

Roj: **STS 995/1963 - ECLI:ES:TS:1963:995**Id Cendoj: **28079110011963100189**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **08/05/1963**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MANUEL TABOADA ROCA**Tipo de Resolución: **Sentencia****Número 439.-Sentencia de 8 de mayo de 1963**

En la villa de Madrid a 8 de mayo de 1963; en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía promovidos en el Juzgado de Primera Instancia de Santoña por doña Carla , mayor de edad, soltera, sin profesión especial y vecina de Adal-Treto, contra don Miguel Ángel , mayor de edad, casado, Maestro nacional y de igual vecindad; don Alonso , mayor de edad, casado, propietario y de la misma vecindad que los anteriores, y los hermanos doña Marcelina , doña Marí Trini , doña Amelia , don Benito , doña Flora , doña Rosario , doña Ángela , don Juan Manuel y doña Gabriela , estos nueve últimos con vecindad en país extranjero e ignorándose su domicilio; sobre nulidad de operaciones particulares; vistos en grado de apelación por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos y pendiente ante nos en virtud de sendos recursos de casación por infracción de Ley, interpuesto uno por la actora, representado por el Procurador don Ángel Beleito Villa, bajo la dirección del Letrado don José Ignacio González Járegui, y otro, por el demandado don Alonso , bajo la representación, respectivamente, del Procurador don Fernando Poblet Alvarado y el Abogado don Pedro Alfaro Arregui; no habiendo comparecido en este Tribunal Supremo ninguno de los restantes demandados:

**RESULTANDO**

RESULTANDO que por el Procurador don José Antonio de Llanos, en representación de doña Carla y mediante escrito de i de marzo de 1957, se formuló demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia de Santoña, contra don Miguel Ángel , don Alonso , doña Marcelina , doña Marí Trini , doña Amelia , don Benito , doña Flora , doña Rosario , doña Ángela , don Juan Manuel y doña Gabriela , estos últimos con vecindad en país extranjero y en ignorado domicilio, sobre nulidad de operaciones particionales, estableciendo los siguientes hechos:

Primero.-Que doña Estibáliz en 30 de noviembre de 1955, ante el Notario de aquella villa, otorgó testamento, en el que instituía sus únicos herederos por partes iguales a la actora y al demandado don Alonso , nombrado albacea partidor al demandado don Miguel Ángel ; al siguiente día falleció la testadora y en 25 de octubre de 1956, bajo el número 948 del protocolo del Notario de dicha villa el citado albacea otorgó escritura de protocolización de las operaciones testamentarias que confeccionó sin que ni en una ni en otra tuviera intervención la actora, acompañándose de número uno dicha escritura.

Segundo.-Que dichas operaciones testamentarias son nulas en su origen por su forma y por el grave perjuicio causado a la actora, haciéndosele en ellas un inventario en el que además de relacionarse fincas pertenecientes a la causante se inventarían unos derechos hereditarios de la misma en las sucesiones de su madre y hermano que la habían premuerto, resultándose que en dichas operaciones dice que aún no está incoado el expediente de declaración de herederos de dichas sucesiones ni pagase los impuestos y no obstante se relacionan los bienes de aquellas sucesiones % sin previa valoración se adjudican al demandado don Alonso los derechos hereditarios en dichas sucesiones.

Tercero.- Que el 28 de octubre de 1957, ante el mismo Notario, comparece don Alonso , y protocoliza las operaciones particionales de doña Magdalena y de don Jesús María , compareciendo por sí y en



representación de los otros demandados, diciendo que le ha sido adjudicado en pleno y absoluto dominio todos los derechos que a doña Estíbaliz correspondían en la herencia intestada de su madre doña Magdalena y de su hermano don Jesús María, considerándose como heredero absoluto de doña Estíbaliz en esas sucesiones con total exclusión de la actora, por lo que adolecen de nulidad e ineficacia por falta de consentimiento de ésta, acompañándose de número dos copias simple de las mismas y citándose a efectos de prueba el protocolo de la notaría de aquella villa y los autos de juicio de desahucio promovidos por dicho demandado contra la actora.

Cuarto.-Que las valoraciones de ambas operaciones testamentarias son caprichosas y dadas con ánimo de lesionar a la actora, como lo ha sido en más de la cuarta parte.

Quinto.-Que se pretende la nulidad de la partición de 25 de octubre de 1956 otorgada por don Miguel Ángel y la de las operaciones testamentarias de 27 de octubre de 1956 de don Alonso, citándose a efectos de pruebas el Registro de la Propiedad y cuantas oficinas pudieran aportar datos o documentos al litigio. Expuso los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y suplicó se declarase:

- a) Que era ineficaz por nulidad o rescisión la partición de bienes realizada por el Comisario don Miguel Ángel.
- b) Que es nula asimismo la realizada por don Alonso.
- c) Se ordena al Registrador de la Propiedad del Partido la cancelación de cuantas inscripciones haya practicado como consecuencia de dichas operaciones testamentarias.
- d) Que de no estimarse lo anteriormente pedido se declare rescindióle por lesión las operaciones testamentarias protocolizadas en la Notaría de aquella villa bajo el número 948 de 1956 y, en su consecuencia, se practique nueva partición o se abone a la actora por el demandado don Alonso la cantidad a que asciende la lesión.
- e) Que se condene a los demandados a estar y pasar por las consecuencias jurídicas de las declaraciones que se pronuncien; y
- f) Se impongan las costas a la parte demandada; solicitándose por otrosí, el recibimiento a prueba, la anotación preventiva de la demanda y la citación de los ausentes. Y acompañó a la demanda los documentos a que en la misma se ha hecho mérito:

RESULTANDO que admitida la demanda y emplazados los demandados, compareció en los autos la Procurador doña Carmen Sosa Díaz, que en representación de don Alonso, don Miguel Ángel, doña Marcelina, doña Magdalena, doña Amelia, doña Ángela y don Juan Manuel, don Benito, doña Flora, doña Rosario y doña Gabriela, contestó la demanda oponiendo a la misma los siguientes hechos:

Primero.-Negaba los formulados de contrario en cuanto se opusieran a los que seguidamente manifestaba.

Segundo.-Manifiesta que a don Miguel Ángel no se le ha debido demandar por no ser coheredero.

Tercero.-Que el fallecimiento de don Bernardo, padre de la causante, dejó de su matrimonio con doña Magdalena, cinco hijos legítimos llamados Franco, Estíbaliz, Alonso, Jesús Luis y Jesús María, quienes por documento otorgado en 1903 dividieron su herencia conforme al testamento de 12 de mayo de dicho año, otorgado ante el entonces Notario de Santoña y a pesar de la división doña Magdalena continuó administrando la fortuna familiar. Que posteriormente emigraron a América los tres varones, muriendo don Jesús Luis y dejando nueve hijos, los aquí demandados, hermanos Franco, Ángela, Rosario, Gabriela, Marcelina, Estíbaliz, Juan Manuel, Jesús María, Jesús Luis, Benito, Amelia, Alonso, Marí Trini, Flora, muriendo también Julia después de su madre y posteriormente el hijo llamado Ángel, siguiendo administrando los bienes familiares doña Estíbaliz, cuya situación procuró heredar la hoy actora.

Cuarto.-Reconoce como cierto el correlativo a excepción de que la actora no haya dispuesto de los bienes que le fueron adjudicados.

Quinto.-Refiere hechos ciertos y válidos, habiéndose adjudicado a don Bernardo derechos hereditarios en las sucesiones de su madre y hermano, los que no se han aducido, digo adjudicado, a la actora por no tener participación en ella, negándose el resto del correlativo.

Sexto.-Que es cierto el otorgamiento de la partición que se cita, no siendo cierto que don Amelia interviniera como heredero absoluto de doña Estíbaliz, sino como adjudicatario único de que allí se parte, negándose los restantes de dichos hechos.

Séptimo.-Niega la totalidad del correlativo.

Octavo.-Que ya se ha contestado y llamado la atención sobre que se pretende sólo la nulidad de las particiones de 28 de octubre de 1956, como consecuencia de la nulidad de las que pide para la del 25 del mismo mes y año.



Noveno.-Que el adjudicar a don Bernardo los derechos hereditarios de su madre y hermano se le adjudicó también el pasivo, cuyos pagos ha realizado y los cuales habrán de ser tenidos en cuenta en el momento oportuno.

Décimo.-Que en el cuaderno particional protocolizado de la herencia de doña Estíbaliz se ha realizado una hijuela para pagos de los gastos de la herencia de dicha señora.

Undécimo.-Que posteriormente al otorgamiento de las particiones impugnadas, este Juzgado ha dictado auto de declaración de herederos de doña Teresa , don Jesús Luis y don Franco y doña Magdalena , acompañándose testimonio de tal resolución. Expuso los fundamentos de derecho que estimó aplicables y concluyó suplicando se desestimara la demanda en todas sus partes, absolviendo a los demandados con imposición de costas a la actora. Y acompañó a su contestación los documentos de que se hace mérito en la misma:

RESULTANDO que conferido traslado a las partes para réplica y súplica, evacuaron dichos trámites, insistiendo en los hechos y fundamentos de derecho de sus respectivos escritos de demanda y contestación y terminaron con la súplica de que se dictara sentencia en los términos interesados en los mismos:

RESULTANDO que recibido el juicio a prueba, a instancia de la parte actora se practicó la de confesión judicial bajo juramento indecisorio del demandado don Miguel Ángel , la documental mediante la reproducción de los documentos acompañados a la demanda, la pericial por la que el Perito señor Villana emitió dictamen, que consta en la respectiva pieza; y a propuesta de la parte demandada, la de confesión judicial bajo juramento indecisorio de la actora doña Carla , la documental, reproduciendo los documentos acompañados a la contestación a la demanda y la pericial emitiéndose dictamen por el Perito señor Carlos Francisco , en el sentido que figura en la pieza respectiva:

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas y no habiendo solicitud ninguna de las partes la celebración de vista, se les entregaron los autos por su orden para conclusiones, trámite que evacuaron haciendo un estudio de las pruebas practicadas en relación con su respectivo punto de vista y solicitando se dictase sentencia en los términos interpuestos en sus escritos de demanda y réplica, contestación y súplica:

RESULTANDO que por el Juez de Primera Instancia de Santoña se dictó sentencia con fecha 23 de febrero de 1959 , por la que estimando en parte la demanda formulada por la representación de doña Carla contra don Miguel Ángel , don Alonso y doña Marcelina , doña Marí Trini , doña Amelia , don Benito , doña Flora , doña Rosario , doña Ángela , don Juan Manuel y doña Gabriela , declaró nula la partición de bienes de doña Estíbaliz realizada por el demandado citado en primer lugar, protocolizada en la Notaría de aquella villa en 25 de octubre de 1956; que asimismo declaró nulas las particiones de bienes de doña Magdalena y de don Franco , realizadas por el demandado don Alonso y protocolizadas en la misma Notaría el 28 de octubre de 1956, ordenando en su consecuencia la cancelación de cuantas inscripciones se hubieran practicado como consecuencia de las particiones referidas, condenando a los demandados, a excepción del citado en primer lugar, don Miguel Ángel , a quien se absolvía de la demanda, a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y sin hacer expresa condena en costas:

RESULTANDO que interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por la representación de los demandados, admitido dicho recurso en ambos efectos y tramitado con arreglo a derecho, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos dictó sentencia con fecha 26 de septiembre de 1959 , por la que revocando parcialmente la dictada por el Juez de Primera Instancia de Santoña con fecha 23 de febrero anterior, declaró:

Primero.-Desestimar la demanda respecto del demandado don Miguel Ángel , al que absolvía de todos los pedimentos formulados en el suplico de la misma.

Segundo.-Estimar en parte dicha demanda respecto de los demás demandados don Alonso , doña Marcelina , doña Marí Trini , doña Amelia , don Benito , doña Flora , doña Rosario , doña Ángela , don Juan Manuel y doña Gabriela , declarando rescindibles por lesión las operaciones de la partición de bienes de la finada doña Estíbaliz , protocolizadas el 25 de octubre de 1956 ante el Notario de Santoña don Enrique Franch Alfaro, bajo el número 948 de su protocolo general, y en su consecuencia que se practique nueva partición o que se abone por el demandado don Alonso a la actora la cantidad de 26.739,08 pesetas a que asciende dicha lesión; condenando a dichos demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones; sin expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias; confirmando la sentencia apelada en cuanto estuviera de acuerdo con los anteriores pronunciamientos y revocándole en lo demás:

RESULTANDO que por el Procurador don Ángel Deleito Villa, en representación de doña Carla , se interpuso recurso de casación por infracción de Ley contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, con apoyo en los siguientes motivos:



Primero.-Autorizado por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Alegando infracción de Ley por interpretación errónea del artículo 1.057 del Código Civil , y violación de la doctrina al él referente, contenida entre otras sentencias en las de 26 de octubre de 1911 , 10 de enero de 1934 , 19 de mayo de 1945 y 3 de junio de 1952 . El fallo recurrido, en sus considerandos tercero y cuarto, afirma que la comunidad hereditaria está formada por un complejo de bienes unidos transitoriamente, entre los cuales han de contarse los créditos y deudas de la causante, todo lo cual tiene que ser objeto de la partición, y basándose en esa afirmación concluye que por ello, los derechos hereditarios que tuviera doña Estíbaliz en las sucesiones de su madre y hermano habían de ser incluidos en la partición efectuada por el Contador partidor, sin necesidad de la intervención de los herederos, como proclama la sentencia de 17 de mayo de 1910, y resulta lógico, pues lo contrario sería concluir con la forma unilateral de la partición, inutilizado y desvirtuando el artículo 1.057 del Código Civil . Este artículo preceptúa en su párrafo primero que "el testador podrá por actos ínter vivos o mortis causa encomendar para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquiera persona que no sea uno de los coherederos, y aunque es cierto que se ha interpretado por la jurisprudencia en el sentido de que la partición por Comisario reciba de la Ley que le autoriza su fuerza de obligar, cual si fuere hecha por el propio testador, sin que sea preciso el consentimiento de los interesados, los cuales forzosamente han de pasar por ella mientras no sea anulada o rescindida, sin más salvedad que la prevista en el párrafo final del citado artículo y la referente a la intervención del viudo o viuda en la liquidación de la sociedad conyugal si el causante estuviera casado (sentencia de 17 de abril de 1943, que reproduce un criterio jurisprudencial reiteradamente sustentado, y al que se alude, confirmándolo en la sentencia de 17 de mayo de 1910, citada en el fallo recurrido), también resulta evidente que ese principio no conduce a la consecuencia de que sea invulnerable la partición que efectúe un Comisario partidor, porque ello equivaldría a dejar la partición al arbitrio de un tercero en posible detrimento de los derechos reconocidos a los herederos por "1 testador en su testamento. Por ello, la sentencia de 2 de junio de 1952 (reproduciendo doctrina de las de 26 de octubre de 1911, 10 de enero de 1934 y 19 de mayo de 1945), establece que no solamente los herederos legítimos, sino también los voluntarios pueden reaccionar contra la partición llevada a cabo por el Comisario si contraría las disposiciones expresas o presuntas del testador, porque el Contador partidor quede estrechamente ligado al cumplimiento de la voluntad de aquél expresada en forma legal; y de esta doctrina se infiere que allá donde existan vicios que hacen ineficaz la partición, tiene que entrar en juego la doctrina legal indicada, interpretativa del artículo 1.057 del Código Civil , sin que por ello quede inutilizado ni desvirtuado el precepto, ya que sigue conservando con su fuerza de aplicación, sin que tampoco signifique que se vaya en contra de la forma unilateral de la partición puesto que lo único que se propugna es que prevalezca la voluntad del testador, y que el Comisario se acomode a ella sin sustituirla por su propia voluntad. Y en el caso que examina, la voluntad del testador no ha sido cumplida por el albacea, pues se ha inventariado como bienes de doña Estíbaliz unos derechos de dicha señora en unas sucesiones, sin que previamente hubiese sido declarada heredera, y por tanto sin título jurídico alguno y, por consiguiente, sin saberse la partición que pudiera corresponderle en dichas sucesiones, considerando el número de herederos que con ella concurrían y la cuota atribuible a cada uno de ellos. La facultad de determinar esas particiones y cuotas era de la exclusiva competencia de los herederos de doña Magdalena y don Franco , por haber fallecido ambos sin dejar disposición testamentaria, pero no del Comisario designado por doña Estíbaliz y, desde la muerte de ésta, esa facultad pasó a su representada como interesada en aquellas herencias, así es que al inventariarse los repetidos derechos y valorarse sin intervención de doña Carla , adjudicándose en bloque el otro heredero, don Alonso , sin haberse averiguado si existían más de los que se inventariaban como pertenecientes a aquellas sucesiones se ve más allá de las atribuciones conferidas, las cuales, como antes han dicho, quedan circunscritas al cumplimiento de la voluntad de la testadora; y a la Intervención de su representada no significaba en modo alguno merma de las atribuciones del Comisario en las operaciones particulares, sino el ejercicio del derecho que les asistía para la fijación de unos bienes, con determinación concreta de los mismos, lo que no hubiera sido necesario de haberse seguido el orden cronológico que debió seguirse en la confección de los cuadernos particionales de doña Magdalena y don Franco y de doña Estíbaliz , alteración cronológica inexplicable si, como es de presumir, hubo una dirección técnica, a no ser que se persiguiera el fin logrado de desposeer a su representada del derecho de intervención a que vienen refiriéndose. Así resulta que por haberse adjudicado en las operaciones particionales de doña Estíbaliz esos derechos a su hermano don Alonso , ha podido éste, con ausencia de su representada, actuar en la confección de las testamentarias de doña Magdalena y don Franco , que adolecen del mismo vicio que las que confeccionó el albacea con respecto a doña Estíbaliz , haciendo que sean igualmente nulas. Por consiguiente, al entender la sentencia recurrida que a pesar de los vicios apuntados es válida la actuación del Comisario designado por doña Estíbaliz , resulta inconcuso que se ha infringido el artículo 1.057 del Código Civil , por interpretación errónea del mismo, con violación de la doctrina legal a que se contraen las sentencias que antes han citado de 26 de octubre de 1911 , 10 de marzo de 1934 , 19 de mayo de 1945 y 3 de julio de 1952 , porque en su actuación el albacea no se acomodó a la voluntad del testador.



Segundo.-Autorizado por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Alegando infracción de Ley y de doctrina legal, por violación del artículo 811 del Código Civil y de las sentencias, entre otras, de 16 de diciembre de 1892, 16 de enero de 1901, 6 de noviembre de 1906, 30 de diciembre de 1912 y 14 de junio de 1945 y de las de 4 de enero de 1911 y 21 de marzo y 7 de noviembre de 1912. El fundamento procesal de este motivo se apoya en la doctrina jurisprudencial que la no aplicación de una norma equivale a su violación (sentencia de 2 de noviembre de 1943, 3 de enero de 1944 y 8 de enero de 1945), dándose aquí el caso de que no se ha tenido en cuenta lo dispuesto en el artículo 811 del Código Civil , ni la doctrina legal interpretativa del mismo, que se sustente en las sentencias antes citadas, pues según puede observarse en el cuaderno particional que confeccionó y elevó a escritura pública en 28 de octubre de 1956 don Alonso (folios 24 y siguientes del apuntamiento, donde aparece transcrito), relativo a las testamentarías de doña Teresa , su madre doña Magdalena , y el hijo de ésta don Franco , se manifiesta que doña Teresa falleció en 1 de marzo de 1924, en estado de soltera y por consiguiente sin descendientes, por lo que resultó su única heredera su madre, doña Magdalena , de suerte que el caudal relicto de ésta estaba constituido por dos clases de bienes: unos, de carácter de reservables, y otros, sin sujeción a reserva, lo que llevaba aparejado la necesidad de haber hecho la debida separación, ya que con respecto a los reservables no tenían derecho alguno los nietos de la causante, hermanos Ángela Rosario Flora Gabriela Marcelina Juan Manuel Benito Amelia Marí Trini , como descendientes directos de don Jesús Luis , hijo de dicha doña Magdalena , fallecido con anterioridad a su madre; y no podían concurrir con sus tíos doña Estíbaliz , don Alonso y don Franco en la participación de los mismos, no obstante lo cual se distribuyó la totalidad del caudal en cuatro partes iguales, en lugar de tres, mermando como es natural las cuotas correspondientes a don Franco , don Alonso y doña Estíbaliz , lo que implica una merma de la cuota de su representada, como heredera de doña Estíbaliz y como partícipe en el caudal relicto de don Franco , que había fallecido con anterioridad a aquélla, o sea, el 26 de marzo de 1955 (según se hace constar en el cuaderno particional de su testamentaría, obrante en su transcripción, como antes han dicho, al folio 24 y siguientes del apuntamiento). Queda patente, por consiguiente, que si el fijarse los derechos de doña Estíbaliz en las sucesiones de su madre y hermano, se hizo sobre la cuarta parte del caudal de la sucesión de su madre y sobre la tercera parte del de su hermano, ello era improcedente conforme a lo que antes ha quedado expuesto, y entraña una violación del artículo 811 del Código Civil , por virtud del cual doña Magdalena , que heredó de su hija doña Teresa bienes que éste había adquirido a título lucrativo de otro ascendiente, estaba obligada a reservar los que hubiese adquirido por ministerio de la Ley en favor de los parientes que estuviesen dentro del tercer grado de parentesco y perteneciesen a la línea de donde los bienes procedían; y si bien es cierto que dentro del tercer grado estaban tanto los hermanos de doña Teresa (doña Estíbaliz , con Franco y don Bernardo ), como sus sobrinos (los hermanos Ángela Rosario Flora Gabriela Marcelina Juan Manuel Benito Amelia Marí Trini ), éstos no podían concurrir con aquéllos, por lo que se refiere a los bienes reservables, en atención a la doctrina legal, según la cual, por constituir la reserva un derecho o beneficio personalísimo, sólo puede ejercitarlo o reclamarlo aquellas personas a cuyo favor lo ha establecido la Ley taxativamente, sin que quepa en esta materia de interpretación restrictiva la representación establecida para otro orden de derechos en los artículos 924 y 925 (sentencias de 16 de diciembre de 1892, 16 de enero de 1901, 8 de noviembre de 1906, 30 de diciembre de 1912 y 14 de junio de 1945). La última de las citadas agrega, en aclaración, que si el artículo veda el derecho de reserva pueda extenderse a personas que no estén dentro del grado que el artículo determina, por obra de la representación, no impide en cambio que una vez adquirido por persona que se encuentre en él pueda adquirirlo su inmediato sucesor, no por virtud del derecho de representación, sino por estar en el patrimonio de su causante, que es precisamente lo que sucede con su representado. Y como además la doctrina legal tiene establecido que sólo a la muerte del reservista se adquiere el derecho a suceder en los bienes que constituyen la reserva, pues aunque nazca la reserva en el momento mismo en que hereda el ascendiente, hasta la muerte de éste no puede el reservatario atribuirle la cualidad de heredero en los bienes reservables (sentencias de 4 de enero de 1911 y 21 de marzo y 7 de noviembre de 1912), resulta inconcuso que al incluirse en el inventario unos derechos fijados cuantitativamente en contra de lo dispuesto por la Ley, se ha hecho que la partición incida en vicio de nulidad, vicio que afecta al cuaderno particional protocolizado por el Contador partidor de doña Estíbaliz , elevado a escritura pública en 25 de octubre de 1956, así como el cuaderno particional de las testamentarías de doña Magdalena y don Franco , protocolizado por don Alonso en 28 de dicho mes y año, en cuyas particiones estaba interesada su representada, doña Carla .

Tercero.-Autorizado por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Se articula e invoca este motivo por infracción de Ley, con el mismo fundamento procesal que el anterior, por violación del artículo 1.006 en relación con los 659 y 1.066 del Código Civil , normas que siendo de aplicación no fueron aplicadas por la sentencia recurrida, porque si el artículo 1.006 dispone que por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía, es indudable que al fallecimiento de doña Estíbaliz , los derechos de ésta a las herencias de su madre y hermano, se transmitieron a su heredera, su representada, la cual, por haber fallecido su causante sin testamento, tenía forzosamente que



intervenir, ocupando el lugar de dicha doña Estíbaliz , para determinar el alcance de los referidos derechos en las correspondientes particiones, pues aunque el artículo 659 disponga que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingue por su muerte, y que con arreglo a ello el Contador partidor pudo incluir en el inventario los repetidos derechos, eso sería si estuviesen perfectamente delimitados, pero no el caso de que hubiese que fijarlos, por la diversa participación de todos los interesados, ya que se exponía en ese supuesto a no cumplir la voluntad de quien el él depositó su confianza, y a la que como han dicho tenía que someterse. Y esto es lo que ha sucedido aquí, ya que siendo la voluntad de la testadora que sus dos herederos lo fueran por iguales partes, al adjudicarse a don Bernardo los referidos derechos, se contrarió esa voluntad, con manifiesta extralimitación de funciones, como acertadamente se dice por el Juzgado de Primera Instancia en el considerando sexto de su sentencia, en donde textualmente se manifiesta lo siguiente; "y no se diga que el albacea no replicó acto alguno en dichas sucesiones, pues adjudicó los derechos en ambas desnaturalizando la partición, puesto que ésta por imperativo del artículo 1.068 de Código Civil , confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados", o como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1944 , completamente la transmisión individualizando y concretando el derecho de cada heredero sobre bienes determinados de la herencia. Si los derechos pertenecientes a doña Estíbaliz hubieran sido concretos y delimitados, sería correcto que el albacea Contador partidor los hubiese inventariado, pero careciendo de sus concreción y delimitación y correspondiendo a otros y no a él la fijación y alcance de los mismos, la partición adolece de vicio de nulidad con arreglo a los preceptos que han examinado, y al no entenderlo así la sentencia recurrida ha infringido los referidos preceptos:

Cuarto.-Autorizada por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Alegando infracción de Ley por aplicación indebida o interpretación errónea del artículo 1.077, en relación con el 1.074, ambos del Código Civil , motivo que se invoca con el carácter de subsidiario y para el supuesto de que no fuesen acogidos cualquiera de los anteriores. La sentencia recurrida, fundándose en el artículo 1.074 del Código Civil , estima que en la partición de la herencia de doña Estíbaliz hubo lesión para su representada en más de la cuarta parte, y en su consecuencia, con arreglo al artículo 1.077, resuelve que se practique una nueva partición o que se abone por el demandado don Alonso a la actora la cantidad de 26.739,08 pesetas a que dice asciende dicha lesión, pronunciando que viene a dejar al arbitrio del heredero demandado antes nombrado el proceder de una forma u otra, puesto que el artículo 1.077 en su párrafo primero, y para el caso de que haya en la partición lesión en más de la cuarta parte, dispone que "el heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición". Sin embargo, este derecho de opción no se concede al heredero demandado cuando el perjuicio del lesionado es muy superior a la cuarta parte o cuando resulta difícil de determinar dadas las circunstancias concurrentes en el cuaderno particional, V ello por las irremediables consecuencias que pueda producir para el heredero perjudicado, criterio interpretativo que les inspira la sentencia de la Sala de 19 de mayo de 1945 . En el caso que examinan no solamente existe una desigualdad de valor en los lotes, que como reconoce la sentencia recurrida supone una lesión para su representada en más de la cuarta parte, sino que se han mermado los valores cuantitativos de unos derechos que la correspondían en unas sucesiones pendientes de partición, por distribuir bienes reservables haciendo entrar en la distribución a quienes no eran reservatarios, mermando a su vez el caudal relicto de otro de los causantes en cuyos derechos sucesorios tiene su representada una tercera parte, con todo lo cual resulta que el perjudicado en cuanto a su volumen no puede determinarse, pero que atendidas las bases de fijación (que podrá hacerse interviniendo en la partición) ha de resultar, unido al ya reconocido, muchísimo mayor de la cuarta parte; y por todo ello no puede quedar facultado el heredero demandado para elegir entre indemnizar en la cantidad fijada en la sentencia impugnada o consentir que se proceda a nueva partición, sino que ha de ser obligado a que, en unión de su representada, su coheredera (y puesto que tiene la representación de los otros Interesados) practique nuevas operaciones particionales en aras de la equidad, que es pilar básico del Derecho. Y a esta conclusión que llegan no puede oponerse el que si se acordase lo que solicitan podría incurrirse en incongruencia, en atención a que su parte en el extremo D) de la súplica de la demanda postulaba que se practicara una nueva partición o se abonase por el demandado don Alonso a su representada la cantidad a que ascendiese la lesión (que es lo que concede el fallo recurrido), porque como no se pidió que ello fuese a elección del heredero demandado, sino que en forma alternativa se suplicó una u otra cosa (asi lo denota la conjunción disyuntiva "no"), puede perfectamente casarse el fallo en el sentido antes indicado y conforme a la interpretación que la Sala ha dado del artículo 1.077 del Código Civil , a que anteriormente se han referido:

RESULTANDO que por el Procurador don Fernando Poblet Alvarado, en nombre y representación, de don Alonso , se interpuso recurso de casación por infracción de Ley contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos, con apoyo en los siguientes motivos

Primero.-Al amparo de la causa séptima del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; por entender que la sentencia recurrida incide en error de hecho en la apreciación de las pruebas al afirmar que la actora ha sufrido



lesión superior a la cuarta parte de sus derechos hereditarios. Error que resulta, de la prueba documental obrante a los folios seis y siguientes, 243 y siguientes y 248 y siguientes de los autos. Para comprender este motivo han de pensar en las razones o consideraciones de la sentencia recurrida. Esta aplica al presente caso el artículo 1.074 del Código Civil ; es decir, aquel precepto que indica que las particiones deben rescindirse cuando exista lesión para un heredero, siempre que esta lesión sea "en más de una cuarta parte, atendiendo al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas". Y el Tribunal "a quo" estima en el presente caso que a la señorita Carla se le ha producido esta lesión; porque su participación hereditaria en la sucesión de doña Estíbaliz era (según tasación pericial el día de su adjudicación) de 97.347,08 pesetas, cuya cuarta parte es de 24.336,77 pesetas, y siendo lo adjudicado (según la misma tasación pericial) de 70.608 pesetas, la lesión es de 26.739,08 pesetas superior a aquella cuarta parte. La cuestión es, como puede comprenderse, una cuestión de "números". Y ellos, frente a los de la sentencia, señalan los siguientes, que como se verá están apoyados en una prueba documental que se aprecia erróneamente, dando lugar a este recurso:

I. Valor de los bienes de la herencia de doña Estíbaliz . Frente a las 195.935,16 pesetas que señala la sentencia, únicamente 181.186,14 pesetas.

II. Valor de derecho hereditario de doña Carla . Frente a las 97.337,08 pesetas que señala la sentencia (y que en realidad, según sus cálculos, serían 97.447,08 pesetas), ellos señalan 84.593,07 pesetas. Esta cifra es el resultado de dividir por dos el valor de la herencia antes indicada, o sean 181.186,14 pesetas, previa deducción de las 12.000 pesetas que la prueba pericial ha asignado a la finca número 7 del inventario, adjudicada al heredero don Bernardo para pago de gastos, con obligación de justificar los mismos a sus coherederos.

III. Valor de la cuarta parte de este derecho. Será por ello de 21.148,27 pesetas, frente a las 26.739,08 pesetas que señala la sentencia. Cantidad que se obtiene de dividir por cuatro aquella participación de 84.593,07 pesetas; y

IV. Valor de los bienes adjudicados y de la lesión. También, frente a las cifras de la sentencia, señalan éstas, sacadas de lo anteriormente dicho y de la prueba pericial:

a) Valor de los bienes adjudicados a la actora: 69.608 pesetas.

Y b) Importe de la lesión (diferencia entre esta suma y las referidas 84.593,07 pesetas) 14.985,07 pesetas.

Cantidad muy inferior al concretado 25 por 100. Es decir, que de sus "numerosos", la lesión sufrida por la actora no llega, con mucho, al 25 por 100 (o sea cuarta parte de que habla el artículo 1.074), y que por ello no puede haber rescisión ni obligación por parte de don Bernardo , ni de hacer nueva partición, ni de indemnizar el perjuicio. El problema, insisten, es un problema de "números". Y la autenticidad de los suyos, que evidencia el error de apreciación de prueba de la sentencia, resulta de los siguientes documentos auténticos que obran en autos:

Primero. De las certificaciones del Liquidador del Impuesto de Derechos Reales de Santoña, obrantes a los folios 243 y 248 y siguientes de los autos. Porque cuando el Tribunal "a quo" señala el valor del caudal hereditario de doña Estíbaliz , valora íntegramente los derechos hereditarios de doña Magdalena y don Franco . O sea: que valora lo que pudieran llamar su "activo", sin tener en cuenta el "pasivo" correspondiente precisamente a los herederos de doña Estíbaliz . Y este pasivo es interesantísimo. El "activo" dicho -prueba pericial- asciende a 60.095,37 pesetas en los derechos de doña Magdalena ; y a 41.740,98 pesetas en los de don Franco . Pero se prescinde del "pasivo". "Pasivo" constituido por el Impuesto de Derechos Reales a cargo únicamente de los herederos de doña Estíbaliz . Y que asciende - prescindiendo aquí de detalle, que obra en las certificaciones- a 3.872,41 pesetas en la primera herencia y a 9.585,80 pesetas en la segunda. La trascendencia de ello se verá después.

Segundo. En el cuaderno particional, cuya rescisión se pretende, y que obra a los folios seis y siguientes de los autos. Porque no se puede olvidar que el albacea, contador-partidor, de los bienes de doña Estíbaliz , en uso de un perfecto derecho, adjudicó la finca número 7 del inventario a don Bernardo , para que éste afrontara los gastos de partición sin perjuicio de rendir cuentas a sus coherederos, concretamente a doña Carla , Y no puede olvidarse que en este documento se hace tal adjudicación; y que dicha finca se valora -por el Perito- en la cantidad de 12.000 pesetas. Pues bien; estas pruebas documentales -auténticas e importantísimas- se han apreciado erróneamente por el Tribunal "a quo", al no darles el valor que tienen. Y que es el que a continuación se señala:

a) Cálculo de la sentencia, prescindiendo de las pruebas documentales aludidas:

1) Valor de la herencia de doña Estíbaliz : Fincas (1 a 8), 92.808 pesetas. Derecho hereditario de doña Magdalena , 60.095,37 pesetas. Derecho hereditario de don Franco , 41.740,98 pesetas. Total, 194.644,35 pesetas.



2) Mitad de dona Carla , pesetas 97.322,17.

3) Adjudicado a la misma, 70.608 pesetas. Lesión, 26.714,17 pesetas. Superior al 25 por 100 de las 97.322,17 pesetas, a pesetas 24.330,55.

b) Cálculo con la prueba documental debidamente interpretada:

1) Valor de la herencia de doña Estíbaliz : Fincas (1 a 8), 92.808 pesetas. Derecho hereditario de doña Magdalena , pesetas 56.222,96. Derecho hereditario de don Franco , 32.155,18 pesetas. Total, pesetas 181.186,14. A deducir finca número 7, 12.000 pesetas. Quedan, 167.186,14 pesetas.

2) Mitad de doña Carla , - pesetas 84.593,07.

3) Adjudicado a la misma, 70.608 pesetas. Lesión, 13.986 pesetas. Inferior- al 25 por 100 de las 84.593,07 pesetas, que asciende a 21.148,27 pesetas.

Tal es la elocuencia de los números y de la prueba documental que si se aprecia con detenimiento, lleva a la consecuencia de que en el presente caso doña Carla no ha sufrido lesión en las adjudicaciones que se le hicieron en la herencia de doña Estíbaliz que obliguen a aplicar el artículo 1.074 del Código Civil ; y a declarar, como se ha hecho, la rescisión de su cuaderno particional.

Segundo.-Al amparo de la causa primera del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; por entender que la sentencia recurrida infringe por aplicación indebida el artículo 1.704 del Código Civil y la doctrina que lo interpreta. Este motivo no es otra cosa que un corolario del anterior, ya que si el artículo 1.704 sólo puede aplicarse a aquellos casos en que se ha producido lesión superior a la cuarta parte de los derechos de un heredero, y en este caso se ha demostrado que dicha lesión -con mucho- no llega a este porcentaje, es evidente que tal precepto se ha aplicado -en el caso de sus mandantes- de una forma indebida:

RESULTANDO que admitidos dichos recursos y evacuado por las partes la instrucción de los mismos, la Sala declaró los autos conclusos y mandó traerlos a la vista con las debidas citaciones; acto que previa formación de nota ha tenido lugar en 23 de abril pasado y en el que los Letrados de las partes informaron en apoyo de sus respectivas pretensiones:

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca Conde de Borrajeiros:

## CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que la recurrente doña Carla , apoyándose en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , atribuye a la sentencia recurrida infracción por interpretación errónea del artículo 1.057 del Código Civil y violación de la doctrina a él referida, integrada por las sentencias que citaba, fundándose en que se había inventariado como bienes de la testadora doña Estíbaliz unos derechos de dicha señora en las sucesiones de su madre y hermanos, sin que previamente hubiera sido declarado heredera de ellos y, por tanto, sin saberse la participación que pudiera corresponderle en dichas sucesiones, cuya facultad de determinación no le competía al contador, sino a los herederos de doña Magdalena y de los hijos fallecidos, entre los que figuraba la recurrente por haber muerto la causante de ella doña Estíbaliz ; por todo lo que vino a privarse a la recurrente de la facultad de intervenir en dichas particiones, que en su sentir adolecen de vicio que las anula:

CONSIDERANDO que la circunstancia de que en la partición de bienes de doña Estíbaliz , realizada por el contador, se hayan incluido los derechos que a ella le correspondían en las herencias de su madre y hermanos fallecidos y que se hayan adjudicado con determinada valoración a uno de sus herederos sin la previa partición que la recurrente cree indispensable, no contraviene lo preceptuado en el artículo 1.057 invocado ni constituye vicio que implique la nulidad de tal partición:

Primero. Porque si la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su -muerte -como el artículo 659 previene-, la partición de ella, si ha de ser completa, tendrá que contener también adjudicaciones de derechos transmisibles de los que figuraban en la herencia.

Segundo. Porque si la recurrente entendía que con la adjudicación de esos derechos sucesorios a su coheredero se le causaban perjuicios superiores a la cuarta parte de la herencia, podría impetrar la rescisión de ella por lesión -artículo 1.074 -, pero no su nulidad.

Y tercero. Porque si creía que en ella se habían omitido alguno o algunos objetos o valores de la herencia, podría pedir que se completase o adicionase con ellas, como el artículo 1.079 preceptúa:

CONSIDERANDO que como motivo segundo de su recurso doña Carla invoca, al amparo del mismo número primero del citado artículo 1.692, la infracción por violación del artículo 811 del Código Civil y de las sentencias que relaciona, referentes a los bienes sujetos a reserva, porque la impugnada partición efectuada en 28 de





octubre de 1956 , relativa a las testamentarias -mejor sería decir de las herencias, porque los causantes fallecieron sin haber otorgado testamento- de doña Teresa , doña Magdalena y don Franco , no tuvo en cuenta que el caudal relicto de doña Magdalena estaba integrado por dos clases de bienes, unos reservables y otros no sujetos a reserva, y que tales bienes no habían de ser divididos todos en cuatro partes iguales, ya que el hijo don Jesús Luis había fallecido antes que doña Magdalena y los hijos de él no tenían participación en los bienes reservables que dicha doña Magdalena había heredado de su hija doña Teresa ; de donde, a juicio de la recurrente, se infiere que esa partición ha incidido en vicio de nulidad, cuyo vicio afecta también a la partición realizada por el contador en 25 de octubre de 1956

CONSIDERANDO que este sugestivo tema del carácter reservable de los bienes que heredó doña Magdalena de su hija doña Jesús María y de las consecuencias que ello podría producir en las dos particiones litigiosas no se ha planteado en la demanda, y aunque se alude en la réplica se hace de una manera inconcreta, limitándose a decir que con ello se le ha ocasionado perjuicio en la partición realizada por el contador, pues manifestándose en ella que algunos de esos bienes de doña Magdalena fueron heredados de su hija doña Teresa , que a su vez los había adquirido por herencia de su padre, venía a reconocerse el carácter de reservable, y su distribución a la muerte de la reservista no podía variarse por voluntad del contador:

CONSIDERANDO que, por tanto, como en la fase de alegaciones -que era el momento procesal adecuado- no se impetró de manera expresa la nulidad de las particiones litigiosas, fundándose en que en ellas se habían considerado como herederos a quienes no lo eran - artículo 1.081 del Código Civil -, no puede ahora introducirse en casación este problema, que es nuevo y no fué objeto de debate en el litigio ni de resolución en la sentencia impugnada:

CONSIDERANDO que si lo que pretendía la demandante en su escrito de réplica era poner de manifiesto que por tener carácter reservable algunos de los bienes que disfrutaba en vida doña Magdalena la herencia de doña Estíbaliz debía estar integrada con bienes y derechos que en ella se omitieron, debiera haberlo así pedido expresamente con amparo en el precepto contenido en el artículo 1.079 del Código Civil , que la autorizaba; y si lo que intentaba era obtener la nulidad o rescisión de la partición de los bienes de doña Magdalena , por haberse prescindido de dicha demandante al practicarla, también pudo haberlo así solicitado alegando y probando la mala fe o dolo de los otros coherederos, como exige el artículo 1.080

CONSIDERANDO que como motivo tercero de su recurso doña Carla , amparándose en el número primero del tantas veces referido artículo 1.692, atribuye a la sentencia recurrida infracción por violación, al dejar de aplicarlos, de los artículos 1.006 , 659 y 1.068 del Código Civil , porque al fallecer doña Estíbaliz los derechos de ésta en las herencias de su madre y hermanos fallecidos se transmitieron a la recurrente, que pasó a ocupar el lugar de su causante -la doña Estíbaliz - y tenía que intervenir como interesada en la partición de tales herencias para determinar el alcance de los derechos que a ella le correspondían; de donde la recurrente infiere que al inventariarlos el contador, sin estar concretados y delimitados, la partición por él realizada adolece de vicio de nulidad porque infringe los preceptos referidos:

CONSIDERANDO que como pese a tales alegaciones no ha logrado acreditar que el contador con esa actuación hubiese omitido objetos y valores que debían integrar la herencia partible, ni que se hubiese reputado heredero a quien no lo fuera, ni tampoco que su exclusión en la partición de la herencia de doña Magdalena e hijos hubiese sido realizado por los herederos con mala fe o dolo, no puede obtener ni el complemento de aquella partición, ni su nulidad, ni tampoco la rescisión por preterición de la practicada por don Bernardo :

CONSIDERANDO que en el cuarto motivo, con base en el mismo número primero, se alega la infracción por aplicación indebida e interpretación errónea del artículo 1.077 en relación con el 1.074, ambos del Código Civil , porque la sentencia recurrida otorga al heredero don Bernardo el derecho de optar entre practicar una nueva partición o entregar a la actora la cantidad que la sentencia señala, siendo así que es sentir de la recurrente ese derecho de opción no se concede cuando el perjuicio del lesionado en sus intereses es muy superior a la cuarta parte, según proclamó la sentencia de 19 de mayo de 1945 , que invoca:

CONSIDERANDO que el artículo 1.077 del Código Civil claramente establece en favor del heredero ese derecho de opción en caso de lesión en más de la cuarta parte, por lo que al haberlo otorgado la sentencia recurrida, no lo infringe, sino que lo aplica correctamente, sin que sea de aplicación al caso de autos la doctrina establecida en aquella sentencia de 19 de mayo de 1945 , que se dictó en un supuesto diferente en el que, como también ha dicho la sentencia de 9 de marzo de 1951 , el ejercicio de ese derecho de opción no era bastante para reparar el perjuicio o lesión causada y no quedaba más remedio que practicar una nueva partición

CONSIDERANDO que don Alonso construye el primer motivo de su recurso con apoyo en el número séptimo del artículo 1.692, atribuyendo a la sentencia impugnada error de hecho en la apreciación de la prueba, evidenciado por los documentos auténticos que invocaba a tal fin, consistentes en unas certificaciones de la Oficina Liquidadora del Impuesto de Derechos Reales y en el propio cuaderno particional cuya rescisión por lesión se



pretende por la contraparte, cuyos documentos ponen de relieve, según dicho recurrente, que el importe de la lesión sufrida por la demandante era muy inferior al 25 por 100 que la sentencia fijaba:

CONSIDERANDO que las aludidas certificaciones de la Oficina Liquidadora sólo acreditan que se han ingresado en ella, por el concepto que indica, las cantidades que se relacionan, pero eso no implica la realidad de un hecho contrario e incompatible con los que la sentencia proclama, por lo que no pueden servir al fin de la pretendida casación:

CONSIDERANDO que el cuaderno particional confeccionado por el contador ya fué contemplado y tenido en cuenta por la Sala sentenciadora para llegar al fallo rescisorio, y si el recurrente entendía que no se le dio la interpretación que él juzgaba correcta debía atacarla por la vía del número primero del artículo 1.692 de la Ley procesal, con indicación de los preceptos legales que imponían distinta interpretación:

CONSIDERANDO que el propio recurrente viene a reconocer que el problema que plantea en ese motivo del recurso es simplemente la impugnación que a tal documento ha dado la Sala, cuando dice en el apartado b) del párrafo segundo de ese motivo que "el cálculo con la prueba documental debidamente interpretado", conduce a cantidades distintas de las que fija la sentencia impugnada, con cuyas afirmaciones no pretende más que sustituir la interpretación ponderada e imparcial de la Sala por la suya interesada y apasionada, lo cual no es lícito en dañación ni aun al amparo del párrafo primero del mencionado artículo 1.692

CONSIDERANDO que el motivo segundo del recurso de don Alonso, formalizado como corolario del primero, tiene que ser desestimado al rechazarse éste, porque al no haberse logrado demostrar que no era exacta la apreciación hecha por la Sala sentenciadora, de que existía lesión en más de la cuarta parte en perjuicio de la demandante, hay que proclamar y reconocer que el artículo 1.074 del Código Civil ha sido debidamente aplicado, ya que precisamente contempla ese supuesto de existencia de lesión en más de la cuarta parte:

#### FALLAMOS

que debemos declarar y declaramos no haber lugar a ninguno de los recursos de casación por infracción de Ley interpuestos, uno a nombre de doña Carla y el otro al de don Alonso, contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos con fecha 26 de septiembre de 1959, en autos por aquélla promovidos contra don Miguel Ángel, doña Marcelina, doña Marí Trini, doña Amelia, don Benito, doña Flora, doña Rosario, doña Ángela, don Juan Manuel y doña Gabriela y el ya citado don Alonso, sobre nulidad de operaciones particionales; siendo las costas causadas en este Tribunal Supremo a cargo de cada recurrente las propias y las comunes por mitad; y a su tiempo, líbrese a la indicada Audiencia certificación de esta resolución y devuélvasele el apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" e insertará en la "Colección Legislativa, facilitándose las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Serrada; Bernabé A. Pérez Jiménez; Francisco R. Valcarce; Manuel Taboada Roca Conde de Borrajeiros; Federico Rodríguez Solano.- Rubricados.