



Roj: **STS 1371/1997 - ECLI:ES:TS:1997:1371**

Id Cendoj: **28079110011997101503**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/02/1997**

Nº de Recurso: **1035/1993**

Nº de Resolución: **169/1997**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **JOSE LUIS ALBACAR LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Febrero de mil novecientos noventa y siete.

VISTO por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto por DON Carlos Francisco, representado por el Procurador de los Tribunales Don Isacio Calleja García, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio declarativo de Mayor Cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de los de Valencia sobre rescisión de partición; siendo parte recurrida DOÑA Ana, DON Eduardo, DOÑA Nieves, DON Roberto, DOÑA Elisa, DON Juan Pablo y DON Fernando, no personados ante este Tribunal Supremo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de los de Valencia, fueron vistos los autos, juicio de Mayor Cuantía, promovidos a instancia de Don Carlos Francisco contra Doña Ana, Don Fernando, Don Juan Pablo, Don Eduardo, Doña Nieves, Don Roberto y Don Elisa, sobre rescisión de partición.

Por la representación de la parte actora, se formuló demanda en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado: "...dictar en su día sentencia por la que se declare rescindida la partición de los bienes relictos al fallecimiento de Doña Consuelo otorgada por DON Fernando y DON Juan Pablo y autorizada por el Notario de Valencia Don Adolfo Mora Gómez en trece de Marzo de mil novecientos ochenta y uno, número cuatrocientos cincuenta y tres de su Protocolo, así como la nulidad de las inscripciones practicadas como consecuencia de la mencionada partición en los Registros de la Propiedad que correspondan a cada uno de los bienes inmuebles y derechos relictos; condenando a los intervinientes en la escritura que se rescinde a estar y pasar por dicha declaración y a los herederos demandados a que, en el término que al efecto se les señale por el Juzgado, opten entre indemnizar los daños en numerario o en los mismos bienes en que se produjo el perjuicio, o consentir que se proceda a nueva partición que no alcanzará más que a los herederos perjudicados o que han recibido menos de lo justo; todo ello con expresa y solidaria imposición de costas a los demandados por ser preceptivo".

Admitida a trámite la demanda, por la representación de Don Juan Pablo, contestó la misma en base a los hechos y fundamentos de derecho que se dan por reproducidos y terminaba suplicando al Juzgado: "...dictar sentencia desestimando la demanda y absolviendo de la misma a mi representado, con imposición de costas al actor".

El Procurador Don Salvador Pardo Miguel, en nombre y representación de Don Fernando, contestó la misma en base a los hechos y fundamentos de derecho que se dan por reproducidos y terminaba suplicando al Juzgado: "...dictar sentencia por la que se absuelva a mi mandante de las pretensiones formuladas de adverso, con la expresa imposición de las costas al accionante".

Las partes evacuaron los traslados que para réplica y dúplica les fueron conferidos, insistiendo en los hechos, fundamentos de derecho y súplica de sus escritos de demanda y contestación. Recibido el pleito a prueba se



practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente y figura en las respectivas piezas. Unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes por su orden para conclusiones, trámite que evacuaron en sus respectivos escritos, en los que solicitaron se dictara sentencia, de acuerdo con lo que tenían interesado en los autos.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 4 de Noviembre de 1.988, cuyo fallo dice: "Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. D. Fernando Bosch Melis en nombre y representación de DON Carlos Francisco contra Fernando, Juan Pablo, Ana, Eduardo, Nieves, Roberto y Elisa, representados los dos primeros por los Procuradores Sres. Pardo Miguel y García Reyes Carrión respectivamente y declarados en rebeldía los restantes, debo declarar y declaro NULA Y SIN EFECTO y rescindo en su consecuencia la partición de los bienes relictos al fallecimiento Doña Consuelo otorgada por Don Fernando y Don Juan Pablo y autorizada por el Notario de Valencia Don Adolfo Mora Gómez en 13/3/1981 con número de protocolo 453; nulas las inscripciones practicadas como consecuencia de la citada partición, como efecto de la anterior declaración en los registros de la propiedad donde radiquen cada uno de los inmuebles y derechos relictos.

Asímismo debo condenar y condeno a los intervinientes en dicha escritura a estar y pasar por dicha declaración y a los herederos a que en término de SEIS MESES desde la firmeza de esta sentencia procedan a una nueva partición de todos los bienes. Con imposición de las costas causadas en las presentes actuaciones a los demandados".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, dictándose sentencia por la Sección Sexta con fecha 31 de Diciembre de 1.992, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Estimamos el recurso que la representación de Don Juan Pablo interpone y, con revocación de la Sentencia apelada, declaramos no haber lugar a ninguna de las pretensiones actuadas por el demandante Don Carlos Francisco, de las cuales debemos absolver y absolvemos a los demandados, con imposición a dicho actor de las preceptivas costas de primera instancia y sin hacer declaración respecto de las causadas en esta alzada".

TERCERO.- Por el Procurador de los Tribunales Don Isacio Calleja García en nombre y representación de DON Carlos Francisco, se presentó escrito de formalización del recurso de casación, en base a los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del número 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del párrafo primero del artículo 675 del Código Civil, de acuerdo con la jurisprudencia que se dirá. SEGUNDO.- Al amparo del número 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 1300 y 1302 en relación con los artículos 6.3, 658 (párrafo primero), 667 y 1057 (párrafo primero), todos del Código Civil, interpretados a luz de la jurisprudencia sentada en las sentencias de esta Sala que se citan en el motivo. TERCERO.- Al amparo del número 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1074 del Código Civil.

CUARTO.- Admitido el recurso de casación y no habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública, por la Sala se acordó el señalamiento para votación y fallo, el día 19 de Febrero de 1.997, en el que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JOSÉ LUIS ALBÁCAR LÓPEZ

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Promovida por Don Carlos Francisco ante el Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de los de Valencia demanda de juicio ordinario de Mayor Cuantía contra Doña Ana y otros sobre rescisión de la partición de los bienes relictos de Doña Consuelo, con fecha 31 de Diciembre 1.992 recayó sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia en la que, revocando la dictada por el referido Juzgado el 4 de Noviembre de 1.988 se desestimaba la demanda, sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de Ley y en la que se sientan las siguientes conclusiones: A) Que no es enteramente claro que el contador-partidor haya desacatado la voluntad de su ordenante. En razón a la escasa regulación legal de la figura del contador-partidor, viene la doctrina científica entendiendo que son aplicables a su actuación las normas del albaceazgo (porque, a la postre, el contador no es más que una suerte de "ejecutor testamentario", que es, precisamente lo que en su etimología, =al waci= significa el término "albacea", siquiera con facultades limitadas a la partición - inventario, avalúo, liquidación, reparto, pago de deudas-) o bien los del mandato ( art. 892- 911 y 1709- 1739 CC, respectivamente) y se suele destacar que una de las principales obligaciones del mandatario -según el art. 1719 del Código Civil- es la de "arreglarse, en la ejecución del mandato, a las instrucciones del mandante" y aquí las instrucciones de la causante, plasmadas en su último y definitivo testamento, consisten en "rogar" a los contadores que designaba que, entre otras cosas, pagasen su legítima estricta a Don Eduardo) exclusivamente en fincas rústicas; sin embargo, es igualmente cierto que se le otorgaban las más amplias facultades, incluida la de interpretar el propio testamento, y se suscita así el problema de si entre aquellas figuraba también la de



calibrar el alcance de los términos de que el disponente se sirvió para regular los detalles de la distribución del haber relicto. Se ha observado que, si bien el artículo 1061 del Código dispone que "en la partición de herencia se ha de guardar la posible igualdad haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie", norma que chocaría con lo aquí mandado por Doña Consuelo diciendo que a su hijo Eduardo se le pagase su legítima estricta "exclusivamente con fincas rústicas" (testamento, vid. folio 13), el propio testador no está vinculado por tal precepto y la libertad de que, por ello, goza él para efectuar la distribución de sus bienes, no encuentra cortapisa legal para que pueda ser transferida al contador-partidor que, en fin de cuentas, no es más que un delegado suyo al que se encomienda la concreta misión de partir. La legitimidad, pues, del mandato de que se procediese en esa forma -atribuyendo sólo fincas rústicas- queda fuera de toda duda, pero la que subsiste, en cambio, es la de si utilizando ese término de "rogar", ha querido la testadora ordenar o disponer algo con carácter imperativo dando forma a su voluntad mediante el uso de un vocablo que la cortesía obliga a proferir el de "mandar" u "ordenar", o si, realmente lo que ha deseado hacer en esta ocasión ha sido aconsejar o expresar sus preferencias en un determinado sentido pero sin limitar la actuación del partidor para apartarse de ellas. "Rogar" es, también, la palabra de que en este testamento se usa para solicitar de los herederos (forzosos) e instituidos permitan al sobreviviente consorte de la testadora el usufructo vidual universal de los bienes de su herencia (cláusula 7ª del testamento, vid. folios 12 y 12 vuelto), pero en esta ocasión se revela claramente el carácter de orden que a la advertencia ha querido imprimirse (con independencia del vocablo utilizado para darle forma) por cuanto, a renglón seguido del "ruego", figura la sanción con que se penalizará a quienes contravengan ese deseo de la testadora. En el caso de la atribución de inmuebles rústicos en la hijuela de Eduardo (Don Eduardo) no hay una sanción semejante. B) Que el demandante señor Carlos Francisco, ni en la demanda ni en la réplica ha alegado que de la contravención a lo ordenado por Doña Consuelo (de que la legítima se le pagase a su hijo Eduardo exclusivamente en fincas rústicas) se le haya seguido algún perjuicio; no es ya que no ha demostrado sino que ni siquiera ha aducido que como consecuencia de adjudicarse a este legitimario en pago de su haber, acciones de sociedades y partes intelectuales de fincas urbanas en Valencia en lugar de propiedades rurales, haya tenido un perjuicio, una repercusión desfavorable para él. Siendo ello así, no hay más remedio que negar la legitimación de este demandante para actuar su pretensión con base en la "contravención del contador-partidor a la voluntad de la testadora". C) Que el cálculo o comprobación de si ese perjuicio ha existido realmente exige determinar, ante todo, que porcentaje del total caudal hereditario representa la concreta atribución del heredero demandante supuestamente perjudicado. Habrá de determinarse, a continuación, (valiéndose de tasaciones periciales, si es del caso, dado que cabe no posea el contador-partidor los "conocimientos prácticos" - art. 610 LEC-) el valor de los bienes integrantes del caudal relicto líquido, es decir, deducidas las deudas que sobre él pasen; establecer, seguidamente, conjugando las dos anteriores magnitudes de porcentaje del heredero y valor de los bienes partibles, cual sea el de la atribución del heredero interesado y ver, a renglón seguido, si las cosas que en pago de su hijuela se le han adjudicado (atendida la tasación que a éstas se haya dado) alcanzan a cubrir realmente ese valor -supuesto en el cual no cabría hablar de rescisión ninguna- o si, diversamente, quedan por debajo de él, analizando si esa diferencia rebasa la cuarta parte, hipótesis en la que existirá lesión y cabrá plantear la rescisión correspondiente. Para esa valoración se han practicado en este caso diferentes pericias, de las cuales, a criterio de esta Sala (siguiendo los cauces valorativos que señala el artículo 632 LEC), merece especial fiabilidad la rendida por el Agente de la Propiedad Inmobiliaria Don Luis Francisco (folios 403-445) dado lo pormenorizado y fundamento del estudio que realiza; en tal caso, las argumentaciones que el escrito de conclusiones del demandado Juan Pablo contiene (hecho 3º, párrafo último, folio 543 vuelto) son compartidas por este Tribunal, sin necesidad de reproducir los cálculos numéricos que allí se exponen, y de ello se deduce la ausencia de gravamen para el demandante. ( Fundamentos de derecho cuarto y quinto de la resolución recurrida).

SEGUNDO.- El primero de los motivos se ampara en el ordinal 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y alega infracción del párrafo 1º del artículo 675 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que cita el recurrente, y debe ser rechazado en razón a lo que en el mismo pretende combatirse es la interpretación que del testamento cuya partición se impugna en la demanda que dió lugar a las presentes actuaciones hace la resolución recurrida, sin tener en cuenta, pese a que también lo reconoce en el desarrollo del recurso, que tiene reiteradamente sentado esta Sala que la interpretación de las disposiciones testamentarias pertenece a la facultad soberana de la Sala de Instancia, cuyas conclusiones deben ser respetadas en casación, a no ser que puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la Ley, lo que no sucede en el presente caso, en el que la interpretación que da la resolución recurrida, aún cuando es evidente que admite una variación igualmente lógica, no alcanza el carácter de arbitraria ni de contraria a la Ley. Máxime, si se tiene en cuenta que la legítima es una porción o cuota de la herencia que recae sobre todos los bienes que la integran, y que para excluir al legitimario de algunos de ellos o para que su legítima se pague con bienes de una determinada clase, ha de hallarse la cláusula testamentaria incluida en las previsiones legales al efecto, antes de la reforma del Código



Civil por Ley de 13 de Mayo de 1.981 (artículos 841 y siguientes), por lo que debe ser respetada la interpretación de la resolución recurrida, pereciendo, por consiguiente, este primer motivo.

TERCERO.- El motivo segundo, también con fundamento en el nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia infracción de los artículos 1300 y 1302, en relación con los 6.3, 658, 667 y 1057, todos ellos del Código Civil y sostiene que dada la nulidad que cabe predicar de la partición hecha por el contador-partidor, por no haber respetado la voluntad del testador, ha de atribuirse legitimación al demandante, para postular su rescisión, motivo cuya desestimación viene arrastrada por la no estimación del motivo primero, pues si se entiende que la aludida partición respetó la indicada voluntad, interpretada del modo en que lo hace la Sala de las disposiciones testamentarias, es necesario concluir que no puede apoyarse la legitimación activa en una nulidad radical que no se acepta por la resolución recurrida ni se estima por esta Sala de Casación.

CUARTO.- Finalmente, el motivo tercero alega infracción del artículo 1074 del Código Civil tratando de impugnar la valoración de la prueba pericial que hace la Sala con relación al valor de las fincas, y a efectos de concluir la inexistencia de un perjuicio en más de la cuarta parte del valor de las fincas que se tasan, lo que hubiese justificado la existencia de una causa de rescisión, olvidando con ello el recurrente, que la valoración de la prueba pericial corresponde a la Sala de Instancia, la que operara en la misma de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y cuyas conclusiones no pueden, en principio, ser atacadas en casación, salvo excepcionales supuestos que no concurren en este caso.

QUINTO.- Siendo la presente sentencia desestimatoria del recurso de casación procede la expresa imposición al recurrente de las costas causadas en el mismo y pérdida del depósito constituido.

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

## FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por DON Carlos Francisco contra la sentencia que, con fecha 31 de Diciembre de 1.992, dictó la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia; se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas y pérdida del depósito constituido, y líbrese a la citada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los Autos y Rollo de Apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.- José Luis Albácar López.- Francisco Morales Morales.- Rubricados.- AUTO DE ACLARACIÓN Fecha Auto: 10/04/97 Recurso Num.: 1035/1993 Ponente Excmo. Sr. D. : José Luis Albácar López Secretaría de Sala: Sr. Bazaco Barca Escrito por: ICR AUTO DE ACLARACION. Recurso Num.: 1035/1993 Ponente Excmo. Sr. D. : José Luis Albácar López Secretaría Sr./Sra.: Sr. Bazaco Barca A U T O TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CIVIL Excmos. Sres.: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta D. José Luis Albácar López D. Francisco Morales Morales

En la Villa de Madrid, a diez de Abril de mil novecientos noventa y siete. H E C H O S PRIMERO.- Por el Procurador de los Tribunales Don Isacio Calleja García, en nombre y representación de DON Carlos Francisco , presentó escrito de fecha 7 de Marzo de 1.997, solicitando la aclaración de la sentencia dictada por esta Sala en fecha 27 de Febrero de 1.997, rectificándose el error material padecido en el fundamento quinto de la sentencia y en su fallo, en el sentido de que no procede decretar la pérdida del depósito por estar el recurrente exento de constituirlo. Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JOSÉ LUIS ALBÁCAR LÓPEZ RAZONAMIENTOS JURÍDICOS UNICO.- Habiéndose padecido un error material en el fundamento de derecho quinto de la sentencia, así como en su fallo, al acordar la pérdida del depósito, cuando en realidad el recurrente no se hallaba obligado a constituirlo y, consecuentemente, no lo constituyó, se corrige, al amparo de lo dispuesto en el artículo 267, apartados 2 y 3, el aludido error material, dejándose sin efecto en el fallo de la sentencia la decretada pérdida del depósito. Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español. LA SALA ACUERDA: Haber lugar a la aclaración de la sentencia solicitada por la representación procesal de DON Carlos Francisco , respecto al fundamento de derecho 5º y al fallo de la Sentencia de fecha 27 de Febrero de 1.997, rectificándose la parte dispositiva en el tenor siguiente: "Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por DON Carlos Francisco contra la sentencia que, con fecha 31 de Diciembre de 1.992, dictó la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia; se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas." Así lo acordamos, mandamos y firmamos. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Luis Albácar López, 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.