

Roj: **STS 3628/2011 - ECLI:ES:TS:2011:3628**Id Cendoj: **28079110012011100355**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **08/06/2011**Nº de Recurso: **295/2008**Nº de Resolución: **415/2011**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 15824/2007,**  
**STS 3628/2011**

## SENTENCIA

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

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 280/03, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 34 de Madrid; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de **doña Elisa**, representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Victoria Brualla Gómez de la Torre; siendo parte recurrida **doña Raimunda**, representada por el Procurador de los Tribunales don Ángel Rojas Santos. Autos en los que también han sido parte don Leonardo y doña Concepción que no se han personado ante este Tribunal Supremo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio ordinario, promovidos a instancia de doña Elisa contra doña Raimunda y los menores don Leonardo y doña Concepción.

**1.-** Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara "... *Sentencia declarativa de los siguientes extremos, con carácter principal el primero, y subsidiario el segundo. Con condena en costas.- Primero.- \* que la partición hereditaria, base de esta demanda, es nula.- \* que, por haber optado la viuda legitimaria interviniente en la partición, por no respetar la voluntad sociniana del testador, ella y sólo ella debe ver reducida su participación, en la herencia del causante, a su legítima estricta.- \* que, consecuentemente con ello, la parte de aquélla, en la herencia, ha de acrecer a favor de mi representada y, lógicamente, de sus hermanos.- \* que en la futura participación y con independencia de lo que proceda por la previa disolución de la sociedad de gananciales, habrá de tenerse en cuenta esa voluntad del testador, consistente en que: - la viuda, en cualquier caso, ha de ver reducidos sus derechos hereditarios, al usufructo del tercio de mejora, - a mi representada deberá acrecer, el resto de la herencia, que recibirá junto con su legítima estricta, acrecimiento que deberá compartir con sus hermanos menores de edad.- \* que, consecuentemente con la nulidad a declarar, deben cancelarse en el Registro de la Propiedad las titularidades reales que esa partición haya podido causar.- \* que, igualmente, deben cancelarse en las correspondientes entidades financieras las titularidades de fondos de inversión, acciones, cuentas corrientes, de ahorro y demás depósitos de dinero que hayan podido hacerse en función de la partición anulada.- \* que caso de que, en función de las titularidades dominicales atribuidas por la partición, la viuda codemandada haya realizado actos de disposición, en su más amplio sentido, deberá restituir al caudal hereditario las sumas obtenidas.- Segundo.- Subsidiariamente y para el supuesto de que el Juzgador entendiera que no procede, íntegramente, la declaración anterior, el Juzgado deberá fallar declarando: \* que la*



*partición hereditaria recurrida es, en todo caso, nula radicalmente, por lo que carece de toda eficacia.- \* que la demandante tiene derecho a la nuda (sic) propiedad (por terceras partes junto con sus hermanos de vínculo sencillo) sobre todos los bienes hereditarios, sin que en la nueva partición pueda realizarse adjudicación ninguna distinta, al existir la obligación de respetar la voluntad sociniana del causante.- \* que, consecuentemente con ello, deben cancelarse en el Registro de la Propiedad las titularidades reales que esa partición haya podido causar.- \* que, igualmente, deben cancelarse en las correspondientes entidades financieras las titularidades de fondos de inversión, acciones, cuentas corrientes, de ahorro y demás depósitos de dinero que hayan podido hacerse en función de la partición anulada.- \* que caso de que, en función de las titularidades dominicales atribuidas por la partición, la codemandada haya realizado actos de disposición, en su más amplio sentido, deberá restituir al caudal hereditario las sumas obtenidas."*

**2.-** Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de doña Raimunda , contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, *"... se dicte sentencia absolviendo libremente a mi mandante de todos los pedimentos deducidos, con expresa imposición de las costas causadas a la demandante."*

El Procurador de los Tribunales don Pablo Hornedo Muguero, en representación de doña Vanesa , en su calidad de Defensor Judicial de los menores Leonardo y Concepción , contestó asimismo la demanda, y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando al Juzgado *"... se dicte sentencia desestimatoria de la demanda absolviendo a mi mandante de los pedimentos deducidos en su contra, con expresa imposición de las costas causadas a la actora."*

**3.-** Convocadas las partes a la audiencia previa, las pruebas propuestas y declaradas pertinentes fueron practicadas en el juicio, quedando los autos conclusos para sentencia.

**4.-** El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 24 de febrero de 2006 , cuya parte dispositiva es como sigue: *"FALLO: Que estimando la demanda formulada por D<sup>a</sup> Elisa , contra D<sup>a</sup> Raimunda y contra los menores de edad D. Leonardo y D<sup>a</sup> Concepción , actuando como defensor judicial de los mismos D<sup>a</sup> Vanesa , debo declarar y declaro que la partición hereditaria de fecha 11-12-2003 es nula de pleno derecho, debiendo en consecuencia: 1) cancelarse en el Registro de la Propiedad las titularidades reales que esa partición haya podido causar, 2) cancelarse en las entidades financieras las titularidades de fondos de inversión, acciones, cuentas corrientes, de ahorro y demás depósitos de dinero que hayan podido hacerse en función de la partición anulada, 3) debiendo restituir las codemandadas al caudal hereditario las sumas obtenidas, si hubieren realizado actos de disposición en función de las titularidades dominicales atribuidas por dicha partición. Todo ello con expresa condena en costas a las demandadas."*

En fecha 11 de mayo de 2006, se dictó auto de aclaración de la mencionada sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: *"Se acuerda la rectificación de la sentencia de fecha 24 de febrero de 2006 en el sentido de que donde se dice en el fallo Y declaro que la participación hereditaria de fecha 11-12-2003 es nula de pleno derecho..." debe decir "y declaro que la partición hereditaria de fecha 23-01-2003 es nula de pleno derecho".- No habiendo lugar a las demás aclaraciones....."*

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpusieron recursos de apelación doña Raimunda , doña Vanesa , en su calidad de defensor judicial de los menores Leonardo y Concepción , y sustanciada la alzada, la Sección 10<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 6 de noviembre de 2007 , cuyo Fallo es como sigue: *"Que, con estimación de los recursos de apelación interpuestos por los Procuradores D. Ángel Rojas Santos y D. Pablo Hornedo Muguero en la representación que respectivamente ostentan de D<sup>a</sup> Raimunda y de D<sup>a</sup> Vanesa , frente a la sentencia dictada el día veinticuatro de febrero de dos mil seis por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 34 de Madrid en los autos a que el presente Rollo se contrae, debemos revocar y revocamos la indicada resolución y, en consecuencia, con desestimación de la demanda formulada por la representación procesal de D<sup>a</sup> Elisa , absolvemos a las partes demandadas con todos los pronunciamientos favorables, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en ambas instancias."*

**TERCERO.-** La Procuradora doña Victoria Brualla Gómez de la Torre, en nombre y representación de doña Elisa , formalizó recurso extraordinario por infracción procesal y de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, el primero al amparo de lo dispuesto en los artículos 469.1.2<sup>o</sup> y 4<sup>o</sup> por incongruencia omisiva, citando como infringidos los artículos 24 de la Constitución Española y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; y el segundo al amparo del artículo 477.2.2<sup>o</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil , fundado en los siguientes motivos: 1) Por vulneración de lo dispuesto en los artículos 162 y 163 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; 2) Por infracción de lo dispuesto por el artículo 1060, en relación con los artículos 166 y 1261, todos del Código Civil ; 3) Por infracción del artículo 1057.3 del Código Civil ; 4) Por vulneración de los artículos 885 y 886 del Código Civil , en relación con los artículos 166 y 1060 ; y 5) Por infracción de los artículos 1301 y 1302 del Código Civil .



**CUARTO.-** Por esta Sala se dictó auto de fecha 21 de julio de 2009 por el que se acordó la admisión únicamente del recurso de casación y no del formulado por infracción procesal, así como que se diera traslado del mismo a la parte recurrida, doña Raimunda , que se opuso a su estimación bajo la representación del Procurador don Ángel Rojas Santos.

**QUINTO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 25 de mayo de 2011, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Antonio Salas Carceller** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Doña Elisa promovió juicio ordinario en ejercicio de acción sobre nulidad de partición hereditaria efectuada por contador-partidor respecto del causante don Franco -de la que era hija extramatrimonial- que dirigió contra la viuda doña Raimunda y sus hijos menores, don Leonardo y doña Concepción ,

Los demandados se opusieron a la demanda, actuando como defensora judicial de los menores doña Vanesa y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia de fecha 24 de febrero de 2006 , aclarada por auto de 11 de mayo de 2006, por la cual estimó la demanda y declaró que la partición hereditaria de fecha 23 de enero de 2003 es nula de pleno derecho, debiendo en consecuencia. 1) Cancelarse en el Registro de la Propiedad las titularidades reales que esa partición haya podido causar; 2) Cancelarse en las entidades financieras las titularidades de fondos de inversión, acciones, cuentas corrientes, de ahorro y demás depósitos de dinero que hayan podido hacerse en función de la partición anulada; y 3) Debiendo restituir las codemandadas al caudal hereditario las sumas obtenidas, si hubieren realizado actos de disposición en función de las titularidades dominicales atribuidas por dicha partición, con expresa condena en costas a las demandadas.

Dichas demandadas recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª) dictó nueva sentencia de fecha 6 de noviembre de 2007 , por la cual, con estimación de los referidos recursos, revocó la sentencia dictada en primera instancia, desestimando la demanda interpuesta en nombre de doña Elisa y absolviendo a las demandadas, sin especial pronunciamiento sobre las costas causadas en ambas instancias.

Contra dicha sentencia ha recurrido la demandante doña Elisa por infracción procesal y en casación, habiendo sido admitido únicamente este último recurso.

**SEGUNDO.-** La sentencia de primera instancia declaró la nulidad de la partición hereditaria practicada por contador-partidor al considerar que la misma estaba viciada por falta de intervención de defensor judicial de los menores Leonardo y Concepción , hijos matrimoniales del causante don Franco , y hermanos de vínculo sencillo de la demandante doña Elisa , mientras que consideró que no concurría la causa de nulidad, también esgrimida en la demanda, referida al incumplimiento de la voluntad del testador y la conmutación del usufructo viudal que correspondía a la demandada doña Raimunda por la atribución a la misma de bienes inmuebles sin consentimiento de la demandante, por considerar el Juzgado que, en todo caso, se trataba de un defecto subsanable. Igualmente declaró que la llamada escritura de subsanación o aclaración de la de protocolización y ratificación de operaciones particionales realizada en fecha 11 de diciembre de 2003, realizada con posterioridad a la presentación de la demanda y que se aportó con la contestación *«conlleva no una mera modificación o aclaración del cuaderno particional sino una modificación sustancial del mismo, que conllevaría una alteración sustancial del objeto del proceso, lo que resulta inadmisibile»*. Por ello, el Juzgado declaró que *«el objeto de la presente litis ha de quedar limitado a declarar si el cuaderno particional de fecha 23 de enero de 2003 es nulo o no de pleno derecho, sin considerar las modificaciones introducidas al mismo con posterioridad a la demanda»*, y efectivamente a ello se limitó en la sentencia, sin que dicha resolución fuera recurrida por la demandante ni se planteara por las partes durante la primera instancia, respecto del proceso, una posible carencia sobrevenida de objeto.

La sentencia impugnada -dictada por la Audiencia Provincial de Madrid en grado de apelación- estima el recurso de los demandados y revoca la dictada en primera instancia, dejando sin efecto la estimación de la demanda y, por tanto, la declaración de nulidad de la partición que el Juzgado había declarado.

Admite la Audiencia que, al adjudicarse bienes inmuebles a la viuda para el pago del usufructo viudal, se inobservó lo dispuesto en el artículo 839 del Código Civil , pero deja de pronunciarse sobre las consecuencias de tal infracción por el mero hecho de que la sentencia de primera instancia consideró tal conculcación como mero motivo de anulabilidad. Por el contrario, en cuanto a la falta de intervención de defensor judicial en interés de los menores, impuesta por el artículo 1057 del Código Civil , que dio lugar a que el Juzgado estimara la demanda declarando la nulidad de la partición, afirma que *«no se ha evidenciado concluyentemente [esa]*



*oposición de intereses entre la madre y sus hijos menores y, por otra, no deja de ser sorprendente que se esgrima la ineficacia de la partición por falta de intervención del defensor judicial cuando se carece de interés legítimo para ello, ya que no estamos ante un supuesto de nulidad absoluta, como se ha dejado expuesto»; todo ello tras razonar en el sentido de que en todo caso se trataría de un supuesto de anulabilidad, pero no de nulidad radical o absoluta «siendo llano que esta última ha sido la impetrada en el suplico del escrito iniciador del pleito».*

Sin embargo, tales argumentos no pueden ser compartidos y, por el contrario, se ha de considerar que la partición efectuada incurre en la nulidad denunciada por la parte actora, en primer lugar por infringir claramente lo dispuesto en el artículo 839 del Código Civil, que determina las formas en que los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte en el usufructo, sin que lógicamente se puedan atribuir para ello bienes en propiedad sin el consentimiento expreso de todos los herederos, y en segundo lugar, porque faltó el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 1057, párrafo tercero, en cuanto a la formación de inventario por el contador partidador con citación de quien hubiera de ostentar la representación de los menores que, en este caso, siendo patente la posible oposición de intereses con la madre -pues incluso se liquidó allí la sociedad de gananciales que existía entre ésta y el causante- comportaba la necesidad de intervención de un defensor judicial; omisión que efectivamente puede generar anulabilidad, en cuanto pudiera ser subsanada por la conformidad posterior de los herederos y de dicho representante, pero no lo fue en el caso, sin que pueda negarse con carácter general la legitimación para el ejercicio de la acción de nulidad al coheredero que, como interesado en la partición, quedaría en otro caso, ante tal omisión, pendiente de una impugnación posterior por no haber sido salvaguardados los intereses de dichos menores.

En consecuencia, el recurso ha de ser estimado, singularmente por la infracción de los artículos 163 del Código Civil (sobre la necesidad de nombramiento de un defensor judicial), referido en el motivo primero; 1057, párrafo tercero, del mismo código (sobre la necesidad de intervención del defensor judicial de los menores para la práctica del inventario), a que alude el motivo tercero; y 1060 del mismo código, sobre la necesidad de aprobación judicial de la partición efectuada incluso en el supuesto de intervención del defensor judicial, salvo que el juez hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento, citado en los motivos segundo y tercero.

La estimación del recurso conlleva la casación en su totalidad de la sentencia impugnada (artículo 487.2 de la LEC) y, según lo ya razonado, la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia.

**TERCERO.-** Dicha confirmación comporta igualmente la del pronunciamiento referido a costas de primera instancia, que se impusieron a las demandadas. Las costas de la apelación se han de imponer a las demandadas-apelantes en cuanto su recurso debió ser desestimado (artículos 398.1 y 394.1 de la LEC), sin que proceda especial pronunciamiento sobre las causadas en el presente recurso (artículo 398.2).

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

## FALLAMOS

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS haber lugar al recurso de casación** interpuesto en nombre de **doña Elisa** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª) de fecha 6 de noviembre de 2007 en Rollo de Apelación nº 15/07, dimanante de autos de juicio ordinario número 280/03 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 34 de dicha ciudad, en virtud de demanda interpuesta por la hoy recurrente contra doña Raimunda **y otros**, la cual **casamos** y, en su lugar, **confirmamos** la dictada en primera instancia en todos su pronunciamientos, con imposición a los recurrentes en apelación de las costas causadas en la alzada y sin especial pronunciamiento respecto de las que sean consecuencia del recurso ahora interpuesto.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Jesus Corbal Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.- Firmado y Rubricado PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Antonio Salas Carceller**, 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.