

Roj: **STS 303/1962** - ECLI: **ES:TS:1962:303**Id Cendoj: **28079110011962100304**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/01/1962**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOAQUIN DOMINGUEZ DE MOLINA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

Número 4.- Sentencia de 3 de enero de 1962

En la villa de Madrid a 3 de enero de 1962;

En los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Cazalla de la Sierra, y en grado de apelación ante la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Sevilla, por doña Raquel y doña Antonia mayores de edad, asistidas de sus respectivos maridos, don Marcos y don Carlos María la primera vecina de Madrid y la segunda de Sevilla, con doña María Teresa , también asistida de su marido, don Alfredo , mayor de edad y vecina de Sevilla, sobre división de bienes y otros extremos; pendientes ante este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la demandada doña María Teresa , representada por el Procurador don Manuel del Valle Lozano y dirigida por el Letrado don Antonio Hernández Gil, habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo las demandantes y recurridas, representadas por el Procurador don Fernando Pinto y defendidas por el Letrado don Adolfo Cuéllar:

RESULTANDO

RESULTANDO que mediante escrito presentado el 28 de marzo de 1957 el Procurador don Eduardo Arnaud Júdar, a nombre de doña Raquel y de doña Antonia , asistidas de sus respectivos maridos, acudió al Juzgado de Primera Instancia de Cazalla de la Sierra, formulando demanda de Juicio declarativo de mayor cuantía contra doña María Teresa , asistida de su marido, don Alfredo , alegando sustancialmente como hechos:

Primero. Que en 11 de julio de 1952 falleció en Sevilla doña Elisa , madre de las adoras y demandada, formalizándose las operaciones testamentarias de su herencia por el contador-partidor, quien las protocolizó mediante escritura otorgada ante Notario el 8 de julio de 1955, formalizándose con posterioridad a la práctica de las operaciones testamentarias mencionadas nueva escritura para incluir determinados bienes que no se tuvieron en cuenta en aquella partición, con fecha 26 de septiembre de 1955.

Segundo. Que en la escritura adicional de partición relacionada se inventariaron con el número primero "160 cabezas de ganado lanar, ovejas y carneros, a 400 pesetas cada una, en total 64.000 pesetas", y este lote de ganado no llegó a dividirse, adjudicándose a doña Raquel 53 cabezas de dicho lote, a doña Antonia 54 cabezas y a la demandada doña María Teresa 53 cabezas.

Tercero. Que además del lote de ganado reseñado se inventariaron en la escritura complementaria de partición, 35 cabezas de ganado, adjudicándose a doña María Teresa en los apartados B) al LL) de su hijuela los siguientes: B) La vaca "Compuesta", inventariada al número 18, en 4.000 pesetas. O La vaca "Marquesa", sin cría, inventariada al número 19, en 4.000 pesetas. D) La vaca "Huérfana", sin cría, inventariada al número 20, en 4.000 pesetas. E) La vaca "Garbosa", sin cría, en 4.000 pesetas. F) La vaca "Amapola", con cría, en 6.000 pesetas. G) Otra vaca con cría, en 6.000 pesetas. H) Otra con cría, en 6.000 pesetas. Primero) Otra con cría, en 6.000 péselas. J) otra vaca con cría, en 6.000 pesetas. K) Una yegua con su potra, en 1.250 pesetas. D Otra potra, en 1.250 pesetas, y LL) Un caballo semental de cuatro años, en 1.500 pesetas; que este ganado, concretamente adjudicado a la demandada y de su exclusiva propiedad, había permanecido con todo el lote en la finca Dehesa de San Nicolás del Puerto, en donde estaba al momento de la testamentaria y que pertenecía



en pleno dominio a las actoras por mitad y proindiviso, y la circunstancia de no haberse dividido el lote de ganado ni retirado por la demandada el que específicamente le pertenecía había impuesto una gestión de mantenimiento, vigilancia y cuidado del mismo que las actoras hablan llevado a cabo sin obligación para ello y para evitar los perjuicios que el abandono del ganado pudiera producir; pero esta gestión, tanto en lo que se refiera a las cabezas de ganado concretamente adjudicadas a la demandada como a las que le correspondían al dividirse, llevaba como contrapartida la liquidación de la misma al terminar y referido el pago a los daños y perjuicios irrogados, cuya cuantía debería lijarse en ejecución de sentencia con arreglo a las siguientes bases:

- a) Importe de la manutención de este ganado desde la fecha de la participación hasta el momento en que fuera retirado de la finca.
- b) El importe del cuidado y guardería y vigilancia del mismo.

Cuarto. Que numerosas gestiones habían sido realizadas en el terreno amistoso para que se llevaran a cabo las operaciones divisorias de la comunidad existente con relación al lote de ganado citado y para que la demandada lo retirase, así como también el que concretamente tenía adjudicado, poniéndose fin de este modo a la gestión que para el mantenimiento, cuidado y vigilancia del mismo se venía llevando a cabo, mediante el pago por dicha señora demandada de las cantidades que arrojava la liquidación que se practicara, y no obstante las gestiones amistosas y los lazos familiares existentes entre las partes, no había podido obtenerse ni la división del cañado ni la retirada del mismo, ni el pago de los gastos referentes a las gestiones, por lo que se hacía preciso acudir al amparo judicial formalizando la presente demanda; que últimamente los maridos de las actoras dirigieron un requerimiento por carta, cursada notarialmente, al marido de la demandada, por la que, Insistiendo en la partición reiteradamente dirigida, le rogaban que con la posible urgencia retirase el ganado, pues la permanencia del mismo los causaba perjuicios. Alego los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y termino suplicando se dictara sentencia por la que se declarase:

- a) Terminada la comunidad de bienes existentes entre actoras y demandada con relación al lote de ganado reseñado en el apartado segundo de la demanda.
- b) Que como consecuencia del anterior pronunciamiento procedía llevar a cabo la división del lote de ganado, lo que se verificara en ejecución de sentencia en la forma prevenida en el artículo 402 del Código Civil, por árbitros o amigables componedores, designados por las partes, o por el Juzgado caso de que alguna de ellas no se aviniera a designarlo de común acuerdo y dentro del plazo señalado por el Juzgado.
- c) Declarar asimismo terminada la gestión de negocio que habla venido realizándose por las actoras con relación a la partida de ganado que corresponda a la demandada en el lote cuya división se solicitaba y al que concreta y específicamente tema adjudicado.
- d) Que como consecuencia del anterior pronunciamiento procedan liquidar esa gestión de negocio, en ejecución de sentencia y con arreglo a las bases establecidas en el apartado tercero de los hechos de la demanda, condenando a la demandada

Primero. A estar y pasar por las anteriores declaraciones.

Segundo. A designar la persona que interviniera en la división del lote de ganado hasta dejarlo totalmente dividido, con apercibimiento de que si no lo hacía en el plazo fijado sena nombrado por el Juzgado.

Tercero. A abonar las pesetas que resultasen de la liquidación de la gestión de negocios llevado a cabo por las actoras.

Cuarto. A retirar el ganado asignado al dividir el lote común y al que concretamente le fue adjudicado en la testamentaria de su madre, con las bajas y altas que se hubieran producido por ley natural; y

Quinto. Al pago de cuantas cestas y gastos se produjeran. Al relacionado escrito acompañaba los documentos citados en los hechos:

RESULTANDO que admitida a tramite la demanda y emplazada la demanda compareció en autos el Procurador don Antonio Zúñiga Sánchez a nombre de doña María Teresa asistida de su marido, y mediante escrito de 6 de Julio de 1957 contestó y se opuso a la demanda, alegando como hechos:

Primero. Que era cierto que el 11 de Julio de 1952 falleció la madre de las actoras y demandada, y cierto también que en ocho de julio de 1955, se otorgó ante Notario la escritura de protocolización de partición, y también era verdad que se otorgó otro documento en 26 de septiembre del mismo año; que destacaba el echo de que el contador partidor de la fallecida señora Elisa, cuando le quedaban contadísimas fechas para ver concluso el plazo de su encargo, no incluyó en el inventario bienes que más tarde él mismo valoró en 265.115,94 pesetas, cantidad que se aproximaba al 20 por 100 del valor asignado a los integrantes del caudal y quedaba expresa mención en punto a la disconformidad de la demandada referida al precio o valor



atribuido por el dicho Comisario a los bienes inventariados y sobre no haber incluido en el Cuerpo de bienes de la testamentaria la totalidad de los relictos cuando practicó la partición segunda estaba totalmente caducado, y de consiguiente concluso, el plazo de su encargo.

Segundo. Que en el cuaderno particional complementario fueron Inventariados, entre otros bienes, 160 cabezas de ganado lanar, ovejas, carneros, a cada una de las cuales le fue atribuido un valor de 400 pesetas, pero de lo que discrepaba en absoluto era en orden a que el rebaño no fuera dividido.

Tercero. Que aceptaba en cuanto expresión literal el documento que a la demandada le adjudicó, aun cuando ya decaído a su ministerio y sin trascendencia en derecho, el partidador, el ganado vacuno y caballar que de los relacionados fueron comprendidos en la Intrascendente hijuela, desconociendo la demandada si desde entonces hasta ahora permaneció el ganado en la Dehesa de San Nicolás del Puerto, ni cuáles hubieran sido las atenciones y cuidados que las actoras le hubiera prodigado.

Cuarto. Que durante el tiempo que medió desde el fallecimiento de su madre al 8 de Julio de 1955, fecha en la que el Comisario protocolizó el primer cuaderno, intentaron los herederos convenir al respecto sobre la partición del caudal, pero lo cierto es que no lograron ponerse de acuerdo, y así las cosas, disconforme la demandada con lo actuado por el Contador, en manera alguna pudo prestar conformidad a los efectos, explicando ello no complaciera los requerimiento que por sus hermanas o en representación de las mismas fueron formulados; que no debió silenciarse por las actoras que deseosa la demandada de evitar el planteamiento judicial propuso a sus hermanas fórmulas extrajudiciales para la resolución de la controversia, que no sólo no encontraron eco favorable, sino que ni siquiera merecieron respuesta, y que era cierto que se le había dirigido una carta por conducto notarial:

RESULTANDO que en el mismo escrito la demandada, doña María Teresa , formulaba reconvencción, alegando:

Quinto. Que según resultaba de los documentos aportados de adverso, investido don Emilio de las facultades ordinarias de Comisario contador por la señora causante, dispuso del plazo de tres años para realizar su cometido, plazo que se extinguiría llegado que fuera el 11 de julio de 1955, y hasta fecha inmediata a la de vencimiento, y no obstante los deseos de la demandada en punto a que la partición fuera practicada, fue en 8 de julio de 1955 cuando compareció ante Notario el Contador partidador para protocolizar el cuaderno particional, dejando de Incluir en el mismo bienes pertenecientes al caudal, como su ulterior actuación auténtica e inequívocamente lo había acreditado.

Sexto. Que la omisión de bienes determinantes de las operaciones adicionales o complementarias, incorporadas con el segundo cuaderno, de fecha 26 de septiembre de 1955, no fue consecuencia del desconocimiento de su existencia al tiempo de practicar la primera, puesto que era significativo lo consignado por las demandantes en el punto tercero de la escritura de prórroga de plazo al Comisararlo, en cuyo lugar doña Raquel y doña Antonia dijeron: "Como hay posibilidad de la existencia de bienes que no han podido ser determinados en el momento de formalizar la partición...", comprobando tal manifestación la primera copia de la escritura que acompañaba, documento que en su día recibió la demandada advertencia en orden y posible existencia de otros bienes ganados, valores y moneda extranjera, cuya pertenencia al caudal era perfectamente conocida por los interesados en la testamentaria.

Séptimo. Que no fueron sólo los bienes relacionados en el segundo cuaderno los únicos omitidos en el primero, pues además de ellos existían créditos a favor de la causante que integraban capital uno por elevada suma contra don Juan Alberto , como el corcho de la dehesa de San Nicolás del Puerto, sobre los cuales ninguna inclusión se advertía en el primero, ni en el segundo de los cuadernos, omisiones que trascendían en la repercusión económica, determinación de las legítimas cuanto en el orden estrictamente jurídico para invalidar la partición.

Octavo. Que era notorio que en la valoración de la finca urbana, casa número 11 de la calle de San Vicente, de Sevilla, y en la de la finca dehesa de San Nicolás del Puerto no sólo no se ajusto el Contador a su valoración electiva, sino que ni siquiera tuvo en cuenta un criterio de proporcionalidad.

Noveno. Que era una realidad evidenciada por la propia escritura de 8 de julio de 1955, que dona Elisa había favorecido a sus tres hijas con sendas donaciones, que el Contador, atribuyéndose facultad de la que carecía, dispensó de colacionar su importe, omisión que igualmente trascendía en el orden económico, tanto para la determinación cuantitativa de las legítimas como para la cuenta general de partición. Alegó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictara sentencia por la que:

Primero. Se estimara la demanda reconvenccional deducida, y en su consecuencia se declarase la nulidad de cuanto actuó el Comisario contador de doña Elisa en los cuadernos particional y complementario protocolizados ante Notario en 8 y 26 de septiembre de 1955, y en su caso se anularan los mencionados



cuadernos y escrituras de protocolización de ellos por las causas y razones aducidas en la demanda reconvenional.

Segundo. Que se declarase si lo anterior no procediera, rescindidas las operaciones particionales por causa de lesión en méritos de lo aducido al respecto y se acreditara en período probatorio.

Tercero. Que se mandara estar y pasar por las declaraciones pronunciadas a las actoras como herederas de doña Elisa .

Cuarto. Que se declarasen nulas y se mandaran cancelar las inscripciones causadas en los Registros de la propiedad de Cazalla de la Sierra y Sevilla por consecuencia de la presentación de copia de la escritura otorgada el 8 de julio de 1955, siendo otorgante don Emilio , como Contador partidor de doña Elisa , inscripciones que constaban en la copia de escritura incorporada a los autos.

Quinto. Que se declarase nula por vía antecedente caso preciso la escritura de prórroga otorgada por doña Raquel y doña Antonia ante Notario el 11 de Julio de 1955, a virtud del cual prorrogaban al Comisario contador designado por doña Elisa en su último testamento por plazo de un año la comisión o encargo de partir.

Sexto. Que consecuencia de todo ello se absolviere a la demandada de la demanda deducida en su contra.

Séptimo. Que si lo anterior no procediera, se estimara la excepción de falta de acción en las adoras para demandar, en méritos de lo aducido al contestar.

Octavo. Que se impusieran a las demandantes las costas del pleito y las causadas por el tramite de reconvenión.

RESULTANDO que conferido traslado a la parte adora para evacuar el tramite de replica, presento escrito ratificando los hechos de su demanda y contestando a la reconvenión alego:

Quinto. Que en el número quinto de la contestación, que era el primero de la reconvenión, afirmaba doña María Teresa que el Contador partidor designado dispuso de tres años, concedido por la señora causante, para realizar su cometido, "plazo que se extinguirá llegado que fuera el 11 de junio de 1955", y tal afirmación tenía que ser rectificada, ya que el plazo concedido al Contador testamentario se extinguirá pasado que fuera el 11 de junio de 1955, que era cierto que la partición tuvo lugar el 8 de julio del citado año, omitiéndose por la parte adversa que la razón o motivo por los cuales no pudo realizarse la partición en plazo más breve fue por las dificultades y oposición decidida de doña María Teresa y de su esposo, pero a pesar de ello, y eso tenía que reconocerlo dicha señora, la partición se realizó y protocolizó dentro del plazo de tres años concedidos por la causante, y que era cierto, y ello lo reconocía expresamente, que determinados bienes no fueron tenidos en cuenta, por los que hubo necesidades de adicionar la partición.

Sexto. Que el correlativo se trataba por la demandada de introducir el confusionismo al afirmar que el dejar de incluir determinados bienes en las operaciones particionales no fue consecuencia de desconocimiento de su existencia, ya que las actoras, al prorrogar el plazo al Contador partidor, dijeron: " Como hay posibilidad de la existencia de bienes que no han podido ser determinados", pero tal afirmación no tenía más objeto que sembrar el confusionismo, ya que la escritura a que aludía la parte demandada fue posterior a la protocolización del cuaderno particional y, por tanto, el Contador partidor, en 8 de julio de 1955, desconocía la existencia de nuevos bienes, y al conocerla con posterioridad fue cuando se le prorrogó el mandato para que el cumpliendo la voluntad de la testador pudiese adjudicar, mediante escritura adicional, los nuevos bienes a que se hacia referencia.

Séptimo. Que con manifiesta mala fe se afirmaba en el correlativo que se habían dejado de incluir en la partición determinados bienes, como era un crédito contra don Juan Alberto por el corcho de la dehesa de San Nicolás; que tanto las deudas como los créditos de la causante, no cuantiosos, como de contrario se afirmaba, así como los gastos que su obtención había ocasionado, fueron incluidos todos por los albaceas en las cuentas particulares de la testamentaria, y ello lo sabia perfectamente la actora por ser uno de los albaceas designado polla causante.

Octavo. Que rechazaba de manera expresa todos y cada uno de los hechos consignados en el correlativo y hacía constar lo siguiente

a) Que los valores asignados a los inmuebles sitios en Sevilla y a la dehesa de San Nicolás del Puerto eran los que realmente correspondían a cada uno de ellos, y así se había tenido presente por el Contador partidor del crédito de proporcionalidad.

b) Que por la demandada se afirmaba una gravísima lesión "para su economía", omitiéndose si esa grave lesión alcanzaba a la cuarta parte de los bienes adjudicados, extremo importante, ya que el mismo implicaba por sí solo la desestimación de uno de los pedimentos de la demanda.



c) Que la demandada en todo momento mostró su decidido interés en que le fuese adjudicada la casa de la calle de San Vicente, número 11, de Sevilla, hasta el extremo de que doña Antonia , en aras de la concordia, llegó incluso a renunciar a su derecho de opción sobre el referido inmueble.

d) Que era extraño que la demandada afirmara haber sufrido una grave lesión en su economía, después de haber aceptado la partición, como lo demostraban los actos de disposición que había realizado sobre la mencionada casa, y que eran los siguientes: En dos ocasiones, y con posterioridad a la adjudicación, había tratado de vender el mencionado inmueble, y que la demandada y su esposo estuvieron habitando la casa como propietarios del inmueble después de la adjudicación y actualmente, y en festividades como Semana Santa, la casa era ocupada por ella y sus invitados, y que la propia demandada había planteado recursos contra la liquidación del arbitrio de plusvalía referente a la citada casa.

Noveno. Que no era cierta la afirmación que se hacía en el correlativo, y ello por dos razones: primera, porque compensada las donaciones a doña Raquel y a doña María Teresa con el legado de doña Antonia , era perfectamente inútil la colación, ya que ello implicaba en términos contables incluir una misma cantidad en el debe y en el haber, y segunda, que el legado de doña Antonia lo había sido en consideración a que "vive en su compañía y a la asistencia, y solícitos cuidados que presta a la testadora, pero no para significar diferencias en el amor que profesa por igual a todas sus hijas", según se dice en la cláusula tercera del testamento de doña Elisa , por lo que la única beneficiada con la colación sería doña Antonia , ya que su legado subsistiría, y por contra aumentaría su haber hereditario, y a pesar del perjuicio causado a dicha doña Antonia , ésta, asistida de su marido, ratificaba las operaciones practicadas por don Emilio ; que negaban cuantos extremos no hubieran sido especial objeto de aceptación. Y después de alegar los fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dictara sentencia conforme tenían solicitado en la demanda, absolviendo a las actoras de la reconvencción y con expresa condena de costas a la demandada, tanto del pleito principal como de la reconvencción.

RESULTANDO que conferido traslado para súplica a la parte demandada, lo evacuó, dando por reproducidos los hechos y fundamentos de derecho de su contestación y reconvencción y suplicando se dictara sentencia conforme tenía interesado:

RESULTANDO que recibido el pleito a prueba se practicó la siguiente a instancia de la parte demandante las de confesión judicial, documental y testifical, y a propuesta de la demandada las de confesión judicial, documental, pericial y testifical:

RESULTANDO que unidos a los autos las pruebas practicada y evacuados por las partes los traslados de conclusiones, el Juez de Primera Instancia de Cazalla de la Sierra, con fecha 7 de marzo de 1958, dictó sentencia por la que estimando en parte la demanda interpuesta por la representación de doña Raquel y doña Antonia contra doña María Teresa , declaró terminada la gestión que había venido realizándose por las referidas señoras, actoras en relación al ganado vacuno y equino adjudicado a la demandada, y en su consecuencia condenó a ésta a abonar a aquéllas las pesetas que resultaran de la liquidación de dicha gestión de negocios, pesetas que se determinarían en período de ejecución de sentencia, y a retirar el ganado vacuno y equino de la dehesa de San Nicolás del Puerto, ganado que le fue adjudicado a doña María Teresa en la testamentaria de su señora madre, con las bajas y altas que en ese último se hubieran producido por la ley natural; absolviendo a la demandada de los demás pedimentos deducidos contra ella, y desestimando la reconvencción absolvió a las actoras de todos los pedimentos deducidos contra ellas en la misma, sin hacer expresa condena en costas:

RESULTANDO que contra la expresada sentencia del Juzgado se interpuso por la representación de la parte demandada recurso de apelación, que fue admitido libremente y en ambos efectos, remitiéndose las actuaciones a la Audiencia Territorial, y sustanciada la alzada por sus trámites legales, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, con fecha 20 de Junio de 1950, dictó sentencia por la que sin hacer expresa condena en costas confirmó en todas sus partes la pronunciada por el Juzgado:

RESULTANDO que previa constitución de depósito de 3.000 pesetas, el Procurador don Manuel del Valle Lozano, a nombre de doña María Teresa , asistida de su marido, don Alfredo , ha interpuesto ante este Tribunal Supremo contra la sentencia de la Audiencia recurso de casación por infracción de Ley, estableciendo los siguientes motivos:

Primero. Amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la sentencia recurrida, al desestimar la solicitud postulada por el recurrente por vía de reconvencción, de nulidad de la llamada partición complementaria realizada por el Comisario y protocolizada en 26 de septiembre de 1955, infringe, por aplicación indebida el artículo 906 del Código Civil , y por violación, consecuencia de su no aplicación, los artículos 911 y 1.058 del citado Código y la doctrina legal contenida en las sentencias del Tribunal Supremo que se citarán; de los diversos problemas planteados o pretensiones solicitadas por las



partes en este pleito, sólo dos se han de tratar en el recurso; nulidad de la partición complementaria y rescisión de la partición o de las particiones de no admitirse la nulidad de la complementarla por lesión, en más de la cuarta parte, causada a la heredera doña María Teresa ; que la tesis que se mantiene en este motivo puede enunciarse así; Las facultades de los Contadores partidores se extinguen con el otorgamiento del cuaderno particional, y protocolizada en este caso la partición en escritura pública otorgada en 8 de julio de 1955, en esa fecha quedaron agotadas las facultades atribuidas al Contador partidor por la testadora; no pudo, en consecuencia, por sí solo, sin contar con el consentimiento de todos los herederos, practicar una partición complementaria con posterioridad a aquel acto extintivo de su mandato sin que la prórroga que le otorgaron desde las tres herederas en 11 de julio de 1955 pueda salvar aquel obstáculo, pues al otorgarse con posterioridad a la extinción de sus funciones no era ya prorrogada, sino atribución de facultades que requiera la voluntad unánime de los interesados en la herencia; que según conocida jurisprudencia, son aplicables a los Contadores partidores, sean o no albaceas, las mismas reglas de funcionamiento que establece el Código Civil para el albaceazgo (sentencias de 24 de febrero de 1905 , 5 de febrero de 1908 , 5 de julio de 1947 , etc.), y en lo relativo al plazo, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto por los artículos 904 , 905 y 906 del Código Civil , y conforme a estos preceptos, el plazo en el cual deberán cumplir su misión los Contadores partidores puede estimar determinado por la voluntad del testador, por la Ley, por la autoridad judicial o por los propios herederos; que los dos primeros supuestos, plazos testamentarios y legal, se refieren los artículos 904 y párrafo primero del 1.905, a la prórroga que, en su caso, puede otorgar el Juez, se hace referencia en el apartado segundo del artículo 906; que requisito indispensable para que puedan concederse válidamente las prórrogas que prevé la Ley, ya sea la judicial o la que puedan otorgar los herederos, es el que se hallen vigentes, no estén agotadas las facultades de los albaceas o de los Contadores partidores al tiempo de otorgarla, pero si éstas, por la causa que fuere, se han extinguido, no será posible prorrogar aquello que ya no existe, y esta necesidad de que subsistan las facultades de los partidores al tiempo de concederse la prórroga, además de ser consustancial con esta idea, está sancionada por una abundante doctrina legal, que, en términos generales, viene interpretando con criterio restrictivo la materia relativa a la prórroga del albaceazgo y cuyo rigor, de no resultar más acusado en orden a los Contadores partidores, dadas las facultades dispositivas de que están investidos, citando las sentencias de 10 de noviembre de 1941 y 14 de febrero de 1952 , infiriéndose de la doctrina legal que exponen dichas sentencias, que la prórroga del término otorgado a los Contadores partidores para el cumplimiento de su misión, para que sea válida y eficaz en derecho, deberá pedirse y concederse antes de que se hayan producido los supuestos extintivos de aquella institución; si la extinción del cargo o la caducidad del término han tenido lugar, no podrá hablarse ya de prórroga, sino de nueva atribución de facultades particionales a Contador, que no podrán ampararse en el artículo 906 del Código Civil y sí en la voluntad unánime de todos los herederos, conforme a los artículos 911 y 1.058 del Código Civil , que tres hechos fundamentales, admitidos por las partes y por la sentencia recurrida, hay que tener en cuenta este respecto:

Primero. Que el Contador partidor designado por la causante, don Emilio , dentro del término por aquélla establecido en su testamento, procedió, en 8 de julio de 1955, a otorgar la correspondiente escritura de partición, y la escritura fue autorizada en la fecha indicada por el Notario de Sevilla señor González Palomino con el número 1.403 de su protocolo, terminando el cuaderno particional protocolizado con las siguientes palabras: "Con las precedentes declaraciones se dan por terminadas las operaciones de inventario, avalúo y liquidación, división, partición y adjudicación de los bienes relictos al fallecimiento de la ilustrísima señora doña Elisa , que se han practicado con sujeción a los datos suministrados por los interesados y sin causar agravio alguno"; que no se hace en la escritura ninguna reserva ni referencia a necesidad de completar la partición.

Segundo. Por escritura otorgada ante el mismo Notario por las herederas doña Raquel y doña Antonia , se acordó prorrogar al Contador partidor por un año el plazo para el cumplimiento de su misión, y esta escritura de prórroga, otorgada sin la intervención y la conformidad de mi representada, fue autorizada en 11 de julio de 1955, con posterioridad a la protocolización del cuaderno particional, y se otorgó la prórroga cuando ya el Contador había cumplido misión, extinguiéndose así el mandato que le confirmó la testadora.

Tercero. En 26 de septiembre del mismo año, el Contador partidor, amparándose en la prórroga aludida, que él reputaba válida, otorgó ante el mismo Notario una nueva escritura de partición, con la que pretendía completarse la anterior mediante la inclusión y adjudicación a las herederas de bienes que habían sido omitidos en aquélla, que si conforme enseña una copia jurisprudencial con la protocolización del cuaderno particional se extingue las facultades del Contador, a menos que en dicha escritura conste lo contrario, es obvio que la prórroga otorgada en 11 de julio de 1955 adolece de un vicio que la invalida, cual es el de haber sido otorgada fuera de tiempo hábil, pues es fundamental en materia de prórroga que se otorguen antes de transcurrir el plazo o de cumplirse la obligación cuyos términos pretenden prorrogarse, pues en otro caso se contraría la esencia de lo que por prórroga se entiende; que la protocolización del cuaderno particional pone término al albaceazgo y, por tanto, también con mayor razón agota las facultades de los Contadores partidores, es algo que no puede ofrecer duda, y sobre ello se ha pronunciado la jurisprudencia en forma tan reiterada como terminante, citando



las sentencias de 4 de junio de 1892 , 6 de diciembre de 1895 , 6 de mayo de 1903 , 31 de diciembre de 1909 , 17 de diciembre de 1919 , 10 de julio de 1935 , 20 de octubre de 1954 y 14 de febrero de 1952 ; que la doctrina legal que señalan dichas sentencias no es más que la aplicación concreta a las obligaciones de los Contadores partidores de lo dispuesto con carácter general por el artículo 1.156 del Código Civil ; al cumplimiento extingue las obligaciones, siendo claro que en el presente caso, cuando dos de las tres herederas otorgaron al Contador partidador en 11 de julio de 1955 la prórroga en que se ampara la llamada partición complementaria, no podían hacerlo sin la conformidad de la recurrente, y al ser nula, por faltar el consentimiento de ésta, la llamada escritura de prórroga, lo es también por la misma razón la segunda escritura de partición, pero la sentencia recurrida no lo entiende así; estima legalmente otorgada la prórroga de 11 de julio de 1955 por las razones que se recogen en el tercer considerando de la sentencia recurrida y en el cuarto de la del Juzgado al que aquél se remite, cuyos razonamientos se proyectan en el fallo, conduciendo a la desestimación de la nulidad que postulamos; que el artículo 906 del Código Civil permite ciertamente a los herederos y legatarios, de común acuerdo, prorrogar el plazo del albaceazgo por el plazo que crean necesario; y si el acuerdo es sólo por mayoría, la prórroga no podrá exceder de un año, resultando indispensable para aplicar este precepto que se trate de prorrogar, o lo que es lo mismo, según enseña la jurisprudencia citada, que no se haya extinguido el plazo del albaceazgo o el que para el cumplimiento de su misión tuvieran los Contadores partidores: en el presente caso se inocuo aludir a si en 11 de julio de 1955 estaba o no vigente el plazo testamentario, pues que la fecha de extinción de las funciones del Contador partidador hay que situarlas en 8 de julio del mismo año, fecha en la que se protocolizó, sin reserva de ninguna clase, el cuaderno particional de la causante y, por tanto, en aquella fecha, y según la doctrina legal expuesta, concluyó la función del Contador partidador, siendo el supuesto no el previsto en el artículo 906 del Código Civil , sino el que previene el artículo 911 para los casos de terminación del albaceazgo, y el 1.058 para el supuesto de que no haya hecho el testador la partición ni encomendado a otro esta función, a cuyo caso ha de ser asimilado el de que la persona designada no haya cumplido en todo o en parte su misión, y en estos supuestos corresponde a los herederos la ejecución de la voluntad del testador (artículo 911) y la distribución de la herencia en la forma que tengan por conveniente (artículo 1.058), siendo natural que sea así puesto que extinguido el mandato concedido por el testador, son sólo los herederos, como continuadores de la personalidad de aquél, los que pasan a estar investidos de las facultades que se había delegado: la sentencia recurrida infringe por aplicación indebida del artículo 906 del Código Civil y por violación, consecuencia de su no aplicación, los artículos 911 y 1.058 del citado Código , y la doctrina legal contenida en las sentencias del Tribunal Supremo que hemos dejado citadas, y tanto las relativas a que la protocolización del cuaderno particional extingue las facultades de los Contadores partidores, cuanto la que enseña que es indispensable la vigencia de tales facultades para que pueda ser prorrogado el plazo de su ejercicio.

Segundo. Amparado por el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la sentencia recurrida incide en error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documentos auténticos que, obrantes en autos, demuestran la evidente equivocación del juzgador; que el tema relativo a la nulidad de la llamada escritura complementaria de la partición, en razón a la forma en que lo trata la sentencia recurrida y a los argumentos en que fundamenta su desestimación, es un problema estrictamente de derecho; de ahí que se haya impugnado tal pronunciamiento en primero lugar por el cauce del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , pero, agotando el deber de ésta, y por si tal pronunciamiento descansa además en unas erróneas afirmaciones de la sentencia recurrida, hay que impugnar también estas manifestaciones de hecho por la vía procesal enunciada en este motivo; en el tercer considerando de la sentencia recurrida, al tratar de la eficacia o invalidez de la escritura complementaria de la partición, de 26 de septiembre de 1955, después de hacer referencia al artículo 906 del Código Civil , se concluye en las siguientes palabras: "...sin que pueda tampoco estimarse agotada la misión del comisario con la protocolización del primero cuaderno dadas las circunstancias que concurrieron en aquel acto y en la confección del mismo...", y estas circunstancias a que tan vagamente alude la sentencia deberán necesariamente concretarse en la misma, creyendo por ello, que son las que indican en el apartado c) del primer considerando, en el cual se afirma lo siguiente: "C) Antes de expirar la prórroga del plazo, el comisario, que venía siempre obrando de acuerdo con las herederas, trató de reunir las para ultimar los demás extremos de la partición, pero ante la incomparecencia de doña María Teresa en la Notaría, el día 8 de julio de 1955 otorga el cuaderno particional en la forma convenida, sin incluir aquellos bienes de valor desconocido, por lo que las dos herederas presentes deciden prorrogarle por un año sin cometido, y así lo hacen constar en documento público de 11 del mismo mes y año, y algo más de dos meses después, el 26 de septiembre siguiente, formula el comisario el cuaderno particional complementario, presentado con la demanda": que de relacionar estas afirmaciones con aquellas circunstancias a que alude, sin concretarlas, el tercer considerando de la sentencia, parece desprender que ya al protocolizarse el cuaderno particional de 8 de julio de 1955 se hizo referencia por las dos herederas presentes a la no inclusión en el mismo de "aquellos bienes de valor desconocido", y que las mismas decidieron entonces prorrogar por un año las atribuciones del comisario, lo que llevaron a efecto en la escritura de 11 de julio de 1955 y, sin embargo, las cosas no ocurrieron así según resulta de la escritura pública de partición de 8 de julio de 1955 y de la



otorgada por dos de las herederas para prorrogar las facultades del comisario en 11 del mismo mes y año, resultando de forma evidente la equivocación del juzgador con la simple lectura de ambos documentos; el error radica en atribuir al documento de 8 de julio hechos que se concretan en el día 11 siguiente, y en afirmar la presencia en el otorgamiento de aquél de quienes no intervinieron en él ni hicieron las manifestaciones que se les atribuyen, las cuales, en cambio, sí intervinieron y manifestaron, lo que consta en el segundo documento: la escritura de protocolización de 8 de Julio de 1955, documento acompañado con el número 3 con la demanda inicial del pleito, aparece otorgada exclusivamente por don Emilio , quien interviene, según se hace constar en la escritura, "como Contador partidador de la Ilustrísima señora doña Elisa , nombrado en el testamento a que se hará referencia", siendo el comisario quien únicamente interviene en el otorgamiento de dicha escritura; en ella ni el otorgante ni ninguna otra persona aludió a la existencia de otros bienes de valor desconocido ni a la necesidad o conveniencia de prorrogar el plazo de las facultades del comisario, y por el contrario, en el apartado segundo de las manifestaciones hechas al Notario por el compareciente se dice: "Que el señor compareciente, según interviene, ha practicado las operaciones particionales por fallecimiento de la Ilustrísima señora doña Elisa , y deseando darles la máxima virtualidad y eficacia y asegurar la conservación del documento en que consta, me lo entrega para su protocolización", diciéndose en la primera decia ración final del cuaderno particional protocolizado lo siguiente respecto de otros bienes que pudieran existir; y si aparecieran en lo sucesivo algunos otros bienes propios de la finada, se distribuirán en la forma y proporción fijada en estas operaciones particionales en cuanto a las deudas que pudieran resultar se satisfarán con sujeción a las mismas normas y proporcionalidad que rige en esta testamentaria, quedando previsto en esa cláusula lo que deberían hacer las herederas con relación a otros bienes que pudieran aparecer de la misma herencia, pero no se alude a que se conozca la existencia de tales bienes, ni a la necesidad de prorrogar por esa razón las facultades del Contador; en la declaración final segunda del cuaderno protocolizado se dice: "Se transmiten mutuamente los partícipes de esta herencia la totalidad de los bienes que se adjudican a cada uno de ellos, otorgándose la posesión de los mismos, que se entenderá retrotraída a la fecha del fallecimiento de la causante", y por último, se hacen constar como palabras finales del cuaderno particional, las siguientes: "Con las precedentes declaraciones se dan por terminadas las operaciones de inventario, avalúo, liquidación, división, partición y adjudicación de los bienes relictos..., que se han practicado con sujeción a los datos suministrados por los interesados y sin causar agravio alguno"; que estas manifestaciones de la escritura de 8 de julio de 1955, y en general, todo su contenido son contrarias a las afirmaciones que la sentencia recurrida atribuye a este documento o a su otorgamiento, y de ahí la contradicción en que consiste el error de hecho denunciado; es cierto que en la escritura de 11 de julio de 1955, otorgada por las herederas doña Raquel y doña Antonia , sin la asistencia ni la conformidad de doña María Teresa , se aludió a la existencia de otros bienes no incluidos en el cuaderno protocolizado el día 8, y decidieron ambas herederas en ese acto prorrogar el plazo de actuación del Contador partidador, pero es singularmente importante distinguir las fechas en que se produjeron estas manifestaciones, ya que de hacerse con posterioridad al 8 de julio de aquel año, fecha de protocolización del cuaderno particional que no contiene reserva alguna, resultan extemporáneas por posteriores a la extinción de las facultades del Contador partidador agotadas en aquel acto; en cambio, si tales manifestaciones, reservas y decisión de prorrogar se contuvieran en aquel cuaderno, si cabría sostener que la prórroga se había otorgado en plena vigencia de las facultades del Contador; lo que como resulta de dichos documentos, y aunque otra cosa parezca afirmar la sentencia, no ha ocurrido en el presente caso.

Tercero. Amparado por el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la sentencia recurrida al no dar lugar a la rescisión de la partición por causa de lesión en más de la cuarta parte del haber hereditario de doña María Teresa , ha incidido en error de hecho en la apreciación de las pruebas documentales, que demuestran la equivocación del juzgador; que por vía de reconvenición, doña María Teresa solicitó la nulidad de la partición de 8 de julio de 1955, la nulidad de la llamada partición complementaria de 26 de septiembre del mismo año y subsidiariamente la rescisión por lesión de aquellas particiones o de aquella cuya nulidad no fuera estimada, y las tres peticiones han sido desestimadas por la sentencia recurrida; que una jurisprudencia por demás conocida (sentencias de 1 de febrero de 1928, 9 de marzo de 1951, 23 de junio de 1952, etc.) enseña que la afirmación del hecho del perjuicio cabe impugnarse al amparo del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; por ello, y siguiente en este caso ese criterio, se impugna en primer lugar determinadas apreciaciones de hecho de la sentencia recurrida; que dos afirmaciones son las que se han de combatir e impugnar:

Primera. La conformidad de la recurrente con la adjudicación y la valoración referente a los inmuebles de la testamentaria, y

Segunda. La imposibilidad de fijar el perjuicio.

Primera. Conformidad: Afirma el Tribunal "a quo" en el cuarto considerando de la sentencia recurrida que doña María Teresa acordó con sus hermanos lo relativo a la adjudicación de los inmuebles, en cuya materia el Contador partidador no hizo más que aprobar y protocolizar aquél previo acuerdo de las herederas, y entiende



el juzgador que como la lesión en más de la cuarta parte se hace derivar precisamente de la defectuosa valoración de los inmuebles, no puede accederse a ella por impedirlo aquella previa conformidad; sin embargo, el supuesto consentimiento de las tres herederas en orden a la adjudicación de los inmuebles, y mucho menos que tal consentimiento se extendiera a la valoración que a los mismos dio el Contador partidor, no sólo no aparece en absoluto acreditado en los autos, sino que existen documentos auténticos que prueban lo contrario; en efecto, cualquiera que fueran las conversaciones previas que mantuvieran las herederas con el comisario testamentariamente designado, lo cierto es que el cuaderno particional, aunque aluda en algunos pasajes a la conformidad de las herederas, está firmado exclusivamente por la única persona que lo hizo el citado Contador partidor, sin que a tal cuaderno haya prestado conformidad la recurrente ni antes de su otorgamiento, ni en ese acto, ni después, y así resulta del propio cuaderno particional, aportado como documento número 3 por la parte recurrida con su escrito de demanda, no aludiéndose en él, ni en el otorgamiento, ni en el cuaderno particional, a ninguna otra persona que haya intervenido en aquel acto, y el cuaderno aparece firmado exclusivamente por el Contador partidor, no siendo cierto que la partición se haya realizado, en lo relativo a inmuebles, con la conformidad de todas las herederas, y mucho menos que conste tal conformidad de la recurrente respecto de admitir como buena la valoración que en el cuaderno particional dio el Contador a las fincas, siendo cierto que el comisario no precisaba el consentimiento de las herederas y tenía plenas facultades para dividir y adjudicar el caudal relicto; pero cierto también que la recurrente no prestó consentimiento, y puede Impugnar, por tanto, lo por aquel realizado y su disconformidad con la partición que trataba de realizar el Contador y que protocolizó en 8 de julio de 1955, está expresamente reconocido de adverso; que en réplica, al contestar los hechos de la reconvenición (hecho quinto, segundo apartado, folio 14 vuelto del apuntamiento), afirmaron literalmente lo siguiente: "Que es cierto que la partición tuvo lugar en 8 de Julio de 1955, omitiéndose por la parte adversa añadir que la razón o motivo por los cuales la partición no pudo realizarse en plazo más breve fue por las dificultades y oposición decidida de doña María Teresa y su esposo, pero en todo caso, y ello tiene que reconocerlo la demandada, bien que le pese, la partición se realizó y protocolizó dentro del plazo de tres años concedidos por el causante"; que aún hay más hechos debidamente constatados en autos que prueban que doña María Teresa no prestó nunca su conformidad a lo hecho por el Contador partidor; mediante la escritura de 11 de julio de 1955, aportada a los autos y testimoniada en el rollo de la Audiencia al suscitarse la apelación, las herederas doña Raquel y doña Antonia asistidas de sus respectivos esposos, prorrogaron al Contador partidor por un año el plazo para el cumplimiento de su misión, y en esa escritura, en la que no Intervino la recurrente, consta en el apartado segundo literalmente lo siguiente: "Los comparecientes examinan dicho cuaderno particional en la Notaría a mi cargo, y encontrándolo conforme ratifican la partición de la ilustrísima señora doña Elisa, practicada por el Contador partidor don Emilio" es, pues, en esa fecha -11 de julio de 1955- cuando las herederas comparecientes ratifican y aprueban, aunque no fuera necesario, la partición, luego no descansa ésta en un previo acuerdo de las herederas, y la conformidad de las comparecientes es posterior, y la de la recurrente no se dio en ningún momento; que a la vista de tales documentos no puede decirse que la conformidad de doña María Teresa constituya obstáculo para ejercitar la acción del artículo 1.074 del Código Civil, y de ello se desprende todo lo contrario; que, por último, en orden a la supuesta conformidad, que es Incierto el hecho de que el Tribunal "a quo" parece deducirla y en el propio considerando cuarto de la sentencia recurrida, el juzgador alude como prueba de aquel previo acuerdo entre las herederas sobre la adjudicación de los inmuebles al hecho de que la parte que reacciona se quedara con el dominio exclusivo de la casa"; pero es; Le hecho, del que deduce el Tribunal "a quo" la previa conformidad de la recurrente con la adjudicación de la (Inca sita en la calle de San Vicente, número 11, de Sevilla, es inexacta e incierta, por tanto, la conclusión a que llega; que sobre ello hay que decir que no cabe confundir el deseo de un heredero con que se le adjudiquen determinados bienes con la conformidad de que tal adjudicación se haga por una cantidad fijada por el Contador partidor que se demuestra en el pleito, es totalmente arbitraria; que la finca rústica adjudicada a las otras dos herederas se valoró en el cuaderno particional en 400.000 pesetas, y a sentencia recurrida admite que su verdadero valor es el de 6.945.508 pesetas, en cuya suma fue valorada pericialmente, "sin que existan motivos para dudar de esta valoración pericial", según textualmente dice a sentencia, y la finca urbana adjudicada a la recurrente se valora en el cuaderno en 300.000 pesetas, y pericialmente en los autos, en la sustanciación de la apelación, en 1.440.000 pesetas; la desproporción entre ambas valoraciones es de tal magnitud que no puede pensarse en la conformidad de quien tan mal parada sale con aquellas diferencias, pero prescindiendo de aquella distinción entre conformidad con la adjudicación del inmueble y conformidad con la valoración, no es cierto que la recurrente se quedara con el dominio exclusivo de la casa con anterioridad a la protocolización del cuaderno particional de cuyo hecho inexacto deduce el juzgador la referida conformidad; que en súplica acompañó la recurrente a los autos la escritura de 20 de Julio de 1955, otorgada ante el Notario de Sevilla señor González Palomino con el número 1.486 de su protocolo, en la que se contienen las cuentas de la testamentaria que rinden los albaceas don Marcos de Portugal y don Carlos María, esposos de las adoras, a la recurrente, y a este documento se alude en los folios 21 vuelto y 37 vuelto del apuntamiento, y de él resulta lo siguiente: "Que figura una partida de las cuentas que responde al siguiente concepto: Crédito de la testamentaria o deuda a la misma de la heredera doña María Teresa por la renta



de treinta y tres meses (de octubre de 1952 a julio de 1955) del piso principal y bajo de la casa número 11 de la calle de San Vicente, perteneciente a la testamentaria, y que ha ocupado dicha heredera, a razón de 5.000 pesetas mensuales, 165.000 pesetas", y a continuación figura otra partida similar que dice: "Crédito de la testamentaria o deuda a la misma de la herencia doña Antonia por la renta de veintiún meses (de octubre de 14)52 a julio de 1954) del piso segundo de la citada casa en la calle de San Vicente, número 11, que ha ocupado dicha heredera el expresado tiempo, a razón de 3.000 pesetas mensuales, 63.000 pesetas"; que en el mismo documento, entre los gastos de la testamentaria figuran una serie de partidas que hacen referencias a pagos por diversos conceptos relativos a la casa de San Vicente, número 11, y entre ellos se pueden citar, como ejemplo, los siguientes: "Noviembre 5 (1954), contribución cuarto trimestre casa San Vicente, 1.135 pesetas", figurando también los pagos al portero, el Impuesto del alcantarillado, etc., demostrando estas partidas de ingresos y gastos de la testamentaria, consignadas todas ellas en la escritura pública aludida, que hasta la protocolización del cuaderno particional de 8 de julio de 1955, la finca en cuestión era un bien perteneciente a la comunidad hereditaria, sin que, como erróneamente afirma la sentencia, "la parte que reacciona se quedara con el dominio exclusivo de esa casa".

Segunda. Imposibilidad de fijar el perjuicio. Dice la sentencia recurrida en el sexto considerando que: "...mientras no se faciliten los actos necesarios, es imposible fijar en este caso, no ya la cuantía de la lesión, sino la existencia de la misma", y en contradicción con ésta afirmación podemos decir que los datos se han facilitado, están en los autos, y de ellos resulta la cuantía y existencia de la lesión: la acción de rescisión por lesión se ha ejercitado por la recurrente con base exclusivamente en la inadecuada valoración de los inmuebles de la testamentaria, y nada se alegó, ni se opuso de adverso, respecto de las valoraciones de otros bienes que en autos constan; las escrituras públicas de protocolización de las operaciones particionales de 8 de julio y 26 de septiembre de 1955, en las que se consignan, naturalmente, las valoraciones de todos los bienes incluidos en una y en otra; la valoración pericial de la finca dehesa de San Nicolás del Puerto, practicada por el Ingeniero Agrónomo don Jon , asignándole un valor en la fecha de la adjudicación de 6.945.568 pesetas, valoración pericial que está expresamente admitida por la sentencia recurrida (sexto considerando), y cuya finca se valoró en el cuaderno particional en 400.000 pesetas; sobre la finca de San Vicente, número 11. existen en autos tres valoraciones: la del cuaderno particional. 300.000 pesetas; la valoración fiscal resultante de capitalizar al 4 por 100 el líquido imponible que figura en autos (certificación de la Administración de Propiedades de Sevilla, inserta al folio 23 vuelto del apuntamiento), que arroja la cifra de 1.002.250 pesetas (valor al que alude la sentencia al decir que "tiene un valor catastral superior al millón"), y la valoración pericial, que consta al final del apuntamiento, hecha por el Arquitecto don Luis Enrique y referida al 8 de julio de 1955, que cifra el valor de la finca en 1.440.000 pesetas; que la existencia de esos elementos resulta de los autos y de la propia sentencia recurrida: tal es la desproporción entre el valor asignado a los inmuebles en el cuaderno particional y el que resulta de la valoración pericial practicada en autos, que mientras en el cuaderno se estima que la finca urbana vale dos terceras partes del valor de la rústica (de 300.000 a 400.000 pesetas es la proporción), de la prueba pericial resulta que el valor de la urbana (1.440.000 pesetas) no llega a una cuarta parte del valor de la rústica (6.945.568 pesetas), haciendo la recurrente un resumen del perjuicio sufrido por ella, que hace ascender a más de la cuarta parte de lo que debería corresponderle.

Cuarto. Amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de "Enjuiciamiento Civil", la sentencia recurrida, infringe, por violación, el artículo 1.074 del Código Civil, que además interpreta erróneamente, e infringe asimismo por violación el artículo 1.214 del citado Código; la infracción por violación del artículo 1.074 del Código Civil es la natural consecuencia de lo mantenido en el motivo anterior; si como se sostiene no hubo conformidad de doña María Teresa en que se le adjudicara el inmueble de San Vicente, número 11, por el valor en que le asignó el Contador partidor en la escritura de partición, y la diferencia del valor real entre este inmueble y la finca rústica adjudicada a las otras herederas genera una lesión para aquélla superior a la cuarta parte de su haber hereditario, es claro que al no aplicarse el artículo 1.074 del Código Civil ha resultado violado, pero además, la sentencia interpreta erróneamente el referido artículo en relación con el 1.214 del Código Civil; la demandante, en reconvención, alocó en el hecho de su escrito de contestación a la demanda y demanda reconvenicional, lo siguiente: "que es hecho notorio que en la valoración de la finca urbana casa número 11 de la calle de San Vicente, de la ciudad de Sevilla, y en la de la finca Dehesa de San Nicolás del Puerto, no solo no se ajustó el Contador a su valoración efectiva, sino que ni siquiera tuvo en cuenta un criterio de proporcionalidad. Que en ningún momento cabía mantener que el valor de la primera, en relación con la segunda, esté en la proporción de tres a cuatro, siendo consecuencia de ello una gravísima lesión para la economía de mi representada" y con base en esos hechos y sin hacer alegación alguna sobre valoración de los demás bienes integrantes de los cuadernos particionales se solicitó la rescisión de la partición al amparo del artículo 1.074 del Código Civil; las otras des herederas se opusieron a la rescisión porque quien accionaba había prestado su conformidad con la adjudicación del inmueble de San Vicente, número 11, y ni hicieron, tampoco alegación alguna relativa a la incorrecta valoración de los demás bienes incluidos en los cuadernos particionales; planteada así por las partes la cuestión relativa a la lesión, no eran necesarios más elementos



para determinar su procedencia o improcedencia que los referentes a la valoración de los inmuebles que generaban el perjuicio; el artículo 1.074 del Código Civil, al disponer que "podrán ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendiendo el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas", se refiere naturalmente a que habrá de resultar en relación con todos los bienes incluidos en la partición, pero sin que deban tenerse en cuenta bienes no incluidos en ella, puesto que tales bienes no han sido adjudicatarios, requisito que exige el precepto, ni a ellos afecta la rescisión de unas operaciones particionales en que no estén incluidos, citando la sentencia de esta Sala de 28 de febrero de 1930 ; respecto al valor de los bienes incluidos en los cuadernos particionales, exceptuados los inmuebles no es posible atribuirles otro valor que aquel con que figuran en dichos cuadernos porque, de una parte, nadie alegó que tuvieran diferente valor y, por tanto, no era cuestión a probar en el procedimiento, y de otra, si la alteración de esta valoración constituyera un hecho impeditivo de la rescisión postulada, conforme al artículo 1.214 y jurisprudencia que lo interpreta correspondería a aquellos que lo hubieran alegado como medio de defensa o a quienes resultaran favorecidos por tales hechos.

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Joaquín Domínguez de Molina:

CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que el primer motivo del recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción de los artículos 906, 911 y 1.058 del Código Civil por haberse desestimado en la sentencia recurrida la petición de nulidad de la partición complementaria realizada por el comisario Contador en 26 de septiembre de 1955, entendiéndose la parte recurrente que las facultades de aquél quedaron agotadas con el otorgamiento del cuaderno particional protocolizado mediante escritura pública de 8 de julio del citado año, y alegando, además, como infringida la doctrina legal de las sentencias de este Tribunal de 24 de febrero de 1905, 5 de febrero de 1908, 31 de diciembre de 1909, 5 de julio de 1947 y otras y fundamentalmente la de 14 de febrero de 1952 :

CONSIDERANDO que el motivo no puede lograr el éxito a que aspira, porque si bien es cierto que las funciones del comisario Contador cesan cuando se dan por ultimadas las operaciones de la testamentaría, como se declara precisamente en la sentencia que se cita de 31 de diciembre de 1909, o cuando transcurre el plazo durante el cual debe cumplimentar su encargo, esta doctrina no puede ser de aplicación al caso presente, pues al protocolizarse el primer cuaderno particional en 8 de julio de 1955, no resulta que se dieran por terminadas las operaciones divisorias, ya que según se afirma en la sentencia recurrida, el comisario Contador, ante la incomparecencia de la demandada recurrente, se limitó a protocolizar el cuaderno particional en la forma convenida en sus extremos fundamentales, sin incluir otros bienes de valor desconocido, y la misma recurrente confiesa que en ese cuaderno se omitieron otros bienes, como ganados, valores y moneda extranjera, "cuya pertenencia al caudal -se afirma por la demandada en su escrito de contestación- era perfectamente conocida de los interesados en la testamentaría y del Contador", lo que aparece asimismo reconocido por éste al declarar como testigo, añadiendo que por la incomparecencia del marido de la demandada decidió firmar la escritura particional en lo fundamental por haber existido acuerdo en ello y pedir una prórroga a los interesados presentes, para poder adicionar después la partición con los valores y la distribución del ganado; extremo que corrobora igualmente la prórroga otorgada al comisario el 11 del mismo mes, aunque en la escritura respectiva se aludiera simplemente a la posible existencia de otros bienes, lo que la propia demandada afirma en su referido escrito de contestación que "sólo constituía un cortés eufemismo"; quedando así demostrado que las operaciones divisorias no se dieron por ultimadas; sin que exista ningún precepto legal que prohíba esa partición complementaria, ni siquiera la doctrina de la sentencia de 14 de febrero de 1952, cuando no puede entenderse que la intención del otorgante y la mayoría de los interesados presentes fuera la de dejar definitivamente ultimada la testamentaría por la primeramente practicada, y la adicionada, se llevó a efecto dentro del plazo de la prórroga deliberadamente concedida, según se desprende de lo expuesto y de lo declarado en la sentencia recurrida, aunque la escritura otorgándola y que el Notario califica de "ratificación de prórroga" se formalizara tres días después:

CONSIDERANDO que en el motivo segundo, aludido en el número séptimo del mencionado artículo 1.692 de la Ley Rituaria se atribuye al Tribunal "a quo" error de hecho en la apreciación de la prueba, pues, según el recurso, al afirmar la sentencia que ante la incomparecencia de la demandada el día 8 de julio de 1955, señalado al efecto el Contador otorgó el cuaderno particional en la forma convenida "sin incluir aquellos bienes por lo que las herederas presentes decidieron prorrogarle por un año su cometido", esta prórroga lo fue tres días después, por lo que el error que se le imputa al Tribunal sentenciador consiste en referir al documento de 8 de julio hechos que se concretan en el del día 11 siguiente y en afirmar la presencia en el otorgamiento de aquél de quienes no intervinieron en él ni hicieron las manifestaciones que se le atribuyen, las cuales, en cambio, sí intervinieron y manifestaron lo que consta en el segundo documento, que según hemos visto es de "ratificación"



de prórroga: agregándose en el motivo que en el primer cuaderno particional el comisario Contador hace constar que "si en lo sucesivo aparecieran algunos otros bienes de la finada, se distribuirán en la forma y proporción fijada en estas operaciones particionales...", y se añade que "con las precedentes declaraciones se dan por terminadas las operaciones de inventario, avalúo, liquidación, división y adjudicación de los bienes relictos... que se han practicado con sujeción a los datos suministrados por los interesados, y sin causar agravio alguno"; pero en primer término, de la circunstancia de que en el cuaderno particional de 8 de julio, que es función propia y exclusiva del Contador, no conste la presencia de las dos herederas, ni las manifestaciones que se le atribuyen, no puede estimarse demostrada con la evidencia que requiere el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal, la inexactitud de las declaraciones de la Sala sobre este particular, cuando de la prueba a que globalmente alude al principio del primer considerando, y entre ellos la testifical de su exclusiva apreciación, extrae aquellas conclusiones que figuran en el apartado C); ni del hecho de que la escritura de prórroga si hubiera formalizado a los tres días, dentro del periodo de actuación del Contador, haya de deducirse necesariamente que no estuviera acordada desde el momento de la protocolización del primer cuaderno como lo hace suponer el denominarla de ratificación según se advirtió ya; sin que las cláusulas transcritas del primer cuaderno particional y que se dicen contenidas en el mismo, aparte de que constituyen simples cláusulas de estilo, excluyan que, al margen y fuera del aludido otorgamiento, convinieran los interesados lo que estimaran oportuno; pero sobre todo el motivo tiene que decaer porque si la equivocación que se imputa al juzgador de instancia ha de demostrarse con evidencia y mediante actos o documentos auténticos, ni las cláusulas invocadas del cuaderno particional ni el texto de la escritura de protocolización constan en el apuntamiento ni en la certificación de las sentencias, por lo que no pueden tenerse en cuenta en casación:

CONSIDERANDO que el primer motivo se apoya también en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal, por error de hecho en la apreciación de la prueba, concerniente a dos extremos: Primero. La conformidad que se atribuye a la recurrente con la adjudicación y valoración de los inmuebles de la testamentaría. Segundo. La imposibilidad de fijar el perjuicio:

CONSIDERANDO que en cuanto a la conformidad prestada por la demandada, la fundamenta la sentencia de primera instancia, considerando tercero, aceptado sustancialmente como los demás por la recurrida en que según resulta con claridad de las pruebas practicadas las operaciones particionales se hicieron de acuerdo con las herederas, estando acreditado en autos que la señora demandada insistió en que a ella le fuera adjudicada la casa de San Vicente, número 11, como así se hizo, y aceptó fácilmente lo hecho, pues de los documentos y declaraciones testificales aparece que realiza actos no sólo de administración, sino también de disposición al tratar hasta de venderla"; y agregando la sentencia recurrida como resultado de la apreciación de la prueba practicada, es decir, en su conjunto, que cada heredera tomó posesión del inmueble que le había sido adjudicado e incluso la demandada recurrente venía realizando actos de dominio sobre la casa, ofreciéndola en venta; recurriendo contra el impuesto de plusvalía que le fue asignado por el Ayuntamiento, obrando en autos según el apuntamiento una certificación de la Secretaría del Tribunal Económico Administrativo Provincial, en la que consta que con fecha 4 de julio de 1957, es decir, dos años después de la protocolización del primer cuaderno particional, fue interpuesta por la hoy recurrente contra el acuerdo municipal sobre liquidación del arbitrio del plusvalía, por la transmisión de dominio de la casa número 11 de la calle San Vicente; y en el cuarto considerando de la sentencia de la Sala vuelve a declararse que la distribución de sus bienes inmuebles se hizo de acuerdo entre las hermanas, y el Comisario se limitó a formalizar el oportuno cuaderno particional, incluyendo en las adjudicaciones de doña María Teresa la casa de referencia, y que si bien se opone por ésta, que ello fue "por su justo valor e importe" como pretendiendo -dice la sentencia- dejar su valoración al criterio y actividad posterior del Comisario, los términos completos del acuerdo no armonizan con esa afirmación porque lo pactado fue, según el Tribunal a quo que la adjudicataria de la casa entregaría 100.000 pesetas a cada una de sus dos hermanas que llevaban la mitad indivisa de la finca rústica, de donde se deduce, según la sentencia que en el mismo convenio se apreciaron los inmuebles, se compensaron sus valores y la demandante doña Antonia renunció al derecho de opción sobre la finca urbana adjudicada a la recurrente; sin que para desvirtuar el hecho de la conformidad que el recurso plantea y combate, y que por los mismo es obligado recoger en esta sentencia, basten las manifestaciones imprecisas de la réplica al aludir a las dificultades y oposición decidida de doña María Teresa y su esposo, pues aparte de que pudieron obedecer a otras causas, la deducción de la Sala, fundada en que el pacto de que la adjudicataria de la casa entregaría 100.000 pesetas a cada una de sus hermanas y la renuncia de doña Antonia a su derecho de opción supone la aceptación de su valoración, ha de estimarse una presunción lógica y verosímil, que no se ha impugnado eficazmente en el recurso; ni la circunstancia de no constar por escrito la conformidad de doña María Teresa puede ser tampoco eficaz contra la afirmación de la sentencia de Primera Instancia de que aceptó tácitamente lo hecho ni contra la declaración del considerando cuarto de la recurrida, sobre la existencia de un pacto válidamente concluido mediante el cual adquirió la demandada el dominio exclusivo de la causa; ya que todo ello pido tener lugar verbalmente en espera de su formalización mediante el cuaderno particional; y aunque sea cierto que el simple deseo de un copartícipe de que se le adjudiquen determinados bienes no supone



de modo necesario su aceptación del valor que se les asigna, puede entenderse implícita cuando de la mera aspiración se ha pasado a la plena realidad mediante el pacto aludido; sin que tampoco valga para estos efectos la referencia a los documentos a que se alude en los folios 21 vuelto y 37 vuelto del apuntamiento, porque no constando en este su contenido no pueden ser eficaces en el recurso ni menos para demostrar el evidente error del Juzgador:

CONSIDERANDO que con relación a la imposibilidad de determinar el perjuicio base de la lesión tampoco puede acogerse la argumentación que se esgrime en el motivo, porque en primer lugar se da como exacta la valoración pericial de la casa practicada en segunda instancia, que el Tribunal a quo no la considera aceptable, sino dudosa, y bien sabido es que, conforme al artículo 632 de la Ley de Trámites y a la Jurisprudencia, incumbe al Tribunal a quo la apreciación de la fuerza probatoria del dictamen pericial; con lo que falta ya uno de los factores que entran en juego en la determinación de las porciones correspondientes a cada partícipe, y además, tampoco resulta exacto que operando con las cifras globales expresadas en el sexto considerando se consigne la cifra exacta del valor de la finca rústica, pues el dictamen que consta en el apuntamiento del Perito a que se alude en el presente motivo no se refirió al de dicha finca en la fecha de la adjudicación, sino a la del 11 de julio de 1952, a la de la muerte de la causante, y al año de 1957; pero de todas maneras, y aparte de ser el de la Sala un razonamiento hipotético, y a mayor abundamiento, para el supuesto de admitir la valoración pericial de la casa, en el motivo se opera también con las cifras del cuaderno particional que no ha venido a los autos de casación ni la escritura de protocolización, como tampoco la escritura y cuaderno de la partición adicional, por lo que esas cifras no pueden ser útiles para establecer, si sean o no coincidentes con las de dichos cuadernos, se observó o no en éstos el criterio de proporcionalidad para poder deducir la existencia de la lesión y en vista de todo lo expuesto el motivo tercero ha de ser desestimado:

CONSIDERANDO que en el motivo cuarto y último y con apoyo en el número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal se reputa infringido por violación el artículo 1.074 del Código Civil, que no puede ser estimado como consecuencia de lo razonado en el considerando precedente; denunciándose también la infracción por Interpretación errónea y violación del artículo 1.214 del repetido Código, y prescindiendo de que según la sentencia de 12 de junio de 1956 y otras, son incompatibles los conceptos de violación e Interpretación errónea, tampoco puede ser acogido, pues por lo que ya queda razonado, la prueba del perjuicio sufrido por ya recurrente corresponde inexcusablemente a ella, y ya se ha visto que faltan en realidad los valores de los dos bienes inmuebles que se toman como factores de la lesión; y aunque, porque dejara de hacerse por las actoras alegación alguna relativa a la Incorrecta valoración de los demás bienes incluidos en los cuadernos particionales, se entendiera limitada la cuestión a la comparación de los valores proporcionales de los inmuebles, esta cuestión resulta, por otra parte, inoperante después de lo dicho en el razonamiento precedente; con lo cual debe desestimarse también el motivo cuarto:

FALLAMOS

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por Infracción de Ley, interpuesto por doña María Teresa, asistida de su esposo, don Alfredo, contra la sentencia que en 20 de junio de 1959 dictó la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla; se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino prevenido en la Ley; y líbrese a la citada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" e insertará en la "Colección Legislativa", pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Pablo Murga. Joaquín Domínguez de Molina. Diego de la Cruz. Antonio de V. Tutor. Mariano Gimeno (rubricados).

Publicación. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Joaquín Domínguez de Molina, Ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo, en el día de hoy, de lo que como Secretario de la misma certifico.

Madrid a 3 de enero de 1962.- Rafael G. Besada (rubricado).