

Roj: **STS 6232/2009 - ECLI:ES:TS:2009:6232**Id Cendoj: **28079110012009100658**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **26/10/2009**Nº de Recurso: **1332/2005**Nº de Resolución: **665/2009**Procedimiento: **Casación**Ponente: **MARIA ENCARNACION ROCA TRIAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 2715/2005,**
STS 6232/2009

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Octubre de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto, por D^a Catalina , representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Blanca Berriatúa Horta, contra la Sentencia dictada, el día 11 de marzo de 2005, por la Sección 10^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de apelación nº 678/2002, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Majadahonda en el procedimiento ordinario nº 198/2002. Ante esta Sala comparece la recurrente D^a Catalina , representada por la Procuradora D^a Blanca Berriatua Horta, y la Procuradora D. Rafael Gamarra Megías, en nombre y representación de D^a Raimunda y D^a Belen , en concepto de parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Majadahonda, interpuso demanda de juicio ordinario, D^a. Catalina contra D^a. Milagrosa , D^a Raimunda y D^a Belen . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... se dicte sentencia por la que, se declare:

a) *La nulidad de la partición en lo que se refiere a la división de la herencia de D^a Catalina junto con las tres coherederas D^a Milagrosa , D^a Raimunda , D^a Belen , y subsidiariamente la de todo el cuaderno particional incluidos los legados casos de que fuere entendido como indivisible.*

b) *Subsidiariamente y para el caso de que el anterior no sea estimado, se declare la rescisión de la partición por el exceso en la lesión de un 1.537% en que ha constituido el perjuicio de la heredera D^a Catalina , y en su caso el porcentaje determinado por la pericia bien en el ordinario bien en la ejecución referido a la herencia con exclusión de los legados, más, con la opción leal y diferenciada de los herederos no perjudicados y la advertencia de pasar tal derecho a la demandante.*

c) *Y, en todo caso, sean condenados los demandados al pago de las costas, con todo lo demás de proceder en Derecho".*

Admitida a trámite la demanda fueron emplazadas las demandadas, alegando la representación de D^a Milagrosa , D^a Raimunda y D^a Belen los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... dicte Sentencia por la que se desestimen en su integridad las peticiones contenidas en la demanda presentada por D^a Catalina , con expresa imposición de costas a la parte actora".

Contestada la demanda y dado el oportuno traslado, se acordó señalar día y hora para la celebración de la oportuna Audiencia Previa, la que tuvo lugar en el día y hora señalados, y con asistencia de las

partes, y habiéndose propuesto la práctica de prueba, se acordó señalar día y hora para la celebración del oportuno Juicio, el que igualmente tuvo lugar en el día y hora señalados, practicándose la prueba propuesta y previamente declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Majadahonda, dictó Sentencia, con fecha 31 de julio de 2002, y con la siguiente parte dispositiva: "*FALLO: Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. López Olgado en nombre y representación de D^{ña}. Catalina, y, en su virtud, absuelvo a D^{ña}. Milagrosa, D^{ña}. Raimunda y D^{ña}. Belen, de las peticiones deducidas contra ellas. Asimismo condeno a D^{ña}. Catalina al pago de las costas procesales ocasionadas en la tramitación de este procedimiento*".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D^a Catalina. Sustanciada la apelación, la Sección 10^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia, con fecha 11 de marzo de 2005, con el siguiente fallo: "*Que desestimando como desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a Fuensanta López Olgado en nombre y representación de D^a Catalina contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de 1^a Instancia nº 1 de Majadahonda con fecha 31 de Julio de 2002, de la que el presente rollo dimana debemos confirmarla y la confirmamos, con imposición de las costas causadas en este recurso a la apelante*".

TERCERO. D^a Catalina, representada por el Procurador de los Tribunales D^a. Blanca Berriatúa Horta, formalizó recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 10^a, con fundamento en los siguientes motivos:

Primero: Con fundamento en el art. 477.2.º de la LEC, por infracción de los artículos 6.4, 1061, 1073, 1074 del CC.

Segundo: Con fundamento en el art. 477.2.º de la LEC, por infracción de los artículos 6.3, 1259, 1261, 1262, 1056, 1057 primero, 467, 468, 1291.5º y concordantes del CC.

Tercero: Con fundamento en el artículo 477. 2º de la LEC, por infracción de los artículos 1056, 1057, 1259, 1261, 1262 del CC.

Cuarto: Con fundamento en el artículo 477.2 2º de la LEC, por infracción de los artículos 667, 670, 1057, 1061, 1262 de CC.

Quinto: Con fundamento en el artículo 477.2. 2º de la LEC, por aplicación indebida del art. 7.1 del Código Civil.

Por resolución de fecha 27 de mayo de 2005, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó la Procuradora D^a Blanca Berriatúa en nombre y representación de D^a Catalina, en concepto de parte recurrente. Asimismo el Procurador D. Rafael Gamarra Megías, se personó en nombre y representación de D^a Milagrosa, D^a Raimunda y D^a Belen, en calidad de parte recurrida. Por Auto de fecha 8 de abril de 2008, se acordó admitir a trámite el recurso de casación y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Rafael Gamarra Mejias, en nombre y representación de D^a Milagrosa, D^a Belen y D^a Raimunda, impugnaron el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el treinta de septiembre de dos mil nueve, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º D^a Pura falleció habiendo otorgado testamento en el que nombraba herederas por partes iguales a D^a Milagrosa, D^a Raimunda y D^a Belen, así como a D^a Catalina, demandante y recurrente.

2º Respecto a D^a Catalina, el testamento establecía la siguiente cláusula: "*[...]lo sea como heredera fiduciaria de su cuarta parte, estando obligada a conservar y entregar lo que le corresponda por este concepto, a las otras tres herederas [...] quedando designadas desde ahora como fideicomisarias por iguales partes en aquel cuarto. La fiduciaria podrá disponer por cualquier título inter vivos de los bienes fideicomitidos con autorización unánime de todos los que fueren fideicomisarios en el momento de la disposición*".

3º La testadora D^a Pura nombró contador partidor a D. Abelardo.



4º El 25 septiembre 2001 el contador partidor dio cumplimiento al encargo y otorgó el cuaderno particional en el que figura la relación de bienes inmuebles pertenecientes al caudal relicto, que valoró en 62.928.489 Ptas. (378.207,84?); dicho caudal estaba formado por 16 fincas cuyo valor era de 60.928.489 Ptas. (366.187,59?) y que a cada heredera le correspondía la suma de 15.232.122 Ptas. (91546,90?), que atribuyó adjudicando los bienes correspondientes.

5º En la hijuela de la Sra. Catalina se incluyó el derecho de usufructo sobre la vivienda de la difunta que constituía el domicilio de la madre de la recurrente. En lo que en la escritura se denomina "supuesto sexto", se dice lo que se transcribe: *"Por acuerdo unánime de las cuatro herederas, inmediatamente después del fallecimiento de D^a Pura , se convino en ceder el uso y disfrute de la casa donde vivía ésta, inventariada con el número 9 y valorada en 20.000.000 Ptas, a D^a Catalina , mientras viviera su madre, D^a Almudena , constituyéndose a tal efecto un derecho real de usufructo sobre la finca. Esta decisión se tomó teniendo en cuenta el deseo de D^a Almudena , ya anciana, de no abandonar la casa que constituye su domicilio habitual desde hace muchos años. En consecuencia se adjudicará a D^a Catalina el usufructo de la casa mientras viva su madre D^a Almudena , valorándose este derecho real, según las normas aplicables al efecto, en 2.000.000 Ptas. (10% de la finca gravada)"* . La existencia de este pacto quedó probada a lo largo del procedimiento.

6º D^a Catalina demandó a las demás coherederas. Pidió: a) la nulidad de la partición por la constitución de un usufructo no previsto en el testamento, y b) que se declarara la rescisión por lesión de la partición porque su hijuela resultaba absolutamente desproporcionada en relación a las de las demás herederas.

7º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Majadahonda, de 31-7-2002 , desestimó íntegramente la demanda. Consideró probada la existencia del pacto entre las coherederas para resolver el problema de vivienda de la madre de la demandante y señaló que *"no cabe oponer este hecho como causa de nulidad del cuaderno particional. La actora debe atenerse a sus propios actos y es posible que cuando pidió del resto de las herederas la constitución del usufructo a favor de su madre no midiera el alcance de esta solicitud pero lo cierto es que no puede ahora atribuir al contador partidor la responsabilidad por este hecho"*. Respecto a la petición de rescisión por lesión, la sentencia consideró correcta la valoración efectuada por el contador partidor de acuerdo con los criterios establecidos por Hacienda para la valoración de los usufructos y, de acuerdo con la prueba practicada, dedujo que si concurría, la lesión consistiría a lo sumo en el 2,49%, por lo que no cabía hablar de efectos rescisorios.

8º La demandante apeló la sentencia. La de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10, de 11 marzo 2005 confirmó la sentencia apelada. Rechazó la petición de nulidad de la partición porque se trató de una partición efectuada por contador partidor en la que no intervinieron los herederos y porque *"[...] la constitución de un usufructo a favor de la demandante como parte de su hijuela daría lugar solo y en todo caso a una rescisión por lesión de la partición pero nunca a una nulidad o anulabilidad de la misma"*. Tampoco puede ser admitida la rescisión por lesión, porque el usufructo fue creado teniendo en cuenta el acuerdo de las herederas y en virtud de las facultades otorgadas en el testamento al contador partidor. En relación a si éste conculcó la voluntad de la testadora de igualar a las herederas, de la prueba practicada deduce la sentencia hora recurrida que no se produce lesión en el mínimo legal exigible por el artículo 1074 CC .

9º D^a Catalina presentó recurso de casación, al amparo del Art. 477.2, 2 LECiv , es decir, por razón de la cuantía. Fue admitido por admitido por auto de esta Sala de 8 abril 2008 .

SEGUNDO. El *Primer motivo* denuncia la infracción de los artículos 6.4, 1061, 1073 y 1074 CC . Se refiere a la naturaleza y valor de las fincas que han sido adjudicadas a la recurrente en su hijuela y dice que la Audiencia Provincial se ha engañado al decir que se le ha adjudicado mayor superficie que a las coherederas recurridas, porque ello esconde el nulo aprovechamiento urbanístico, con los consiguientes valores catastrales que se han disparado en las atribuidas a las demandadas/recurridas.

El motivo se desestima.

La recurrente está aprovechando el recurso de casación para introducir un problema de prueba acerca de los valores de las distintas fincas que formaban la masa hereditaria. Efectivamente, lo que se discute en el motivo es si se ha tenido o no en cuenta en la valoración de los bienes hereditarios tanto a nivel de fijación del caudal relicto como de los que integran las distintas hijuelas, una determina situación o circunstancia urbanística que afecta a algunas de las fincas de la herencia. Esta es una cuestión de hecho que no es discutible en casación, ya que corresponde a la sala de instancia comprobar que la apreciación de estos bienes se ajuste a los valores correctos, según se establece en reiterada doctrina.

TERCERO. En el *segundo motivo* se alega la infracción de los artículos 6.3, 1259, 1261, 1262, 1056, 1057.1, 467, 468, 1259, 5º y concordantes CC. Insiste en la nulidad del usufructo creado por el contador partidor, por las siguientes razones: a) falta la voluntad de la recurrente, y b) que ello le causa un grave perjuicio. Además,



en el testamento de D^a Pura no se hablaba del usufructo, y por ello no son admisibles extralimitaciones en la función del contador partidor, cuya misión es cumplir la voluntad del testador y si se apartó del testamento al constituirlo, debió contar con el consentimiento de las coherederas y que no concurría se deduce de la prueba consistente en la declaración de los herederos y del contador en el juicio oral.

El motivo se desestima.

La primera razón para la desestimación es de tipo formal: la recurrente cita artículos del Código civil como infringidos que poca relación tienen entre sí a los efectos del examen de su infracción por la sentencia recurrida. Aunque el recurso de casación se presente ahora bajo una nueva forma legal, no por ello debe obviarse el deber del recurrente de identificar de forma clara las violaciones de la ley en que hubiera incurrido la sentencia recurrida, por lo que siguen sin poder admitirse las denuncias de infracciones referidas a artículos inconexos o bien a disposiciones que se citan con la fórmula "y siguientes" o "y concordantes", como ocurre en el caso que ahora nos ocupa, doctrina que por ser suficientemente conocida, obvia la cita de resoluciones concretas.

Pero, además, debemos entrar a examinar el fondo de la argumentación que ofrece este motivo del recurso, lo que nos va a llevar también al examen de los motivos tres y cuatro, que coinciden fundamentalmente con el segundo. El fondo de la cuestión planteada se refiere a si el contador partidor tenía o no facultades para crear un usufructo y atribuirlo a una de las coherederas, siendo así que en el testamento de la causante no se preveía esta posibilidad.

En principio, la regla general es que el contador partidor no tiene facultades dispositivas, por lo que si no hubiera existido el consentimiento de los coherederos, la creación de este derecho real en la partición no hubiera sido válida. Pero las coherederas como tales sí ostentaban estas facultades, como tales herederas. De ahí que la partición ha de ajustarse al testamento, a no ser que los coherederos estén de acuerdo en la creación de todo tipo de derechos reales.

Entramos aquí en una segunda cuestión, también puesta de relieve por la recurrente, pero que incide de nuevo en problemas probatorios: la voluntad de los coherederos debe manifestarse, cosa que ocurrió en el presente caso, puesto que la sentencia recurrida considera probada la existencia de un acuerdo entre las herederas para solucionar el problema de vivienda que planteaba la anciana madre de la recurrente, y es de hacer notar que este pacto no ha sido negado por D^a Catalina . De este modo el contador partidor se ha limitado a plasmar jurídicamente en el cuaderno particional la voluntad de las herederas, tesis de la sentencia recurrida, que así lo considera, ya que las herederas, en su pacto, habrían ya dispuesto de los bienes hereditarios, creando el usufructo cuestionado, para lo que tenían plena facultad.

CUARTO. Se van a examinar conjuntamente los motivos tercero y cuarto. *El motivo tercero* denuncia la infracción de los artículos 1056, 1057, 1259, 1261, 1262 CC , que originan la nulidad de la partición por extralimitación de las facultades del contador partidor. Dice que al establecer el fideicomiso, la testadora estaba efectuando la partición de la herencia porque la fiduciaria y ahora recurrente no podía vender y sí disfrutar, por lo que el contador partidor solo tenía que adjudicar el 25% en fideicomiso, razón por la que al constituirlo, el contador ha convertido la propiedad fiduciaria en un usufructo de breve duración y prácticamente inútil. Quien únicamente tiene facultades para constituir el usufructo es el dueño de la cosa y de ahí que solo la causante podría haberlo hecho. *El motivo cuarto* alega la infracción de los artículos 667, 670, 1057, 1061, 1261, 1262 CC porque el contador partidor ha suplantado la voluntad de la testadora en la disposición de sus bienes, de donde se sigue la nulidad de la partición. Al faltar la voluntad de D^a Catalina , el pretendido y parcial aspecto contractual de la partición es inadmisibles por la teoría de los requisitos para la validez de los contratos. Es nulo porque varía la voluntad de la testadora, porque constituido el usufructo por el tiempo que resta de vida a una persona de 95 años de edad, "se ha perdido la fiducia y ya no cabe obtener autorización alguna de las hermanas". La cláusula de usufructo rompió la igualdad.

Ambos motivos se desestiman.

Los motivos tres y cuatro están relacionados con el segundo, por lo que los argumentos expuestos en el Fundamento tercero de esta sentencia deben considerarse reproducidos aquí. Se incurre también en el defecto de citar artículos inconexos, así como se repite el argumento de la falta de facultades del contador partidor esta vez en relación a la conversión de la sustitución fideicomisaria en usufructo, cosa que no es cierta en absoluto y que, además, aparece como una interpretación *pro parte* de quien interpone el recurso de casación sin al mismo alegar la infracción del artículo 675 CC como infringido. Tampoco se vulneran las disposiciones de los artículos citados en el motivo cuarto , porque la partición otorgada por el contador partidor es unilateral y no requiere el consentimiento ni la asistencia de los herederos, por lo que no puede nunca infringirse el aspecto que la recurrente califica como "contractual" de la partición, porque esta naturaleza no concurre en este tipo de partición.



QUINTO. *El motivo quinto* denuncia la aplicación indebida del Art. 7.1 CC en relación con la jurisprudencia de los actos propios dictada en sentencias de 4-3-1992, 30-9-92, 17-7-95 y 16-2-1998 , entre otras. Dice que la sentencia de instancia no valora las declaraciones de las cuatro herederas ni las del contador partidor, que a su parecer son irrefutables en su significado contrario al pacto de usufructo. Después de examinar la prueba, deduce que la recurrente no había otorgado ninguna confianza porque no se había alcanzado ningún tipo de acuerdo.

El motivo se desestima.

La desestimación es debida a la falta de técnica casacional, ya que está incurriendo en el vicio casacional denominado hacer supuesto de la cuestión, porque está partiendo de unos hechos absolutamente diferentes de los declarados probados. En el fondo, lo que se está intentado es que la Sala vuelva a valorar la prueba producida en las instancias anteriores sobre la concurrencia o no de la voluntad de las coherederas para la creación del derecho usufructo, que se ha considerado probada. Al no ser el recurso de casación una tercera instancia, el motivo debe ser desestimado.

SEXTO. La desestimación de los motivos del recurso de casación presentado por D^a Catalina contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10^a, de 11 marzo 2005 , determina la de su recurso de casación.

Se imponen las costas del recurso de casación a la recurrente, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 398.1 LEC , que se remite al Art. 394 LEC .

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

FALLAMOS

1º Se desestima el recurso de casación presentado por la representación procesal de D^a Catalina contra la sentencia de la sección 10 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 marzo 2005 , en el rollo de apelación nº 678/02.

2º Se confirma con este alcance la sentencia recurrida.

3º Se imponen a la recurrente las costas originadas por su recurso de casación.

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 .- **Juan Antonio Xiol Ríos** .- **Roman Garcia Varela**.- **Jose Antonio Seijas Quintana** .- **Encarnacion Roca Trias** .- **Rubricado**. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a. Encarnacion Roca Trias, 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.