



Roj: **STS 1949/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1949**

Id Cendoj: **28079110012016100296**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/05/2016**

Nº de Recurso: **1385/2014**

Nº de Resolución: **287/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 4936/2014,**
STS 1949/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Mayo de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.ª), en el rollo de apelación n.º 474/2013 dimanante del juicio de ordinario n.º 429/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 21 de Madrid; cuyo recurso fue interpuesto por el procurador D. Pablo Hornedo Muguero, en nombre y representación de D. Ernesto Nicolas y D. Jenaro Victorio ; siendo parte recurrida el procurador D. Luciano Rosch Nadal, en nombre y representación de D.ª Delia Zulima .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El procurador D. Luciano Rosch Nadal, en nombre y representación de D.ª Delia Zulima , interpuso demanda de juicio ordinario solicitando complemento de la partición de herencia de doña Reyes Paulina , contra D. Ernesto Nicolas , D. Jenaro Victorio y D. Ambrosio Leonardo y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminaron suplicando al Juzgado dicte sentencia en la que se estime la presente demanda, y:

«i) Se declare la nulidad de la reducción, para pago de deudas, del 1,10123% de los legados atribuidos a mi mandante en el testamento de Doña Reyes Paulina y practicada en el cuaderno particional de la fallecida, protocolizado ante la notario de Madrid, Doña Milagros Anastasia Casero Nuño, el día 15 de marzo de 2007, bajo el número 555 de protocolo (documento 1 de la demanda).

ii) Se declare la nulidad de la reducción por inoficiosos, del 23, 1930% % de los legados atribuidos a mi mandante en el testamento de Doña Reyes Paulina , practicada en el cuaderno particional de la fallecida, protocolizado ante la notario de Madrid, Doña Milagros Anastasia Casero Nuño, el día 15 de marzo de 2007, bajo el número 555 de protocolo (documento 1 de la demanda).

iii) Alternativamente a lo solicitado en el punto ii) anterior se corrija el valor atribuido en el cuaderno particional de Doña Reyes Paulina (documento 1 de la demanda) a los siguientes bienes incluidos dentro del patrimonio hereditario, de modo que se contengan en el cuaderno particional con los siguientes valores:

· Bien n.º 8 del inventario hereditario del cuaderno particional de Doña Reyes Paulina descrita del siguiente modo: "El pleno dominio de la finca conocida como DIRECCION000 o DIRECCION001 sita en el término municipal de San Martín de Valvení (Valladolid), inscrita en el Registro de la Propiedad de San Martín de Valvení, al tomo NUM000 , libro NUM001 , finca NUM002 ". Valor corregido: CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA MIL DOSCIENTOS CUATRO EUROS Y OCHENTA CÉNTIMOS 4.850.204,80 ?).



· Bien nº 9 del inventario hereditario del cuaderno particional de Doña Reyes Paulina descrito del siguiente modo: "La nuda propiedad de una quinta parte indivisa de la finca denominada " DIRECCION002 " sita en el término municipal de Oropesa, distrito hipotecario de Puente del Arzobispo, provincia de Toledo. Inscrita en el Registro de la Propiedad de Puente del Arzobispo, al tomo NUM003 , libro NUM004 de Oropesa, folio NUM005 , finca NUM006 . Valor corregido: DOS MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL CIENTO NOVENTA Y CUATRO EUROS Y SESENTA CÉNTIMOS (2.383.194,60 ?).

iv) Se declare incluido dentro del patrimonio hereditario de Doña Reyes Paulina y recibido en su herencia por la heredera Doña Fatima Virtudes los siguientes bienes y por los valores indicados:

a.- Cuadro denominado "Contraluz en la playa" de J. Sorolla valorado en 60.000 euros.

b.- Cuadro denominado "David rechazando las armas de Saúl" de A. Palomino valorado en 24.000 euros.

c.- Cuadro denominado "Pareja de floreros en jarrones de bronce" de G. de la Corte valorados en 80.000 euros.

d.- "San Martín y Magdalena penitente" de J.P. Brueghel valorados en 50.000 euros.

e.- "Retrato de C. de la Huerta" de C. Bravo valorado en 70.000 euros.

v) Se declare a Doña Delia Zulima :

· Propietaria del 24,29423% del pleno dominio de una sexta parte indivisa de la totalidad de la explotación denominada DIRECCION003 , en el término de Cebolla, Toledo, (fincas registrales NUM007 , NUM008 , NUM009 , NUM010 , NUM011 , NUM012 , NUM013 , NUM014 , NUM015 , NUM016 , NUM017 , NUM018 , NUM019 , NUM020 , NUM021 , NUM022 , NUM023 , NUM024 , NUM025 , NUM026 del Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina) adjudicada por legado ordenado por Doña Fatima Virtudes , a Don Ambrosio Leonardo .

· Propietaria del 24,29423% del pleno dominio de una octava parte indivisa del piso NUM027 NUM028 de la casa nº NUM027 de la CALLE000 de Madrid, inscrito en el Registro de la Propiedad nº 28 de los de Madrid, al libro NUM029 , tomo NUM030 , folio NUM031 , finca NUM032 , adjudicado por legado ordenado por Doña Fatima Virtudes , a Don Ambrosio Leonardo .

· Propietaria del 24,29423% del pleno dominio de una octava parte indivisa del trastero nº NUM033 situado en la escalera nº NUM034 de la casa nº NUM027 de la CALLE000 de Madrid, inscrito en el Registro de la Propiedad nº 28 de los de Madrid, al libro NUM029 , tomo NUM030 , folio NUM035 , finca NUM036 , adjudicado por legado ordenado por Doña Fatima Virtudes , a Don Ambrosio Leonardo .

· Propietaria del 24,29423% del pleno dominio de una octava parte indivisa de la plaza de garaje nº NUM037 sita en la planta NUM034 de sótanos de la casa nº NUM027 de la CALLE000 de Madrid, inscrita en el Registro de la Propiedad nº 28 de los de Madrid, al libro NUM029 , tomo NUM030 , folio NUM038 , finca NUM039 , adjudicado por legado ordenado por Doña Fatima Virtudes , a Don Ambrosio Leonardo .

· Propietaria del 24,29423% del pleno dominio de una tercera parte indivisa sobre la finca rústica llamada " DIRECCION004 " en Carresse (Francia), N° ZE 7 21 con una superficie de 17 hectáreas, 8 áreas y 58 centiáreas adjudicada por herencia de Doña Fatima Virtudes a Don Ambrosio Leonardo .

· Propietaria del 24,29423% del pleno dominio de una cuarta parte indivisa sobre dos fincas rústicas sitas en Biaudos (Francia), inscrita en el Registro de la Propiedad de Dax, al volumen NUM040 número NUM041 , adjudicadas por herencia de Doña Fatima Virtudes a Don Ambrosio Leonardo .

· Propietaria del 24,29423% del pleno dominio de una octava parte indivisa sobre la FINCA000 o DIRECCION005 sita en la AVENIDA000 NUM004 , Anglet (Francia), inscrita en el Registro de la Propiedad de Bayona (Francia) al volumen NUM042 , número NUM041 (Referencia catastral Sección BP, número 21, AVENIDA000) adjudicado por legado de Doña Fatima Virtudes a Don Ernesto Nicolas .

· Propietaria del 24,29423% del pleno dominio de una quinta parte indivisa de la finca denominada DIRECCION002 , sita en Oropesa, Toledo, y que figura inscrita en el Registro de la Propiedad de Puente del Arzobispo, al tomo NUM003 , libro NUM004 de Oropesa, folio NUM005 , finca NUM006 y que fue adjudicado por mitad a Don Ernesto Nicolas y Don Jenaro Victorio , en virtud de legado ordenado por Doña Fatima Virtudes .

· Propietaria del 24,29423% del pleno dominio de la quinta parte de las cabezas de ganado, aperos, maquinaria, enseres y demás utensilios de labranza, agrícolas, cinegéticos o de cualquier otro tipo que exista en la finca DIRECCION002 , antes identificada registralmente y que fueron adjudicados por legado ordenado por Doña Fatima Virtudes a Don Ernesto Nicolas .

· Nuda propietaria del 24,29423% de la finca denominada DIRECCION006 , situada en el término municipal de San Martín de Valvení (Valladolid), inscrita en el Registro de la Propiedad de Valonia la Buena, al tomo NUM043 , libro NUM044 , folio NUM045 , finca NUM046 , adjudicado por legado ordenado por Doña Fatima Virtudes a Don Jenaro Victorio .

vi) Se condene:

A) A Don Ambrosio Leonardo a la entrega de:

· El 24,29423% del pleno dominio de una sexta parte indivisa de la totalidad de la explotación denominada DIRECCION003 , en el término de Cebolla, Toledo, (fincas registrales NUM007 , NUM008 , NUM009 , NUM010 , NUM011 , NUM012 , NUM013 , NUM014 , NUM015 , NUM016 , NUM017 , NUM018 , NUM019 , NUM020 , NUM021 , NUM022 , NUM023 , NUM024 , NUM025 , NUM026 del Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina) o si se hubiera enajenado a terceros protegidos por la fe pública registral a la entrega del valor equivalente, esto es, SESENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS VEINTIDOS EUROS Y OCHENTA Y OCHO CÉNTIMOS (63.822,88 ?).

· El 24,29423% del pleno dominio de una octava parte indivisa del piso NUM027 NUM028 de la casa n° NUM027 de la CALLE000 de Madrid, inscrito en el Registro de la Propiedad n° 28 de los de Madrid, al libro NUM029 , tomo NUM030 , folio NUM031 , finca NUM032 , o si se hubiera enajenado a terceros protegidos por la fe pública registral a la entrega del valor equivalente, esto es, QUINCE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE EUROS Y SETENTA Y UN CÉNTIMOS (15.499,71 ?).

· El 24,29423% del pleno dominio de una octava parte indivisa del trastero n° NUM033 situado en la escalera n° NUM034 de la casa n° NUM027 de la CALLE000 de Madrid, inscrito en el Registro de la Propiedad n° 28 de los de Madrid, al libro NUM029 , tomo NUM030 , folio NUM035 , finca NUM036 , o si se hubiera enajenado a terceros protegidos por la fe pública registral a la entrega del valor equivalente, esto es, TRESCIENTOS DIECINUEVE EUROS Y VEINTINUEVE CÉNTIMOS (319,29 ?).

· El 24,29423% del pleno dominio de una octava parte indivisa de la plaza de garaje n° NUM037 sita en la planta NUM034 de sótanos de la casa n° NUM027 de la CALLE000 de Madrid, inscrita en el Registro de la Propiedad n° 28 de los de Madrid, al libro NUM029 , tomo NUM030 , folio NUM038 , finca NUM039 , o si se hubiera enajenado a terceros protegidos por la fe pública registral a la entrega del valor equivalente, esto es, MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO EUROS Y VEINTICUATRO CÉNTIMOS (1.235,24 ?).

· El 24,29423% del pleno dominio de una tercera parte indivisa sobre la finca rústica llamada " DIRECCION004 " en Carresse (Francia), o si se hubiera enajenado a terceros protegidos por la fe pública registral a la entrega del valor equivalente, esto es, NOVECIENTOS VEINTINUEVE EUROS Y NOVENTA Y OCHO CÉNTIMOS (929,98 ?).

· El 24,29423% del pleno dominio de una cuarta parte indivisa sobre dos fincas rústicas sitas en Biaudos (Francia), o si se hubiera enajenado a terceros protegidos por la fe pública registral a la entrega del valor equivalente, esto es, SEISCIENTOS NOVENTA EUROS Y CINCUENTA Y UN CÉNTIMOS (690,51 ?).

B) A Don Ernesto Nicolas a la entrega de:

· El 24,29423% del pleno dominio de una octava parte indivisa sobre la FINCA000 o DIRECCION005 sita en la AVENIDA000 NUM004 , Anglet (Francia), o si se hubiera enajenado a terceros protegidos por la fe pública registral a la entrega del valor equivalente, esto es, CINCUENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO EUROS Y NOVENTA Y OCHO CÉNTIMOS (55.798,98 ?).

· La mitad del 24,29423% del pleno dominio de una quinta parte indivisa de la finca denominada DIRECCION002 , sita en Oropesa, Toledo, y que figura inscrita en el Registro de la Propiedad de Puente del Arzobispo, al tomo NUM003 , libro NUM004 de Oropesa, folio NUM005 , finca NUM006 , o si se hubiera enajenado a terceros protegidos por la fe pública registral a la entrega del valor equivalente, esto es, TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS VEINTIDÓS EUROS Y CUARENTA Y SIETE CÉNTIMOS (382.922,47 E).

· El 24,29423% del pleno dominio de la quinta parte de las cabezas de ganado, aperos, maquinaria, enseres y demás utensilios de labranza, agrícolas, cinagéticos o de cualquier otro tipo que exista en la finca DIRECCION002 , o si se hubieran enajenado a terceros protegidos por la fe pública registral a la entrega del valor equivalente, esto es, VEINTINUEVE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS EUROS Y SESENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (29.942,64 E).

C) A Don Jenaro Victorio a la entrega de:

· La mitad del 24,29423% del pleno dominio de una quinta parte indivisa de la finca denominada DIRECCION002 , sita en Oropesa, Toledo, y que figura inscrita en el Registro de la Propiedad de Puente del Arzobispo, al tomo NUM003 , libro NUM004 de Oropesa, folio NUM005 , finca NUM006 , o si se hubiera enajenado a terceros



protegidos por la fe pública registral a la entrega del valor equivalente, esto es, TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS VEINTIDÓS EUROS Y CUARENTA Y SIETE CÉNTIMOS (382.922,47 E).

· El 24,29423% de la nuda propiedad de la finca denominada DIRECCION006 , situada en el término municipal de San Martín de Valvení (Valladolid), inscrita en el Registro de la Propiedad de Valonia la Buena, al tomo NUM043 , libro NUM044 , folio NUM045 , finca NUM046 , o si se hubiera enajenado a terceros protegidos por la fe pública registral a la entrega del valor equivalente, esto es, DOSCIENTOS VEINTISÉIS MIL SETECIENTOS CINCUENTA EUROS Y CUARENTA Y SEIS CÉNTIMOS (226.750,46 E).

vii) Se declare que Doña Delia Zulima tiene derecho a los frutos y rentas de las cuotas cuya entrega se solicita en el anterior punto del Suplica, salvo los correspondiente a la finca DIRECCION006 , desde el 27 de agosto de 2007, fecha de fallecimiento de Doña Fatima Virtudes (anterior usufructuaria) y se condene a los demandados que los hayan percibido a su entrega, dejándose para un procedimiento posterior su liquidación conforme a lo previsto en el artículo 219.3 de la LEC .

viii) Se condene a los demandados al pago de las costas del presente procedimiento».

SEGUNDO.- La procuradora doña Patricia Rosch Iglesias, en nombre y representación de D. Ambrosio Leonardo , presentó escrito allanándose a la demanda interpuesta.

TERCERO .- El procurador D. Pablo Hornedo Muguero, en nombre y representación de D. Ernesto Nicolas y D. Jenaro Victorio , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia:

«Por la que se desestime íntegramente la misma y todo ello con expresa condena en costas a la adversa».

CUARTO .- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Carmona, dictó sentencia en fecha 11 de febrero de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLO: Estimando parcialmente la demandada interpuesta por el procurador de los tribunales D. Luciano Rosch Nadal en nombre y representación de Dña. Delia Zulima contra Jenaro Victorio , Ernesto Nicolas y Ambrosio Leonardo , debo declarar la nulidad de la reducción por inoficioso del 14,3983% de los legados atribuidos a la actora en el testamento de Dña. Reyes Paulina , habiendo lugar a la corrección en el cuaderno particional del patrimonio hereditario de la causante, del bien n.º 9 del inventario con un valor corregido de 2.383.194,60 euros. Debo declarar a Dña. Delia Zulima : Propietaria del 14,3983% del pleno dominio de una sexta parte indivisa 'de la totalidad de la explotación denominada DIRECCION003 , en el termino de, Cebolla, Toledo (fincas registrales NUM007 , NUM008 , NUM009 , NUM010 , NUM011 , NUM012 , NUM013 , NUM014 , NUM015 , NUM016 , NUM017 , NUM018 , NUM019 , NUM020 , NUM021 , NUM022 , NUM023 , NUM024 , NUM025 , NUM026 del Registro de propiedad de Talavera de la Reina) adjudicada por legado ordenado por Dña. Fatima Virtudes , a D. Ambrosio Leonardo . Propietaria del 14,3983% del pleno dominio de una octava parte indivisa del piso NUM027 NUM028 de la casa n.º NUM027 de la CALLE000 de Madrid, inscrito en el Registro de la Propiedad n.º 28 de los de Madrid, al libro NUM029 , tomo NUM030 , folio NUM031 , finca NUM032 , adjudicado por legado ordenado por Dña. Fatima Virtudes , a D. Ambrosio Leonardo . Propietaria del 14,3983% del pleno dominio de una octava parte indivisa del trastero n.º NUM033 situado en la escalera n.º NUM034 de la casa n.º NUM027 de la CALLE000 de Madrid, inscrito en el Registro de la Propiedad n.º 28 de los de Madrid, al libro NUM029 , tomo NUM030 , folio NUM035 , finca NUM036 , adjudicado por legado ordenado por Dña. Fatima Virtudes a D. Ambrosio Leonardo . Propietaria del 14,3983% del pleno dominio de una octava parte indivisa de la plaza de garaje n.º NUM037 sita en la planta NUM034 de sótanos de la casa n.º NUM027 de la CALLE000 de Madrid, inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 28 de los de Madrid, al libro NUM029 , tomo NUM030 , folio NUM038 , finca NUM039 , adjudicado por legado ordenado por Dña. Fatima Virtudes , a D. Ambrosio Leonardo . Propietaria del 14,3983% del pleno dominio de una tercera parte indivisa sobre la finca rústica llamada " DIRECCION004 " en Carresse (Francia), N.º ZE 7 21 con una superficie de 17 hectáreas, 8 áreas y 58 centiáreas adjudicada por herencia de Dña. Fatima Virtudes a D. Ambrosio Leonardo . Propietaria del 14,3983% del pleno dominio de una cuarta parte indivisa sobre dos fincas rústicas sitas en Biaudos (Francia) inscrita en el Registro de la Propiedad de Dax, al volumen NUM040 numero NUM041 , adjudicadas por herencia de Dña. Fatima Virtudes a D. Ambrosio Leonardo -parte indivisa sobre la FINCA000 o DIRECCION005 sita en la AVENIDA000 NUM004 , Inglés (Francia) al volumen NUM042 , numero NUM041 (referencia catastral Sección BP, numero 21, AVENIDA000) adjudicado por legado de Dña. Fatima Virtudes a D. Ernesto Nicolas . Propietaria del 14,3983% del pleno dominio de una quinta parte indivisa de la finca denominada " DIRECCION002 " , sita en Oropesa, Toledo y que figura inscrita en el Registro de la Propiedad de Puente del Arzobispo, al tomo NUM003 , libro NUM004 de Oropesa, folio NUM005 , finca NUM006 y que fue adjudicado por mitad a D. Ernesto Nicolas y D. Jenaro Victorio , en virtud de legado ordenado por Dña. Fatima Virtudes . Propietaria del 14,3983% del pleno dominio de la quinta parte de las



cabezas de ganado, aperos maquinaria, enseres o de cualquier otro tipo que exista en la finca DIRECCION002 , antes identificada registralmente y que fueron adjudicados por legado ordenado por Dña. Fatima Virtudes a D. Ernesto Nicolas .- Nuda propietaria del 14,3983% de la finca denominada DIRECCION006 , situada en el término municipal de San Martin de Valveni (Valladolid), inscrita en el Registro de la Propiedad de Valoria la Buena, al tomo NUM043 , libro NUM044 , folio NUM047 , finca NUM046 , adjudicado por legado ordenado por Dña. Fatima Virtudes a D. Jenaro Victorio . Debo condenar: A) A Don Ambrosio Leonardo a la entrega de: del 14,3983% del pleno dominio de una sexta parte indivisa de la totalidad de la explotación denominada DIRECCION003 , en el termino de Cebolla, Toledo (fincas registrales NUM007 , NUM008 , NUM009 , NUM010 , NUM011 , NUM012 , NUM013 , NUM014 , NUM015 , NUM016 , NUM017 , NUM018 , NUM019 , NUM020 , NUM021 , NUM022 , NUM023 , NUM024 , NUM025 , NUM026 del Registro de propiedad de Talavera de la Reina) o si se hubiese enajenado a terceros protegidos por la fe pública registral a la entrega del valor equivalente. Del 14,3983% del pleno dominio de una octava parte indivisa del piso NUM027 NUM028 de la casa n° NUM027 de la CALLE000 de Madrid, inscrito en el Registro de la Propiedad n° 28 de los de Madrid, al libro NUM029 , tomo NUM030 , folio NUM031 , finca NUM032 , o si se hubiese enajenado a terceros protegidos por la fe pública registral a la entrega del valor equivalente del 14,3983% del pleno dominio de una octava parte indivisa del trastero n° NUM033 situado en la escalera n° NUM034 de la casa n° NUM027 de la CALLE000 de Madrid, inscrito en el Registro de la Propiedad n° 28 de los de Madrid, al libro NUM029 , tomo NUM030 , folio NUM035 , finca NUM036 , o si se hubiese enajenado a terceros a la entrega del valor equivalente. Del 14,3983% del pleno dominio de una octava parte indivisa de la plaza de garaje n° NUM037 sita en la planta NUM034 de sótanos de la casa n° NUM027 de la CALLE000 de Madrid, inscrita en el Registro de la Propiedad n° libro NUM029 , tomo NUM030 , folio NUM038 , finca NUM039 , o si se hubiese enajenado a terceros protegidos por la fe pública registral a la entrega del valor equivalente.-del 14,3983% del pleno dominio de una tercera parte indivisa sobre la finca rústica llamada " DIRECCION004 " en Carresse Francia), N° ZE 7 21 con una superficie de 17 hectáreas, 8 áreas y 58 centiáreas , o si se hubiese enajenado a terceros protegidos por la fe pública registral a la entrega del valor equivalente.-del 14,3983% del pleno dominio de una cuarta parte indivisa sobre dos fincas rusticas sitas en Biaudos (Francia) inscrita en el Registro de la Propiedad de Dax, al volumen NUM040 numero NUM041 , o si se hubiese enajenado a terceros protegidos por la fe pública registral a la entrega del valor equivalente. B) A D. Ernesto Nicolas a la entrega de: del 14,3983% del pleno dominio de una octava parte indivisa sobre la FINCA000 o DIRECCION005 sita en la AVENIDA000 NUM004 , Anglés (Francia) al volumen NUM042 , numero NUM041 (referencia catastral Sección BP, numero 21, AVENIDA000) , o si se hubiese enajenado a terceros protegidos por la fe pública registral a la entrega del valor equivalente. La mitad del 14,3983% del pleno dominio de una quinta parte indivisa de la finca denominada " DIRECCION002 " , sita en Oropesa, Toledo y que figura inscrita en el Registro de la Propiedad de Puente del Arzobispo, al tomo NUM003 , libro NUM004 de Oropesa, folio NUM005 , finca NUM006 o si se hubiese enajenado a terceros protegidos con la fe pública registral a la entrega del valor equivalente. Del 14,3983% de la finca denominada DIRECCION006 , situada en el término municipal de San Martin de Valveni (Valladolid), inscrita en el Registro de la Propiedad de Valoria la Buena, al tomo NUM043 , libro NUM044 , folio NUM047 , finca NUM046 , o si se hubieran enajenado a terceros protegidos con la fe pública registral a la entrega del valor equivalente. Condenando a los demandados a la entrega de los frutos y rentas de las cuotas declaradas a Dña. Delia Zulima , salvo los correspondientes a la finca DIRECCION006 , desde el 27 de agosto de 2007. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

El día 5 de abril de 2013 se dictó auto, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«No ha lugar al complemento de sentencia solicitado».

QUINTO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por las representaciones procesales de D.^a Delia Zulima y de D. Ernesto Nicolas y D. Jenaro Victorio , la Sección 25.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 4 de abril de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue :

«FALLAMOS: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Ernesto Nicolas y D. Jenaro Victorio , así como el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.^a Delia Zulima , ambos contra la sentencia n° 30, de 11 de febrero de 2013, del Juzgado de 1^a instancia n° 21 de Madrid ,dictado en el procedimiento ordinario n° 429/2011, cuya resolución judicial se confirma, sin imposición de las costas de cada recurso a la respectiva parte apelante. Procede declarar la pérdida de los respectivos depósitos para recurrir».

SEXTO.- El procurador D. Pablo Hornedo Muguiro, en nombre y representación de D. Ernesto Nicolas y D. Jenaro Victorio , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes motivos de casación:



Primero: Al amparo de dispuesto en el artículo 477. 1 y 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración de doctrina jurisprudencial de la sala primera del Tribunal Supremo, vulneración del artículo 1074 del Código civil y vulneración del artículo 1079 del Código civil .

Segundo: Al amparo de dispuesto en el artículo 477. 1 y 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración del principio general de conservación del cuaderno particional «*favor partitionis*» así como vulneración de distintas sentencias de la Sala primera del Tribunal Supremo.

Tercero: Al amparo de dispuesto en el artículo 477. 1 y 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración de los artículos 885 , 999 y 1000 del Código civil así como vulneración de doctrina del Tribunal Supremo.

SÉPTIMO.- Por Auto de fecha 13 de mayo de 2015, se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días. Evacuando el traslado conferido, el procurador D. Luciano Rosch Nadal, en nombre y representación de D.ª Delia Zulima presentó escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario.

OCTAVO .- No habiéndose solicitado la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 30 de marzo de 2016, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1.- La cuestión fáctica enlazada inevitablemente con la jurídica, parte del testamento abierto otorgado por doña Reyes Paulina , soltera y sin descendencia, en fecha 10 agosto 2005; la cual falleció el 23 octubre 2006. En dicho testamento instituyó heredera a su madre (que no es parte) doña Fatima Virtudes designó albacea-contador partidor (tampoco es parte) a don Hipolito Leon y nombró legatarios a su madre (prelegado); a su hermano (parte demandada y recurrente en casación) don Jenaro Victorio ; a su otro hermano (también parte demandada y recurrente en casación) don Ernesto Nicolas ; a su sobrina y ahijada (demandante en la instancia y parte recurrente en casación) doña Delia Zulima y otros muchos legados (quienes tampoco han sido parte). También fue demandado don Ambrosio Leonardo que se allanó a la demanda y no compareció en la segunda instancia ni en el recurso de casación.

La partición de la herencia se protocolizó ante notario el 15 marzo 2007 con la participación del albacea don Hipolito Leon , de la heredera doña Fatima Virtudes y de los legatarios don Jenaro Victorio y don Ernesto Nicolas .

2.- La legataria, doña Delia Zulima formuló demanda el 10 marzo 2011 con el suplico, extenso y detallado, que ha sido transcrito en los antecedentes de hecho: interesa la nulidad de determinadas reducciones, se corrija el valor atribuido a ciertos bienes y se declare que es propietaria, como consecuencia de ello, de una serie de cuotas de concretos bienes; asimismo, también como consecuencia de la partición, se condene a don Ambrosio Leonardo y a don Ernesto Nicolas y a don Jenaro Victorio a la entrega de partes alícuotas de unos bienes.

La parte demandada se opuso a las anteriores pretensiones y adujo que la indebida valoración de los bienes puede ser objeto de la acción de rescisión por lesión y que dicha valoración se hizo correctamente por el contador-partidor teniendo en cuenta los dictámenes periciales. Alegó, por último, el principio del *favor partitionis* y la doctrina de los actos propios.

3.- La sentencia del Juzgado número 21 de Madrid, de 5 febrero 2013 , hace un estudio exhaustivo de la partición y de la valoración de los bienes y, como corolario, realiza una auténtica partición de la herencia referida, que lleva a estimar parcialmente la demanda.

Apelada la sentencia por la demandante doña Delia Zulima y los codemandados don Jenaro Victorio y don Ernesto Nicolas , la Audiencia Provincial, Sección 25, de Madrid dictó sentencia el 4 abril 2014 : analizó los motivos del recurso, admitió la nulidad parcial y la lesión que produjo en los derechos hereditarios de la demandante. En definitiva, confirmó la sentencia recurrida.

4.- Frente a la sentencia anterior, confirmatoria de la dictada en primera instancia, se interpuso recurso de casación por los codemandados don Ernesto Nicolas y don Jenaro Victorio , en tres motivos. En el primero mantiene que no cabe la nulidad parcial de la partición, destacando al efecto las normas sobre nulidad establecidas para los negocios jurídicos y que debería, en su caso, haber interpuesto una acción de rescisión por lesión en más de la cuarta parte, o bien la acción de complemento del artículo 1079 del Código civil que habrían caducado. En el segundo, alega la vulneración del principio general del *favor partitionis* respecto a la valoración de los bienes que hizo el albacea contador partidor. El motivo tercero se funda en la vulneración del



principio general por el cual no es lícito ir contra los propios actos, puesto que la demandante había aceptado la partición de forma tácita o incluso expresa; habiendo aceptado la herencia, vendió el inmueble cuya valoración discute y no interpuso demanda hasta años más tarde de la partición.

SEGUNDO .- 1.- Con la partición cesa la comunidad hereditaria y el derecho en abstracto de los comuneros (herederos, legatarios y, en su caso, legitimarios) se transforma en el derecho concreto sobre los bienes que le han sido adjudicados, conforme a la doctrina especificativa de la partición. Así, sentencias de 21 julio 1986 , 13 octubre 1989 , 21 mayo 1990 , 5 marzo 1991 , 28 mayo 2004 , 16 septiembre 2010 , 26 enero 2012 , todo ello conforme al artículo 1068 del Código civil .

La partición la puede realizar el propio testador o encomendarla al contador partidor, tal como contempla el artículo 1057 del Código civil , el cual es considerado como un albacea particular cuya misión es llevar a cabo la partición, aplicando normas del albaceazgo, tanto más cuanto en el presente caso en el testamento se le nombró «albacea, comisario, contador-partidor».

La partición judicial, tal como prevé el artículo 1057 del Código civil es una forma subsidiaria y última de hacer la partición, cuando no la haya hecho el testador, ni haya nombrado un contador partidor ni haya acuerdo entre los miembros de la comunidad hereditaria, lo que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil a partir del artículo 782 . La partición, como final de la comunidad hereditaria goza del principio del *favor partitionis* o «principio de conservación de la partición» como dice la sentencia de 12 diciembre 2005 de la que es interesante transcribir un texto literal:

«...Error en la partición, tomando en cuenta el impacto del "principio de conservación de la partición" y la falta de referencia expresa a las consecuencias del error vicio o del error obstativo, salvo el tratamiento de algunos supuestos especiales, y estima que en el caso se ha producido error en las operaciones particionales, por inexacta representación de la medida o superficie de la finca. Un error que no ha de llevarse al artículo 1079 CC , dando lugar a complemento o adición de la partición, sino al artículo 1074 CC , lo que se deduce de la letra del precepto, puesto que no es lo mismo la omisión de un valor que la valoración errónea de un bien, y también de la función que en el conjunto del sistema corresponde al artículo 1074 CC , que reserva a la rescisión la lesión en más de la cuarta parte».

De ello se desprende la dificultad de impugnar la partición y las escasas causas que son admisibles. En primer lugar, no pueden evitarse los casos de nulidad del negocio jurídico (sentencia de 13 marzo 2003) como son: la falta de algún elemento esencial (falta de consentimiento o invalidez del testamento); la contravención de norma imperativa o prohibitiva (artículo 6. 3 del Código civil), caso del menor o incapacitado sin intervención del defensor judicial con oposición de intereses (sentencia de 18 octubre 2012); concurrencia de vicio de consentimiento o defecto de capacidad.

Fuera de estos casos la discusión sobre el valor de otros elementos relativos a la valoración de bienes (aparte de los escasos supuestos del artículo 1079 del Código civil) sólo cabe la rescisión cuando ésta es superior a la cuarta parte del valor del patrimonio hereditario. Aparte se halla el artículo 1073 de difícil aplicación, partiendo de la aplicación en su caso del artículo 1291. En la rescisión por lesión hay que atender al valor total de la masa hereditaria para calcular la lesión: en este sentido, sentencia de 8 marzo 2001 . Así, se dará la lesión por supervaloración de un lote o infravaloración -siempre es más del cuarto- de otro lote, lo que ni siquiera se ha planteado en el presente caso.

2.- En el presente caso la partición la realizó el contador partidor nombrado por la testadora, al amparo del artículo 1057 del Código civil y con escasa regulación, lo que ha llevado a la jurisprudencia a aplicar normas del albaceazgo, que en este caso queda solventado porque la testadora lo nombró albacea y contador- partidor. Como tal, la jurisprudencia en ocasiones lo ha asimilado al mandato (sentencia de 19 febrero 1962) o al mandato *post mortem* (sentencias de 23 noviembre 1974 y 20 noviembre 1990). En definitiva, la jurisprudencia mantiene la similitud con el albacea (en el presente caso ya se ha dicho que no hay problema) y todas las teorías se fundamentan en la confianza que en los mismos tiene el testador.

TERCERO .- 1.- Todo lo anterior viene relacionado con el recurso de casación que han formulado dos de los legatarios, no conformes con las sentencias dictadas en la instancia -en la primera y en la segunda- que estiman parcialmente la demanda, aceptando que la reducción de los legados por inoficiosidad no ha sido hecha correctamente y ordenando la que procede realizar.

2.- El motivo primero de tal recurso de casación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 477. 1 y 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se ha formulado por vulneración de la doctrina jurisprudencial y de los artículos 1074 y 1079 del Código civil alegando que no cabe la nulidad parcial de la partición y que debería, en su caso, haber interpuesto la acción de rescisión por lesión en más de la cuarta parte, conforme al artículo 1074 del Código civil o la acción de complemento del artículo 1079, los cuales no han sido ejercitados.



El motivo se desestima, porque el enfoque que hacen los recurrentes no es el de la acción ejercitada ni el que ha estimado la sentencia recurrida.

El suplico de la demanda y el fallo congruente de las sentencias de instancia no parten de la nulidad de la partición, total o parcial. Parten de la inoficiosidad de los legados por razón de la legítima que corresponde a los ascendientes; es decir, no se discute la legítima, que es intangible (artículo 817 del código civil) sino que, partiendo de su cuantía indiscutida, se cuestiona la reducción de los legados por ser inoficiosos.

La sentencia recurrida acoge estas pretensiones y no declara la nulidad parcial o la rescisión por lesión de la partición, sino «la nulidad de la reducción por inoficioso del 14,3983% de los legados atribuidos a la actora...». Por lo cual, el fallo, congruente con el suplico de la demanda, no entra en la nulidad de la partición, sino en la nulidad de la reducción, con lo cual no aparece en modo alguno la infracción de los artículos que se mencionan como infringidos, ni de la doctrina jurisprudencial sobre la partición, sino que se ha aplicado correctamente la normativa sobre la inoficiosidad de los legados que da lugar a que mengüen éstos.

3.- El motivo segundo del recurso de casación, al amparo de la misma norma que el anterior alega la vulneración del principio general del *favor partitionis* y de las sentencias que lo proclaman (así, sentencias de 13 marzo 2003 , 12 diciembre 2005 , 20 enero 2012).

Ciertamente, es un principio general, como fuente del Derecho incluido en el artículo 1 del Código civil , que tiene aplicación directa y subsidiaria, en defecto de ley y costumbre, y, al tiempo, aplicación permanente, indirecta, a través de las demás fuentes del derecho, por su carácter informador del ordenamiento jurídico.

En el presente caso, no se discute tal principio, que ha sido reiterado por la jurisprudencia, pero no se aplica al presente caso en que no se ataca la partición, sino que la acción va dirigida a la inoficiosidad de los legados, que defiende la demandante y es acogida por las sentencias de instancia; por tanto, al no recoger el fallo de la sentencia recurrida, que confirma la de primera instancia, la nulidad de la partición, sino la reducción de los legados, no tiene sentido este principio general en el caso concreto.

En el mismo motivo se hace referencia expresa a la valoración de bienes. Lo cual queda fuera de recurso de casación, cuya función no es revisar la prueba practicada, sino considerar la corrección de la aplicación del ordenamiento jurídico a los hechos probados, sin que la casación pueda convertirse en una tercera instancia (sentencias del 6 mayo 2013 , 24 octubre 2014 , 11 mayo 2015) ni permitir hacer supuesto de la cuestión (sentencias de 4 abril 2012 , 19 abril 2013 , 6 febrero 2015).

Por lo cual, el motivo se desestima.

4.- El motivo tercero del recurso de casación alega la vulneración de los artículos 885 , 999 y 1000 del Código civil que poco o nada tienen que ver con el caso presente y del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos.

Este motivo se desestima por la falta de prueba de los hechos que puedan servir de base a tal doctrina. Las sentencias de instancia han analizado esta alegación y la han rechazado por faltar la base fáctica que la sostenga, lo cual, como se ha dicho al tratar del motivo anterior, no es función de la casación, que no es una tercera instancia. No cabe obviar que la doctrina de los actos propios, según reiterada jurisprudencia, se basa en la serie de actos de la parte que inspiran la confianza y tienen su fundamento en el principio de la buena fe y en el deber de coherencia (sentencias de 13 octubre 2014 , 6 febrero 2015). Cuya prueba de tales actos no se ha producido.

CUARTO .- 1.- Rechazándose los tres motivos del recurso de casación, debe declararse no haber lugar al mismo.

2.- Y como consecuencia, procede la condena en costas que impone el artículo 398. 1 en su remisión al 394. 1 de la ley de enjuiciamiento civil y la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

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

FALLO

FALLAMOS



1.º - Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Ernesto Nicolas y D. Jenaro Victorio , contra la sentencia dictada por la Sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 4 de abril de 2013 , que se confirma.

2.º - Se condena a dicha parte al pago de las costas causadas en este recurso y a la pérdida del depósito constituido.

Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollos 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 Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz Fernando Pantaleon Prieto Xavier O'Callaghan Muñoz PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEN