

## Resumen

*El presente recurso de casación tiene su origen la disconformidad del coheredero hoy recurrente con las operaciones divisorias del contador dirimente en un juicio voluntario de testamentaría. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda que impugnaba el cuaderno particional presentado y, recurrida en apelación, el Tribunal de segunda instancia la confirmó. La Sala llega también a una solución desestimatoria de los cuatro motivos alegados por el recurrente, el cual básicamente, viene a impugnar el cuaderno particional "por entender que no es justo ni equitativo el reparto de los bienes hereditarios que hizo dicho contador dirimente". El motivo se centra por tanto en combatir la divisibilidad o indivisibilidad apreciada por el contador dirimente respecto de los bienes inmuebles de la herencia. Pues bien, a juicio de la Sala procede desestimar la posición del recurrente, por cuanto tras un juicio voluntario de testamentaria y un juicio ordinario derivado en el que las sentencias de las dos instancias fueron totalmente conformes en considerar correcto el proyecto del contador dirimente, no hace otra cosa que insistir en sus propios criterios de partición dando por supuesto que son los más justos y equitativos, lo que equivale a servirse del recurso de casación como medio para que sea el TS quien finalmente haga la partición, algo que, evidentemente, desconoce su rango constitucional y legal de órgano de casación al que se le encomienda revisar la aplicación del derecho dejando intocados los hechos.*

## NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.3.2 , art.659 , art.1061 , art.1063 , art.1088

RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil  
art.359 , art.1010 , art.1077.1 , art.1077.2 , art.1078 , art.1088

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	3
FALLO .....	5

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

### PARTICIÓN DE LA HERENCIA

#### MODALIDADES

Por comisario o contador-partidor

#### IMPUGNACIÓN

En general

### PROCESO CIVIL

#### RECURSOS

Casación

Recurso extraordinario

No es una tercera instancia

## FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación

### Legislación

Aplica art.3.2, art.659, art.1061, art.1063, art.1088 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Aplica art.359, art.1010, art.1077, art.1078, art.1088 de RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil

Cita art.1086, art.1692.3, art.1692.4, art.1709, art.1715.3 de RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil

### Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido sobre PARTICIÓN DE LA HERENCIA - IMPUGNACIÓN - En general, PARTICIÓN DE LA HERENCIA - EN GENERAL por SAP Asturias de 22 julio 2003 (J2003/215178)

Citada en el mismo sentido sobre PARTICIÓN DE LA HERENCIA - MODALIDADES - Por comisario o contador-partidor por AAP Santa Cruz de Tenerife de 21 julio 2004 (J2004/140921)

Citada en el mismo sentido sobre PARTICIÓN DE LA HERENCIA - OPERACIONES PARTICIONALES - Inventario y avalúo por SAP Alicante de 14 octubre 2004 (J2004/214030)

Citada en el mismo sentido sobre PARTICIÓN DE LA HERENCIA - IMPUGNACIÓN - Supuestos diversos por SAP Asturias de 22 noviembre 2004 (J2004/223035)

Citada en el mismo sentido sobre PARTICIÓN DE LA HERENCIA - OPERACIONES PARTICIONALES - Inventario y avalúo, PARTICIÓN DE LA HERENCIA - OPERACIONES PARTICIONALES - Liquidación y adjudicación, PARTICIÓN DE LA HERENCIA - MODALIDADES - Por comisario o contador-partidor por SAP Madrid de 19 noviembre 2004 (J2004/236580)

Citada en el mismo sentido sobre PARTICIÓN DE LA HERENCIA - MODALIDADES - Por comisario o contador-partidor por SAP Asturias de 21 julio 2005 (J2005/115859)

Citada en el mismo sentido por SAP Pontevedra de 11 noviembre 2005 (J2005/287214)

Citada en el mismo sentido sobre PARTICIÓN DE LA HERENCIA - EN GENERAL por SAP Vizcaya de 17 febrero 2005 (J2005/32953)

Citada en el mismo sentido sobre PARTICIÓN DE LA HERENCIA - EN GENERAL por SAP Santa Cruz de 4 abril 2005 (J2005/65653)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 1ª de 25 enero 2005 (J2005/6957)

Citada en el mismo sentido sobre PARTICIÓN DE LA HERENCIA - IMPUGNACIÓN - En general por SAP La Rioja de 20 enero 2006 (J2006/10048)

Citada en el mismo sentido por SAP Pontevedra de 12 julio 2006 (J2006/256018)

Citada en el mismo sentido por STSJ Aragón de 20 octubre 2006 (J2006/393416)

Citada en el mismo sentido por SAP Zaragoza de 20 marzo 2006 (J2006/42461)

Citada en el mismo sentido por SAP Pontevedra de 22 febrero 2007 (J2007/117096)

Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de Tenerife de 4 septiembre 2007 (J2007/227488)

Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de Tenerife de 12 septiembre 2007 (J2007/227507)

Citada en el mismo sentido por SAP La Coruña de 29 noviembre 2007 (J2007/303206)

Citada en el mismo sentido por SAP Alicante de 26 mayo 2008 (J2008/137681)

Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de 18 junio 2008 (J2008/159217)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 1ª de 16 enero 2008 (J2008/1749)

Citada en el mismo sentido por SAP Asturias de 20 junio 2008 (J2008/200181)

Citada en el mismo sentido por SAP Jaén de 4 julio 2008 (J2008/236122)

Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de Tenerife de 30 enero 2008 (J2008/23995)

Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de Tenerife de 10 diciembre 2008 (J2008/332368)

Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de Tenerife de 25 marzo 2008 (J2008/63580)

Citada en el mismo sentido por SAP Jaén de 18 junio 2009 (J2009/222129)

Citada en el mismo sentido por SAP Asturias de 11 junio 2010 (J2010/161859)

Citada en el mismo sentido por SAP La Coruña de 28 enero 2011 (J2011/25130)

Citada en el mismo sentido por STSJ Navarra de 7 marzo 2011 (J2011/339708)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 1ª de 26 mayo 2011 (J2011/99511)

Cita STS Sala 1ª de 23 junio 1998 (J1998/14184)

Cita STS Sala 1ª de 8 julio 1995 (J1995/3482)

Cita STS Sala 1ª de 15 marzo 1995 (J1995/790)

Cita STC Pleno de 7 febrero 1995 (J1995/110)

Cita STS Sala 1ª de 7 enero 1991 (J1991/93)

En la Villa de Madrid, a seis de Octubre de dos mil.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Melquiades Alvarez-Builla Alvarez, en nombre y representación de D. Valerio Antonio, contra la sentencia dictada con fecha 26 de abril de 1995 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Asturias en el recurso de apelación núm. 844/94 dimanante de los autos de juicio declarativo de menor cuantía núm. 45/91 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Grado, sobre impugnación de operaciones particionales.

Ha sido parte recurrida Dª Albina, representada por el Procurador D. Santos de Gandarillas Carmona.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de marzo de 1991 se presentó demanda interpuesta por D. Valerio Antonio contra D. Pedro, Dª Carmen, Dª Agueda y Dª Albina y D. Alfonso solicitando se dictara sentencia en la que "PREVIA DECLARACION DE QUE:

a) EL CUADERNO PARTICIONAL de las herencias de los indicados causantes, confeccionado por el contador-partidor dirimente D. Alfonso es rechazable y no procede su aprobación por contener esenciales omisiones y violaciones de las normas legales atinentes a la división de las herencias.

b) La casa y anejos de DOIRAS y el piso sito en Madrid, comprendidos en el Inventario de las herencias, son esencialmente indivisibles.

c) La casa de Muros del Nalón, por contra, es perfectamente divisible, con capacidad para contener tres viviendas, por constar de tres plantas amén de un amplio desván.

d) Las coherederas D<sup>a</sup> Agueda, D<sup>a</sup> Albina y D<sup>a</sup> Carmen, desde el fallecimiento de la última de los causantes vienen detentando las casas de Doiras, Muros del Nalón y Madrid, respectivamente, vienen obligadas a traer a la masa de la herencia los frutos, productos y rentas de dichos bienes, rindiendo cuenta detallada y justificada.

e) D<sup>a</sup> Agueda con independencia de lo anterior, deberá rendir cuenta detallada y justificada asimismo de dichos frutos y productos de toda la herencia, como Administradora designada judicialmente aportándolos a la masa de las herencias, durante el tiempo de tramitación del pleito.

f) Las 536 acciones y las 50 obligaciones comprendidas en el inventario, por tratarse de efectos cuyo valor es muy aleatorio y sometidas al flujo del mercado, sufren grandes oscilaciones, procede adjudicarse por iguales partes entre todos los herederos al objeto de distribuir equitativamente el riesgo, **CONDENAR A LOS DEMANDADOS A:**

Primero.- Estar y pasar por tales declaraciones o las que a juicio del juzgador proceda en orden a una más justa y equitativa distribución de las herencias.

Segundo.- Que por nuevo contador-partidor, designado conforme a la Ley, en ejecución de Sentencia, se formalice un nuevo **CUADERNO PARTICIONAL** en el que se tengan en cuenta las precedentes declaraciones de principio.

Tercero.- El pago de todas las costas".

**SEGUNDO.-** Turnada la demanda al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Grado, dando lugar a los autos núm. 45/91 de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, y emplazados los demandados, comparecieron y contestaron a la demanda bajo una misma representación D<sup>a</sup> Albina y D<sup>a</sup> Agueda, solicitando se dictara sentencia desestimatoria de la demanda con imposición de costas al actor; y también compareció y contestó a la demanda el demandado D. Alfonso alegando su falta de legitimación pasiva y, además, oponiéndose en el fondo, por lo que en cualquier caso solicitó una sentencia desestimatoria de la demanda con imposición de costas al actor.

**TERCERO.-** Declarados en rebeldía los demandados D. Pedro y D<sup>a</sup> Carmen, recibido el pleito a prueba y practicadas las propuestas por las partes y declaradas pertinentes, el Sr. Juez del mencionado Juzgado dictó sentencia con fecha 3 de mayo de 1994 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: "Que con estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva invocada por el demandado D. Alfonso y desestimación en cuanto al fondo de la demanda formulada, además de contra el citado demandado, contra D<sup>a</sup> Agueda, D<sup>a</sup> Albina, D<sup>a</sup> Carmen y D. Pedro Castaño Méndez por D. Valerio Antonio debo absolver y absuelvo a los demandados de cuantas pretensiones fueron contra ellos deducidas, con imposición al actor de la totalidad de las costas causadas, y en su virtud debo aprobar y apruebo las operaciones divisorias de los bienes dejados a su fallecimiento por los causantes D. Valeriano y D<sup>a</sup> María Méndez practicadas con fecha 10 de agosto de 1980 por D. Alfonso, designado contador dirimente en los autos de juicio voluntario de testamentaría 21/81, las que se protocolizarán en legal forma en la Notaría de esta Villa, desglosándose al efecto de los presentes autos el Cuaderno particional del dirimente que obra por testimonio en su ramo de prueba, al cual se acompañará testimonio de esta resolución, una vez que sea firme la misma, entregándose todo ello al Notario para que tenga lugar lo ordenado".

**CUARTO.-** Interpuesto por el demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el núm. 844/94 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Asturias, dicho Tribunal dictó sentencia con fecha 26 de abril de 1995 desestimando el recurso de apelación, confirmando íntegramente la sentencia apelada e imponiendo al apelante las costas del recurso.

**QUINTO.-** Anunciado recurso de casación por el actor contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por el Procurador D. Melquiades Alvarez-Builla Alvarez, lo interpuso ante esta Sala articulándolo en cuatro motivos: el primero, al amparo del ordinal 4º del art. 1692 LEC EDL 1881/1 por infracción del art. 1063 CC EDL 1889/1 en relación con el art. 659 del mismo Cuerpo legal EDL 1889/1 y con el art. 1077 (1º y 2º) LEC EDL 1881/1; el segundo, al amparo del ordinal 3º del art. 1692 LEC EDL 1881/1, por infracción del art. 359 de la misma Ley EDL 1881/1; el tercero, al amparo del ordinal 4º del art. 1692 LEC EDL 1881/1, por infracción del art. 1063 CC EDL 1889/1 en relación con el art. 659 del mismo Cuerpo legal EDL 1889/1 y con los arts. 1077 (1º y 2º) EDL 1881/1 y 1010 LEC EDL 1881/1; y el cuarto, al amparo del ordinal 4º del art. 1692 LEC EDL 1881/1, por interpretación errónea del art. 1061 CC EDL 1889/1 en relación con el art. 3.2 del mismo Cuerpo legal EDL 1889/1.

**SEXTO.-** Personada D<sup>a</sup> Albina como recurrida por medio del Procurador D. Santos de Gandarillas Carmona, evacuado por el Ministerio Fiscal el trámite del art. 1709 LEC EDL 1881/1 proponiendo la inadmisión de los tres primeros motivos y admitido el recurso por Auto de 16 de octubre de 1996, la mencionada parte recurrida presentó su escrito de impugnación, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

**SEPTIMO.-** Por Providencia de 13 de junio del corriente año se designó ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 19 de septiembre siguiente, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. FRANCISCO MARIN CASTAN.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El presente recurso de casación tiene su origen en un juicio de menor cuantía derivado de la disconformidad del coheredero hoy recurrente con las operaciones divisorias del contador dirimente en un juicio voluntario de testamentaría, a tenor de lo previsto en el art. 1088 CC. EDL 1889/1

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda que impugnaba el cuaderno particional presentado en su día por el contador dirimente y, recurrida en apelación, el Tribunal de segunda instancia la confirmó.

El actor interpone contra esta última sentencia su recurso de casación articulándolo en cuatro motivos: los tres primeros combaten, desde una u otra perspectiva, la desestimación de la demanda en sus pedimentos d) y e), relativos a la obligación de tres coherederas demandadas de traer a la masa de la herencia los frutos, productos y rentas de los bienes hereditarios poseídos por ellas, rindiendo cuenta detallada y justificada, y a la obligación de una de esas mismas coherederas de rendir cuenta detallada y justificada de su gestión como administradora de la herencia judicialmente designada; el motivo cuarto y último, en cambio, se dedica por entero a combatir la sentencia recurrida en cuanto no desaprobó las operaciones divisorias del contador dirimente en relación con los bienes inmuebles de la herencia.

SEGUNDO.- Entrando en el examen conjunto de aquellos tres primeros motivos, conviene precisar que el primero se ampara en el ordinal 4º del art. 1692 LEC EDL 1881/1 y se funda en violación del art. 1063 CC EDL 1889/1 en relación con el art. 659 del mismo Cuerpo legal EDL 1889/1 y con el art. 1077 -núm. 1 y 2- de la LEC EDL 1881/1; el segundo se formula al amparo del ordinal 3º del art. 1692 LEC EDL 1881/1 y como infringido se cita el art. 359 de la misma Ley EDL 1881/1 por no haber resuelto la sentencia impugnada la cuestión que el recurrente planteó en el pedimento e) de su demanda; y el tercero viene amparado en el ordinal 4º del art. 1692 LEC EDL 1881/1 para denunciar como infringido otra vez el art. 1063 CC EDL 1889/1 en relación con el art. 659 del mismo Cuerpo legal EDL 1889/1, con el art. 1077 (núm. 1 y 2) LEC EDL 1881/1 y, también, con el art. 1010 de esta misma Ley Procesal EDL 1881/1.

La respuesta a estos tres motivos pasa, en primer término, por rechazar la incongruencia que se denuncia en el segundo de ellos. Si ya la jurisprudencia de esta Sala ha declarado hasta la saciedad que no pueden ser incongruentes las sentencias totalmente desestimatorias de la demanda salvo que aprecien una excepción no alegada o alteren la causa de pedir, ya que en definitiva dan respuesta, aunque negativa, a todas las cuestiones planteadas, en el concreto supuesto examinado debe reseñarse, además, que el razonamiento de la sentencia recurrida sobre la ajeneidad a las operaciones particionales del pedimento d) de la demanda es racionalmente extensible a su pedimento e), máxime cuando la misma sentencia confirma íntegramente la de primera instancia y en ésta se justifica el rechazo de plano de los pedimentos d) y e) de la demanda por su ajeneidad al juicio ordinario que prevé el art. 1088 CC. EDL 1889/1

En cuanto a si efectivamente era o no pertinente plantear por la vía de dicho juicio ordinario el cómputo de los frutos, rentas y productos de los bienes hereditarios poseídos por las coherederas y la rendición de cuentas por éstas y por la coheredera administradora, esta Sala considera plenamente ajustada a derecho la respuesta negativa de la sentencia impugnada. Si el art. 1078 LEC EDL 1881/1 limita las funciones del contador dirimente a formular las operaciones divisorias en que hubiera desacuerdo; si el art. 1088 de la misma Ley EDL 1881/1 supedita el juicio ordinario a la falta de conformidad en la junta a que se refiere su art. 1086 EDL 1881/1; si como declaró esta Sala en su sentencia de 8 de julio de 1995 (recurso núm. 848/92) EDJ 1995/3482, el referido juicio ordinario "solamente puede tener por objeto la impugnación de la partición efectuada por el contador dirimente, respecto de las cuestiones que los interesados disidentes manifiesten sucesivamente"; si el proyecto del contador dirimente, en el caso examinado, ya contenía la declaración final de que los herederos que disfrutaban de bienes hereditarios debían frutos y rentas a los restantes, procediéndose a la oportuna liquidación, juntamente con la de gastos, daños y mejoras legalmente exigibles, y si, en fin, en ningún pasaje de estos tres motivos el recurrente alega siquiera que el objeto de los pedimentos d) y e) de su demanda hubiera sido objeto de controversia previa al juicio ordinario, entonces claro está que, como se apreció en ambas instancias por las respectivas sentencias, tales pedimentos excedían del marco legal delimitado por el art. 1088 LEC EDL 1881/1 en relación con su art. 1078 EDL 1881/1. De otro lado, no menos evidente es que la rendición de cuenta detallada y justificada por la administradora de la herencia, a modo de cuenta final ante los demás coherederos, que es el sentido en que debe entenderse lo pedido en la demanda, carece de utilidad antes de que finalice la administración, lo que viene a corroborar la perturbación que en el juicio ordinario del art. 1088 LEC EDL 1881/1 supone la introducción de cuestiones como las que el recurrente insiste en plantear en estos tres motivos.

TERCERO.- En cuanto al motivo cuarto y último, formulado al amparo del ordinal 4º del art. 1692 LEC EDL 1881/1 y fundado en infracción del art. 1061 EDL 1889/1 en relación con el art. 3.2, ambos del CC EDL 1889/1, el recurrente lo dedica, según propia declaración expresa, a impugnar el aspecto de fondo "por entender que no es justo ni equitativo el reparto de los bienes hereditarios que hizo dicho contador dirimente en el tan mencionado cuaderno particional". Tras esta introducción, el motivo se centra en combatir la divisibilidad o indivisibilidad apreciada por el contador dirimente respecto de los bienes inmuebles de la herencia, ofreciendo a cambio sus propias apreciaciones y cálculos en cuanto al resultado del reparto final.

Pues bien, el motivo ha de ser desestimado porque si ya la jurisprudencia viene declarando que la norma contenida en el citado art. 1061 CC EDL 1889/1 tiene el carácter de "recomendación subordinada a la posibilidad de cumplirla. (STS 23-6-98 EDJ 1998/14184) o su carácter más bien "facultativo y orientativo que de imperativa observancia" (SSTS 7-1-91 EDJ 1991/93 y 15-3-95 EDJ 1995/790 además de las que estas mismas citan), en este caso el motivo adolece además del defecto insalvable de dar por sentada la divisibilidad de uno de aquellos inmuebles de un modo que la sentencia impugnada no considera probado, cuestión de puro hecho en la que el Tribunal de casación no puede entrar si como infringida no se cita una norma que contenga regla legal de valoración de la prueba.

En definitiva, mediante este último motivo el recurrente, tras un juicio voluntario de testamentaria y un juicio ordinario derivado en el que las sentencias de las dos instancias fueron totalmente conformes en considerar correcto el proyecto del contador dirimente, no hace otra cosa que insistir en sus propios criterios de partición dando por supuesto que son los más justos y equitativos, lo que equivale a servirse del recurso de casación como medio para que sea el Tribunal Supremo quien finalmente haga la partición, algo que, evidentemente, desconoce su rango constitucional y legal de órgano de casación al que se le encomienda revisar la aplicación del derecho dejando intocados los hechos (STC 37/95 EDJ 1995/110).

CUARTO.- No estimándose procedente ninguno de los motivos del recurso, debe declararse no haber lugar al mismo con imposición al recurrente de las costas y de la pérdida del depósito constituido, conforme dispone el art. 1715.3 LEC. EDL 1881/1

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

## FALLO

NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por el Procurador D. Melquiades Alvarez-Builla Alvarez, en nombre y representación de D. Valerio Antonio, contra la sentencia dictada con fecha 26 de abril de 1995 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Asturias en el recurso de apelación núm. 844/94, imponiendo a dicha parte las costas causadas por su recurso de casación y la pérdida del depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCION LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Almagro Nosete.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Francisco Marín Castán.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marín Castán, 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.