

**Resumen**

*La Sala declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto frente a sentencia que desestimaba el recurso de apelación interpuesto. La recurrente demandó por las reglas del juicio declarativo de menor cuantía a su madre y a su hermano, en ejercicio de la acción rescisoria de liquidación de gananciales y partición de herencia relativa al causante. Solicitaba que se declarase la rescisión de la misma por lesión en más de una cuarta parte, efectuada por contador y que se condenase a los demandados a consentir la realización de una nueva partición.*

**NORMATIVA ESTUDIADA**

- CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española art.24
- RD de 24 julio 1889. Código Civil art.1074 , art.1214 , art.1692 , art.1715
- RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil art.359 , art.524

**ÍNDICE**

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	3
FALLO .....	4

**CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS**

SUCESIÓN

PARTICIÓN DE LA HERENCIA

- En general
- Modalidades
  - Por comisario o contador-partidor

Operaciones particionales

- Inventario y avalúo
- Liquidación y adjudicación

Impugnación

- Rescisión por lesión
- En general
- Supuestos diversos

**FICHA TÉCNICA**

Favorable a: Esposa,Heredero,Madre; Desfavorable a: Heredero,Hijo  
Procedimiento:Recurso de casación

**Legislación**

- Aplica art.24 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
- Aplica art.1074, art.1214, art.1692, art.1715 de RD de 24 julio 1889. Código Civil
- Aplica art.359, art.524 de RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil
- Cita art.3, art.1692 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
- Cita RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil

**Jurisprudencia**

- Cita en el mismo sentido sobre SUCESIÓN - PARTICIÓN DE LA HERENCIA - Impugnación - Supuestos diversos STS Sala 1ª de 28 diciembre 2007 (J2007/260269)
- Cita en el mismo sentido sobre SUCESIÓN - PARTICIÓN DE LA HERENCIA - Impugnación - Rescisión por lesión STS Sala 1ª de 4 julio 2007 (J2007/80210)
- Cita en el mismo sentido sobre SUCESIÓN - PARTICIÓN DE LA HERENCIA - Impugnación - Rescisión por lesión STS Sala 1ª de 20 mayo 2005 (J2005/76744)

Cita en el mismo sentido sobre SUCESIÓN - PARTICIÓN DE LA HERENCIA - Impugnación - Supuestos diversos STS Sala 1ª de 26 abril 2001 (J2001/5100)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 19 mayo 2000 (J2000/10835)

Cita en el mismo sentido sobre SUCESIÓN - PARTICIÓN DE LA HERENCIA - Impugnación - Supuestos diversos STS Sala 1ª de 30 enero 1996 (J1996/149)

En la Villa de Madrid, a siete de marzo de dos mil ocho.

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 Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña con fecha 2 de septiembre de 1999, como consecuencia de los autos de juicio declarativo de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ribeira núm. 2, sobre partición de herencia y otros extremos; cuyo recurso ha sido interpuesto por Dª Silvia, representada por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Rodríguez-Jurado Saro c; siendo parte recurrida Dª Paloma, asimismo representada por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ribeira núm. 2, fueron vistos los autos de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, instados por Dª Silvia, contra Dª Paloma y D. Casimiro, sobre partición de herencia y otros extremos.

Por la parte actora se formuló demanda con arreglo a las prescripciones legales, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando se dictase sentencia "estimando la demanda y declarando la rescisión de la liquidación de gananciales y partición de herencia del causante D. Carlos Jesús, por lesión en más de una cuarta parte, efectuada por el partidador contador dirimente D. Gregorio, aprobada por Autos del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Noya con fecha 21 de enero de 1992 y protocolizada, en 27 de enero de 1992, por el Notario de Noya D. José Manuel Amigo Vázquez, debiendo consentir los demandados que se proceda a realizar nueva liquidación de gananciales y partición en ejecución de sentencia, ajustándose a las bases que ya constan en las sentencias de instancia y en grado de apelación recaídas en los autos de juicio declarativo de menor cuantía núm. 164 de 1986 que se siguió ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Noya, o las que se fijen en la propia sentencia, según el resultado de la prueba que se practique, si no hiciesen uso del derecho de opción de indemnizar a la demandante en el importe de la lesión causada que se fijará a resultas de la prueba; con imposición de las costas a los demandados".

Admitida a trámite la demanda y emplazadas las mencionadas partes demandadas, compareció Dª Paloma, y mediante su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando se dictase sentencia "estimando la excepción de incompetencia formulada, o por cualesquiera de las demás excepciones formuladas, rechazar dicha demanda, absolviendo a mi representada, con expresa imposición de las costas a la demandante". Por la representación legal de D. Casimiro, se contestó a la demanda oponiéndose a la misma, alegando los hechos y fundamentos que tuvo por oportuno, para terminar suplicando se dictase sentencia " que desestimase la demanda, absolviéndole de las pretensiones contenidas en la misma y todo ello con imposición de costas por ser preceptivas".

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 28 de julio de 1997, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo.- Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Peleteiro Bandín en nombre y representación de Dª Silvia, contra Dª Paloma y D. Casimiro, debo absolver y absuelvo a estos últimos de las pretensiones contra ellos deducidas. Todo ello con imposición de las costas a la parte actora".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de 1ª Instancia por la representación de Dª Silvia y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña con fecha 2 de septiembre de 1999, dictó sentencia con la siguiente parte dispositiva:

"Fallamos.- Desestimamos el recurso de apelación de Dª Silvia y confirmamos la sentencia apela, imponiéndose las costas de la segunda instancia a la parte apelante".

TERCERO.- El Procurador D. Fernando Rodríguez-Jurado Saro, en nombre y representación de Dª Silvia, ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña con fecha 2 de septiembre de 1999, con apoyo en los siguientes:

El motivo primero, al amparo del art. 1.692.4º LEC EDL 2000/77463 , acusa infracción del art. 1.074 C.c. EDL 1889/1 y jurisprudencia que los interpreta.

El motivo segundo, al amparo del art. 1.692 LEC EDL 2000/77463 , se formula subsidiariamente al anterior, acusa infracción del art. 24 CE EDL 1978/3879 en relación con el principio de congruencia establecido en el art. 359 de la citada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 EDL 1881/1 .

El motivo tercero, al amparo del art. 1.692.3º LEC EDL 2000/77463 , acusa infracción del art. 24 CE EDL 1978/3879 en relación con el art. 524 de la Ley Procesal citada de 1.881. Se formula subsidiariamente al segundo motivo.

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido para impugnación, el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en representación de la parte recurrida presentó escrito con oposición al mismo.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 18 de febrero de 2008, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- D<sup>a</sup> Silvia demandó por las reglas del juicio declarativo de menor cuantía a su madre D<sup>a</sup> Paloma y a su hermano D. Casimiro, en ejercicio de la acción rescisoria de liquidación de gananciales y partición de herencia relativa al causante D. Carlos Jesús, esposo de D<sup>a</sup> Paloma. Solicitaba que se declarase la rescisión de la misma por lesión en más de una cuarta parte, efectuada por el contador dirimente D. Gregorio, aprobada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Noya por auto de 21 de enero de 1992, y que se condenase a los demandados a que consientan la realización de una nueva partición, ajustándose a las bases que constan en las sentencias de instancia y en grado de apelación, recaídas en los autos de juicio declarativo de menor cuantía 164/1986, que se siguió en el antedicho Juzgado, o las que se fijen en la propia sentencia, según el resultado de la prueba que se practique. Todo ello si no hiciesen uso del derecho de indemnizar a la demandante en el importe de la lesión causada, que se fijará a resultas de la prueba.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda porque la actora va contra sus actos propios. La partición del contador dirimente fue puesta de manifiesto a las partes por término de ocho días, sin que, como la propia actora reconoce, a la misma se hiciera objeción alguna, dictando a continuación el Juzgado el correspondiente auto de aprobación.

La sentencia fue apelada por la actora, siendo desestimado su recurso.

La ratio decidendi de la sentencia de la Audiencia es que la acción que debería haberse ejecutado, dado los vicios que se imputan a la partición, era la de nulidad de la misma, siendo absolutamente inviable la rescisión por lesión.

La sentencia de la Audiencia se recurre en casación por la actora D<sup>a</sup> Silvia.

PRIMERO.- El motivo primero, al amparo del art. 1.692.4º LEC EDL 2000/77463 , acusa infracción del art. 1.074 C.c. EDL 1889/1 y jurisprudencia que los interpreta.

Se fundamenta en que a la recurrente se le ha lesionado en la partición que se impugna en más de la cuarta parte por no inclusión en su activo de determinadas fincas rústicas; por la inclusión indebida en el pasivo de deudas; y por la no inclusión en ese mismo pasivo de otras deudas. La sentencia recurrida entiende que ello no da pie para el ejercicio de una acción rescisoria por lesión (que es la ejercitada), sino que es un problema distinto, de nulidad de la partición. Por el contrario la recurrente sostiene, con cita de las sentencias de esta Sala de 17 de abril de 1933 y 17 de abril de 1943, que procede la acción rescisoria.

Esta Sala considera que la cuestión planteada en el motivo soslaya la razón por la que los bienes no se han incluido en el activo de la sociedad de gananciales, que es la de que el contador-partidor afirmó que no existían, ateniéndose a que la sentencia que, en juicio anterior decretó la disolución y liquidación de dicha sociedad, ordenó que en el inventario se incluyesen sólo los bienes existentes al fallecimiento del causante D. Carlos Jesús, esposo de la codemandada D<sup>a</sup> Paloma. Correspondiendo a la actora que afirma lo contrario la prueba de ello (art. 1.214 Cód. civ.) no lo ha conseguido en este juicio, pues ninguna de las pruebas practicadas acredita la existencia de bienes gananciales al fallecer el Sr. Carlos Jesús.

La omisión de bienes, por tanto, en el activo de la sociedad de gananciales que se liquidaba, no obedeció a dolo, negligencia o error del contador-partidor dirimente, sino a que constató aquella inexistencia, por lo que cumplió con una de bases ordenadas por la sentencia.

Así las cosas, el planteamiento del motivo se revela inútil para casar la sentencia de este pleito, dada aquella realidad fáctica apreciada en la propia partición, pues carece de sentido determinar si hubo o no lesión por algo que no fue adjudicado, o si era nula tal partición por no incluir bienes que no existían en el patrimonio ganancial al disolverse la sociedad.

Todo ello significa que en la hipótesis de que se diera lugar a la casación de la sentencia recurrida, esta Sala, al resolver sobre lo que corresponda dentro de los términos en que el debate aparece planteado (art. 1.715.1.3º LEC EDL 2000/77463 ), habría de llegar al mismo fallo desestimatorio de la demanda, aunque por otras razones de las recogidas en la sentencia de la Audiencia que se recurre. En otras palabras, se produciría una equivalencia de resultados, lo que impediría casarla de acuerdo con reiterada doctrina de esta Sala (Ss. de 27 de septiembre de 2002, 19 de diciembre de 2003 y 14 de junio de 2005).

También lo impediría la falta de legitimación activa de la actora, ahora recurrente, cuestión que puede ser estimada de oficio (Ss. de 30 de enero de 1996 EDJ 1996/149 , 26 de abril EDJ 2001/5100 y 3 de diciembre de 2001, y 28 de diciembre de 2007 EDJ 2007/260269 ). En efecto, consta en autos que la partición que impugna fue probada por autos del Juzgado de 1ª Instancia de Noya el 21 de enero de 1992, una vez conocida por las partes del juicio que ante el mismo se seguía, sin que la actora formulase ninguna oposición ni, por tanto, con manifestación de puntos de discrepancia, y es doctrina de esta Sala la de que en el juicio declarativo posterior sólo se pueden discutir los puntos de aquella partición en los que no hubo acuerdo (Ss. 20 de mayo de 2005 EDJ 2005/76744 y 4 de julio de 2007 EDJ 2007/80210 ).

Por todo ello el motivo se desestima.

SEGUNDO.- El motivo segundo, al amparo del art. 1.692 LEC EDL 2000/77463 , se formula subsidiariamente al anterior, acusa infracción del art. 24 CE EDL 1978/3879 en relación con el principio de congruencia establecido en el art. 359 de la citada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 EDL 1881/1 .

En su defensa, afirma la recurrente que si la sentencia recurrida consideró que la acción interpuesta no era la correcta, no hubiera incidido en incongruencia si hubiera aplicado la adecuada, esto es, lo que debería de haber entrado en juego la doctrina constitucional favorable al ejercicio de la acción, según la cual el derecho a la tutela judicial efectiva integra el de obtener un pronunciamiento en cuanto

al fondo del asunto, y sólo el incumplimiento grave y cierto de ritos procesales esenciales, que atacan radicalmente y sin posibilidad de enmienda las normas imperativas que gobiernan el procedimiento, pueden determinar resoluciones denegatorias de las pretensiones deducida. Cita en apoyo de sus tesis las sentencias del Tribunal Constitucional de 21 de febrero de 1989, 144/1911, y 8 de febrero de 1993, y de esta Sala del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1982, 30 de julio de 1991, 22 de marzo de 2000 y 27 de febrero de 1995 (a sensu contrario).

El motivo se desestima porque, como se ha razonado con anterioridad, el problema previo era el de si existían o no los bienes gananciales que se dicen omitidos. Al no probarse su existencia, la omisión de los mismos en la partición no legitima ni para rescisión por lesión o para su impugnación por nulidad.

TERCERO.- El motivo tercero, al amparo del art. 1.692.3º LEC EDL 2000/77463 , acusa infracción del art. 24 CE EDL 1978/3879 en relación con el art. 524 de la Ley Procesal citada de 1.881. Se formula subsidiariamente al segundo motivo.

Se apoya el que ahora se examina en que la demanda no está condicionada por la editio actionis, y si la acción invocada en la demanda era errónea, el juzgador tenía la vía abierta para aplicar otra acción que estimase procedente, dado los hechos alegados y la pretensión verdaderamente ejercitada, que era la de practicar una nueva partición. Por tanto, no supondría un cambio en la acción ejercitada, y el no haberlo hecho así supone para la recurrente una verdadera indefensión. Se citan en favor de tales argumentaciones las sentencias de esta Sala de 5 de octubre de 1985, 19 de mayo de 2000 EDJ 2000/10835 , 30 de enero de 1951 y 24 de noviembre de 1960.

El motivo se desestima en congruencia con lo expuesto en la desestimación del anterior.

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

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Dª Silvia, representada por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Rodríguez-Jurado Saro contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña con fecha 2 de septiembre de 1999. Con condena a la recurrente de las costas ocasionadas por este recurso. Con pérdida del depósito constituido. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia con devolución de los autos y rollo que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Xavier O'Callaghan Muñoz.- Antonio Salas Carceller.- Antonio Gullón Ballesteros.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Gullón Ballesteros, 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.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079110012008100152