



Roj: **STS 4046/2003 - ECLI:ES:TS:2003:4046**

Id Cendoj: **28079110012003102200**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/06/2003**

Nº de Recurso: **3192/1997**

Nº de Resolución: **570/2003**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **ANTONIO GULLON BALLESTEROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a once de Junio de dos mil tres.

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 Sexta de la Audiencia Provincial de Asturias con fecha 6 de febrero de 1997, como consecuencia de los autos de juicio declarativo de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Pola de Laviana, sobre abintestato; cuyo recurso ha sido interpuesto por D<sup>a</sup> María Consuelo , representada por el Procurador D. Fernando Pérez Cruz; siendo parte recurrida D<sup>a</sup> Raquel , asimismo representada por el Procurador D. Nicolás Álvarez del Real.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Pola de Laviana, fueron vistos los autos acumulados con los números 234/95 y 43/96 y 148/96, instados por D<sup>a</sup> María Consuelo , contra D<sup>a</sup> Raquel , sobre demandas de juicio de menor cuantía en ejercicio de acción divisoria de cosa común, declaración de nulidad de partición extrajudicial e incidente de exclusión de bienes.

Por Procuradora D<sup>a</sup> María Aurelia Suárez Andreu en representación de D<sup>a</sup> María Consuelo , se promovió ante ese Juzgado juicio voluntario de Testamentaría y de Abintestato, personándose en el mismo el Procurador D. Cédar Meana Alonso en nombre y representación de D<sup>a</sup> Raquel , e interponiendo a su vez demanda incidental para exclusión de bienes incluidos por la contraparte en el inventario practicado, por entender que los mismos habían sido objeto de previa partición extrajudicial entre las partes, formulando a su vez demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra D<sup>a</sup> María Consuelo , en ejercicio de acción divisoria de cosa común sobre los dos únicos bienes que alegaba quedaban por partir, demanda esta última que dio lugar al procedimiento 234/95 seguido ante el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 2 de esta localidad, autos que se acumularon al juicio universal de testamentaría.- Por la parte promotora del procedimiento universal, se interpuso a su vez ante el Juzgado nº 1 de Pola de Laviana demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra la anterior, en demanda de declaración de nulidad de las referidas operaciones particionales, autos que se siguieron bajo el nº 148/96, y que posteriormente se acumularon igualmente al juicio de testamentaría.- Acumulados los tres procedimientos anteriores referidos, se tramitaron conjuntamente como incidente previo y especial pronunciamiento con relación al juicio universal, el cual quedó suspendido hasta tanto se resolviesen las cuestiones planteadas habiendo concluido todos ellos su tramitación en el momento de decretarse su acumulación pasaron conjuntamente para sentencia con citación de las partes.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 6 de febrero de 1997, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO.- Que estimando totalmente la demanda presentada por D<sup>a</sup> María Consuelo contra D<sup>a</sup> Raquel en el juicio de menor cuantía nº 148/96, debo declarar y declaro la nulidad de las operaciones particionales practicadas entre ambas litigantes sobre los bienes adquiridos por vía hereditaria, realizada en el mes de enero de 1.989 e impugnada en estos autos, bienes que deben integrarse en la masa hereditaria objeto del juicio universal que en este Juzgado se sigue al nº 43/96, al cual anterior se encuentra acumulado.- asimismo y desestimando totalmente las demandas presentadas por D<sup>a</sup> Raquel contra D<sup>a</sup> María Consuelo en el juicio



de menor cuantía nº 234/95 y en el incidente de exclusión de bienes derivado del antedicho procedimiento sucesorio, debo declarar y declaro no haber lugar al ejercicio de la acción divisoria de cosa común ejercitada, ni a excluir del inventario practicado los bienes que se refiere fueron objeto de previa partición.- Todo ello, con expresa condena de D<sup>a</sup> Raquel al abono de las costas causadas en estos autos acumulados, que se siguen conjuntamente en un mismo pronunciamiento.- Una vez que la presente resolución devenga firme, procédase al levantamiento de la suspensión decretada en los autos de juicio de testamentaría y abintestato nº 43/96, debiendo continuarse el juicio por sus trámites".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de 1<sup>a</sup> Instancia por la representación de D<sup>a</sup> Raquel y tramitado el recurso con arreglo a derecho, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Asturias con fecha 6 de febrero de 1997, dictó sentencia con la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS.- Se estima el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Raquel frente a la sentencia dictada en autos de menor cuantía núms. 324/95 y 148/96 acumulados al incidente de previo y especial pronunciamiento sobre exclusión de bienes promovido en el juicio universal nº 43/96, todos ellos tramitados ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Pola de Laviana. Sentencia que revocamos íntegramente, y:

1º. Con estimación íntegra de la demanda incidental mencionada, formulada por dicha recurrente debemos declarar y declaramos la exclusión de los bienes reseñados en el hecho segundo de la citada, obligando a la demandada D<sup>a</sup> María Consuelo a estar y pasar por esta declaración, con expresa imposición a la citada de las costas de la primera instancia.

2º. Con estimación íntegra de la demanda nº 234/96, igualmente formulada por la ya referida apelante, debemos declarar y declaramos la extinción de la comunidad de bienes constituida sobre los inmuebles descritos en el hecho primero de la misma, así como el carácter indivisible de los citados, condenando a la demandada D<sup>a</sup> María Consuelo a estar y pasar por esta declaración y, en consecuencia, a que dichos bienes se adjudiquen entre los comuneros o, subsidiariamente, su venta en pública subasta con admisión de terceros; con expresa imposición a la demandada de las costas de la primera instancia.

3º. Se desestiman las demandas núms. 43/96 y 148/96, ambas interpuestas por la citada D<sup>a</sup> María Consuelo, a la que se le imponen las costas causadas por ambas.

4º. No se hace declaración especial en cuanto a las costas del presente recurso.

TERCERO.- El Procurador D. Fernando Pérez Cruz, en nombre y representación de D<sup>a</sup> María Consuelo, ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Asturias con fecha 6 de febrero de 1997, con apoyo en los siguientes: El motivo primero, al amparo del art. 1.692.4º L.E.Civ. de 1.881, acusa infracción de los arts. 1.258 y 1.253 Cód. civ.- El motivo segundo, al amparo del art. 1.692.4º L.E.Civ., acusa infracción del art. 6.3, en relación con los arts. 834, 927 y 1.396 a 1.410, todos del Código civil.- El motivo tercero, al amparo del art. 1.692.4º L.E.Civ., acusa infracción de los siguientes preceptos: art. 33 Constitución; arts. 667, 668 y 823 Cód. civ; arts. 1.056, párrafo 1º y 1.271, párrafo 2º, del Código civil.- El motivo cuarto, al amparo del art. 1.692.4º L.E.Civ., acusa infracción de los arts. 629, 630 y 633 Cód. civ.

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido para impugnación, el Procurador D. Nicolás Álvarez del Real, en representación de la parte recurrida presentó escrito con oposición al mismo.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 28 de mayo de 2.003, en que ha tenido lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D<sup>a</sup> María Consuelo, demandó por las reglas del juicio declarativo de menor cuantía a su hermana D<sup>a</sup>. Raquel, solicitando la declaración de nulidad de partición extrajudicial que aparece realizada entre ellas, de los bienes de su padre premuerto, pero no por su madre y viuda de este último.

A los autos a que dieron lugar la demanda se acumularon los de juicio de testamentaria y abintestato de las herencias de sus padres, instados con anterioridad por D<sup>a</sup> María Consuelo, en el cual formuló incidente de exclusión de bienes D<sup>a</sup> Raquel. También se acumuló el menor cuantía seguido por D<sup>a</sup>. Raquel contra D<sup>a</sup>. María Consuelo, en el que ejercitaba la acción de división de la cosa común sobre los dos bienes inmuebles adjudicados a la madre de ambas en la partición extrajudicial.



El Juzgado de Primera Instancia estimó totalmente la demanda de D<sup>a</sup>. María Consuelo , declarando la nulidad de las operaciones particionales practicadas entre ambas litigantes sobre bienes adquiridos por vía hereditaria, que debían integrarse en la masa del juicio universal. Declaró también no haber lugar a la exclusión del inventario del juicio universal de los bienes objetos de la partición anulada, ni a la acción de división de la cosa común.

Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación D<sup>a</sup>. Raquel , el cual fue estimado por la Audiencia, que revocó íntegramente la sentencia apelada y declaró:

"1º. Con estimación íntegra de la demanda incidental mencionada, formulada por dicha recurrente debemos declarar y declaramos la exclusión de los bienes reseñados en el hecho segundo de la citada, obligando a la demandada D<sup>a</sup> María Consuelo a estar y pasar por esta declaración, con expresa imposición a la citada de las costas de la primera instancia.

2º. Con estimación íntegra de la demanda nº 234/96, igualmente formulada por la ya referida apelante, debemos declarar y declaramos la extinción de la comunidad de bienes constituida sobre los inmuebles descritos en el hecho primero de la misma, así como el carácter indivisible de los citados, condenando a la demandada D<sup>a</sup> María Consuelo a estar y pasar por esta declaración y, en consecuencia, a que dichos bienes se adjudiquen entre los comuneros o, subsidiariamente, su venta en pública subasta con admisión de terceros; con expresa imposición a la demandada de las costas de la primera instancia.

3º. Se desestiman las demandas núms. 43/96 y 148/96, ambas interpuestas por la citada D<sup>a</sup> María Consuelo , a la que se le imponen las costas causadas por ambas".

Contra la sentencia de la Audiencia ha interpuesto el presente recurso de casación D<sup>o</sup>. María Consuelo .

SEGUNDO.- El motivo primero, al amparo del art. 1.692.4º L.E.Civ. de 1.881, acusa infracción de los arts. 1.258 y 1.253 Cód. civ. En su fundamentación se sostiene que la madre de la actora, (hoy recurrente), y de la demandada (hoy recurrida) no intervino en la partición privada de 1.989, ni la consintió, con lo cual, a pesar de la declaración contraria de la Audiencia, se infringe el principio de unanimidad en la partición. Por otra parte, no existe enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir, pues la Audiencia entiende que la madre, D<sup>a</sup>. Raquel , consintió la partición pese a no firmarla, pues ello fue debido a que no sabía hacerlo. Destaca el recurrente que esta circunstancia podía ser salvada por las partes o por los dos testigos que concurrieron a la partición, y nada de esto se hizo, ni consta la aceptación de D<sup>a</sup> Raquel a las operaciones particionales.

El motivo está defectuosamente estructurado porque la infracción del art. 1.058 debía ser obviamente la consecuencia de la del art. 1.253 en este caso; si se demuestra que la madre no aceptó la partición, la misma adolecería de la inobservancia de la exigencia de la unanimidad de todos los herederos.

La sentencia recurrida presume que D<sup>a</sup> Raquel aceptó la partición por haber estado presente en ella; la total ausencia de manifestación o simple objeción en contrario la realización posterior de actos en línea con el contenido particional, como el otorgamiento de un testimonio notarial abierto en que dispone sólo de los dos bienes inmuebles que le habían sido adjudicados en la cuestionada partición; y en el que tanto la recurrente como la recurrida tomaron posesión inmediata de los bienes que se habían adjudicado, abonando los gastos de toda índole que pudieran generar.

La recurrente no impugna ninguno de estos hechos que la sentencia recurrida recoge como probados por error de derecho en la apreciación probatoria. Sólo resalta la ausencia de la firma de D<sup>a</sup> Raquel en la partición y su falta de suplencia, pero, aparte de que la Audiencia reparó en ella sin concederle ninguna importancia porque aquélla no sabía firmar, no es una omisión que borre todos los demás hechos probados que se han consignado, de mucha mayor entidad. En efecto, no es comprensible que siendo el patrimonio hereditario que las litigantes se reparten bienes de la sociedad de gananciales que su difunto padre tenía constituida con su esposa D<sup>a</sup>. Raquel , y que en el mismo ésta ostenta, no sólo la propiedad de una mitad, sino la parte que le correspondía su hijo premuerto del cual había sido declarada heredera universal ab intestato, además de la cuota viudal usufructuaria, no es comprensible, decimos, que D<sup>a</sup> Raquel no haya reclamado nunca nada y haya permitido que sus hijas posean todos los bienes como suyos, y ello pese a conocerlo por haber estado presente en el acto particional.

Por ello el motivo se desestima.

TERCERO.- El motivo segundo, al amparo del art. 1.692.4º L.E.Civ., acusa infracción del art. 6.3, en relación con los arts. 834, 927 y 1.396 a 1.410, todos del Código civil. Se fundamenta en que la partición de 1.989 no liquidó la sociedad de gananciales existente entre D<sup>a</sup> Raquel y su esposo D. Eloy , ni se tuvieron en cuenta



los derechos de la primera como viuda y como sucesora universal ab intestato de su hijo D. José, fallecido después de su padre.

El motivo se desestima, pues si D<sup>a</sup> Raquel consintió la partición litigiosa, pudo convenir con sus hijas que la misma afectase a todos los bienes dejados por su esposo D. Eloy, conceptuándolos para ellos como propios de su herencia por renunciar a su parte en los gananciales y cuota usufructuaria. En otras palabras, la madre de las dos hermanas litigantes renunció a ejercitar sus derechos sobre la masa ganancial y los que tenía por herencia de su hijo premuerto, así como también por su cuota viudal, a cambio de la atribución de dos bienes concretos que se le hacían.

Carece de sentido conceptuar como de derecho necesario la normativa invocada como infringida; la relativa a la liquidación de la sociedad de gananciales, porque los partícipes en ella pueden realizar la partición del modo que les conviniere ( arts. 1.410 y 1.058 Cód. civ.); el resto de los preceptos, porque ninguna norma prohíbe que el beneficiado por ellos no se enriquezca por su aplicación si no quiere.

CUARTO.- El motivo tercero, al amparo del art. 1.692.4º L.E.Civ., acusa infracción de los siguientes preceptos: art. 33 Constitución; arts. 667, 668 y 823 Cód. civ; arts. 1.056, párrafo 1º y 1.271, párrafo 2º, del Código civil. Asimismo, de la doctrina jurisprudencial interpretativa de los mismos, recogida en las sentencias que cita. La fundamentación del motivo se sustenta en que en la partición cuya eficacia se impugna comprendía bienes de D<sup>a</sup> Raquel, que con arreglo a la interpretación que da la Audiencia a su presencia en ella, significa disponer de ellos anticipadamente a su muerte, quedando vinculada por lo acordado en dicho acto; se estaría ante un contrato entre causante y herederos en orden al reparto de su caudal hereditario, contra lo que la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado (sentencias de 13 de junio de 1.903, 6 de marzo de 1.945, 28 de mayo de 1.965 y 29 de octubre de 1.960).

El motivo está construido sobre un error de planteamiento fáctico, porque D<sup>a</sup> Raquel no dio su aceptación a un reparto hereditario de bienes suyos concretos y determinados, sino a que el patrimonio ganancial de ella y su esposo se repartiese como herencia del mismo, es decir, renunció a sus derechos en la sociedad conyugal extinta y cuota viudal usufructuaria, conformándose con la adjudicación de los dos bienes que se le hizo. Esa renuncia, basada en los actos concluyentes que se expusieron al examinar el motivo primero, no equivale en modo alguno a una disposición anticipada post mortem de bienes de su propiedad, sino que es un acto de disposición sobre ellos inter vivos, de naturaleza abdicativa.

Por todo ello se desestima el motivo.

QUINTO.- El motivo cuarto, al amparo del art. 1.692.4º L.E.Civ., acusa infracción de los arts. 629, 630 y 633 Cód. civ. Según la recurrente, si la sentencia recurrida considera que en la partición de 1.989 hubo un acto de liberalidad de D<sup>a</sup>. Raquel respecto a sus hijas sobre derechos propios, debió cumplirse lo dispuesto con carácter imperativo en el art. 633. Cód. civ.

El motivo se desestima porque D<sup>a</sup> Raquel dispuso sólo de la cuota en un patrimonio ganancial, no de bienes concretos y determinados. La sociedad de gananciales no se puede confundir con los bienes que la componen, es un patrimonio constituido por todos los bienes cualquiera que fuere su naturaleza, siempre que sean gananciales según la ley o la voluntad de los cónyuges (art. 1.355).

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

## FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por D<sup>a</sup> María Consuelo, representada por el Procurador D. Fernando Pérez Cruz contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Asturias con fecha 6 de febrero de 1997. Con condena de las costas ocasionadas en este recurso a la parte recurrente. Sin hacer declaración sobre el depósito constituido. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia con devolución de los autos y rollo que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.- Pedro González Poveda.- Antonio Gullón Ballesteros.- Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Gullón Ballesteros, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.