



Roj: STS 1589/2012  
Id Cendoj: 28079110012012100147  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 476/2009  
Nº de Resolución: 149/2012  
Procedimiento: Casación  
Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Marzo de dos mil doce.

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 Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Salamanca, como consecuencia de autos de juicio declarativo de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Peñaranda de Bracamonte, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personaron en concepto de parte recurrente, el Procurador D. Alberto Alfaro Matos, en nombre y representación de Dª. Reyes ; siendo parte recurrida la Procuradora Dª. María Asunción Sánchez González, en nombre y representación de D. Mario , Dª. Ofelia , D. Tomás , Dª. Adela , Dª. Encarnacion y D. Piedad .

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- **1.-** El Procurador D. Rafael Gamarra Mejías, en nombre y representación de DOÑA Reyes interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, ante el Juzgado de 1ª Instancia de Madrid, que correspondió al nº 11, contra Dª Adela , D. Encarnacion , Tomás , Mario , Piedad , Ofelia , Adela y D. Edmundo y como intervinientes, D. Joaquín , D. Rodrigo , D. Luis Francisco Y D. Arturo y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia **1º.- declarando la nulidad de las operaciones de Adición y Partición efectuadas el día 11 de Mayo de 1 .999, en la Notaría de Francisco Riba Soto por Edmundo ; subsidiariamente, declarando la nulidad de la operación de adición y la rescisión por lesión de la partición y consecuentemente, y en cualquiera de los dos casos, anulando, rescindiendo y dejando sin efecto las dos escrituras de protocolización de operaciones particionales y de adición de herencia, con nº5 de protocolo 1 .287 y 1.288. 2º.- Decretando la cancelación de las 5 inscripciones registrales obrantes en la certificación aportada cómo documento quince, producidas por los mencionados negocios jurídicos particionales. 3º.- Declarando la obligación de los demandados de devolver los bienes y frutos percibidos, consistentes en las cantidades ingresadas reflejadas en el extracto bancario aportado, como dispuestas por sus cotitulares. 4º.- Declarando la obligación de los demandados de permitir el acceso de todos los herederos a las dos casas inventariadas, al no estar arrendadas a terceros hasta tanto se adjudiquen definitivamente. 5º.- Decretando la obligación de los demandados de exhibir toda la documentación causantes, a cualquiera de los herederos que lo pida. 6º.- Ordenando a los demandados la entrega de inventario de todos los bienes existentes en ambas casas en el momento de la muerte de Justiniano , a cualquiera de los herederos que lo pida. 7º .- Imponiendo a los demandados las costas causadas, por la temeridad y mala fe. En su consecuencia condenando a los demandados a estar y pasar por dichas declaraciones.**

**2.-** La representación procesal de D. Joaquín compareció como parte interviniente, junto a la demandante, sin que se le reconociera su condición de codemandado, sino sólo como intervención de tercero.

**3.-** La representación procesal del demandado D. Edmundo , interesó se *desestime íntegramente la demanda formulada frente a él, por cuanto no hubiera debido ser demandado en el presente procedimiento, al haber concluido con las operaciones particionales el cargo para el que fue nombrado; subsidiariamente y para el improbable supuesto de que S.S decretase que D. Edmundo debió ser demandado, se desestime íntegramente la demanda frente a él formulada, con absolucón en todas las pretensiones del actor y con*

*todos los pronunciamientos favorables; subsidiariamente, para el improbable supuesto de que sea decretada la nulidad de la escritura de adición de herencia otorgada en fecha 11 de mayo 1999 ante el Notario D Francisco Riba Soto, se dicte sentencia por la que se absuelva al demandado de la acción de nulidad de las operaciones particionales efectuadas por el fallecimiento de D Justiniano autorizadas mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Salamanca, D Francisco Riba Soto el día 11 de mayo de 1999, con todos los pronunciamientos favorables, subsidiariamente y para el supuesto de que no fuese estimada la acción de nulidad de la partición referida, se desestime íntegramente la demanda con relación a la acción subsidiaria de rescisión por lesión de las operaciones particionales efectuadas por el fallecimiento de D Justiniano autorizadas mediante escritura publica otorgada ante el Notario de Salamanca D Francisco Riba Soto el día 11 de mayo de 1999, y en cualquiera de los casos se desestime íntegramente la acción de responsabilidad civil formulada frente al albacea, con absolución del demandado .*

**4.-** La representación procesal de los demandados D<sup>a</sup> Piedad , D<sup>a</sup> Adela , D<sup>a</sup> Ofelia , D. Mario y D<sup>a</sup> Encarnacion , contestó la demanda interesando *se desestime íntegramente la misma, con absolución de todos los demandados en todas las pretensiones del actor y con todos los pronunciamientos favorables, subsidiariamente y para el improbable supuesto de que sea decretada la nulidad de la escritura de adición de herencia otorgada en fecha 11 de Mayo de 1.999 ante el Notario D. Francisco Riba Soto, se dicte sentencia por la que se absuelva a los demandados de la acción de nulidad de las operaciones particionales efectuadas por el fallecimiento de D. Justiniano autorizadas mediante Escritura Publica otorgada ante el Notario de Salamanca D Francisco Riba Soto el día 11 de mayo de 1999, subsidiariamente y para el supuesto de que no fuese estimada la acción de nulidad de la partición referida, se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda con relación a la acción de rescisión por lesión de las operaciones particionales efectuadas por el fallecimiento de D. Justiniano autorizadas mediante escritura publica otorgada ante el Notario de Salamanca D Francisco Riba Soto el día 11 de mayo de 1999, y en todos los casos con absolución de los demandados en las peticiones accesorias y todos los pronunciamientos favorables. Y todo ello con expresa condena al demandante en todas las costas causadas.*

**5.-** Formulada cuestión de competencia, el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia número 11 de Madrid dictó auto de fecha 9 de mayo de 2001 por el que se inhibió a favor del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia de Peñaranda de Bracamonte, que siguió el proceso con todos sus trámites.

**6 .-** Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las mismas partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus respectivos escritos. El Iltr. Sr. Juez del Juzgado de 1<sup>a</sup> instancia de Peñaranda de Bracamonte, dictó sentencia con fecha 10 de enero de 2.007 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Desestimando íntegramente la demanda formulada por la representación procesal de DOÑA Reyes contra Edmundo debo absolver y absuelvo a dichos demandados de las pretensiones contra él deducidas en este juicio, con imposición a la actora de las costas causadas. Desestimando la demanda fomulada por la representación procesal de DOÑA Reyes contra D. Encarnacion , Tomás , Mario , Piedad , Ofelia , Adela declaro la validez de las operaciones de Adición y Partición efectuadas el día 11 de Mayo de 1999, en la Notaría de Francisco Riba Soto por Edmundo , debiendo excluirse de las mismas los bienes a que se ha hecho referencia en los fundamentos de derecho, sin imposición de las costas causadas. Dicha sentencia fue subsanada por auto de aclaración de 24 de enero de 2007, que no alcanza al fallo de la misma.*

**SEGUNDO .-** Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de D<sup>a</sup> Reyes , la Sección 1<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Salamanca, dictó sentencia con fecha 12 de septiembre de 2008 , cuya parte dispositiva es como sigue: *Desestimado el recurso de apelación interpuesto por la representación de D<sup>a</sup> Reyes contra la sentencia dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Peñaranda de Bracamonte, con fecha 10 de enero de 2007 - aclarada por auto de fecha 24 de enero de 200-, en los autos originales de que el presente rollo dimana, debemos confirmarla y confirmamos íntegramente con imposición al apelante de las costas del presente recurso.*

**TERCERO .- 1.-** El Procurador D. Antonio-Luis Martín García, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Reyes , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en el siguiente **MOTIVO DE CASACION ADMITIDO: PRIMERO .-** Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al haber incurrido la sentencia impugnada en infracción, por su inaplicación, de los artículos 902 , 904 , 905 , 907 y 911 del Código civil y aplicación indebida de los artículos 1709 , 1714 y 1717 del mismo cuerpo legal .

**2 .-** Por Auto de fecha 13 de abril de 2010, se acordó admitir el motivo primero del recurso de casación e inadmitir los motivos segundo, tercero y cuarto y dar traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, la Procuradora D<sup>a</sup>. María Asunción Sánchez González, en nombre y representación de D. Mario , D<sup>a</sup>. Ofelia , D. Tomás , D<sup>a</sup>. Adela , D<sup>a</sup>. Encarnacion y D. Piedad presentó escrito de impugnación al recurso interpuesto.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 28 de febrero del 2012, en que tuvo lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- El objeto del presente litigio, en la medida que llega ante esta Sala por el recurso de casación formulado por la demandante, es la nulidad de dos operaciones particionales. La primera es la otorgada en escritura pública de 11 de mayo de 1999 para adicionar la herencia causada por doña Tatiana , fallecida en 1988, por razón de la caducidad del cargo de albacea en cuanto ejerció como contador-partidor. La segunda es la protocolización de las operaciones particionales respecto a la herencia de don Justiniano , fallecido en 1997, nulidad por estar sustentada en la adición anterior.

Ambos son los padres de la demandante, doña Reyes , que ha dirigido la demanda contra sus hermanos y el albacea. Los distintos apartados del suplico de la demanda vienen, todos ellos, condicionados por la pretendida nulidad, que es la esencia, realmente el único contenido, del recurso de casación.

Las sentencias de instancia han desestimado la demanda. La de segunda instancia, de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 12 de septiembre de 2008 , objeto del presente recurso, confirma la de primera instancia del Juzgado de Peñaranda de Bracamonte de 10 de enero de 2007 y resume el rechazo de la nulidad pretendida con concisión:

*"expresamente tampoco consta que el otorgamiento de mandato alguno al ex albacea para la adición de determinadas fincas pero, examinadas las actuaciones, especialmente la propia demanda, esta Sala comparte íntegramente los argumentos del juez de primera instancia, ya que los tres hermanos que no otorgaron poder ni ratificaron los actos de don Edmundo , Luis Francisco , Rodrigo y Arturo , habían cedido sus derechos hereditarios a doña Reyes y así lo admite reiteradamente ella, tanto en la demanda como en el recurso. Con respecto a doña Reyes , en relación con las tres fincas que fueron objeto de adición, está conforme con el carácter ganancial de las dos primeras ( NUM000 y NUM001 ), incluyendo ella misma en la demanda la finca NUM001 y, por no alegarse expresamente que no pertenezca a la masa hereditaria la finca NUM000 , al contrario de lo que se hace respecto de la finca NUM002 (al sitio de San Blas), excluida por el juez de la herencia."*

En definitiva, lo que esta Sala debe resolver es la validez o nulidad del cuaderno particional de adición a la herencia de la madre, doña Tatiana por razón de caducidad -esta es indiscutible- y el efecto de ella, a no ser que se aprecie, no ya representación, pero sí consentimiento de todos los hermanos: la propia demandante, la de los tres que le transmitieron sus derechos a la herencia y la de los restantes hermanos.

**SEGUNDO** .- Primera cuestión, la *caducidad del cargo del albacea*, don Edmundo , respecto a la operación particional de adición de fincas, de escasa trascendencia económica. La caducidad es indiscutible, (la causante falleció en 1988 y la escritura es que 1999) como se ha apuntado y el propio albacea era consciente de ella y así lo manifestó ante Notario en estos términos:

*"por cuya razón el señor compareciente -no obstante hallarse extinguido por caducidad su expresado cargo- manifiesta -bajo su responsabilidad- haber sido encargado por los herederos de adicionar la herencia en cuestión con las fincas referidas. Asume pues la representación no acreditada de los herederos que se dirán, y ante la advertencia que yo notario le hago en relación con tal representación, insiste en este acto que queda pendiente de la oportuna ratificación de los herederos interesados"*.

La sentencia de esta Sala de 18 de septiembre de 2006 declaró, lo que es obvio, que la partición queda viciada de nulidad al haber sido realizada por quien ya no tenía las facultades necesarias por haber terminado su función.

Segunda cuestión, si la partición hecha por un albacea contador-partidor, con su cargo caducado, siendo nulo, puede tener *eficacia por el consentimiento -representación o ratificación- de los herederos*. Siendo así, valdría no como partición hecha por contador-partidor, sino como hecha por los propios herederos, que han consentido en la que llevó a cabo el antiguo albacea.

Esta adición de la herencia de doña Tatiana se concretó en tres fincas, de escasa importancia económica. Dos de ellas están conformes todos los herederos, incluso la demandante, en que tienen el carácter de bienes gananciales: seis de los hermanos lo ratifican, tres de ellos vendieron sus derechos hereditarios a su hermana Reyes, la demandante, y ésta reconoce, como se ha dicho, su ganancialidad. Y la finca a la que niega que pertenezca a sus padres, las sentencias de instancia las han excluido de la partición.

Con sumo detalle lo explica la sentencia de primera instancia, confirmada por la Audiencia Provincial en estos términos:

*"la demandante está conforme con el carácter ganancial de las dos primeras fincas y en la forma en la que se ha adjudicado por lo que está ratificando la actuación de don Edmundo o mejor dicho de sus otros seis hermanos demandados. Así consta expresamente respecto de la finca inventariada la número NUM001 del polígono NUM003. Y se desprende, respecto del Prado de la de Verguilla, finca NUM004 de NUM005 del polígono NUM004, de la misma demanda, puesto que al contrario que hace respecto de la finca rústica al sitio de San Blas, no se alega que no pertenezca a la masa hereditaria. Respecto de la finca rústica al sitio de San Blas, nº NUM002 del polígono NUM006 alega que no pertenecía a sus padres por lo que no constando un consentimiento de la demandante a la inclusión de la citada finca en la herencia de sus padres no puede ser incluida en la herencia de éstos".*

Tercera cuestión, la consecuencia de lo anterior; el favor **partitionis**. El artículo 1079 del Código civil proclama este principio, tal como ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia ( sentencias de 13 de marzo de 2003 y 12 de diciembre de 2005 ) al disponer:

*La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos.*

Lo que significa que si se incluyen o se omiten bienes de importancia en relación con el total patrimonio hereditario, la partición se anula, pero si la modificación se refiere a bienes que no tienen excesiva importancia, se practica una partición adicional. Esto es lo que se ha hecho en el presente caso: se practicó una partición adicional de herencia de la madre por un contador- partidador con el cargo caducado, pero tuvo el consentimiento de todos los herederos, menos el de la demandante doña Reyes que se opuso respecto a una de las fincas, por lo cual las sentencias de instancia no han anulado esta partición adicional, ni tampoco la del padre, sino que la han excluido, aplicando la norma, la doctrina y la jurisprudencia del favor **partitionis**.

**TERCERO** .- El recurso de casación que ha formulado la demandante D<sup>a</sup> Reyes contiene un solo motivo admitido, ya que los demás han sido inadmitidos por auto de 13 de abril de 2010 por referirse a cuestiones procesales propias del recurso por infracción procesal.

En una primera parte del desarrollo del motivo plantea una cuestión, que puede considerarse como previa o como un submotivo. Se trata de que la sentencia de primera instancia, confirmada por la Audiencia Provincial, desestima la demanda dirigida contra el albacea don Edmundo, con imposición de costas porque -según entienden ambas sentencias- carece de legitimación *ad causam*, ya que -como dice textualmente-

*"es evidente que ninguna de las pretensiones ejercitadas afectan al ex albacea, don Edmundo. Ninguna acción concreta se dirige contra el mismo, siéndole absolutamente indiferente el resultado del procedimiento, aun cuando se hubieran estimado todas las pretensiones".*

La legitimación *ad causam* confunde, en su calificación, el tema procesal con el material o de fondo. Siendo así que es un presupuesto procesal de la parte, es asimismo la existencia o carencia de acción. Deriva del Derecho constitucional a obtener la tutela jurisdiccional del derecho o del interés legítimo. La legitimación *ad causam* pertenece al Derecho material en cuanto vincula a la parte con la relación jurídico material que es el objeto del proceso; es un elemento subjetivo de la pretensión. De aquí que proceda ser examinada en un recurso de casación y en éste, se advierte que la sentencia de instancia, al negarla al que fue albacea, respecto a la herencia de la madre, y lo es, en la herencia del padre, presentando el cuaderno particional de adición de la herencia de aquella y la partición de éste, infringe lo dispuesto en el artículo 902, nº 3 del Código civil que determina como función del albacea el *sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él; validez del testamento y de toda su eficacia, como es la partición.*

Por lo cual, se estima esta parte del motivo de casación, con la evidente consecuencia relativa a las costas impuestas.

El objeto de la segunda parte del motivo viene concretado en la caducidad -extinción- del cargo de albacea por el transcurso del tiempo y su actuación sin consentimiento unánime de los herederos. Alega la

infracción de los artículos 902 , 904 , 905 , 907 y 911 del Código civil por inaplicación y de los artículos 1709 , 1714 y 1717 del mismo cuerpo legal , por aplicación indebida.

Ante todo, hay que advertir que no cabe en casación sustentar un motivo con la cita heterogénea de preceptos. La jurisprudencia ha sido reiterada en este sentido: sentencias de 2 de julio de 2009 , 24 de septiembre de 2010 , 14 de abril de 2011 , 29 de diciembre de 2011 . No tiene la Sala que buscar la norma que puede parecer infringida en el caso concreto, ante el cúmulo de preceptos heterogéneos citados en el encabezamiento del recurso.

El desarrollo del motivo se centra en la adición de la herencia de la madre doña Tatiana y alega dos extremos de los que se discute su base fáctica y jurídica. En primer lugar, la caducidad y en segundo lugar, la falta de representación -ni tampoco ratificación- de los herederos, por la actuación del albacea con el cargo caducado.

La caducidad ha sido tratada. Efectivamente, el albacea contador-partidor practicó la adición de la herencia diez años más tarde; su cargo, evidentemente, estaba extinguido por el transcurso del tiempo. Las sentencias de instancia lo han reconocido, por lo que no aparece infracción alguna en tal sentido; sin embargo, han reconocido la validez y eficacia de tal adición de herencia porque en ella han consentido los herederos e incluso la propia demandante, ahora recurrente, respecto a dos de las fincas incluidas en aquella adición y en la que no aceptó, es decir, no consintió, las sentencias de instancia la han excluido de la partición, pero no la han considerado de entidad suficiente para declarar la nulidad - pretendida en la demanda- de la escritura de adición a la partición de herencia de la madre, doña Tatiana . Y no la han declarado en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1079 del Código civil y de la doctrina jurisprudencial del *favor partitionis* .

Se ha insistido en la última parte del desarrollo de este motivo en la falta de representación del albacea para protocolizar ante notario el cuaderno de adición de la herencia, que se ha mencionado. Lo cual ha sido reconocido por el propio albacea y ha sido advertido por el notario. Las sentencias de instancia han aceptado tal planteamiento, pero han rechazado su invalidez, por el consentimiento de los herederos, como se ha dicho en líneas anteriores. Todos ellos, incluso la demandante ahora recurrente, aceptaron la adición respecto a dos de las fincas y la tercera, a cuya inclusión ésta se opuso siempre, ha sido excluida sin necesidad de llegar a la declaración de nulidad.

Resulta, pues, el acuerdo de todos los herederos en la partición de la herencia, tanto la de la madre, como la del padre. La primera, porque la demandante se opuso a la inclusión de una finca, que las sentencias de instancia han efectivamente excluido y no han apreciado que ello provoque la nulidad de toda ella; la segunda, porque deriva de la anterior y no tiene causa de nulidad. Y tal acuerdo parcial implica tanto la ratificación del albacea ( ex albacea respecto a la de la madre) de su actuación en su nombre, como la partición hecha por los propios herederos, a través de aquél, como representante, por su ratificación posterior.

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

## FALLAMOS

**1.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN,** interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup>. Reyes , contra la sentencia dictada por la Sección 1<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Salamanca, en fecha 12 de septiembre de 2008 que parcialmente se CASA y ANULA.

**2.-** En el único sentido de que no se desestima la demanda contra don Edmundo , por falta de legitimación pasiva, sino que queda inmerso en el apartado segundo de la sentencia del Juzgado de primera instancia, confirmado por dicha sentencia de la Audiencia Provincial .

**3.-** No se imponen las costas a esta parte recurrente en casación y, en su día, en apelación, de primera ni de segunda instancia, ni tampoco en las de este recurso.

**4.-** Librese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Francisco Marin Castan.- Jose Antonio Seijas Quintana.-Roman Garcia Varela.-Xavier O'Callaghan Muñoz.- Rubricados.-** 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 Secretario de la misma, certifico.