

Roj: **STS 6952/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:6952**Id Cendoj: **28079110012012100616**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/10/2012**Nº de Recurso: **1283/2009**Nº de Resolución: **640/2012**Procedimiento: **Casación**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP SE 1380/2009,**
STS 6952/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Octubre de dos mil doce.

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 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de juicio de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 18 de la misma ciudad, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó en concepto de parte recurrente, el procurador Don Antonio Rodríguez Muñoz, en nombre y representación de Don Justiniano , Don Maximiliano , Doña Julieta y Doña Miriam ; siendo parte recurrida la Procuradora Doña Carmen Medina Medina en representación de Doña Serafina .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El Procurador D. Fernando Fernández de Villavicencio Siles, en nombre y representación de Don Justiniano , Don Maximiliano , Doña Julieta y Doña Miriam , interpuso demanda de juicio ordinario contra Dª Serafina y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que se estime la presente demanda con los siguientes pronunciamientos: 1º.- La plena validez y eficacia del contrato de división, formación de lotes y adjudicación de bienes inmuebles procedentes de la donación hecha a don Justiniano , doña Julieta , don Maximiliano , doña Miriam y doña Serafina , por sus padres y de los procedentes de la herencia de éstos, don Ambrosio y doña Gloria , ello integrado por los siguientes documentos: a).- Contratos suscritos por las partes en 31 de Mayo de 2.000, aportados con la demanda, señalados a los números 9 al 15, ambos inclusive, de formación de lotes, excluyéndose, entonces, los terrenos urbanos de la DIRECCION000 , del termino de Almensilla y " DIRECCION001 del termino de Aznalcázar. b) Acta, pasada ante la fe del notario de Coria del Río, don Manuel del Rey de las Peñas, de fecha 15 de Enero de 2.001, número 94 de su protocolo, relativa al sorteo de los lotes de todas las fincas y adjudicación de los mismos, distinguida con el número 17 de documentos. c).- Testimonio expedido por el mismo notario, de los documentos de descripción de los lotes y acta del sorteo de los mismos y planos descriptivos de la división de las DIRECCION000 " y " DIRECCION001 ", aportados a los números 17.1; así como los planos de dichas divisiones realizados por los peritos agrícolas señores Darío y Federico , ratificados por todos los interesados, y todos ellos aportados al número 17.2 y 17.3. 2º.- Condenando a la demandada a estar y pasar por dichas declaraciones. 3º.- Condenando a la demanda a elevar a escritura pública el expresado contrato, constituido por los documentos antes reseñados, así como al otorgamiento de cuantos documentos públicos y privados sean necesarios a los objetos de posibilitar las correspondientes inscripciones en los respectivos Registros de la Propiedad de las adjudicaciones de los bienes; y, caso de incumplimiento de estas obligaciones de hacer, por parte de la demandada, se lleve ello a cabo por el órgano judicial, en ejecución de sentencia. 4º.- Imponiendo a la demanda las costas del procedimiento.



2.- El Procurador D. Francisco de Paula Ruiz Crespo, en nombre y representación de doña Serafina , contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia *declarando no haber lugar a estimar la meritada demanda, absolviéndose a mi principal de los pedimentos que se formulan en la misma, con imposición de costas a la parte demandante.*

3 .- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Sevilla, dictó sentencia con fecha 26 de mayo de 2.008 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO : Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador D. Fernando Fernández de Villavicencio y Siles en la representación que ostenta, contra Dª Serafina , debo absolver y absuelvo a ésta de la misma, con imposición a la actora de las costas procesales.*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de D. Justiniano , Dª Julieta , D. Maximiliano y Dª Miriam , la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó sentencia con fecha 26 de marzo de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Fernández de Villavicencio y Siles en nombre y representación de los demandantes Don Justiniano , Doña Julieta , Don Maximiliano y Doña Miriam , contra la sentencia dictada el día 26 de mayo de 2008, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Sevilla , en los autos de juicio ordinario nº 818/07, de los que dimanen estas actuaciones, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la citada resolución, con expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas en esta alzada.*

TERCERO .- 1.- El Procurador D. Fernando Fernández de Villavicencio Siles, en nombre y representación de Don Justiniano , Don Maximiliano , Doña Julieta y Doña Miriam , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: PRIMERO** .- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de normas de aplicación para resolver la cuestión objeto del proceso, en relación con el nº 2º del apartado 2 del artículo 477. Se denuncia infracción por inaplicación del artículo 658.1º en relación con el 743 del Código civil . **SEGUNDO** .- Infracción por inaplicación indebida del artículo 1052 del Código civil y por inaplicación correlativa del artículo 400 de dicho cuerpo legal . **TERCERO** .- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de normas de aplicación para resolver la cuestión objeto del proceso, en relación con el nº 2º del apartado 2 del artículo 477. Se denuncia infracción por inaplicación del artículo 1281 del Código civil . **CUARTO** .- Al amparo del artículo 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción del artículo 1282 del Código civil . **QUINTO** .- Al amparo del artículo 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción por inaplicación del artículo 768 del Código civil

2 .- Por Auto de fecha 7 de septiembre de 2010, se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3 .- Evacuado el traslado conferido, la Procuradora Doña Carmen Medina Medina en representación de Doña Serafina , presentó escrito de impugnación al recurso interpuesto.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 9 de octubre del 2012, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Los padres, causantes, de los hermanos litigantes en el presente proceso, fallecieron el padre el 19 de julio de 1990 y la madre el 4 de enero de 2000. Uno y otro, en sus respectivos testamentos legaron una finca de importante enjundia económica a su hijo don Victoriano , que había sido declarado incapacitado judicialmente; cada uno la mitad ya que tenía carácter de bien ganancial y la madre ordenó otro legado a su hijo tutor del anterior, don Justiniano , sujeto a la condición de que asistiera y cuidada a su mencionado hermano incapacitado. Los demás hermanos (cinco) fueron instituidos herederos por partes iguales.

A la muerte de la madre, se creó una comunidad de bienes constituida por los que habían recibido en vida de los padres como donación y por los que formaban el caudal relicto de las herencias, ya que anteriormente la madre era usufructuaria del patrimonio hereditario de su esposo.

En fecha 31 de mayo de 2000 los cinco hermanos herederos (cuatro son los demandantes en la instancia y recurrentes en casación), con exclusión de D. Victoriano , el incapacitado, don Justiniano D. Maximiliano , doña Julieta , doña Miriam y doña Serafina (esta última, demandada en la instancia y parte recurrida



en casación) procedieron a formar cinco lotes que incluían las fincas que habían recibido anteriormente por donación y los bienes relictos de las herencias de los padres, sin incluir -evidentemente- los legados.

En fecha 15 de diciembre de 2000 los mismos otorgaron un protocolo de intenciones, que especificaba y completaba el acuerdo anterior.

El 15 de enero de 2001 se efectuó ante notario el sorteo de los lotes para extinguir la comunidad de bienes procedentes de las donaciones y las herencias que han sido referidas.

Se menciona, aunque no tiene relevancia jurídica en el proceso, que intervinieron los albaceas y que, antes de la demanda origen de este proceso, hubo actuaciones judiciales. Sí tiene relevancia el que el hermano incapacitado D. Victoriano, no intervino por medio de defensor judicial, a la vista de la oposición de intereses, en cuanto a la fijación de la legítima, con sus hermanos (incluido el tutor) herederos y también legitimarios.

Tras todo ello, se pretendió otorgar escritura de aceptación y partición de la herencia y adjudicación de los bienes a los cinco hermanos herederos, en ejecución de todos los acuerdos formulados por ellos y plasmados por escrito. Sin embargo, una de las hermanas, la demandada doña Serafina, se negó a ello.

Por lo cual, los cuatro hermanos -don Justiniano, don Maximiliano, doña Julieta y doña Miriam- formularon demanda frente a su hermana, doña Serafina, a fin de que se declarara la validez de los negocios jurídicos sobre la partición de las herencias de los padres y se la condenara a otorgar la escritura pública para que pudiera la partición tener acceso al Registro de la Propiedad.

Todo lo anterior es la *quaestio facti* que no es objeto de discusión. Lo que sí lo ha sido es la *quaestio iuris* que se ha opuesto a lo largo del proceso. Se centra en tres puntos.

El primero es la pretensión de que no cabía hacer la partición conjunta de padre y madre, a la muerte de ambos, sino que se había de liquidar previamente la sociedad de gananciales. Ya esta Sala se ha pronunciado al respecto en las sentencias de 28 de mayo de 2004 y 19 de enero de 2012, en el sentido de que es válida y no contraviene norma alguna, el que se haga la partición conjunta de los patrimonios hereditarios del padre y de la madre cuando fallece el último de ellos. Así, la segunda de las citadas sentencias dice:

" Ya se ha dicho que sí cabe y que es frecuente en la realidad social, evitando así que tenga que practicarse la de uno y, después, la del otro o bien, lo que puede ser peor, practicar la del primero que fallece con todos los inconvenientes (que pueden ser graves) para el supérstite (pago de impuestos, atribución de la legítima, etc.). Procesalmente, nada se opone a la acumulación de acciones, como ha sido dicho al resolver y rechazar el motivo segundo del recurso por infracción procesal. Materialmente, sólo podría impugnarse si se alegara y probara violación de la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima o vulneración del principio de equidad en la correcta formación de lotes o, incluso, adjudicación indeferenciada de bienes sin concretar los tercios de libre disposición y mejora, como es el caso que contempla la sentencia de 14 de diciembre de 2005 . "

El segundo es la omisión de algún bien en el inventario y partición. Lo cual no la anula, a no ser que se pruebe su capital importancia. Simplemente, conforme al *favor partitionis* y el artículo 1079 del Código civil, se soluciona mediante una partición adicional (así, sentencias de 20 de enero de 2012 y 13 de marzo de 2012).

El tercero es el que realmente se plantea ante esta Sala: la nulidad de la partición practicada sin intervención del tutor o, habiendo conflicto de intereses, del defensor judicial cuando un menor o incapacitado es legitimario.

En el presente caso, se ha realizado una partición convencional, ya que han sido los cinco hermanos herederos los que han acordado la división de la comunidad hereditaria, a presencia de los albaceas pero sin la autoría de éstos. Pero, como dice la sentencia de primera instancia, confirmada en apelación, refiriéndose al hermano incapacitado:

"el legatario que es también legitimario, no fue citado al inventario, con lo que no ha podido saber si el legado atribuido a él cubre la legítima, pues no ha podido intervenir ni consentir el defensor judicial que debiera haber actuado en su nombre por existir conflicto de intereses con el tutor, pues, como se desprende del artículo 818 del Código civil, la presencia de representante del incapaz era esencial en ese momento, pues lo contrario podría permitir que se repartiese la herencia sin tener en cuenta los derechos legitimarios, y en este caso no consta que se hayan perjudicado, pero precisamente porque no se ha efectuado el avalúo correctamente y no ha intervenido dicho legitimario."

SEGUNDO .- Los hermanos demandantes han formulado el presente recurso de casación frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla que, confirmando la de primera instancia, ha desestimado la demanda que pretendía la validez de su partición convencional, lo que se ha denegado porque ha entendido que media la causa de nulidad, por aplicación del artículo 6.3 del Código civil en relación con el principio de intangibilidad de

la legítima que se plasma en los artículos 806 y siguientes del Código civil . Causa de nulidad que es apreciable para desestimar la demanda, alegada en la contestación a la misma, pese a no haber formulado reconvencción.

Todos los motivos del recurso giran alrededor de la afirmación de que los cinco hijos, sin contar con su hermano, incapacitado, dividieron el dominio de los bienes que eran suyos, lo que es cierto. Pero lo que también es cierto es que tales bienes procedían del patrimonio del padre y de la madre, por donación, por legado y por herencia; por lo cual era partícipe, mal que les pese, el hermano incapacitado. Y en esta división -verdadera partición convencional- no lo representó el tutor, que era su hermano mayor y, al haber oposición de intereses, era precisa la intervención del defensor judicial. Al no hacerse así, la partición no es válida y fue desestimada la demanda. No puede obviarse que el legitimario puede ser instituido heredero (caso de los cinco hermanos) o no, por más que el Código civil emplea con harta frecuencia el término de "herederos forzosos"; al legitimario se le puede atribuir la legítima *por cualquier título*, dice el artículo 815 del Código civil , por lo que, además de herencia, la puede percibir como donación o como legado, que puede ser el caso presente. En todo caso, conforme al artículo 818, es preciso fijarla sumando el *relictum* con el *donatum*.

TERCERO .- El primero de los motivos del recurso de casación, al amparo, como todos los demás, del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denuncia por inaplicación la infracción del artículo 658, párrafo primero, en relación con el 743 ambos del Código civil . Mantiene este motivo que no habiendo sido impugnados los testamentos de los padres, éstos, con toda vigencia, son ley de la sucesión.

Lo cual es cierto y no ha sido objeto de discusión. Pero el supuesto de autos no es la vigencia del testamento, que es indudable, sino los negocios jurídicos que constituyen una partición convencional en que no ha intervenido en incapacitado que, al ser legitimario, debe necesariamente -por *ius cogens* - procederse a la fijación de la legítima -cómputo, imputación y atribución- y comprobar si aquel legado que recibió de sus padres cubren su cuantía. Fijación de la legítima que incluso está por encima de la voluntad soberana de los testadores, por el principio de intangibilidad de la misma.

Por tanto, el motivo se desestima porque las normas que se dicen infringidas no se han quebrantado y ni siquiera se han planteado y lo que verdaderamente ha sido el fundamento del fallo desestimatorio de la demanda no han sido tales normas, sino la protección de la legítima del hijo incapacitado.

CUARTO .- El segundo de los motivos denuncia la infracción del artículo 1052 que contempla la *actio familiae erciscundae* y del artículo 400, la *actio communi dividundo*, ambos artículos del Código civil que recogen la tradición romana del desprecio a toda situación de comunidad y conceden al partícipe, de una herencia la primera y de una copropiedad la segunda, la facultad imprescriptible de eliminar la comunidad, procediendo a la división. La sentencia de 25 de junio de 2008 destaca las diferencias entre una y otra, recogiendo la doctrina que ya había expresado la de 2 de mayo de 1964.

La confusión entre una y otra de las acciones es la causa determinante de la desestimación de este motivo. Los cinco hermanos practican no una división de copropiedad - *actio communi dividundo* - sino que dividieron el patrimonio hereditario - *donatum* y *relictum*- lo que constituye una partición convencional de la herencia - *actio familiae erciscundae* -.

Esta acción necesita el concurso no sólo de los herederos, sino también de los legitimarios, sean o no herederos, para hacer el correcto cómputo de la herencia (artículo 818 del Código civil) y conocer si la atribución de la legítima -en este caso, por medio de una donación- cumple con la fijación que le corresponde, conforme al principio de intangibilidad.

QUINTO .- Los motivos tercero y cuarto se tratan conjuntamente porque ambos se refieren a la interpretación de los contratos. Aquel alega la infracción del artículo 1281 del Código civil sin especificar cuál de los dos párrafos es el que considera infringido, pues el primero proclama la interpretación literal y la del segundo es la interpretación intencional. Este, el cuarto de los motivos, concreta la infracción en el artículo 1282 y analiza actos coetáneos y posteriores. Todo ello en relación a los negocios jurídicos, que no contratos, sobre el patrimonio hereditario de los padres, celebrados sin la intervención de uno de los hijos, incapacitado judicialmente.

Ambos motivos se desestiman por la misma razón. No se trata de interpretar contratos, sino que la cuestión es la fijación de la legítima. No se trata tampoco de su intervención como heredero, que no lo era, sino como legitimario y a los efectos de su fijación.

La interpretación del contrato es la averiguación y comprensión de su contenido y alcance (sentencia de 8 de mayo de 2009) aplicando el conjunto de normas que se hallan en el Código civil a partir del artículo 1281 , que es el llamado *canon de la totalidad* .



Esta función de interpretación es ajena al caso de autos. No se trata de averiguar el contenido y alcance de una serie de negocios jurídicos, sino de la falta de intervención del sujeto de derecho, con capacidad jurídica, pero que al estar judicialmente incapacitado, precisa de la intervención de persona que cuide de su protección, que se refiere aquí a la legítima. Al aparecer la ausencia de tal protección, no cabe declarar la validez y eficacia de aquellos negocios jurídicos que en sí mismos y tienden a la partición de la herencia, partición en la que debe intervenir el tutor y, al haber conflicto de intereses, el defensor judicial.

SEXTO .- El motivo quinto y último del recurso de casación se formula por infracción, por inaplicación, del artículo 768 del Código civil y se hace referencia asimismo, al artículo 1058 del Código civil .

El motivo no tiene sentido. El artículo 768 dispone algo que nada tiene que ver con el caso; en éste no hay heredero instituido en cosa cierta; hay legitimario, cuya legítima se ha obviado. Y el artículo 1058 nadie lo discute: se trata de la partición convencional, en la que se ha prescindido de la intervención del legitimario. Ciertamente, un legatario no interviene en la partición, pero sí debe intervenir un legitimario, para conocer y, en su caso, atribuir la legítima o imputarla a lo que ha recibido ya.

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

FALLAMOS

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de Don Justiniano , Don Maximiliano , Doña Julieta y Doña Miriam , contra la sentencia dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, en fecha 26 de marzo de 2009 que SE CONFIRMA.

Segundo .- Se condena al pago de las costas a la parte recurrente.

Tercero.- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Rios.-Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.- Francisco Javier Arroyo Fiestas .-Francisco Javier Orduña Moreno.- Roman Garcia Varela .-Xavier O'Callaghan Muñoz.- Rubricados**.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , 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.