



Roj: **STS 4195/1998 - ECLI:ES:TS:1998:4195**

Id Cendoj: **28079110011998101489**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/06/1998**

Nº de Recurso: **714/1995**

Nº de Resolución: **602/1998**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **JESUS MARINA MARTINEZ-PARDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Junio de mil novecientos noventa y ocho.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Cuarta, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Uno de Betanzos, sobre declaración de nulidad de partición de herencia y otros extremos; cuyo recurso fue interpuesto por D<sup>a</sup>. Marcelina , representada por el Procurador D. Gabriel Sánchez Malingre; siendo parte recurrida D. Alberto , D<sup>a</sup>. Sara , D<sup>a</sup>. María Luisa y D. Bruno , que no se han personado ante este Tribunal Supremo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Santiago López Díaz, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Marcelina , interpuso demanda de juicio de menor cuantía ante el Juzgado Número Uno de Betanzos, sobre declaración de nulidad de partición de herencia, siendo parte demandada D. Alberto , D<sup>a</sup>. María Luisa , D<sup>a</sup>. Sara y D. Bruno , alegando, en síntesis, los siguientes hechos: Que D. Carlos Ramón falleció otorgando testamento en el que se constituía usufructo vidual en favor de su esposa, mejorando a la actora e instituyendo herederos a los demandados, determinando que la partición de la herencia se realizaría en su caso por un contador partidor, así los demandados reclamaron el nombramiento de un contador dativo, el cual presentó cuaderno particional que fue aprobado judicialmente a pesar de la oposición manifestada por la actora, la cual considera que el mismo la causa graves perjuicios. Alegó a continuación los fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "estimándola y declarando nula y sin ningún valor ni efecto la partición de las herencias de los finados D. Carlos Ramón y Doña Ana o Ana efectuada por el Contador Dativo D. Enrique y protocolizada a fe de la Notario de esta ciudad Doña María Teresa García Vila el veintiocho de septiembre de mil novecientos noventa y dos, con el número 1173 de orden y a que se hace referencia en el hecho cuarto, con todas las consecuencia y efectos inherentes a este pronunciamiento y condenando a los demandados a estar y pasar acatándolo y a que consientan que en autos de ejecución de sentencia se lleven a cabo las operaciones divisorias de los caudales de los aludidos causantes hasta la protocolización en la Notaria que se elija o este de turno; o, subsidiariamente y para el evento improbable de que no hubiera lugar a la pretensión anterior que se declare resuelta la precitada partición por lesión en mas de la cuarta parte con referencia a la hijuela de mi cliente, con todas las consecuencias legales derivadas de este pronunciamiento."

2.- El Procurador D. Manuel José Pedreira del Río, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Sara , contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "desestimando íntegramente la demanda y absolviendo libremente de la misma a los demandados, ya sea o no en virtud de las excepciones alegadas o implícitas en el texto que antecede, en particular la de cosa juzgada."



3.- Por Providencia de fecha 8 de marzo de 1993, se declaró en rebeldía a los demandados D. Alberto , D<sup>a</sup>. María Luisa y D. Bruno , por haber precluido el trámite para contestar a la demanda.

4.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia Número Uno de Betanzos, dictó sentencia con fecha 14 de mayo de 1993, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que debo declarar y declaro la desestimación de la demanda interpuesta por el Procurador D. Santiago López Díaz, en nombre y representación de Marcelina , contra Sara , representada por el Procurador D. Manuel J. Pedreira del Río y Alberto y María Luisa y Bruno , todos ellos declarados en rebeldía, absolviendo a los citados demandados de los pedimentos de la demanda, con imposición de costas a la parte actora."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de D<sup>a</sup>. Marcelina , la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Cuarta, dictó sentencia con fecha 12 de septiembre de 1994, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que confirmando la sentencia apelada y desestimando la demanda formulada por Doña Marcelina contra doña Sara , Don Alberto y Doña María Luisa y D. Bruno , debemos absolver y absolvemos a dichos demandados de las pretensiones contra ellos deducidas; con expresa imposición de las costas de ambas instancias a la demandante y apelante."

TERCERO.- 1.- El Procurador D. Gabriel Sánchez Malingre, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Marcelina , interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 12 de septiembre de 1994, por la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Cuarta, con apoyo en los siguientes motivos, MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del número 4<sup>o</sup>. del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se alega infracción del artículo 675 del Código Civil. SEGUNDO.- Bajo el mismo ordinal se denuncia violación del artículo 1161 del Código Civil.

2.- Admitido el recurso y no habiéndose personado los recurridos, y sin haber sido solicitada la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de junio de 1998, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JESÚS MARINA MARTÍNEZ-PARDO

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El motivo primero del recurso fundado en el número cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia infracción del artículo 675 del Código Civil, puesto que entiende que se ha calculado mal la cuota hereditaria de la recurrente por defectuosa interpretación del testamento, así como del artículo 828 del Código Civil.

El motivo no puede prosperar, por cuanto, como la propia parte reconoce, la interpretación de los contratos es facultad que corresponde a la Sala de instancia, pero sobre todo, y ésta es la ratio decidendi del motivo, porque en él se plantea una cuestión nueva, lo que está absolutamente vedado por ir contra los principios de preclusión, contradicción y derecho de defensa. Que es nueva, se desprende de la lectura de la demanda, que sólo impugna la partición por no respetar la homogeneidad de los bienes, por incluir en la partición bienes que no pertenecen a la herencia y por no calcular bien los importes.

Sólo en la vista de la apelación se suscita por primera vez la tesis sostenida en el motivo y la sentencia de la Audiencia, sin tener en cuenta que ya no podía alegarse la cuestión de la interpretación del testamento y la infracción del artículo 828, le razona atinadamente sobre el contenido y alcance de este precepto, sobre el cual nada debe añadir esta Sala por coherencia con el principio de inadmisión de cuestiones nuevas.

SEGUNDO.- El motivo segundo denuncia infracción del artículo 1061 del Código Civil, según el cual en la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los herederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie.

El motivo no puede tener éxito, porque el precepto del artículo 1061 no es de inexorable aplicación, es sólo una recomendación subordinada a la posibilidad de cumplirla según la naturaleza de los bienes de la herencia.

En todo caso, la Sala de instancia que admitió los fundamentos de la primera sentencia, tiene como hechos probados la validez del nombramiento de contador dativo, que el inventario de los bienes lo practicó con documentación facilitada por la hoy recurrente a través de su letrado, que las adjudicaciones de bienes proindiviso no producen desequilibrio de los lotes, que pericialmente se ha acreditado el equilibrio, con pequeñas diferencias a satisfacer en dinero, que no se ha demostrado nada sobre inclusión de bienes ajenos a la herencia en la partición.



Con base en estos hechos, no cabe apreciar infracción alguna del artículo 1061, ni tiene virtualidad la cita del artículo 1062 que efectúa al final del motivo, a cuyo amparo dice que los herederos pueden oponerse a toda solución que les obligue a aceptar "toda solución que no consista en la venta judicial del bien que no consentir como de división", porque expedita tiene la vía para instarla, pero no aquí para alegarla como causa de nulidad un partición.

TERCERO.- Las costas se imponen a la recurrente, por mandato del artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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 CASACION interpuesto por el Procurador D. Gabriel Sánchez Malingre, respecto la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Cuarta, de fecha 12 de septiembre de 1994, la que se confirma en todos sus pronunciamientos, condenándose a dicha parte recurrente al pago de las costas y pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Y líbrese a la mencionada Audiencia la 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.- ALFONSO VILLAGOMEZ RODIL.- JESUS MARINA MARTINEZ-PARDO.- ROMAN GARCIA VARELA.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesús Marina Martínez-Pardo, 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.