</sup>. Inmaculada , y D. Jesús María , no superando el de este último el trámite de admisión.

PRIMERO.- El motivo primero, al amparo del art. 1.692.4º LEC , acusa infracción de los arts. 673, 767 y 743 del Código civil . Combate la afirmación de la sentencia recurrida de que el error no es causa de nulidad del testamento, al no estar recogido en el citado art. 673 , porque entiende que es una interpretación errónea y absolutamente superada del precepto legal, y apoya su aseveración con citas de tres tratadistas de derecho civil.

El motivo se desestima, pues en absoluto está superado el mandato del legislador, por lo menos por él, contenido en el art. 673 , de que el error no es causa de nulidad del testamento. Aunque es objeto de agudas controversias en la doctrina si la omisión del mismo en aquel precepto debe ser corregida por una aplicación del art. 1.265 , en el que se conceptúa como vicio de la voluntad de los contratos. Otra cosa es el error en singulares disposiciones de un testamento, que el Código civil toma en cuenta, disponiendo sin embargo el art. 743 la ineficacia en todo o en parte de las disposiciones testamentarias "sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código", con lo que implícitamente ordena que el error no las haga ineficaces en los demás casos, y la identidad que ha de tener el que se juzga con los previstos legalmente.

De ahí que sea totalmente gratuita la cita de los arts. 767 y 743 del Código civil como preceptos infringidos. En primer lugar, porque no han constituido la ratio decidendi de la sentencia que se recurre, sino que se enumeran (junto con el art. 862 ) como supuestos legales en que el error del testador es tenido en cuenta. En segundo lugar, porque en ningún momento la sentencia ha identificado el error alegado por la recurrente, en su día actora, con los previstos legalmente en los que podría tener relevancia jurídica. Es más, ni siquiera considera probado el error de la testadora, ni que al mismo haya sido inducida por su hijo D. Jesús María .

SEGUNDO.- El motivo segundo, al amparo del art. 1.692.4º LEC , acusa infracción de la doctrina jurisprudencial según la cual no se está en presencia de una verdadera partición sino de meras normas particionales, cuando falta inventario de los bienes de la herencia apreciados en su valor real, así como determinación del pasivo, para poder fijar el saldo partible resultante. Dicha doctrina jurisprudencial viene recogida, entre otras en las sentencias de esta Sala de 19 de febrero de 1.960, 9 de marzo de 1.961, 25 de enero de 1.971 y 76 de septiembre de 1.998 .

El motivo se desestima por coherencia con la del anterior. Sea una partición practicada por la testadora en ejercicio de la facultad que le confiere el art. 1.056 del Código civil (como declara la sentencia recurrida), o sea, como quiere la actora, unas meras reglas de adjudicación al efectuarse la partición por el contador-partidor que designó, no existe error inducido o sustancial con relevancia jurídica anulatoria, que fue la principal causa de nulidad que se recogía en la "súplica" de la demanda.

TERCERO.- El motivo tercero, al amparo del art. 1.692.4º LEC , acusa infracción de los arts. 1.261 y siguientes del Código civil , y específicamente del art. 1.265 sobre los vicios del consentimiento y del art. 1.266 sobre el error invalidante del consentimiento. En su fundamentación se sostiene que el error con relevancia jurídica anulatoria puede cometerse en todas las particiones, sin excepcionar la hecha por el propio testador, y ello ocurrirá cuando en la valoración de los bienes que haya efectuado se haya equivocado. En su apoyo cita las sentencias de esta Sala de 26 de noviembre de 1.974 y 31 de mayo de 1.980 .

El motivo se desestima porque no tiene en cuenta la especial naturaleza de la partición practicada por la testadora de sus bienes, con las correspondientes adjudicaciones de los mismos a los herederos en su testamento notarial de 1.981, ya que lo interpreta en el sentido de que la testadora tuvo la voluntad de igualar a los herederos con la consecuencia de hacer lotes de igual valor para cada uno de ellos, y ello no se efectuó por error en la valoración de los bienes que componían cada lote. Pero soslaya que la sentencia recurrida lo ha interpretado de manera contraria; la testadora no tuvo aquella voluntad igualatoria. En realidad, lo que se pretende con este motivo es que prevalezca la interpretación subjetiva e interesada de la recurrente.



Ciertamente que en la disposición sexta de aquel testamento manifestó que había realizado las adjudicaciones procurando la mayor justicia y equidad, pero como subraya la sentencia recurrida, ello no es equivalente a igualdad. Además, en la misma disposición es consciente la testadora de que haya diferencias de valor en los lotes, pero ordena que las adjudicaciones deben respetarse sin modificación alguna, y la diferencia de valor ha de ser soportada por quien la padezca con una menor participación en tercios de mejora y libre disposición.

CUARTO.- El motivo cuarto, al amparo del art. 1.692.4º LEC , acusa infracción del art. 675 Cód . civ. Se apoya, en sustancia, en que la sentencia recurrida interpreta la manera ilógica la voluntad testamentaria de Dª. Inmaculada , porque mantiene que no quiso la misma igualar a todos sus herederos, y, en contra la recurrente sostiene lo contrario: que quiso la igualdad.

El motivo se desestima porque es doctrina reiteradísima de esta Sala de que la interpretación de los testamentos es facultad de la instancia, que debe ser mantenida en casación salvo que se demuestre que es ilógica, arbitraria o incurra en evidentes errores de hecho (sentencias de 30 de enero de 1.997 y 21 de enero de 2.003 , entre otras muchas). Nada de esto sucede aquí, pues la Sala realiza un minucioso análisis de las pruebas practicadas en el procedimiento para sentar los hechos que con firmeza avalan su conclusión en pro de que la testadora no tuvo la intención de instituir a sus herederos por iguales partes. Razonablemente entiende la sentencia recurrida que si bien en la disposición sexta del testamento manifestó la testadora que había procurado la mayor justicia y equidad, ello no es equivalente a igualdad. Por otra parte, en la misma disposición es consciente la testadora de que haya diferencias de valor en los lotes, pero ordena que las adjudicaciones deben respetarse sin modificación alguna, y la diferencia de valor ha de ser soportada por quien la padezca con una menor participación en tercios de mejora y libre disposición. En fin, subraya la Audiencia, la tesis de la actora se contrapone a la conducta de la causante, pues en el testamento ológrafo, luego protocolizado, que redactó el mismo día en que otorgó el notarial abierto (22 de julio de 1.981), procedió a la partición de sus bienes muebles en base al art. 1.056 , y en él los atribuyó desigualmente a los herederos.

QUINTO.- El motivo quinto, al amparo del art. 1.692.4º LEC , acusa infracción del art. 1.075 Cód . civ. Descansa en la creencia, una vez más repetida, de que la testadora quiso igualar en la institución a sus herederos, y la desigualdad la introdujo al partir entre ellos los bienes hereditarios.

El motivo se desestima, pues el precepto citado como infringido abarca dos supuestos, y la recurrente no se refiere más que al segundo de ellos y no al primero, pues no justifica los más mínimo la lesión en la legítima producida a la actora. La sentencia recurrida lo había negado porque no estaba probada. Esta Sala no puede analizar de nuevo todo el material probatorio, pues el recurso de casación no es la tercera instancia del pleito (sentencias de 9 y 14 de noviembre de 2.001 y 23 de noviembre y 20 de diciembre de 2.002 , entre otras).

Respecto de la concurrencia invocada del segundo supuesto previsto en el art. 1.075 , hemos de remitirnos a las razones expuestas en la desestimación de los motivos anteriores, respecto a que la igualdad en la institución de los herederos no fue querida por la testadora.

SEXTO.- El motivo sexto, al amparo del art. 1.692.4º LEC , acusa infracción del art. 632 de dicha Ley Procesal en relación con el art. 1.243 Cód . civ. y con la doctrina de esta Sala recogida en las sentencias que cita, conforme a la cual podrá combatirse la sentencia recurrida con fundamento en tales precepto si la misma prescinde por completo e injustificadamente de la pericia o valoración de forma ilógica, absurda, o contraria a la común experiencia. A juicio de la recurrente ello es lo que ha ocurrido aquí, con las consecuencias perjudiciales para ella desde el punto de vista jurídico, porque se le ha desestimado la petición subsidiaria formulada en la "súplica" de la demanda de que la partición se rescindiese por lesión.

El motivo se desestima, pues de nuevo solicita en casación lo mismo que se alegó en la apelación de la sentencia de primera instancia, sin tener en cuenta la fundamentación extensa y minuciosa que tanto dicha sentencia como la de apelación realizaron de la prueba pericial practicada por varios peritos, acogiendo, debido a la discrepancia de los dictámenes periciales sobre el valor de las fincas, único extremo a que se redujo la apelación en este punto de impugnación de la pericia. La sentencia de primera instancia siguió para superar tal discrepancia, el criterio de hallar el valor medio, a partir de los asignados por cada perito, y este criterio lo encuentra racional la Audiencia.

En realidad, de lo que se trata es de que prevalezca el juicio valorativo del informe técnico acompañado por la recurrente a su demanda, en que se efectúa una valoración obviamente favorable a sus intereses, lo que no puede ser aceptado [no como prueba pericial, que no lo es sino documental] por su carácter parcial e interesado, frente al emitido dentro del proceso con todas las garantías legales por los peritos designados de común acuerdo por las partes.

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 D<sup>a</sup>. Inmaculada , representada por el Procurador de los Tribunales D. Florencio Aráez Martínez contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia con fecha 18 de octubre de 2.000. Con condena en costas a la recurrente. Con pérdida del depósito constituido. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia con devolución de los autos y rollo que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Antonio Salas Carceller.- Antonio Gullón Ballesteros.- Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Gullón Ballesteros, 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