



Roj: **STS 2887/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2887**

Id Cendoj: **28079110012023101001**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/06/2023**

Nº de Recurso: **905/2019**

Nº de Resolución: **1019/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Valladolid, núm. 9, 29-01-2018,**  
**SAP VA 1498/2018,**  
**STS 2887/2023**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 1.019/2023**

Fecha de sentencia: 26/06/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 905/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/06/2023

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID. SECCIÓN 3.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M.<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 905/2019

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M.<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 1019/2023**

Excm. Sra. y Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 26 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Rogelio y D.<sup>a</sup> Purificación, representados por la procuradora D.<sup>a</sup> María Esperanza Azpeitia Calvin y bajo la dirección letrada de D. Santiago Rodríguez-Monsalve Garrigós, contra la sentencia n.º 516/2018, de 11 de diciembre, dictada por la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valladolid en el recurso de apelación n.º 304/2018, dimanante de las actuaciones sobre Impugnación/Oposición al Cuaderno Particional elaborado por contador partidor dentro del proceso especial de División de Herencia n.º 66/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Valladolid. Han sido partes recurridas D.<sup>a</sup> Ruth, representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Paula Mazariegos Luelmo y bajo la dirección letrada de D. Santiago Fernández Manteca, y D.<sup>a</sup> Soledad representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Ana Valbuena Parro y bajo la dirección letrada de D. Ignacio Muñoz Dopico.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. D.<sup>a</sup> Soledad presentó escrito en el que solicitaba se procediera judicialmente a la división de la herencia del causante D. Carlos Ramón, fallecido el día 16 de marzo de 1985, señalando a los interesados en la herencia.

2. El 29 de mayo de 2012 tuvo lugar la junta de herederos donde se acordó nombrar a un contador/partidor, cargo que recayó en la persona de D. Luis Alberto que formuló cuaderno particional del que se dio traslado a las partes.

3. D. Rogelio y D.<sup>a</sup> Purificación, formularon oposición a las operaciones divisorias por lo que las partes fueron convocadas a comparecencia el día 26 de septiembre de 2017, fecha en que comparecen las partes para ratificarse en sus respectivos escritos.

4. Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Valladolid dictó sentencia de fecha 29 de enero de 2018, con el siguiente fallo:

"Estimo, de modo parcial, la impugnación efectuada del cuaderno particional elaborado por el contador-partidor D. Luis Alberto por el procurador Sr. Rodríguez-Monsalve Garrigós en representación de D. Rogelio y D.<sup>a</sup> Purificación, donde ha intervenido como parte personada D.<sup>a</sup> Soledad, representada por la procuradora Sra. Valbuena Parro, y D.<sup>a</sup> Ruth, representada por la procuradora Sra. Mazariegos Luelmo, y en su virtud, debo de confirmar y confirmo las operaciones divisorias que se contienen en el citado cuaderno salvo en lo que se refiere a los "gastos por cargas del edificio", apartados 3.º y 4.º de su página 3.ª, todo ello sin pronunciamiento condenatorio alguno en cuanto a las costas procesales derivadas del presente incidente".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Rogelio y Purificación.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valladolid, que lo tramitó con el número de rollo 304/2018 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 11 de diciembre de 2018, con el siguiente fallo:

"DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Rogelio y de Doña Purificación contra la sentencia de fecha 29 de enero de 2018 dictada en Juicio de División de Herencia 66/2012 y CONFIRMAMOS dicha resolución en todos sus pronunciamientos, imponiendo a la parte recurrente las costas originadas por esta segunda instancia".

### TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación*

1. D. Rogelio y D.<sup>a</sup> Purificación interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 469.1.3º LEC. Infracción de las normas legales determinantes de la nulidad del procedimiento de división de herencia por falta de objeto. Infracción de los artículos 782 al 789 LEC reguladores del procedimiento de división de herencia por aplicación indebida al caso.

"Segundo.- Subsidiario del anterior pues si se estima el vicio denunciado en este motivo de recurrir pierde su razón de ser. Al amparo del artículo 469.1.2.º LEC. La recurrida infringe por violación el artículo 218.1 y 2 LEC".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 477.1 LEC: la recurrida infringe por interpretación errónea el artículo 841 CC pues sostiene, al igual que las operaciones particionales que una vez efectuada la conmutación de la porción hereditaria el derecho del heredero conmutado recae sobre los bienes de la herencia, no sobre su valor.

"Segundo.- Al amparo del artículo 477.1 LEC: la sentencia recurrida infringe por interpretación errónea el artículo 847 CC, por cuanto que sostiene, al igual que las operaciones particionales, que el valor de los bienes conmutados es el correspondiente al momento de efectuar las operaciones particionales, siendo así que dicho precepto legal ordena estar al tiempo de liquidar la porción hereditaria conmutada, esto es, al momento de la conmutación decidida por el heredero adjudicatario, dentro del plazo del año siguiente a la apertura de la sucesión que marca el artículo 844 CC".

2. Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 19 de mayo de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D. Rogelio y D.<sup>a</sup> Purificación contra la sentencia de fecha 11 de diciembre de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Tercera, en el rollo de apelación n.º 304/2018, dimanante del juicio de división de herencia n.º 66/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Valladolid".

3. Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición al recurso de casación e infracción procesal.

4. La procuradora D.<sup>a</sup> Paula Mazariegos Luelmo presentó escrito poniendo en conocimiento de la sala el fallecimiento de D.<sup>a</sup> Ruth, cuya única sucesora a título universal, D.<sup>a</sup> Edurne no ha comparecido ante la sala, continuando la tramitación del recurso.

5. Por el letrado de D.<sup>a</sup> Soledad se presentó escrito en el que ponía en conocimiento de la sala que habiendo cesado la procuradora de esa parte, D.<sup>a</sup> Ana Valbuena Parro, su cliente D.<sup>a</sup> Soledad, no desea comparecer en el presente recurso.

6. Por providencia de 27 de abril de 2022 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 14 de junio de 2023, fecha en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Antecedentes relevantes

Los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación se interponen contra la sentencia de apelación dictada en un proceso de división de herencia promovido por una nieta del causante. Las cuestiones jurídicas que se plantean están relacionadas con la interpretación y aplicación de los arts. 841 y siguientes del Código civil, que permiten al testador adjudicar todos o parte de los bienes de la herencia a alguno o algunos de sus descendientes, ordenando el pago en metálico extra hereditario de la porción hereditaria, incluida la **legítima**, a los demás herederos forzosos.

Son antecedentes necesarios los siguientes.

1. El 20 de enero de 2012, Soledad presenta escrito por el que solicita se proceda judicialmente a la división de la herencia de su abuelo, Carlos Ramón, fallecido el día 16 de marzo de 1985, previa cita de todos los herederos que identifica en su escrito.

Explica que el Sr. Carlos Ramón, "sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria" que correspondía a su esposa, había instituido en su testamento, otorgado el 21 de julio de 1983, como únicos y universales herederos a sus seis hijos, Marisol, Cipriano, David, Palmira, Donato y Borja. También que ordenó que se adjudicaran a partes iguales a sus hijos Palmira y Borja las cuotas indivisas que correspondían al testador en la casa n.º NUM000 de la CALLE000 de Valladolid, con pago en metálico de su porción a los demás herederos.

Añade que, haciendo uso de la facultad conferida, Palmira y Borja, que aceptaron en 1986 la conmutación, iniciaron en 1987 un expediente de consignación judicial de las cantidades que ofrecían a sus hermanos como pago, lo que no fue aceptado por no existir acuerdo, de modo que el expediente estaba caducado y ninguno

había cobrado. Entiende que, al haber transcurrido los plazos establecidos para ello, procede la partición de la herencia conforme a las disposiciones generales sobre partición.

2. El 29 de mayo de 2012 tuvo lugar la junta de herederos, en la que se acordó nombrar a un contador/partidor, cargo que recayó en la persona de D. Luis Alberto, que elaboró un cuaderno particional fechado a 15 de enero de 2016, y del que se dio traslado a las partes.

3. Mediante escrito de 20 de junio de 2017, Rogelio y Purificación (hijos de Borja, instituido heredero por su hermana Palmira, que falleció soltera y sin hijos) se opusieron a las operaciones divisorias, por lo que las partes fueron convocadas a comparecencia el día 26 de septiembre de 2017, fecha en la que se ratifican en sus respectivos escritos.

Rogelio y Purificación fundan su oposición en que el procedimiento de división de la herencia es inadecuado, pues no hay nada que repartir, ni nada que contar, ya que todos los interesados en la herencia tienen admitido desde hace más de veinticinco años que el único bien de la herencia son unas partes indivisas de la propiedad de un edificio, cuotas que debían ser adjudicadas por imperativo testamentario a Palmira y Borja, hecho que todos los interesados tienen reconocido (doctrina de actos propios), dado que su derecho hereditario se transformó por efecto de la conmutación en dinero ordenada por el testador en un derecho de crédito, y para reclamar ese derecho de crédito el procedimiento es un juicio ordinario en el que se valore la cuota indivisa del inmueble, dado que estaba arrendado y con derecho de prórroga indefinida, lo que el contador no ha tenido en cuenta. Asimismo, alegan la prescripción del derecho de crédito.

También se alega como motivo de oposición a las operaciones divisorias, más en concreto a la fijación del crédito de los causahabientes, que en cuaderno se "alude a los gastos por cargas del edificio pagados por terceros o por algún coheredero y dice que se podrían descontar (del valor de las partes indivisas) pero que no se identifican, ni se acredita su importe ni quien lo ha pagado", lo que solo hubiera sido posible si se hubiera ordenado la formación de inventario, lo que la promotora de la acción no interesó, con infracción del art. 783. 2.º LEC. Dice además que ello revela que se acepta como fecha de valoración el momento en que Palmira y Borja aceptaron pagar en metálico la parte que correspondía a sus hermanos. Añade que unas operaciones divisorias que no contienen la operación de adjudicación (pues de los créditos adjudicados se ordena descontar los gastos, actualizados, del edificio durante los últimos 30 años, o sea, unos conceptos absolutamente ilíquidos) infringen lo dispuesto en el art. 786.3º LEC. Consideran que el cuaderno particional infringe las bases de valoración, que deben referirse al año 1987, y no a la fecha en la que se elabora, pues Cipriano, causahabiente de Aurelia, aceptó en 1986 cobrar su parte en dinero. Añaden que para la propia operación divisoria de avalúo determinante del valor del inmueble en 1987 es relevante la existencia en ese momento de un arrendamiento por tiempo indefinido (prórroga forzosa).

Finalmente, se interesa la nulidad de las operaciones de división porque el cuaderno omite el hecho acreditado mediante el testimonio aportado como documento n.º 4 del escrito de personación, del que resultaba la consignación. En definitiva, consideran que el que no estuviera conforme con la cantidad ofrecida, para reclamar una cantidad superior, debía promover el juicio declarativo correspondiente.

4. La sentencia de 29 de enero de 2018 del juzgado de primera instancia declara que estima de modo parcial la impugnación efectuada del cuaderno particional por Rogelio y Purificación y declara que confirma las operaciones divisorias que se contienen en el cuaderno salvo en lo que se refiere a los "gastos por cargas del edificio", apartados 3.º y 4.º de su página 3.ª; todo ello sin pronunciamiento condenatorio alguno en cuanto a las costas procesales derivadas del incidente.

5. Rogelio y Purificación interponen recurso de apelación. El recurso es resuelto por la sentencia 11 de diciembre de 2018 de la Audiencia Provincial de Valladolid, que confirma la sentencia de primera instancia. La sentencia expresamente declara que comparte los razonamientos del juzgado, que dan respuesta razonada a los motivos de oposición de los recurrentes, que reiteran en la apelación las mismas cuestiones que plantearon en primera instancia. La Audiencia asume, como técnica de motivación, todos los razonamientos de la sentencia del juzgado y añade las siguientes consideraciones:

"[...] a) No existe ningún vicio de incongruencia interno y cualitativo en la sentencia apelada Basta examinar el rescrito de oposición y particularmente el tenor literal de su suplico-que es a lo fundamentalmente ha de estarse-, para ver que lo que el se pedía no era una declaración de nulidad de las operaciones divisorias sino literalmente .." se tenga por formulada oposición a las operaciones divisorias y acuerde como manda la ley...".No existe por tanto contradicción ni discordancia entre lo que se había suplicado en dicho escrito de oposición y lo fallado por la sentencia apelada. En dicho escrito y en relación con el punto y motivo de oposición que nos ocupa (-tercero) se decía "Pero unas operaciones divisorias que no contienen la operación de adjudicación (pues de los créditos adjudicados se ordena descontar los gastos, actualizados, del edificio durante los últimos 30 años, o sea, unos conceptos completan y absolutamente ilíquidos) infringe lo dispuesto



en el artículo 786. 3.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil". Se mencionaba expresamente ese punto concreto de las operaciones divisorias y se cuestionaba el mismo dando razones para ello y pidiendo finalmente al juzgador que resolviera en derecho o "como manda la ley", que es precisamente lo que hace en su sentencia -excluyendo los gastos por cargas del edificio- en un recto y lógico entendimiento de la anomalía e ilegalidad que sobre este particular- había sido advertida y denunciada por los herederos opuestos al cuaderno particional. El principio que prohíbe modificar una resolución judicial en perjuicio del recurrente, ("reformatio in peius") poco o nada tiene que ver con el supuesto de *litis*, que es de mera oposición a la operaciones divisorias contenidas en un cuaderno particional, y máxime cuando, atendiendo a lo antes razonado mal puede hablarse de una situación ganada e inalterable de los opositores ni siquiera que sufrieran perjuicio por tal decisión ya que precisamente ante la estimación parcial de su oposición no hubo imposición de costas procesales. Tampoco cabe traer a colación la doctrina que veda el enriquecimiento injusto, puesto que no falta razón a la parte recurrida cuando señala que en modo alguno sería equitativo ni razonable que el cuaderno particional contuviera la previsión de una liquidación de hipotéticos gastos y cargas del inmueble adjudicado y sin embargo no se incluyeran una previsión semejante respecto de las rentas o beneficios obtenidos por quien o quienes han mantenido y gozado de su posesión durante años.

"b) Que en una controversia hereditaria como la presente -necesariamente ha de partirse como bien dice la sentencia apelada- de las disposiciones testamentarias en las que el testador -dejó expresada su voluntad- y concretamente en lo que aquí importa del contenido de la cláusula 6.ª y 8.ª de su testamento en las que -por una parte ordena a los dos contadores partidores que designa- que se adjudiquen por iguales partes, Palmira y a Borja, las participaciones indivisas del testador de la casa núm. NUM000 de la CALLE000 de Valladolid y que se pague en metálico la porción hereditaria a los demás herederos, cuyas cuotas vendrán obligados a pagar Palmira y Borja con arreglo al artículo 841 y ss. del Código Civil; y por otra parte "faculta y orden a los ejecutores testamentarios para que efectúen la liquidación a que se refiere el artículo 847 cc en el propio acto particional o con posterioridad, a fin de fijar las sumas que los adjudicatarios deben de pagar al resto de sus hermanos, justificando el testador las razones que llevaron a dicha adjudicación -titulares del negocio de perfumería instalado en dicha casa- siendo los llamados a reunir la totalidad de las participaciones indivisas del inmuebles que el testador sea anticipar".

"c) Se desprende claramente del tenor de tales disposiciones que -no estamos ante una verdadera partición testamentaria ya que como bien razona la sentencia apelada con cita de jurisprudencia pertinente ( STS ST 21-julio 1986; 15 de junio de 2006) el testador no llevo a cabo todas las operaciones necesarias para ello (inventario, valoración, liquidación formación de los lotes que han de ser objeto de adjudicación a cada heredero) sino que se limitó a expresar una voluntad y razonada -a fin de que en el momento de acometer la partición de la herencia- tarea para la que precisamente nombre dos albaceas contadores- un determinado bien de su patrimonio, sea adjudicado a unos herederos pagándose en metálico la porción hereditaria a los demás herederos con arreglo al artículo 841 del C. Civil, y es precisamente a tal fin por lo que faculta a los ejecutores del testamento que en el propio acto particional o con posterioridad al mismo para fijar las sumas que los adjudicatarios deben pagar al resto de los herederos. Estamos por consiguiente ante unos genuinos derechos hereditarios y no -cual forzada e interesadamente interpreta la parte recurrente- ante un derecho a la titularidad consolidado (herederos designados por el testador, en relación las participaciones indivisas del inmueble) y ante un derecho de crédito o "legado de cantidad" a reclamar en juicio correspondiente (resto de los herederos no designados). La consolidación de ese derecho a la titularidad dominical y la transformación del derecho sucesorio en un mero derecho de crédito, exige como presupuesto previo y necesario la existencia de, una valida y eficaz partición de la herencia del causante - Carlos Ramón - la cual nunca llego a realizarse hasta el presente procedimiento.

"d) A propósito de esta facultad de adjudicar bienes hereditarios por parte del testador, o en su caso de contador partidior expresamente autorizado ( artículo 841 Código Civil) el artículo 843 Código Civil literalmente dispone "Salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes la partición a que se refiere los dos artículos anteriores, requerirá aprobación judicial". Quiere con ello decirse que para que esta opción autorizada sea eficaz se requiere que se lleva a cabo la partición en que se ejecute y además que esta sea refrendada por todos los hijos o descendientes y en su defecto, aprobada por el Juez. Pues bien, en el caso aquí enjuiciado, no es discutido que los contadores partidores designados por el testador, no llevaron a cabo su cometido. Y como antes se dijo -no ha quedado probado que con anterioridad al presente litigio se hubiera llevado una partición con acuerdo o confirmación de todos los herederos (o sus sustitutos) o en su caso con aprobación judicial. El documento privado a que alude de 28 de febrero de 1987, no consta que fuera firmado y por lo tanto consentido por todos los herederos de causante (o sus sustitutos) y en cuanto a las actas notariales y el resultado de los procedimientos judiciales a los que también se alude, nada demuestran respecto a la existencia de una previa y valida partición de la herencia de Carlos Ramón ni tampoco fijan y delimitan el total de su patrimonio a inventariar, en el que obviamente ha de incluirse, además de las partes indivisas del inmueble de *litis*, otro



bien que relaciona el contador partidor (tercera parte de los derechos de propiedad funeraria de una sepultura en el Cementerio del Carmen de Valladolid). En suma, ninguno de dichos documentos acredita - sino más bien todo lo contrario -que hubiera una aceptación o conformidad de todos los herederos- con la partición y la valoración propuesta unilateralmente por una parte de ellos, ante la inactividad de los contadores designados en el testamento. No desvirtúan por lo tanto en lo más mínimo los acertados razonamientos que sobre este particular contiene la sentencia apelada y que hemos refrendado.

"e) Y es precisamente esta falta de partición por los contadores partidores testamentarios y esa falta de acuerdo entre de todos los herederos, lo que justifica y hace procedente la sustanciación del presente procedimiento cuyo objeto es precisamente proceder a la división y liquidación de una herencia que aún lo ha sido, procedimiento especial -para cuya promoción se halla legitimado cualquier de los herederos ( artículo 782. 1.º LEC) y sin que a tal efecto opere el instituto de la prescripción según expresamente dispone el artículo 1965 del nuestro Código Civil. Ha de correr pues suerte desestimatoria todas las objeciones que sobre la inadecuación de procedimiento por falta de objeto formula la parte recurrente de forma repetida a lo largo de su recurso.

"f) No tiene tampoco razón la parte recurrente en sus objeciones sobre la formación de inventario -y sobre fecha de valoración de las participaciones al inmueble de *litis*-. La primera por cuanto basta leer el artículo 783.1 LEC para advertir que la formación de inventario no siempre es necesaria, obligada pues el propio precepto "si así se hubiere pedido y resultare procedente". Explica y razona con buen tino jurídico el juzgador por qué en este caso no se considera procedente la formación judicial de inventario. Y por lo que se refiere a la valoración de tales bienes, también basta leer lo dispuesto en el artículo 847 Código Civil e igualmente lo establecido en los artículos 1074 y 1045 del mismo texto sustantivo para ver la valoración ha de hacerse a fecha en que se efectúe la partición de la herencia, es decir en este caso al momento en que se liquide el crédito de los herederos no adjudicatarios del bien relicto, que es precisamente lo que acertadamente hace el contador partidor en el cuaderno impugnado [...]"

6. Rogelio y Purificación interponen recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

##### **SEGUNDO.** *Planteamiento del primer motivo*

En el motivo primero, al amparo del art. 469.1.3.º LEC, se denuncia la infracción por aplicación indebida de los arts. 782 al 789 LEC reguladores del procedimiento de división de herencia.

En síntesis explican que el objeto de división de la herencia se contrae a las 21 589,925 participaciones indivisas de las que era titular el causante en la casa n.º NUM000 de la CALLE000 de Valladolid, y que tanto las participaciones como su equivalente en dinero son divisibles, de modo que el solo título hereditario (el testamento) basta para acreditar el derecho de cada heredero sin necesidad de hacer partición, pues no hay nada que partir y la "operación de avalúo carece de causa".

Los recurrentes razonan que no hay discrepancia en la adjudicación de las participaciones del inmueble a Palmira y a Borja (causantes de los recurrentes), y que la discrepancia está en la cantidad de dinero que deben pagar a los otros cuatro herederos en sustitución de su respectiva porción hereditaria, y que esa discrepancia no debe resolverse en un procedimiento divisorio sino en el juicio ordinario que corresponda.

El motivo va a ser desestimado por lo que decimos a continuación.

##### **TERCERO.-** *Decisión de la sala. Desestimación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal*

El motivo no puede estimarse porque los recurrentes parten de una serie de presupuestos que no son correctos. En atención a las circunstancias del caso los derechos de los demás herederos no son meros derechos de crédito y los recurrentes no tienen adjudicada la propiedad exclusiva de las participaciones de la casa de las que era titular el causante.

En primer lugar, debemos señalar que la sentencia recurrida valora correctamente las razones por las que no nos encontramos ante una partición del testador ( art. 1056.I CC), cuyos efectos habrían sido conferir a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que les hubiera adjudicado. Con cita expresa de los arts. 841 y ss. CC, el causante dispuso que sus participaciones en la casa se adjudicaran por partes iguales a Palmira y a Borja , ordenando el pago en metálico de la porción hereditaria a los demás herederos. Expresamente nombró contadores-partidores a los que encargó que llevaran a cabo las adjudicaciones así como la liquidación para fijar las sumas que los adjudicatarios debían pagar al resto de los hermanos. En definitiva, el testador no adjudicó directamente la propiedad exclusiva de los bienes hereditarios. Los propios recurrentes explican que

los adjudicatarios comunicaron su decisión unánime de pago en dinero a los perceptores, lo que pudieron no aceptar y optar por el pago a sus hermanos en bienes de la herencia (primera parte del art. 844 CC).

La determinación de las sumas que deben pagarse en metálico, además de la valoración, puede requerir una serie de operaciones jurídicas más o menos complejas (identificación de los bienes que realmente integran el caudal, imputación de donaciones y legados, colación de donaciones) sobre las que pueden surgir discrepancias. En el caso, el causante designó contadores partidores que no llevaron a cabo la función encomendada y fueron los propios adjudicatarios quienes, unilateralmente, elaboraron una propuesta de liquidación que comunicaron a sus hermanos. Que según dicen los recurrentes los demás hermanos aceptaran que el pago se hiciera en dinero no significa que su derecho se transformara en un derecho de crédito de naturaleza no sucesoria.

Los demás hermanos no tenían que aceptar la decisión de pago en dinero, pero sí la propuesta de liquidación con determinación de las sumas que debían percibir. Para el caso de que no se diera esa conformidad, los adjudicatarios debieron solicitar y obtener aprobación judicial para que la conmutación se entendiera realizada (de conformidad con lo dispuesto en el art. 843 CC en la redacción anterior a la reforma por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria), lo que no hicieron.

La sentencia recurrida, confirmando la del juzgado, parte de que de ninguno de los documentos aportados resulta la aceptación o conformidad de los herederos con la partición y valoración propuesta unilateralmente por los adjudicatarios, lo que no ha sido debidamente impugnado. Y, ciertamente, de la documental aportada resulta, incluso, que el único hermano que firmó la propuesta de liquidación supeditó su conformidad a recibir no solo la cantidad ofrecida, sino la que finalmente se reconociera a los demás bien judicial bien extrajudicialmente, y, además consta expresamente el rechazo y la oposición de varios de los hermanos.

No aprobada la liquidación de la herencia por los herederos ni solicitada y obtenida la aprobación judicial, la comunidad hereditaria subsistía, no se produjo la conmutación de las cuotas de los demás herederos por créditos en dinero contra sus hermanos y, en consecuencia, de acuerdo con lo declarado por la sentencia recurrida, debe reconocerse a los herederos la posibilidad de instar la vía judicial de división de la herencia.

Por ello el primer motivo del recurso por infracción procesal se desestima.

#### **CUARTO.-** *Planteamiento del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal*

En el motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal, de manera subsidiaria para el caso de que no se estime el primero, al amparo del art. 469.1.º.2.º LEC, se denuncia la infracción del art. 218 LEC.

En su desarrollo los recurrentes razonan que hay incongruencia en la sentencia recurrida porque elimina de las operaciones particionales la comprendida en el párrafo cuarto de su página 3, que ordena descontar de los créditos atribuidos a los herederos perceptores del dinero metálico a pagar por los recurrentes el 40,7736% de los gastos actualizados del edificio desde el fallecimiento del causante hasta hoy. Añaden que debe entenderse corregido lo que se dice en ese párrafo de la sentencia por lo que dice en la página 8, al final de su segundo párrafo, esto es, hasta el momento en que los recurrentes paguen tales créditos -una vez descontados esos gastos- al resto de los herederos.

Consideran que la sentencia incurre: a) en incongruencia, porque no guarda correlación con lo pedido (causa petendi) y altera el objeto del proceso y los términos del debate, vulnerando el principio de contradicción y el derecho de defensa que garantiza el art. 24.1 CE; y b) en razonamiento no ajustado a la lógica y la razón, pues es una evidencia que la hoy recurrente no impugna lo que le beneficia.

El motivo va a ser desestimado por lo que decimos a continuación.

#### **QUINTO.-** *Decisión de la sala. Desestimación del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal*

Los recurrentes reiteran contra la sentencia de la Audiencia la queja que ya expusieron en su recurso de apelación contra la sentencia del juzgado.

En el cuaderno particional el contador partidador explicó que se iba a seguir el criterio de valorar los bienes y los derechos sobre los bienes que se debían adjudicar y las cantidades que se debían pagar actualizados a la fecha en que realmente se repartan, liquiden y adjudiquen las porciones de la herencia. Explicó además que, de existir gastos por cargas del edificio abonadas por terceros o por algún coheredero se podrían descontar, pero también advirtió que aunque se dice que existen gastos en los "particulares" remitidos al contador, no se identifican de forma concreta ni se acredita su importe ni quién los ha pagado. Añadió finalmente que los gastos del edificio en la parte que corresponda a la cuota particional que se ha de liquidar en dinero a los no

adjudicatarios del edificio que se hayan pagado en los años transcurridos se deben descontar del importe de los créditos que liquidarán a los demás herederos los hermanos Rogelio y Purificación.

En su oposición al cuaderno, los hermanos Rogelio y Purificación impugnaron la referencia a los gastos señalando que se ordenaba descontar unos conceptos completa y absolutamente ilíquidos. Atendiendo a esta alegación, el juzgado declaró que no procedía descontar nada por este concepto porque no se había aportado en el procedimiento especificación de tales gastos, ni los conceptos, ni quién los había pagado, por lo que no procedía una liquidación futura. La Audiencia confirmó el criterio del juzgado y vamos a confirmar esta decisión.

En primer lugar hay que advertir que no se ha producido indefensión, pues la parte ha podido hacer alegaciones y acreditar lo que a su derecho convenga en este procedimiento, y no se ha perjudicado su situación por la rectificación judicial del cuaderno particional a la vista de las alegaciones de las partes.

Realmente, aunque se aludía en el escrito de oposición a la nulidad de la partición, en el suplico se solicitaba que se acordara "como manda la ley" y, como dice la Audiencia, lo que hizo el juzgado, señalada la irregularidad denunciada por los propios recurrentes, fue corregir el cuaderno excluyendo una referencia a unos gastos hipotéticos que no se habían probado ni cuantificado. La sentencia, además de observar que la estimación parcial de la oposición de los recurrentes determinó que no se les pusieran las costas, atiende a las alegaciones de la parte recurrida acerca de que tampoco se incluyeron las rentas y beneficios obtenidos por quienes han mantenido y gozado la posesión durante años.

Ciertamente, si la liquidación estaba pendiente, todos los frutos y rentas de los bienes producidos hasta el momento de la liquidación, descontando los gastos, engrosarían la masa patrimonial y su valor debería ser tenido en cuenta para calcular las cantidades que deben percibir los perceptores en metálico. Pero lo que no se puede admitir es que quienes han tenido la posesión y deben pagar en metálico, pretendan que se deje sin efecto la decisión judicial de excluir del cálculo unos conceptos indeterminados sobre unos gastos que no han probado, al igual que tampoco han acreditado ni hecho mención a las rentas y beneficios obtenidos.

Por ello, el segundo motivo del recurso se desestima.

### **Recurso de casación**

#### **SEXTO.- Planteamiento del primer motivo del recurso de casación**

En el motivo primero del recurso de casación se denuncia la infracción del art. 841 CC y se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A tal fin los recurrentes citan las sentencias 542/2012, de 18 de julio, y 604/2012, de 22 de octubre.

Razonan que el derecho de los herederos conmutados tiene naturaleza crediticia frente al heredero adjudicatario de los bienes, que la conmutación que autoriza el art. 841 CC es potestativa del adjudicatario de los bienes y que si la ejerce determina su obligación de pago en dinero extra hereditario a los demás interesados. Se refieren al acta notarial de 1986 por la que se notificó a los demás herederos la decisión de los adjudicatarios.

En el desarrollo del motivo, con cita del art. 844 CC, se alude también al valor de los bienes conmutados para determinar el importe del crédito, que según dicen los recurrentes debe hacerse teniendo en cuenta que en el año 1986 el inmueble estaba arrendado con arreglo a la legislación arrendaticia vigente que hacía del arrendamiento un contrato sometido a prórroga prácticamente indefinida. Añade que los demás herederos debieron aceptar la cantidad ofrecida y, si no estaban de acuerdo, reclamar la cantidad complementaria a la que tuvieran derecho mediante una acción personal, que era la única que les correspondía desde que se hizo la conmutación.

El motivo va a ser desestimado por lo que decimos a continuación.

#### **SÉPTIMO.- Decisión de la sala. Desestimación del primer motivo del recurso de casación**

Con carácter previo debemos señalar que en este caso, admitida por las razones expuestas al resolver el primer motivo del recurso por infracción procesal el ejercicio de la acción de división de la herencia, el contador partidor designado judicialmente ha respetado la voluntad del causante de realizar la partición con arreglo a lo previsto en el testamento, de tal manera que ha atribuido las participaciones indivisas de la casa a los ahora recurrentes. Ninguna de las partes ha cuestionado esa decisión. Lo que se discute ahora está relacionado con la determinación del importe de la suma que debe abonarse a los perceptores de dinero, de forma que se ha llegado a asumir por todos los interesados que, con independencia del tiempo transcurrido y de las posibilidades que tenían de exigir que la partición de la herencia se realizara conforme a las disposiciones generales sobre partición (art. 844.II CC), convenía a su interés tal adjudicación.



Dicho lo cual, cabe observar que el primer motivo acumula diversas cuestiones, aunque ciertamente se encuentran relacionadas.

Así, cuando los recurrentes alegan que los demás herederos debieron ejercitar una acción personal para reclamar la cantidad complementaria a la que tuvieran derecho, vuelven a plantear la denuncia de la improcedencia de la acción de división, a la que ya hemos dado respuesta al desestimar el primer motivo del recurso por infracción procesal.

Además, el motivo también plantea el tema de la valoración de los bienes a efectos del cálculo de la cantidad que debe satisfacerse en metálico, lo que es objeto específico del segundo motivo del recurso de casación.

Centrada ahora la respuesta en la denuncia de infracción del art. 841 CC con el argumento de que los demás herederos solo son titulares de un derecho de crédito como consecuencia de la notificación que les dirigieron los adjudicatarios por la que les comunicaban su decisión de pago en metálico el motivo no va a ser estimado.

La posibilidad prevista en el art. 841 CC de que el testador otorgue a alguno de los hijos la facultad de pagar a los demás la porción hereditaria en metálico extra hereditario requiere que el ejercicio de tal facultad se lleve a cabo con las cautelas que garanticen sus derechos. A pesar de las insuficiencias de la regulación, es claro que los arts. 843 y 844 CC tratan de evitar que los adjudicatarios no respeten los derechos de los perceptores de dinero, fijando sumas muy bajas, pero también trata de evitar que estos últimos obstaculicen el ejercicio de la facultad de conmutar negándose a consentir una liquidación que sí sea correcta.

En el caso, como ya hemos dicho al resolver el primer motivo del recurso por infracción procesal, no se dio el consentimiento de todos los herederos a la propuesta unilateral de los adjudicatarios de liquidación y determinación de las sumas que debían pagar a los demás, y los adjudicatarios no solicitaron la aprobación judicial requerida por el art. 843 CC entonces vigente. Por otra parte, el art. 844 CC que también citan los recurrentes, por lo que ahora interesa, se limita a decir que la decisión de pago en metálico debe comunicarse a los perceptores en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión. En definitiva, el ejercicio de la facultad de conmutar y su comunicación por parte de los adjudicatarios a los demás herederos no permite tener por realizada la conmutación. Por ello, no es correcto entender, contra lo que afirman los recurrentes, que los demás herederos se convirtieron en meros acreedores de un crédito cuando les notificaron la decisión de conmutar.

Las sentencias que citan los recurrentes no se oponen a esta conclusión, porque se refieren a supuestos que no son iguales. En el caso de la sentencia 542/2012, de 18 de julio, no se ejerció una acción de división de la herencia, sino que las nietas perceptoras del metálico pretendían que se declarase la nulidad de la partición realizada por el contador argumentando, entre otras cosas, que eran ellas quienes estaban facultadas para realizar la elección de la conmutación, lo que se rechaza, añadiendo al tenor de la ley que atribuye la opción a los adjudicatarios de los bienes, que en el caso las perceptoras de dinero eran acreedoras al haberse producido la liquidación por el contador. Por su parte, la sentencia 604/2012, de 22 de octubre, simplemente se refiere a que la comunicación a los demás legitimarios la deben efectuar los herederos facultados para ello, y no el contador partidor.

Por todo lo anterior, la sentencia recurrida no infringe los preceptos que se invocan ni es contraria a la doctrina de la sala.

#### **OCTAVO.-** *Planteamiento del segundo motivo del recurso de casación*

En el motivo segundo del recurso de casación se cita como precepto legal infringido el art. 847 CC. Se invoca la existencia de interés casacional con cita de las mismas sentencias que en el motivo primero.

En su desarrollo razonan los recurrentes que, puesto que, de acuerdo con lo mantenido en el primer motivo del recurso de casación, el crédito de los demás herederos nació con la decisión de conmutar de los adjudicatarios, ese es el momento en el que se deben valorar los bienes a efectos de calcular el importe del crédito. Reitera la cita del art. 844 CC y los efectos que a su juicio produce la comunicación de la decisión de pago en metálico y añade, sin más, que la solución de la Audiencia es contraria a la seguridad jurídica.

El motivo va a ser desestimado por lo que decimos a continuación.

#### **NOVENO.-** *Decisión de la sala. Desestimación del segundo motivo del recurso de casación*

El art. 847 CC establece una regla sobre la valoración de los bienes de la herencia con el fin de calcular las cantidades que se deben abonar a los perceptores del metálico. Aunque el pago se realice en dinero, la cantidad que deben percibir los perceptores de metálico es una deuda de valor hasta que se liquide, y solo será deuda de dinero desde la liquidación. Literalmente, según el art. 847 CC para fijar la suma que haya de abonarse

a los hijos y descendientes se atenderá al valor que tuvieran los bienes "al tiempo de liquidarles la porción correspondiente" y, desde la liquidación, el crédito metálico devengará el interés legal.

La sentencia recurrida, confirmando la del juzgado, entendió que el contador partidor, al fijar el valor de la casa en el momento en el que se estaba liquidando, había actuado conforme al art. 847 CC, y desestimó el motivo de apelación de los ahora recurrentes, que pretendían, como pretenden ahora, que se estuviera al valor de la casa en el año 1986.

Los recurrentes no alegan que se haya producido un mayor valor de la casa porque ellos hayan realizado actos de mejora o de inversión de los que no debieran beneficiarse el resto de los herederos. Es decir, no cuestionan la aplicación del art. 847 CC, que presupone una variación del valor por obra del tiempo o de la naturaleza. Lo que sostienen es que el crédito habría quedado liquidado cuando se comunicó la decisión de pago en metálico en 1986.

El motivo va a ser desestimado porque, como hemos dicho al resolver el motivo primero de este recurso de casación, la liquidación no fue aprobada por los herederos ni hubo aprobación judicial (conforme al art. 843 CC en la redacción anterior a la reforma de 2015), por lo que, como han sostenido las dos sentencias de instancia, la liquidación no tuvo lugar cuando se comunicó la decisión de conmutar, y ha de estarse al valor de los bienes en el momento en que se va a proceder a la distribución.

El motivo segundo se desestima.

#### **DÉCIMO.- Costas**

La desestimación de ambos recursos determina la imposición de las costas a los recurrentes.

### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º-** Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Rogelio y Purificación contra la sentencia de fecha 11 de diciembre de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Tercera, en el rollo de apelación n.º 304/2018, dimanante del juicio de división de herencia n.º 66/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Valladolid.

**2.º-** Imponer las costas de ambos recursos a la parte recurrente y ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para su interposición.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.