

Id Cendoj: 28079110012006101285  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 5237/1999  
Nº de Resolución: 1093/2006  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

Derecho de sucesiones. Partición hereditaria. Equidad

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a siete de Noviembre de dos mil seis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los señores al margen anotados, el recurso de casación que con el número 5237/1999, ante la misma pende de resolución, interpuesto por el procurador D. Bonifacio Fraile Sánchez, más adelante sustituido por el procurador D. Álvaro José de Luis Otero, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Leonor y D<sup>a</sup> Marta , contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo 307/1999, por la Audiencia Provincial de Salamanca de fecha 11 de noviembre de 1999, dimanante del juicio de mayor cuantía número 51/98 del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Salamanca. Habiendo comparecido en calidad de recurrida la procuradora D<sup>a</sup>. Asunción Sánchez González en nombre y representación de D. Emilio , D<sup>a</sup> Camila , D<sup>a</sup> Daniela , D. Paulino , D. Romeo y D. Valentín .

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. - El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Salamanca dictó sentencia de 29 de marzo de 1999 en autos de juicio de mayor cuantía núm. 51/98, cuyo fallo dice:

«Fallo. Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Garrido González en nombre y representación de Doña Leonor y Doña Marta , contra Don Emilio , Doña Daniela , Don Paulino , Doña Camila , Don Valentín y Don Romeo representados por la Procuradora Sra. Herrero Rodríguez, declaro no haber lugar a la misma, y, en consecuencia, absuelvo a todos los demandados de todos los pedimentos contenidos en la misma, todo ello sin hacer expresa declaración de condena en costas a ninguna de las partes».

SEGUNDO. - La sentencia contiene los siguientes fundamentos:

«Primero: Solicitan los demandantes en el presente pleito que se decrete la nulidad de la partición hereditaria realizada por el contador-partidor en el precedente juicio de abintestato por error sustancial y/o rescisión por lesión en más de la cuarta parte atendiendo al valor de las cosas adjudicadas, así como que se proceda a una nueva partición hereditaria con inclusión en la misma de los bienes donados en vida por la causante a sus hijos, o, en caso de hallarse en poder de terceras personas, con inclusión entonces del valor de tales bienes más el interés legal correspondiente.

»La nulidad de la partición hereditaria parecen fundamentarla los demandantes -folio 7 vuelto de los autos, fundamento de derecho III de su escrito de demanda- en el error sustancial padecido por el contador-partidor al realizar el avalúo de los bienes sitos en la isla de Mallorca. Por su parte la rescisión la fundamentan -folio 8 vuelto de los autos, fundamento de derecho IV- tanto en la omisión de los bienes colacionables, como en el error sustancial padecido al valorar los bienes, adjudicándose a los demandantes los bienes infravalorados.

»Frente a tales pretensiones, los demandados alegaron la excepción formal de defecto legal en el modo de proponer la demandada, al amparo del *art. 542* , en relación con los *arts. 533.6 y 524 LEC*, por ser

contradictorias entre sí las dos acciones de nulidad y rescisión ejercidas por los demandantes. Por lo demás niegan la existencia del error sustancial denunciado por la otra parte respecto de la valoración de los bienes de la herencia, así como la producción de lesión en ningún heredero, y en fin que los bienes fueron válidamente donados en vida por la causante en partes iguales a todos los hijos, y lo que sucediera después con tales bienes donados no afecta al presente pleito porque no forman ya parte de la masa hereditaria.

»Segundo: Así centrado el presente pleito, hemos de indicar inmediatamente en cuanto a la única excepción dilatoria o formal planteada que si bien no con la suficiente claridad y precisión que exige un pleito de esta envergadura, sin embargo es lo cierto que la parte actora en el suplico de su demandada enlaza las dos acciones ejercitadas con la partícula "y/o", de manera que deja abierta la posibilidad del tratamiento alternativo y subsidiario de las mismas, que es el correcto.

»En definitiva, lo que los actores quieren que se discuta en realidad de verdad dentro del presente juicio no es otra cosa que la utilización fraudulenta de los poderes otorgados por los demandantes a favor de los demandados, sin rendir cuenta de su uso, cuestión sobre cuya base las actoras pretenden obtener la vuelta de los bienes transmitidos o enajenados mediante ese uso fraudulento de los poderes, y la consiguiente inclusión de los mismos o de su valor para computarlos en la presente partición hereditaria (vide al respecto el escrito de conclusiones de los demandantes unido al Tomo II, folio 1177 de los autos, extremo primero, párrafos 1º y 2º). De esta suerte, no se trata de dilucidar si los poderes en cuya virtud se enajenaron tales bienes estaban aún vigentes, o habían sido ya revocados, puesto que su vigencia y consiguiente no revocación al tiempo de su uso es afirmada por los propios demandantes tanto en sus escritos de demanda y réplica, como en confesión judicial (folios 873 y 1093 a 1095, posiciones 5ª y 13ª, 4ª y 8ª). Sino que de lo que se trata es de exigir a los demandados que rindan cuentas de su gestión en el uso de tales poderes, para así determinar la fraudulencia de su comportamiento y consiguientemente, la nulidad de los actos así realizados, que permitiría reintegrar los bienes o su valor al caudal hereditario.

»Tercero: Necesario e ineludible se presenta afirmar desde ahora mismo que semejante pretensión de los actores olvida las más elementales principios por los que se rige la institución de la representación voluntaria, y aún la naturaleza jurídica de la misma, así como la institución de la colación de bienes.

»Nuestro Código Civil, siguiendo la pauta del Derecho Común regula la mayor parte del fenómeno representativo al regular el contrato de mandato, junto con el *art. 1259*, donde sienta los requisitos del contrato por medio de representante en una representación de carácter directo o abierto. Tales requisitos son: la previa existencia de un poder de representación voluntario o legal, y la suficiencia del poder en relación con el acto que se lleva a cabo. De manera que, conforme a dicho precepto, será perfectamente legítimo contratar a nombre de otro cuando se ostenta un suficiente poder de representación, y el contrato celebrado de esta forma obliga al representado con quien se contrata y no produce ningún tipo de obligación, ni de atribución de derechos para el representante. Por su parte, la llamada acción de dación de cuenta viene regulada en el *art. 1720 CC*, y su consecuencia no es otra, en su caso, que la obligación del representante de abonar al representado el saldo que existiera a favor de este último. Ahora bien, dicha acción tiene efectos tan sólo entre el representante y su representado, y para nada afecta a la nulidad de los actos realizados por aquel en uso del poder conferido al efecto. Como tampoco afectan a la rescisión de tales actos, que sólo cabe en los supuestos contemplados en el *art. 1291 CC*, para nada aplicable al presente caso.

»Cuarto: Por su parte, la colación de bienes puede ser definida como la agregación ideal a la porción de masa hereditaria que corresponda a los herederos forzosos cuando son dos o más los concurrentes a la sucesión, de todas las liberalidades que en vida recibieron del causante, formando una nueva masa que se distribuirá igualitariamente entre aquellos mediante el sistema de "toma de menos" e igualación cuantitativa si así procediese y fuese posible. La finalidad de la colación es, pues, alcanzar la igualdad de trato entre los herederos forzosos respecto de las atribuciones patrimoniales que el causante hubiere efectuado en su favor, "inter vivos o mortis causa" sin más discriminaciones que las claramente queridas por aquel (STS 6-1-33). De manera que carece de todo sentido la colación cuando se hubiese dispensado de ella por el donante (*art. 1036 CC*), así como cuando las donaciones que se dicen colacionables fueron hechas en favor de todos los herederos forzosos y a partes iguales. En este sentido conviene recordar que son las propias demandantes en confesión judicial (posiciones 2ª y 1ª, folios 873 y 874; y posiciones 2ª y 6ª, folios 1093 a 1095) quienes expresamente han reconocido como cierto y verdad que la causante dispuso en vida del 82% del total de los bienes de la herencia, que representaban más del 90% de su valor, y lo hizo mediante donaciones en iguales partes para todos sus hijos. No hay por consiguiente posibilidad de colación por cuanto ninguna desigualdad se creó con las donaciones supuestamente afectadas por la misma.

»Otra cosa distinta es que una vez hechas y aceptadas tales donaciones, se hubiese roto aquella igualdad inicial mediante los sucesivos actos traslativos realizados por los titulares de tales bienes o sus representantes-apoderados. Porque tales actos ni afectan a la colación, ya que no fueron hechos por la causante, sino por los nuevos titulares de los bienes; ni tienen por ello nada que ver con el presente pleito, sino con las relaciones internas entre los poderdantes y sus apoderados, y las cuentas que entre ellos deben prestarse, ajenas como se dijo al juicio en que nos hallamos.

»Sexto: Por la misma razón ningún sentido tiene alegar aquí que esos actos o negocios jurídicos traslativos realizados por los apoderados fueron simulados concretamente compraventas que simularon verdaderas donaciones, no sólo porque alguno de tales actos o negocios fueron realizados en primera persona por las propias demandantes (vide al respecto la posición 5ª de la confesión judicial de la demandante Sra. Leonor , folios 873 y 874), por lo que respecto de las mismas ninguna acción tiene a su favor tales demandantes, a tenor del *art. 1306 CC* , ya que en definitiva nadie puede invocar en su beneficio su propio incumplimiento legal; ningún sentido tiene hablar aquí de simulaciones contractuales, decimos, no sólo por lo anterior, sino también porque como se ha repetido hasta la saciedad tales actos o negocios jurídicos no fueron liberalidades de la causante, sino negocios realizados por los apoderados de los entonces titulares de los bienes, negocios cuyo examen y correspondiente dación de cuenta no constituye, ni puede constituir objeto de este pleito. En este orden de ideas conviene transcribir aquí de forma literal la respuesta dada por las demandantes a la posición 13ª de Dª Leonor y 8ª de Dª Marta (folios 873- 874 y 193 a 196, respectivamente) en cuanto por su elocuencia explica por sí sola la sin razón del presente pleito. Veamos, ambas contestaron ser cierto que estaban de acuerdo con la donación en 7 partes iguales que realizó su madre, pero no están de acuerdo con el porcentaje final de bienes a la muerte de su madre, por la manera en que se dispuso de tales bienes mediante poderes. En definitiva, si unas personas reciben la titularidad de unos bienes y encomiendan la gestión y disposición de los mismos a unos apoderados, podrán en el pleito correspondiente, que no es el presente, exigir a los mismos las cuentas que crean pendientes, pero nunca hacer abstracción de los años pasados y de los negocios realizados para volver a dividir los bienes como si nada hubiera pasado, pues por esa regla de tres los juzgados no harían otra cosa que partir y partir infinitas veces la misma herencia, lo cual además de absurdo e imposible, crearía la más absoluta inseguridad jurídica.

»Parecería como si los demandantes, sin decirlo expresamente, entendiesen que aunque su madre, causante de la herencia cuya partición nos ocupa, dispuso en vida de casi 4/5 partes de los bienes de su patrimonio mediante liberalidades -donaciones- en favor de sus hijos, en realidad ella, la causante, siguió siendo la titular real y verdadera de tales bienes, y en cuanto tal dispuso de dichos bienes, y más concretamente, dejó disponer de ellos a uno de los hermanos, el cual rompió todo equilibrio patrimonial entre los mismos. Ahora bien, en tal caso hemos de insistir que de haber sucedido así las cosas, resultaría que las donaciones hechas por la causante fueron simuladas, así como que los demandantes, junto con los demandados, formaron parte y fueron coautores de dichas simulaciones, en cuanto donatarios por lo que ninguna acción con base en la misma tienen a su favor, conforme, como vimos, al *art. 1306 CC* . En todo caso, lo único que consta en autos es que las donaciones fueron hechas por la causante, y aceptadas por todos sus herederos, quienes además, todos, han afirmado siempre que se hicieron en partes iguales en favor de todos ellos. No cabe sino proceder a repartir el resto de los bienes, de los que la causante no dispuso ni "inter vivos", ni "mortis causa", al morir sin testamento.

»Por lo demás, en cuanto a los bienes a que se refiere la escritura unida a los folios 740 a 756 de los autos, de división horizontal, declaración de obra nueva y compraventa, de 9 de junio de 1995, es preciso indicar que en principio no cabe hablar de colación de los bienes allí vendidos, porque ésta se refiere a liberalidades o disposiciones a título gratuito. Y en cuanto a que se trata de ventas simuladas, es cierto que su precio es inferior al asignado por el perito al folio 1190 "in fine". Pero también es cierto que cuando la causante quiso donar, donó, así como que en todo caso se trató de un negocio entre familiares, donde el ánimo de lucro especulativo no debe necesariamente estar presente, ánimo especulativo que las más de las veces aparece como la única causa de la mal triplicación desmesurada del valor de los bienes. Y en cuanto a la parte de precio no pagada, aparece ya computada en el haber de la masa hereditaria de la partición hecha por el contador- partidador. Ciertamente sobre la base del *art. 1276 CC* , puede admitirse la validez de los negocios disimulados, pero para ello es necesario que se justifique la causa verdadera y lícita en que se funda el negocio que las partes han querido ocultar. "Ad casum", la parte actora sostiene que la compraventa realizada por la causante el día 9 de junio de 1995 simulaba en realidad una donación que trataba así de evitar la colación de los bienes a que se refiere. Ahora bien, no podemos olvidar al respecto que dicha causante desde el principio respetó la igualdad entre sus hijos cuando donó a estos en vida más de las 4/5 partes de sus bienes, que representaban, como es sabido, más del 90% del valor de la herencia. Tampoco debemos olvidar que lo que sucedió después con esos bienes donados para nada dependió de la voluntad de la donante, sino de los donatarios y sus apoderados. Dentro de este marco negocial, es decir,

partiendo de estos actos anteriores de la causante como manda el *art. 1282 CC*, no se comprende el interés ni la razón o causa que llevó a la misma, ni a sus cuatro hijos compradores, a simular una donación respecto de unos bienes que representaban una ínfima parte en el total del haber o patrimonio de que la causante era titular desde un principio. Además, uno de los demandados quedó fuera también de tales compraventas, por lo que tampoco cabe hablar de la intención de perjudicar a los demandantes. De manera que aun admitiendo que en todo supuesto de contrato simulado son raras y difíciles las pruebas directas -documentos que desdigan lo declarado en el escrito donde se contiene el contrato simulado, o declaración de testigos del negocio en gestión, etc. -, por lo que las más de las veces se hace preciso acudir a las llamadas pruebas indirectas o por presunciones, del *art. 1253 CC*, valorando las distintas circunstancias de hecho concurrentes; es lo cierto en todo caso que, como se ha visto, en el supuesto aquí contemplado no hay indicios que permitan dar por probada y real la simulación denunciada mediante un enlace preciso y directo entre tales circunstancias de hecho conforme a las reglas del criterio humano, ya que, aunque bajo, el precio existe, tratándose además de una venta entre madre e hijos adultos, donde, como dijimos, no tiene por qué haber ánimo especulativo, y, en fin, los bienes vendidos representan un ínfimo valor -menos del 5%- en el total del patrimonio que poseyó desde el principio la causante, la mayor parte del cual -más del 90% de su valor- donó en vida a sus hijos en partes iguales, de suerte que la compraventa simuladora de una donación carecería de razón sería en orden a favorecer de verdad a unos herederos frente a otros, los cuales además, no fueron todos los demandantes.

»Séptimo: Si como hemos visto, no cabe hablar aquí ni de bienes colacionables, ni de nulidad de la partición por actuación fraudulenta de los apoderados respecto de tales bienes no queda sino examinar si la partición es o no rescindible por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendiendo al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas. Ahora bien, hemos de insistir nuevamente que, por las razones que ya han sido reiteradamente apuntadas, no puede basarse dicha acción en error alguno en la valoración de los bienes donados en vida por la causante, porque, como hemos visto, no forman ya desde entonces parte de su herencia, ni son tampoco colacionables al haberse respetado en tal donación la total igualdad entre los herederos forzosos, ni tampoco puede basarse en los bienes vendidos en vida por dicha causante, porque dicha venta no consta que encubra ninguna donación. De manera que sólo cabe referirse a la rescisión respecto de la partición hecha por el contador-partidor.

»De esta forma, el contenido del informe pericial propuesto por la parte demandante en lo referente a la valoración o justiprecio de esos bienes tanto donados como vendidos en vida por la causante, carece de relevancia alguna a los efectos de este pleito, sencillamente por referirse a bienes no pertenecientes a la herencia objeto de partición, como se ha razonado ya en reiteradas ocasiones.

»Octavo: Pues bien, carente el C.C., dice la STS 3-V-80, de una regulación especial sobre nulidad de las particiones, fuera del precepto singular del *art. 1081 CC*, ha declarado esta sala que habrá que entender aplicables a la materia las normas sobre ineficacia de los negocios jurídicos y principalmente de los "inter vivos" contractuales, teniendo muy presente la consecuencia de que solo se originaría esa nulidad si existe carencia o vicio sustancial de los requisitos del acto (STS 17-IV-43, 13-X-60, 25-11-66 y 7-1-75) de acuerdo con el importante principio de conservación de las particiones en cuanto negocio jurídico que son.

»De suerte, que si bien en sede de partición, la rescisión por lesión se admite con carácter general, y no en casos excepcionales como en sede de contratos -donde rige el principio de autonomía de la voluntad, a diferencia de la partición donde se trata de repartir unos bienes conforme a unas proporciones ya establecidas por el causante o por la Ley-; sin embargo, y de todos modos, para que proceda la rescisión de la partición se exige que el perjuicio supere la cuarta parte del valor de los bienes adjudicados. La lesión deriva de una infra o sobre valoración de los bienes adjudicados al heredero o herederos afectados, y ha de computarse sobre el valor total del lote adjudicado a ese o esos herederos.

»Noveno: En concreto, los demandantes en sus escritos iniciales de la demanda y réplica especificaran sus discrepancias con el contador-partidor (folios 8 y 456 los autos) en los siguientes puntos:

»- la valoración que hace de los bienes sitios en Mallorca, así como del ajuar familiar, sin que quepa analizar aquí su discrepancia sobre los bienes donados o vendidos en vida por la causante y no inventariados, como se ha dicho.

»Tales bienes sitios en Mallorca son, pues, únicamente el designado con el núm. 2 en el inventario del cuaderno particional, es decir, la finca urbana sita en Felanitx, constituida por un edificio principal, planta de cochera y parte de solar, que es valorado todo ello en 24 000 000 pts. Por su parte el ajuar, al núm. 5 del inventario, es valorado en 2 271 000 pts. El ajuar ganancial lo es en 2 209 916 pts. (Vide folios 191 y ss. del juicio de abintestato unido en cuerda floja a los presentes autos).

»Décimo: En cuanto a la finca urbana, designada con el núm. 2 del cuaderno particional, el informe pericial propuesto por los demandantes (folios 1182 y ss.) concretamente, a los folios 1186, parte primera (A) valora el Edificio principal, y 1090 vuelto "in fine", en 47 460 000 pts. Dicho perito, a aclaraciones de la otra parte -folio 1242 vuelto- reconoció haber visto sólo por fuera y no por dentro la vivienda en cuestión, por lo que desconoce su estado de conservación, si padece o no aluminosis, así como la influencia de la Ley de Costas en la misma. Asimismo, afirmó que se trataría de una vivienda de unos 17 años de antigüedad, cuando los propios demandantes en escrito unido al folio 1227, la reconocen una antigüedad de 30 años o más. Por contra, (folios 1186 y 1187) sustenta su peritaje tanto en el auge inmobiliario de la Isla de Mallorca, como en la situación y orientación de la finca donde se halla el edificio, en primera línea marina, con el goce de unas espléndidas y continuas vistas hacia el mar la zona residencial y el puerto pesquero y deportivo de Porto Colom (folios 1197 a 1199 de los autos). Por su parte, los demandados si bien propusieron la pericial, letra b (folios 852 vuelto) que se valorase por el perito dicha finca, sin embargo, el perito que finalmente realizó el informe -folios 1115 a 1170- no sólo no ha valorado esa finca urbana, sino que además realizó la tasación de una finca no mencionada en el escrito de proposición de prueba, al folio 852, escrito sobre el que se extendió la declaración de pertinencia de la misma, sin olvidar en todo caso, que el perito inicialmente propuesto fue sustituido de "propio motu" por los demandados, y no por el procedimiento legalmente establecido al efecto.

»Undécimo: Sea como fuere, el caso es que el único informe técnico sobre el bien en cuestión es, el realizado por el perito propuesto por la parte demandante, cuya valoración a la luz del *art. 632 LEC*, permite y aun obliga a considerar como válido y cierto a los efectos de este pleito el precio dado por él al bien en cuestión, ya que, en definitiva, se trata de un técnico en la materia, agente de la propiedad inmobiliaria, que parte para la tasación del bien tanto de la situación global del mercado en la isla donde se ubica el mismo, como de las características concretas del bien y del suelo en que se halla. Criterios que sin duda, según las reglas de la sana crítica, deben ser tenidas como más acertados a la hora de determinar el precio comercial y válido de dicho bien, con respecto o frente a los criterios tenidos en cuenta por el contador partidario para valorar ese bien -"el precio de las escrituras, investigaciones en Hacienda y se duplicó el valor resultante"- (vide folio 220 vuelto del juicio abintestato). Sin que quepa alegar, como hacen los demandados, que el auge inmobiliario en la isla de Mallorca no aparece probado, afirmación que resulta chocante viniendo como viene de personas dedicadas precisamente a ese negocio de la promoción inmobiliaria (como se desprende de los autos del recurso contencioso-administrativo testimoniado en este pleito). De manera que si bien pueden plantearse dificultades para las futuras construcciones -vide folios 876 y ss. sobre el pleito contencioso seguido por los mismos-, lo cierto es que las construcciones ya existentes no sólo mantienen su alto valor, sino que lógicamente lo ven incrementando al ser cada vez más costoso levantar nuevas edificaciones. En definitiva, sobre la base de las pruebas obrantes en autos, debe aceptarse como válido el precio dado por el citado perito al bien núm. 2 del inventario del cuaderno particional.

»Decimosegundo: Por consiguiente, el valor total de la herencia no es 115 907 896 pts, sino 23 460 000 pts, más, por la infravaloración en el cuaderno particional de referido bien, es decir 139 367 896 pts, de las que el 10% de la 1/3 parte corresponden al cónyuge viudo, por cuota legal usufructuaria, es decir 4 645 597 pts, y el resto a los hermanos, por partes iguales, es decir, 19 246 043 pts. a cada heredero. Como los demandantes tan solo han recibido bienes por valor de 16 006 328 pts, se han visto perjudicados con relación a la cuota que había sido la correcta en la cantidad de 3 239 715 pts. Ahora bien, la cuarta parte del nuevo valor de los lotes asciende a la cantidad de 4 815 107 pts. De manera que el perjuicio sufrido por los demandantes no llega a la cuarta parte del valor de las cosas cuando les fueron adjudicadas, por lo que no puede hablarse de rescisión alguna de la partición.

»Por lo demás, indicar en cuanto al ajuar familiar que no cabe hablar tampoco sobre su base de rescisión alguna, toda vez que ninguna peritación contradictoria han aportado al efecto los demandantes, de suerte que el criterio seguido por el contador partidario (folio 220 vuelto del juicio de abintestato) no sólo se revela como correcto y acertado, sino además como el único existente en autos. Alegaron los demandantes la infravaloración del mismo, pero, *art. 1214 CC*, para nada han probado la veracidad de sus afirmaciones, que por ello carecen de fuerza en autos.

»Decimotercero: En punto a las costas, hemos de indicar que en el presente caso concurren diversas circunstancias excepcionales que a tenor del último *inciso del art. 523.1 de la LEC*, aconsejan la no imposición de costas a ninguna de las partes. Circunstancias excepcionales, que son, por un lado, la relación de apoderamiento que durante años unió a las demandantes con varios de los demandados, pendientes aún de rendir sus cuentas, lo que sin que conste mala fe de su parte movió a dichas demandantes a exigir, aunque indebidamente, en este pleito esa rendición de cuentas; así como, por otro lado, la infravaloración acreditada en autos de uno de los bienes inmuebles, del principal, existente aún en la herencia, de suerte que, como se ha visto, el fracaso de la acción de rescisión no se ha basado en la

inexistencia de tal infravaloración, sino tan sólo, en su insuficiencia matemática a los efectos legales de la rescisión de la partición hereditaria, lo que permite también excluir toda mala fe, temeridad, o culpa de las demandantes para ejercitar dicha acción».

TERCERO. - La Audiencia Provincial de Salamanca dictó sentencia de 11 noviembre de 1999 en el rollo núm. 307/99 , cuyo fallo dice:

«Fallamos. Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Valentín Garrido González en nombre y representación de D<sup>a</sup> Leonor y D<sup>a</sup> Marta , así como también la adhesión al mismo formulada por la Procuradora D<sup>a</sup> Carmen Herrero Rodríguez en nombre y representación de D. Emilio , D<sup>a</sup> Daniela , D. Paulino , D. Camila , D. Valentín y D. Romeo , contra la sentencia de fecha 29 de marzo de 1999, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de 1<sup>a</sup> instancia núm. 5 de Salamanca, en autos originales de juicio de mayor cuantía núm. 51/98, de los que dimana este Rollo, y debemos confirmar y confirmamos la misma en su integridad, sin hacer expresa mención a las costas originadas con ocasión de esta alzada».

CUARTO. - La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. Por los demandantes-apelantes se pretende la revocación de la sentencia de instancia por dos motivos. El primero, la nulidad de la partición llevada a cabo, por su animada antijuridicidad, al haberse realizado con ocultación o exclusión sustancial de bienes y con omisión de operaciones particionales, incluso de mala fe al no aparecer el ajuar, infravalorarse el bien núm. 2, no pedirse cuentas de la administración y por la utilización abusiva de poderes, aunque sobre este aspecto se manifiesta expresamente que no es objeto de recurso. El segundo motivo es la pretendida rescisión por lesión, que deriva de la exclusión de parte del caudal hereditario.

»Segundo. La sentencia de instancia realiza un detallado análisis, en primer lugar, del posible defecto en el modo de proponer la demanda, alegado por la representación de los demandados al entender que no es posible ejercitar conjuntamente las acciones de nulidad y rescisión, argumento que ha reiterado en este trámite de apelación, la Sala comparte el criterio del Juez de instancia ya que ambas acciones se ejercitan con carácter alternativo y subsidiario, lo cual es perfectamente válido.

»Tercero. Igualmente esta Audiencia comparte los acertados razonamientos de la sentencia de instancia en cuanto a la imposibilidad de conocer en este juicio de la utilización que se haya hecho de los poderes otorgados por los demandantes a favor de los demandados sin rendir cuentas de los mismos y que podría determinar la vuelta de determinados bienes para su inclusión en la partición, cuestión sobre la que no se recurre pero a la que constantemente hace alusión el representante de los apelantes como un argumento decisivo a la hora de justificar la mala fe y la ocultación o exclusión de bienes. En base a los caracteres y consecuencias legales de la representación voluntaria, no puede entenderse que haya existido una revocación "tácita" o "material" de los poderes cuando su vigencia y no revocación es afirmada por los actores y sin que en este trámite sea posible exigir la rendición de cuentas.

»Cuarto. Nada nuevo puede decirse en cuanto a las donaciones efectuadas en vida por la causante que, según se acepta, supusieron un 82% de sus bienes y un 90% de su patrimonio, donaciones que se llevaron a cabo por séptimas e iguales partes, impidiendo toda posible colación y sin que lo que haya sucedido después con esos bienes pueda ser tenido en cuenta ahora, pues o se debió a la voluntad de los donatarios o a circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad de la donante y hoy causante, incluso puede afirmarse que es más que dudosa la simulación cometida con la venta de algunos bienes a sus hijos, y de existir no favorecería necesariamente a algunos herederos, como afirma el juez de instancia.

»Quinto. Llegado este punto hay que concluir que no existen motivos suficientes para estimar que la partición es nula, por ocultación fraudulenta o intencionada de bienes o mala fe, aunque, como ahora analizaremos, sea cierto que no se han tenido en cuenta determinados créditos que debieron incluirse en el activo del caudal hereditario y que puede entenderse si tenemos en cuenta el gran número de bienes existentes, el complejo entramado creado por las partes, las reiteradas operaciones llevadas a cabo y, según pone de manifiesto el contador-partidor y resulta de los autos, de la poca colaboración facilitando datos, no sólo por los demandados sino también por los demandantes.

»Sexto. Procede, pues, analizar el segundo motivo. Para ello simplemente debe comprobarse si el contador partidor ha incluido en la partición la totalidad de los bienes y derechos que debían formar el activo del caudal hereditario y, en concreto, aquellos a los que se han referido los apelantes en este recurso. Así aparece acreditado al folio 335 (doc. 25 de la demanda) que el 15-12-95, dos meses antes de la muerte de la causante, ésta vendió una propiedad por 15 millones de pesetas, recibiendo 5 millones y quedando aplazados 10 millones, mediante dos letras de vencimiento el 15- 12-96 y el 15-12-97. Estos 10 millones no

han sido tenidos en cuenta por el contador-partidor.

»Séptimo. Al folio 161 consta la escritura pública en virtud de la cual la causante vendió otra finca el 16 de enero del 96 a su hijo Valentín y esposa, por 330 000 ptas., percibiendo 110 000 pesetas al contado y quedando aplazadas 110 000 ptas. a pagar al cabo del primer año y 110 000 ptas. a pagar al finalizar el segundo año, cantidades éstas que tampoco ha tenido en cuenta el contador partidor.

»Octavo. En cuanto al abono de los intereses por demora de una -expropiación forzosa de bienes de la causante, al folio 360 consta el documento en el que la actora D<sup>a</sup> Marta firma haber recibido su importe, junto a otra persona, de donde se deduce que ella es la que tiene que saber en qué cuenta se ingresó la correspondiente cantidad, siendo, si no temerarias, al menos manifiestamente improcedentes las afirmaciones que en este sentido realiza en el hecho decimoséptimo de su demanda, e imposible el que tanto el contador-partidor como el juez de instancia puedan saber la cuenta en la que se ingresó y si ese importe no está ya computado en alguna de las cuentas corrientes que constan en las operaciones particionales (ej.: núm. 4 de los bienes privativos).-

»Noveno. En consecuencia resulta que las 115 367 896 ptas., importe del caudal hereditario, deben incrementarse en 23 460 000 ptas. ya tenidas en cuenta por el juez de instancia, 10 millones de ptas. más 220 000 ptas., así como en la parte correspondiente al 3% de dicho incremento en razón de la valoración del ajuar (1 010 400 ptas. al no ser posible efectuar otro tipo de valoración del mismo), resultando un total de 150 053 296 ptas., de las que corresponden al viudo 5 001 943 ptas. y el resto a los hermanos, por partes iguales, esto es 20 722 336 ptas. a cada heredero. Habiendo recibido sólo cada uno de ellos 16 006 328 ptas., se han visto perjudicados en 4 716 008 ptas. y como la cuarta parte del nuevo valor de cada lote asciende a 5 180 584 ptas., el perjuicio sufrido por cada uno de ellos no asciende a la cuarta parte del valor de las cosas cuando le fueron adjudicadas, por lo que no puede hablarse de rescisión de la partición.

»Décimo. En consecuencia debemos llegar a la misma conclusión que el juez de instancia. No cabe hablar de nulidad ni de rescisión de la partición, pese a la omisión en la misma de determinados valores.

»Décimo primero. En cuanto al pago de las cosas es acertadísimo el criterio seguido por la sentencia, de instancia, teniendo en cuenta las especiales circunstancias que concurren en el caso y en cuyo estudio basa la no imposición de las mismas. En cuanto a las causadas en esta apelación, y de conformidad con lo establecido en el *art. 373 de la LEC*, cada parte abonará las causadas a su instancia ya que, aun confirmándose sustancialmente la sentencia y desestimándose los dos motivos del recurso, nulidad y rescisión de la partición, así como la impugnación de las costas, es cierto que en las operaciones particionales no se indujeron la totalidad de los bienes o derechos, como se ha expuesto, estando más que justificados los recursos».

QUINTO. - En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D<sup>a</sup> Leonor y D<sup>a</sup> Marta se formulan los siguientes motivos de casación:

Motivo primero. «[A] amparo del num. 4 del *art. 1.692 de la LEC*, por error en la apreciación de la prueba. Concretamente se denuncia la infracción por interpretación errónea de los *artículos 1218, 1225, 1232, 1243 y 1253 del código civil*.»

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente

Cita la STC 73/1990 sobre las dificultades para la distinción en casación entre el hecho y el derecho.

Cita la STS de 28 de julio de 1993 sobre la naturaleza del recurso de casación.

En la presente litis ni el Juez de Primera Instancia ni la Audiencia Provincial han valorado adecuadamente la prueba en punto a la existencia de la deliberada ocultación de componentes del caudal y la omisión de operaciones fundamentales para que exista verdadera partición.

Ambas sentencia se fundan en que "no cabe hablar aquí ni de bienes colacionables, ni de nulidad de la partición por actuación fraudulenta de los apoderados respecto de tales bienes no queda sino examinar si la partición es o no rescindible por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendiendo al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas..."(Fundamento de Derecho séptimo de la sentencia de primera instancia), o en que "no existen motivos suficientes para estimar que la partición es nula, por ocultación fraudulenta o intencionada de bienes o mala fe, aunque como ahora analizaremos, sea cierto que no se han tenido en cuenta determinados créditos que debieron incluirse en el activo del caudal hereditario y que puede

entenderse si tenemos en cuenta el gran número de bienes existentes, el complejo entramado creado por las partes, las reiteradas operaciones llevadas a cabo y, según pone de manifiesto el contador-partidor y resulta de los autos, de la poca colaboración facilitando datos, no sólo por los demandados sino también por los demandantes "(Fundamento de Derecho quinto de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial).

Dicha conclusión y, por tanto, la argumentación que la sustenta, sin embargo, no es en absoluto consistente ni con los motivos en que se sustentó el recurso de apelación (nulidad de la partición o, en su defecto y subsidiariamente, rescisión de la misma por lesión de mis representadas) ni de la prueba practicada, la cual demuestra, a juicio de la parte recurrente tal como explica detalladamente, la ocultación o infravaloración de bienes por importe de 29,46% del caudal hereditario; la alegación por los demandados de la existencia de bienes de valor como integrantes del ajuar doméstico; que los bienes infravalorados fueron adjudicados a los demandados en exclusiva, siendo excluidos las demandadas (vivienda-chalet, ajuar y enseres existentes en las viviendas propiedad de la causante); que el contador-partidor, no ha desempeñado su función con la diligencia que les es exigible no incluyendo bienes y derechos en el caudal hereditario no obstante constarle su existencia; omitiendo la valoración de determinados bienes haciéndola por su valor catastral (corregido con criterios personalísimos y, por tanto, arbitrarios); omitiendo cualquier referencia a las rentas y frutos de los bienes y derechos que integraban el caudal hereditario desde el fallecimiento de la causante hasta el momento en que el contador-partidor realiza sus operaciones de inventario y evaluó; que el contador-partidor ha faltado a la verdad al declarar ante el Juez sobre el destino del ajuar doméstico; que los demandados han ocultado fraudulentamente bienes y/o derechos que integraban el caudal hereditario de la causante: no incluyendo en el mismo, no obstante constarles su existencia, concretamente derechos de crédito (o efectivo numerario percibido) por importe de diez millones de pesetas correspondientes al precio aplazado de una venta realizada por la causante dos meses antes de su fallecimiento; que los demandados han ocultado fraudulentamente derechos que integraban el caudal hereditario de la causante: no incluyendo en el mismo, no obstante constarles su existencia por ser cuatro de los demandados los deudores, concretamente derechos de crédito (o efectivo numerario percibido) por importe de 220 000 pesetas correspondientes al precio aplazado de una venta que les fue hecha por la causante pocos meses antes de su fallecimiento; que, al contrario de lo que se afirma en la sentencia de la Audiencia Provincial, de la prueba practicada y obrante en autos se desprende con claridad que " el complejo entramado creado por las partes" y "las reiteradas operaciones llevadas a cabo (por estas)" no pueden predicarse de las dos partes de este procedimiento, sino exclusivamente de los demandados.

De todo lo expuesto cabe concluir que en las dos instancias de esta litis no se ha valorado de forma debida la prueba en su conjunto.

Motivo segundo. «Al amparo del num. 4 del *art. 1.692 de la LEC* , se denuncia la infracción por no aplicación del *art. 1061 del código civil* , que establece que "en la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie".»

El motivo se funda, en síntesis, lo siguiente:

Cita doctrina sobre el principio de igualdad del *artículo 1061 CC* y la STS de 14 de junio de 1957 sobre el criterio de estricta **equidad** que debe presidir la partición, afirmando que carácter facultativo y orientador, no imperativo del *artículo 1.061 CC* , tiene como único límite la falta de **equidad** .

Cita la SSTS de 14 de julio de 1990 (Ref. Aranzadi 1990/5860), 30 de enero de 1951 y 13 de junio de 1970 sobre la formación de lotes.

En la partición que ha dado lugar a esta litis, la desigualdad en la partición no ha obedecido a criterios lógicos (evitar un excesivo y perjudicial fraccionamiento de los bienes de la causante) sino al único y concreto de adjudicar los bienes infravalorados o valorados con arreglo a presunciones de naturaleza tributaria a los demandados excluyendo de los mismos a las demandantes y ahora recurrentes.

Cita la STS de 8 de febrero de 1974 sobre la igualdad de la formación de lotes.

Cuando no nos encontremos ante ninguno de los supuestos exceptuados, procede, según la jurisprudencia, en cuanto sea posible, el cumplimiento de lo previsto en el *artículo 1061* . Precepto que, según la doctrina, "debe cumplirse incluso cuando exista alguna cosa indivisible o que desmerezca mucho por su división, que se adjudique a un solo heredero, si con los demás bienes puede satisfacerse, al menos en parte, lo expresado en el *artículo 1061* " .

Así lo confirman el propio *artículo 832 del Código civil* y así lo ha reiterado la Dirección General de los Registros en múltiples ocasiones (resoluciones de 10 de enero de 1903, 2 de diciembre de 1964 y 27 de noviembre de 1986)

Según la doctrina, la infracción del *artículo 1.061* debiera ser causa de su nulidad, basándose en que se hace «contra lo preceptuado en la Ley».

Esta falta de observancia del principio de **equidad** contenido en el mencionado precepto adquiere particular relevancia si se tiene en cuenta - como se ha venido manifestando por las recurrentes (escrito de 26 de diciembre de 1997) desde el inicio del procedimiento de abintestato - la marginación que sufren en cuanto a la distribución entre ellas de determinados bienes hacia los que siempre han tenido una especial *affectio*; marginación que repugna al principio general presente en nuestro Derecho en materia de legítima que, a la hora de regular el pago de la misma con los bienes de la herencia, establece la primacía del principio de la *pars bonorum* frente al otro de la *pars valoris*. Marginación que se hace particularmente grave con respecto al ajuar de la causante, a dos de cuyas hijas se las excluye absolutamente de su participación en el mismo.

Motivo tercero. «Al amparo del num. 4 del *art. 1.692 de la LEC*, se denuncia la interpretación errónea del *art. 1073*, y concordantes en sede de nulidad de los contratos, del *Código civil*, que establece que "las particiones pueden rescindir por las mismas causas que las obligaciones" y de la jurisprudencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo referida al mismo.»

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que "carente nuestro Código civil de todo precepto general relativo a las particiones, son aplicables a la materia los principios generales del Derecho sucesorio sobre invalidez de los negocios jurídicos" (STS de 6 de noviembre de 1934, STS de 13 de octubre de 1960, STS de 25 de febrero de 1966, 2 de noviembre de 1974, STS de 7 de enero de 1975 y STS de 31 de mayo de 1980), distinguiendo los supuestos de nulidad radical, anulabilidad y rescisión, con aplicación en cada caso de los *artículos 1.261 y 6 del C. civil* (STS de 2 de noviembre de 1957 y STS de 31 de mayo de 1980); de los *artículos 1.300 a 1.314* (STS de 17 de enero de 1975) y los *artículos 1.290 a 1.299* (STS de 31 de mayo de 1980), y que a la partición concertada por los herederos se aplican los preceptos del Código civil sobre vicios de la voluntad en el negocio jurídico (STS de 9 de marzo de 1951, STS de 25 de febrero de 1966 y 23 de marzo de 1968, entre otras).

Limitándonos al caso concreto de la partición realizada por un contador-partidor, la STS de 17 de abril de 1943 distingue entre la nulidad y la rescisión de las particiones.

Esta doctrina ha sido reiterada por la STS de 17 de mayo de 1955 y la de 2 de noviembre de 1957.

En el caso que es objeto de esta litis estamos, justamente, ante un supuesto de nulidad (o de anulabilidad, como ha matizado la STS de 25 de febrero de 1966 para los supuestos de existencia de "algún elemento de manifiesta antijuridicidad" de la partición o en que se aprecie "el matiz inmoral o de fraude de ley que reviste la operación en su conjunto") al haberse probado la existencia de las dos causas que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 29 de marzo de 1958 y 13 de octubre de 1960) considera como determinantes de la misma: la deliberada ocultación de componentes del caudal (SSTS de 22 de junio de 1948, 25 de febrero de 1966 y 31 de mayo de 1980) y la omisión de operaciones fundamentales para que exista verdadera partición. (STS de 19 de febrero de 1960)

En cuanto a la primera, la ocultación o exclusión sustancial de bienes, se manifiesta en la omisión y la ocultación maliciosa de una parte importante de los bienes hereditarios; la infravaloración de una parte importante de los bienes de la causante; y la atribución de los bienes infravalorados a los cinco hermanos hoy demandados, lo que produce una "falta de equivalencia material en la formación de lotes" que supone, a su vez, infracción del *art. 1.061 C.C.* y que, si se dieran los requisitos establecidos en el *art. 1.074 C.C.* conduciría a la rescisión.

Y en cuanto a la segunda, la omisión de operaciones fundamentales para que exista verdadera partición, se concreta en que el inventario presentado por el contador-partidor - que está hecho sobre el elaborado previamente por los cinco herederos hoy demandados a efectos de la solicitud de prórroga presentada con fecha 16 de julio de 1996 ante la Hacienda Pública para cumplir con la declaración tributaria por el Impuesto de Sucesiones, por tanto con sus mismos defectos - no reúne, como ha señalado la Jurisprudencia, en la STS de 19 de febrero de 1960), según analiza pormenorizadamente (inexactitudes,

mala fe en la elaboración del cuaderno particional que se infiere de las circunstancias que detalla, la cual, según explica, ha estado presente en todo momento a lo largo de las actuaciones anteriores, coetáneas y posteriores a la elaboración del cuaderno particional por parte del contador-partidor).

Por último, como afirma la mejor doctrina, cuando la lesión producida al heredero por la actuación del contador-partidor o por los propios herederos ha sido - como sucede en este caso - de mala fe, el derecho que asiste al dañado a impugnar la partición no requiere el requisito de que el daño que haya sufrido alcance a la cuarta parte del valor de las cosas cuando fueron adjudicadas. En consecuencia el quantum de la lesión sufrida por las recurrentes y su relación con el valor de las cosas cuando le fueron adjudicadas es absolutamente irrelevante a la hora de declarar la nulidad de la partición.

Termina solicitando de la Sala que «[t]enga por presentado este escrito con sus copias, y la escritura de poder que acompaño y cuya devolución solicito, y, previo su testimonio en autos, se sirva:

»1º. tener por interpuesto recurso de casación por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable al caso, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca de 11 de noviembre de 1999 (núm. 686/99 ),

»2º. lo admita y

»3º. en su día, tras los tramites legales pertinentes dicte sentencia por la que, dando lugar al mismo, casando y anulando la sentencia de dicha Sala dicte otra anulando la partición efectuada y ordenando a que se proceda a efectuar una nueva partición de la herencia de la causante, en la que se incluyan, además de los bienes que figuran en la declarada nula, todos los que efectivamente integraban el caudal hereditario, con la valoración real que estos tuvieran en la época en que haya de llevarse a cabo la adjudicación y respetando los principios de equivalencia patrimonial y de trato igualitario entre los llamados a la herencia que en todo momento ha de presidir la actividad particional de bienes.

»4º. con expresa condena de las costas causadas en ambas instancias y en el presente recurso a los demandados y hoy recurridos».

SEXTO. -

En el escrito de impugnación del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Emilio , D<sup>a</sup> Daniela , D. Paulino , D. Romeo , D. Valentín y D<sup>a</sup> Camila , se formulan, en síntesis, las siguientes alegaciones:

Al motivo primero.

Se formula al amparo de lo previsto en el *art. 1692.4 LEC* , alegando como infringidos los *arts. 1218, 1225, 1232, 1243 y 1253 CC* . Resulta difícil comprenderlo, pues se refiere a la cuestión de hecho y reconoce que la interpretación y valoración de la prueba es de la soberanía del juzgador de instancia y, por tanto, debe quedar al margen del recurso de casación.

Se alega que en las dos instancias no se ha valorado de forma debida la prueba en su conjunto, por lo que, conforme a la doctrina citada de la Sala Primera debe casarse la sentencia. Para llegar a tan sorprendente conclusión, recurre a la imputación de mala fe y ocultación de bienes por el contador partidor, al carácter fraudulento de la partición realizada.

La nulidad de la partición con base en una supuesta utilización fraudulenta de poderes, si bien fue invocada en la demanda no fue trasladada al recurso de apelación, por lo cual tal solicitud desestimada en la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia núm. 5 de Salamanca adquirió el carácter de firme.

La Audiencia comparte los razonamientos de la sentencia de instancia en cuanto a la imposibilidad de conocer en este juicio la utilización de los poderes otorgados por los demandantes a favor de los demandados, sin rendir cuentas de los mismos y que podría determinar la vuelta de determinados bienes para su inclusión en la partición, cuestión sobre la que no se recurre, pero a la que constantemente hace alusión la parte recurrente como un instrumento decisivo a la hora de justificar la mala fe y la ocultación o exclusión de bienes.

El contador partidor, al que se imputa mala fe, abogado ejerciente y de reconocido prestigio, fue nombrado de común acuerdo por las dos partes. Según manifiesta el contador partidor, antes de formalizar ante el Juzgado el informe correspondiente al cuaderno particional, requirió a las actoras a través de su

letrado para que le aportasen los documentos acreditativos de los bienes que ellos pretendían introducir en la masa hereditaria, en concreto, los que supuestamente conforman el ajuar y su opinión sobre el proyecto de cuaderno particional, y como consta en acta no existió respuesta.

Resulta evidente la actitud de las recurrentes de impedir con todos los recursos el uso y disfrute de los bienes que les corresponden legítimamente a sus hermanos, y, especialmente, a su padre, un hombre de más de ochenta años de edad.

Si el problema fuera de verdad la infravaloración efectuada por el contador-partidor de algunos bienes, no por mala fe sino por las razones que explica en la comparecencia, se hubiera solucionado nombrando a un perito que efectuase una nueva valoración, como consta acreditado que propuso la representación de la parte recurrida. Pero las recurrentes trataban de conseguir otros objetivos, que se cambiasen las hijuelas, y se les adjudique el bien inventariado núm. 2. Para solucionar esta cuestión se propuso que se «deje en proindiviso dicho bien y repartir el resto de la herencia», propuesta que consta en el acta y tampoco se aceptó.

Cita la STS de 27 de febrero de 1995.

Al motivo segundo.

Al amparo del núm. 4 del *art. 1692 LEC*, denuncia infracción por no aplicación del *art. 1061 CC* porque no se guarda el principio de **equidad** en los lotes.

No se alcanza a entender en qué consiste la desigualdad supuestamente existente en los lotes que han sido adjudicados en el cuaderno particional a cada uno de los herederos.

La única referencia a esa posible desigualdad en los lotes se reduce al ajuar de la causante, cuando, según consta en la sentencia recurrida, la herencia tiene un importe de 150 058 296 ptas., y lo que se pretende discutir es el valor del ajuar correspondiente al 3% de la misma, a repartir entre la totalidad de los herederos.

Es reiterada la jurisprudencia que establece que la norma prevista en el *art. 1061 CC* tiene un carácter meramente facultativo y, en consecuencia, la formación de los lotes se hará con arreglo a las particularidades de cada caso (SSTS de 21 de junio de 1986, 28 de mayo de 1992 y 23 de junio de 1998).

De la lectura de los lotes se comprueba que todos tienen bienes inmuebles, así como metálico y créditos existentes en la masa hereditaria. Si a ello añadimos que ninguna prueba se ha practicado respecto al contenido del ajuar, ninguna desigualdad puede alegarse, pues lo que se reparte es su valor económico.

Son los hermanos de las recurrentes quienes resultan claramente perjudicados por esta adjudicación, pues el lote adjudicado al cónyuge viudo, D. Emilio, incluye el pleno dominio del ajuar, muebles y enseres.

Ninguna referencia ni alegación de desigualdad se realizó en el recurso de apelación, circunstancia que impide su alegación en este momento como motivo del recurso.

Al motivo tercero.

Formulado al amparo del núm. 4 del *art. 1692 LEC*, denuncia interpretación errónea del *art. 1073 y concordantes del Código Civil*, respecto a la rescisión de la partición.

Se reitera la argumentación del primer motivo del recurso y se insta la nulidad de la partición, por haberse producido una «deliberada ocultación de componentes del caudal y la omisión de operaciones fundamentales para que exista verdadera partición»; e igualmente se reitera la existencia de mala fe por parte de los demandados y del contador-partidor.

Se da por reproducido todo lo manifestado en la impugnación del primer motivo. Conviene recordar el requerimiento del contador-partidor a las recurrentes para que aportasen la relación de bienes y derechos que a su juicio pudieran configurar el caudal hereditario, y que no fue contestado.

Se alega una infravaloración maliciosa de los bienes de la causante. La única modificación habida es la valoración del inmueble núm. 2 del inventario. Pero el verdadero interés de la parte recurrente, según se refleja en el acta, es que se cambien las hijuelas y se les adjudique el bien inventariado bajo el núm. 2.

Ante el propio Juzgado se le ofertó la posibilidad de nombrar un nuevo perito y la respuesta fue negativa.

La sentencia recurrida incluye en el caudal hereditario 10.220.000 ptas que estaban pendientes de ingreso como consecuencia de ventas realizadas meses antes del fallecimiento de la causante. Qué imputación de mala fe puede hacerse al contador-partidor por la no inclusión de ese importe en el cuaderno particional, cuando ni tan siquiera el juzgador de instancia consideró la legalidad de hacer tal inclusión.

Son sorprendentes tales alegaciones que se formulan sin ningún tipo de prueba que las acrediten, ya que la prueba existente en los autos justamente demuestra lo contrario (fundamento de derecho octavo de la sentencia recurrida).

El comportamiento de las recurrentes rezuma mala fe procesal, ya que pudiendo evitar este procedimiento, largo y costo, no se quiso realizar una nueva valoración pericial para preconstituir una excusa que le permitiera formular los recursos, de apelación y ahora de casación.

Todas las modificaciones, tanto de inclusión de valores como de modificación de los mismos que se han alegado han sido corregidos por el juzgado de instancia y por el tribunal de apelación. No queda ningún bien o valor que no haya sido incluido o pendiente de nueva valoración y prueba de ello es que las recurrentes no hacen alusión a bienes o valores que no hayan sido incluidos en los lotes conformados para cada uno de los herederos.

Según la jurisprudencia la omisión de alguno de los objetos o valores de la herencia no da lugar por sí, según prevé el *art. 1079 CC*, a la rescisión de la partición, sino a que se complemente o adicione tales valores, en base al principio de conservación de la partición o del favor partitionis, según el cual hay que presumir válida toda partición mientras no se demuestre una causa de nulidad (STS de 18 de enero de 1985).

Termina solicitando de la Sala «que habiendo por presentado este escrito con sus copias se sirva admitirlos; tener por impugnado en nombre de mis representados, en tiempo y forma, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Ilma. Audiencia Provincial de Salamanca el 11 de noviembre de 1999 ; y, en su día, previa legal tramitación, se dicte sentencia por la Sala por la que se declare no haber lugar al recurso rechazando los motivos del mismo, y condenando expresamente en costas a las recurrentes.»

SÉPTIMO. - Para la deliberación y fallo del presente recurso se fijó el día 17 de octubre de 2006, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. -

1) D<sup>a</sup> Leonor y D<sup>a</sup> Marta entablaron demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra sus coherederos D. Emilio , D. Daniela , D. Paulino , D<sup>a</sup> Camila , D. Valentín y Don Romeo .

2) Solicitaban que se decretase la nulidad de la partición hereditaria realizada por el contador- partidor en un precedente juicio de abintestato y, subsidiariamente, la rescisión por lesión en más de la cuarta parte. Alegaban la utilización abusiva de los poderes otorgados a los coherederos antes de abrirse la sucesión, la falta de rendición de cuentas por éstos y la ocultación o exclusión sustancial de bienes de la partición y la omisión de operaciones en ésta.

3) El Juzgado, en primera instancia, y la Audiencia Provincial, en apelación, desestimaron la demanda.

4) Ambos órganos entendieron que no podía discutirse en el pleito la utilización fraudulenta de los poderes otorgados y la falta de rendición de cuentas, ni alegarse la falta de colación de los bienes donados por la causante, por cuanto los herederos reconocían haberlos recibido en partes iguales. En cuanto a la compraventa de un determinado inmueble por la causante, entendieron que no existían indicios de que hubiera sido simulada. Asimismo, no se había probado una infravaloración del ajuar ganancial.

5) Por el contrario, respecto de una finca urbana sita en Felanitx, se estimó probada por el Juzgado una infravaloración en 23 460 000 ptas., a lo que la Audiencia Provincial añadió 10 000 000 ptas., resto del precio de una venta y 220 000 pesetas, correspondiente a los pagos aplazados en otra compraventa, que no habían sido incluidos por el contador-partidor, no obstante lo cual el perjuicio conjunto sufrido por cada uno de los demandantes no ascendía a la cuarta parte del valor de los lotes, por lo que no podía decretarse la rescisión de la partición.

6) La Audiencia Provincial añadía que no existen motivos suficientes para estimar que la partición es nula por ocultación fraudulenta o intencionada de bienes o mala fe, pues, aunque no se habían incluido ciertos créditos que formaban parte del activo del caudal hereditario, debía tenerse en cuenta el gran número de bienes existentes, el complejo entramado creado por las partes, las reiteradas operaciones llevadas a cabo y la poca colaboración de demandantes y demandados con el contador-partidor.

SEGUNDO. - El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«[A] amparo del núm. 4 del *art. 1692 de la LEC [Ley de Enjuiciamiento civil LEC 1881]*, por error en la apreciación de la prueba. Concretamente se denuncia la infracción por interpretación errónea de los *artículos 1218, 1225, 1232, 1243 y 1253 del Código civil.*»

El motivo se funda, en síntesis, en que ni el juez de Primera Instancia ni la Audiencia Provincial han valorado adecuadamente la prueba en punto a la existencia de la deliberada ocultación de componentes del caudal y la omisión de operaciones fundamentales para que exista verdadera partición, según muestra, a juicio de la parte recurrente, la prueba practicada, cuyo examen conduce, entre otros extremos, que explica detalladamente, a la conclusión de que ha existido la ocultación o infravaloración de bienes por importe del 29,46% del caudal hereditario, por lo que concluye que en las dos instancias de esta litis no se ha valorado de forma debida la prueba en su conjunto.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO. - Esta Sala tiene reiteradamente declarado que en el recurso de casación no puede plantearse al Tribunal Supremo la revisión en su conjunto de la prueba practicada en la instancia, pues el examen de los hechos probados únicamente es susceptible de ser realizado en el ámbito de este recurso especial si se alega la infracción de un precepto que debe ser tenido en cuenta en la valoración de la prueba, o de un criterio jurisprudencial que debe ser observado en dicha operación, o se demuestra que las conclusiones probatorias alcanzadas son manifiestamente arbitrarias o erróneas por no responder a las reglas básicas del razonamiento jurídico e infringir, con ello, el derecho a la tutela judicial que consagra el *artículo 24 de la Constitución*.

La parte recurrente no alega una infracción concreta de las normas que deben ser aplicadas en la valoración de la prueba, sino que invoca un conjunto heterogéneo de preceptos del Código civil referentes a la valoración de los documentos públicos, privados y prueba de presunciones, y se refiere detalladamente, sin relacionarlos directa y separadamente con la infracción concreta de uno u otro de los preceptos invocados, a distintos aspectos de la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia, proponiendo la conclusión probatoria que estima procedente.

Con ello, por una parte, infringe el principio de especialidad que rige en este recurso de casación - articulado procesalmente en torno a concretas infracciones del ordenamiento jurídico y no al examen conjunto del objeto del proceso de instancia en sus aspectos fácticos y jurídicos- y, por otra parte, invita implícitamente a este tribunal a realizar una nueva valoración de la prueba para llegar a conclusiones incompatibles con las alcanzadas por el tribunal de instancia, entre ellas la de que el perjuicio padecido por los demandantes alcanza un porcentaje superior al de la cuarta parte del valor del caudal hereditario en contra de lo que la sentencia impugnada estima probado mediante la fijación de concretas y determinadas cantidades.

En resolución, este motivo de casación únicamente podría ser examinado incurriendo en un exceso manifiesto respecto de las potestades de casación que nos confiere la ley.

CUARTO. - El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del num. 4 del *art. 1692 de la LEC*, se denuncia la infracción por no aplicación del *art. 1061 del Código civil*, que establece que "en la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza,

calidad o especie".»

El motivo se funda, en síntesis, en que la partición que ha dado lugar a esta litis la división ha obedecido únicamente al criterio de adjudicar los bienes infravalorados o valorados con arreglo a presunciones de naturaleza tributaria a los demandados excluyendo de los mismos a las demandantes y ahora recurrentes, con infracción del *artículo 1061 del Código civil [CC]*, que reviste particular relevancia si se tiene en cuenta que se ha venido manifestando por las recurrentes desde el inicio del procedimiento de abintestato la marginación que sufren en cuanto a la distribución entre ellas de determinados bienes hacia los que siempre han tenido una especial afección.

El motivo debe ser desestimado.

QUINTO. -

A) El *art. 1061 CC* establece la igualdad, en el supuesto de que sea posible, en la realización de los lotes. Como declara la STS de 25 de noviembre de 2004 -y propugna la parte recurrente- cuando no se respeta el criterio de igualdad concurre una causa de nulidad, puesto que se vulnera lo preceptuado en la ley.

La jurisprudencia ha declarado, en la interpretación de este precepto, que la partición ha de estar presidida por un criterio de equitativa ponderación (SSTS de 30 de enero de 1951; 14 de diciembre de 1957 y 25 de marzo de 1995) y debe hacerse respetando la posible igualdad determinada por las circunstancias de cada caso (SSTS de 8 de febrero de 1974, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 28 de mayo de 1992, 15 de marzo de 1995 y 16 de febrero de 1998). Sin embargo, también se ha precisado que no se trata de una igualdad matemática o absoluta (SSTS de 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980 y 14 de julio de 1990), sino de una igualdad cualitativa (STS de 13 de junio de 1992); que la norma tiene un carácter orientativo (SSTS de 30 de noviembre de 1974 y 7 de enero de 1991); está dotada de un grado de imperatividad sólo relativo (SSTS de 30 de noviembre de 1974, 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 14 de julio de 1990, 28 de mayo de 1992, 15 de marzo de 1995 y 2 de noviembre de 2005); y no puede aplicarse cuando la infravaloración de los bienes se aplica en proporción semejante a todos los que integran el caudal relicto (SSTS de 21 de abril de 1966 y 7 de enero de 1991); y que la infravaloración u omisión de algunos bienes, en tanto no sea maliciosa o no tenga carácter sustancial, no es susceptible de originar la nulidad de la partición, sino que las atribuciones mal valoradas deben resolverse por vía de rescisión, y las omisiones de bienes o valores por el camino de la adición o complemento de la partición (STS de 12 de febrero de 2005).

En suma, la falta de **equidad** en la formación de los lotes a que dan lugar las operaciones particionales únicamente puede considerarse como motivo de nulidad de la partición en los casos en que se pruebe que la desigualdad en la formación de aquéllos tiene suficiente relevancia para infringir el principio de igual distribución entre los herederos y excede de los presupuestos que pueden dar lugar al ejercicio de las acciones de rescisión, adición o complemento de la partición previstas en el CC.

B) En el caso enjuiciado no puede aceptarse que concurra este presupuesto, puesto que la sentencia impugnada, acorde con la sentencia de primera instancia, únicamente admite la omisión de determinados valores en el cuaderno particional, pero en modo alguno refleja que la distribución de los lotes haya vulnerado de manera sustancial el principio de **equidad**, habida cuenta de la complejidad de las operaciones particionales, de la existencia de sucesivas operaciones de enajenación de bienes anteriores al momento del fallecimiento (mediante las cuales se distribuyó igualitariamente entre los herederos la mayor parte del patrimonio de la causante) y, en lo que al ajuar se refiere, la falta de prueba por parte de las demandantes en relación con su valor.

Una hipotética estimación de este motivo de casación no podría hacerse sin contradecir el conjunto de las conclusiones probatorias obtenidas por el tribunal de instancia, que analiza detalladamente los distintos aspectos a los que se imputa la irregularidad en las operaciones particionales y su respectiva trascendencia, para llegar a la conclusión de que no alcanzan un montante económico equivalente a la cuarta parte del valor del caudal hereditario ni tienen relevancia suficiente para justificar la anulación de la partición.

SEXTO. - El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del núm. 4 del *art. 1692 de la LEC*, se denuncia la interpretación errónea del *art. 1073*, y concordantes en sede de nulidad de los contratos, del *Código civil*, que establece que "las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones" y de la jurisprudencia dictada por la Sala

Primera del Tribunal Supremo referida al mismo.»

El motivo se funda, en síntesis, en que concurre un supuesto de nulidad o de anulabilidad de la partición, al haberse probado la ocultación maliciosa de una parte importante de los bienes hereditarios, la infravaloración de una parte importante de los bienes de la causante, la falta de equivalencia en la formación de los lotes y la realización de la partición con inexactitudes y mala fe, que se infiere de las circunstancias que detalla.

El motivo debe ser desestimado.

SÉPTIMO. -

A) El CC-es cierto- carece de una regulación específica sobre nulidad de las particiones, fuera del singular precepto del *art. 1081*, y la jurisprudencia ha entendido aplicables a la materia las normas sobre nulidad de los negocios jurídicos y, principalmente, de los negocios contractuales (entre las más recientes, STS de 12 de diciembre de 2005).

La jurisprudencia establece, como casos de nulidad, además del específico del *artículo 1081 CC*, la falta de consentimiento de la persona designada para realizar la partición, la inclusión de bienes no pertenecientes al causante (STS de 15 de diciembre de 2005 y supuestos en que no se ha liquidado previamente la sociedad de gananciales, SSTS de 2 de noviembre de 2005, 14 de diciembre de 2005, 15 de junio de 2006), la ilicitud de la causa por deliberada ocultación de componentes del caudal, la invalidez del testamento, la infracción de prescripciones legales imperativas (STS de 28 de noviembre de 2005), el error sustancial cometido por el testador al proceder a la valoración de bienes (STS de 26 de noviembre de 1974) o haber omitido cosas importantes y no computar determinados inmuebles (STS de 7 de enero de 1975), además del supuesto ya examinado en el motivo anterior de infracción del principio de igualdad entre los herederos (STS de 2 de noviembre de 2005, ya citada).

Este tratamiento restrictivo de la invalidez, afirmado por gran número de sentencias, como la STS de 31 de octubre de 1996, que se refiere a las de 15 de junio de 1982 y 25 de febrero de 1969 (a las que pueden añadirse las SSTS de 25 de febrero de 1989 y 11 de abril de 1959, entre otras), comporta que la nulidad de la partición tiene carácter subsidiario y sólo cabe cuando no existe otro recurso legal (SSTS de 27 de febrero de 1995 y 17 de enero de 1956), siempre que no quepa resolver las atribuciones mal valoradas por vía de rescisión, y las omisiones de bienes o valores por el camino de la adición o complemento de la partición (STS de 11 de abril de 1959). En los supuestos de omisión en el activo partible de alguno de los objetos de la herencia y en el de preterición de algún heredero en la partición, el CC tiende a conservar la validez y eficacia de la partición, sin perjuicio de subsanar el defecto de que adolece y el perjuicio irrogado a alguno de los herederos (beneficio de la partición o favor partitionis).

B) La parte recurrente, sin embargo, no funda este motivo en la existencia de atribuciones mal valoradas en cuantía suficiente para dar lugar a la rescisión, ni solicita la adición o complemento de la partición por omisión de bienes o valores (puesto que no invoca como infringido el *artículo 1079 CC*), sino que funda la existencia de una causa de nulidad en la existencia de mala fe en la realización de las operaciones particionales.

El motivo tercero de casación incurre así, al igual que los anteriores, en el insuperable defecto de contradecir los hechos declarados probados por la sentencia impugnada (v. gr., SSTS de 4 de febrero de 2005, 14 de noviembre de 2005 y 24 de mayo de 2006).

En efecto, la sentencia recurrida sienta, en el ejercicio de las facultades de valoración de la prueba que son propias del tribunal de instancia, la conclusión de que «no existen motivos suficientes para estimar que la partición es nula, por ocultación fraudulenta o intencionada de bienes o mala fe, aunque, como ahora analizaremos, sea cierto que no se han tenido en cuenta determinados créditos que debieron incluirse en el activo del caudal hereditario y que puede entenderse si tenemos en cuenta el gran número de bienes existentes, el complejo entramado creado por las partes, las reiteradas operaciones llevadas a cabo y, según pone de manifiesto el contador-partidor y resulta de los autos, de la poca colaboración facilitando datos, no sólo por los demandados sino también por los demandantes».

Esta conclusión probatoria no es combatida directamente por la parte recurrente invocando la infracción de un precepto legal que deba ser tenido en cuenta en la valoración de la prueba, o tratando de demostrar su carácter manifiestamente erróneo o absurdo, sino que la fundamentación de este motivo de casación pretende que prevalezca, en una apreciación conjunta de los distintos medios de prueba, una conclusión sobre la existencia de mala fe en la ocultación de bienes del caudal hereditario contraria a

aquella a la que llegó la sentencia recurrida, que tiene carácter inamovible en este grado jurisdiccional.

OCTAVO. - No estimándose procedente ninguno de los tres motivos del recurso interpuesto, debe declararse no haber lugar a él y, conforme al *art. 1715.2 II LEC 1881*, imponer las costas a la parte recurrente y la pérdida del depósito constituido.

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

## **FALLAMOS**

1. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Leonor y D<sup>a</sup> Marta contra la sentencia de 11 de noviembre de 1999 dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca en el rollo número 307/99, cuyo fallo dice:

«Fallamos. Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Valentín Garrido González en nombre y representación de D<sup>a</sup> Leonor y D<sup>a</sup> Marta, así como también la adhesión al mismo formulada por la Procuradora D<sup>a</sup> Carmen Herrero Rodríguez en nombre y representación de D. Emilio, D<sup>a</sup> Daniela, D. Paulino, D. Camila, D. Valentín y D. Romeo, contra la sentencia de fecha 29 de marzo de 1999, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de 1<sup>a</sup> Instancia núm. 5 de Salamanca, en autos originales de juicio de mayor cuantía núm. 51/98, de los que dimana este rollo, y debemos confirmar y confirmamos la misma en su integridad, sin hacer expresa mención a las costas originadas con ocasión de esta alzada».

2. Se declara la firmeza de la expresada sentencia.

3. Se imponen a la parte recurrente las costas de este recurso y la pérdida del depósito constituido.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Firmado y rubricado.- Juan Antonio Xiol Ríos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.-Antonio Salas Carceller- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Ríos, 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.