



Roj: STS 5699/2009
Id Cendoj: 28079110012009100585
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2658/2004
Nº de Resolución: 604/2009
Procedimiento: Casación
Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Septiembre de dos mil nueve

. 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 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 54 de Madrid, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó el Procurador D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero, en nombre y representación de Dª Noemi ; siendo parte recurrida el Procurador D. Antonio María Alvarez-Buylla Ballesteros, en nombre y representación de D. Pablo , D. Roque y D. Tomás .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El Procurador D. Antonio Mª Alvarez-Buylla Ballesteros, en nombre y representación de D. Pablo , D. Roque y D. Tomás , interpuso demanda de juicio ordinario contra Dª Noemi y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare: a) *La rescisión por lesión de la partición realizada en escritura de manifestación de herencia ante el Notario de Madrid Sr. Torralba Arranz, el día 5 de diciembre de 2001, con el número 5.509 de su protocolo. b) Se condene a la demandada a estar y pasar por tal rescisión y a llevar a cabo una nueva partición con sus hermanos en los términos y ajustándose a las valoraciones reales de las fincas adjudicadas, partición en la que los demandantes consiente se adjudique, si su hermana demandada lo solicita el local comercial existente en la herencia sito en Getafe y a los hermanos los restantes bienes de la herencia, incluidos los que no han sido contemplados en la manifestación de herencia ya realizada y objeto de impugnación, más la compensación en metálico corresponda para completar su parte en la herencia. c) Se ordene la cancelación en el Registro de la Propiedad de Getafe de las inscripciones realizadas en las fincas número NUM000 y NUM001 a NUM002 , ambas inclusive todas del tomo NUM003 , libro NUM004 , como consecuencia de dicha partición. d) Se condene a la demandada al pago de las costas del procedimiento. Con carácter subsidiario, para el supuesto de que la demandada hiciera uso del derecho que le concede al artículo 1077 del Código civil , se declare en sentencia: a) El derecho de cada uno de mis demandantes a percibir la suma de 105.311, 28# en concepto de indemnización por la lesión que el exceso de adjudicación a la demandante les ha causado. b) Se condene por tanto, en dicho caso a la demandada a satisfacer a cada uno de sus hermanos coherederos la cantidad citada de 105.311, 28# en que cifra el daño sufrido por cada uno de ellos con motivo de la partición que se rescinde. c) Se condene a la demandada, en cualquiera de los presupuestos al pago de las costas de este procedimiento*

2.- El Procurador D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero, en nombre y representación de Dª Noemi , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: *bien con fundamento en las excepciones planteadas, o en su caso, entrando al fondo del asunto, desestime la demanda planteada de contrario, con expresa imposición de costas a la contraparte.*

3.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 54 de Madrid, dictó sentencia con fecha 12 de marzo de 2004 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** *Que estimando la*

demanda interpuesta por el Procurador D. Antonio M^a Alvarez- Buylla Ballesteros, en nombre y representación de D. Pablo , D. Roque y D. Tomás , en contra de D^a Noemi representada por el Procurador D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero, debo declarar la rescisión por lesión de la partición realizada en escritura de manifestación de herencia suscrita el 5 de diciembre de 2001, debiendo condenar y condeno a la demandada a realizar una nueva partición con sus hermanos ajustándose al valor de los bienes a la fecha anteriormente citada de 5 de diciembre de 2001, ordenando la cancelación en el Registro de la Propiedad de las inscripciones realizadas como consecuencia de aquella partición, salvo que la demandada quiera indemnizar a los demandantes el daño causado y que solicita por éstos en el pago de la suma a cada uno de ellos de 105.311,28 euros. Con expresa condena en costas a la demandada.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de la parte demandada, la Sección 19^a de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 26 de julio de 2004 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por D^a Noemi , que estuvo representada por el Procurador Sr. Barreiro Meiro-Barbero, al que se opusieron D. Pablo , D. Roque y D. Tomás , que vinieron al litigio representados por el Procurador Sr. Alvarez-Buylla Ballesteros, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia nº 54 de Madrid (procedimiento ordinario 1100/02) en 12 de marzo de 2004, debemos confirmar, como desde la argumentación expuesta confirmamos, la repetida resolución con expresa imposición de las costas producidas en el recurso a su promotora.*

TERCERO .- 1.- El Procurador D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero, en nombre y representación de D^a Noemi , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION: PRIMERO** .- Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones del proceso. Se ha producido infracción por inaplicación de los *artículos 1079, 1056 en relación con el 1075, 1058, 1045, 1076, todos ellos del Código civil.* **SEGUNDO** .- Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones del proceso. Se ha producido infracción del *artículo 633 del Código civil.* **TERCERO** .- Infracción por inaplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

2 .- Por Auto de fecha 15 de enero de 2008 , se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Antonio María Alvarez-Buylla Ballesteros, en nombre y representación de D. Pablo , D. Roque y D. Tomás , presentó escrito de impugnación al mismo.

4. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 9 de septiembre del 2009, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se ha ejercitado en la demanda rectora del proceso que hoy se halla en casación, la acción rescisoria por *lesión ultradimium* de la partición realizada en escritura pública 5 de diciembre de 2001 por los hermanos don Pablo , don Roque , don Tomás y doña Noemi respecto a parte de la herencia del padre y causante de todos ellos. La acción ha sido ejercitada por los tres primeros frente a su hermana doña Noemi , demandada y recurrente en casación.

Los hechos, en cuanto aquí conviene destacar, ordenados cronológicamente y calificados jurídicamente, son los siguientes:

* 29 de enero de 1990: testamento abierto otorgado por dicho causante, padre de los litigantes, en el que les instituye herederos por partes iguales y hace la concreta atribución a su hija Noemi , como adjudicación particional, de la participación indivisa que le pertenece de una determinada casa, sita en Getafe.

* 10 de marzo de 1994: propuesta de convenio expropiatorio del Ayuntamiento de Getafe, que es aceptado (24 de marzo de 1994), respecto a la casa mencionada, por el causante (y su esposa, posteriormente fallecida) y por su hija Noemi y su esposo, copropietarios de la misma, suscrito y elevado a escritura pública el 23 de junio de 1994.

* 24 de mayo de 1994: el causante y sus cuatro hijos (así como el esposo de doña Noemi , como titular de la participación ganancial de la casa) celebran un acuerdo por el que, aceptando aquel convenio, se adjudican las compensaciones a los hermanos: cesión de los derechos de crédito, que debe el Ayuntamiento por razón del convenio expropiatorio; el padre los cede a sus hijos, sin perjuicio de la parte (una tercera parte) que era propiedad como bien ganancial de doña Noemi y su esposo.

* 5 de junio de 1996: fallece el padre de los mencionados hermanos, don Cosme , en estado de viudo.

* 5 de diciembre de 2001: en escritura pública, los cuatro hermanos aceptan pura y simplemente la herencia del anterior y acuerdan, a modo de partición parcial relativa "únicamente a los derechos dejados por el causante derivados del repetido convenio, que no son otros, que los de recibir dos terceras partes indivisas de la contraprestación a la que se obligó el Ayuntamiento de Getafe" (sic : exposición III), la adjudicación de bienes inmuebles concretos resultantes de la contraprestación a que se había obligado el Ayuntamiento.

* 5 de diciembre de 2001, la misma fecha anterior y en escritura pública inmediatamente posterior se hace constar la entrega de los bienes inmuebles referidos en aquélla y la transmisión en pleno dominio de los mismos.

SEGUNDO .- Las cuestiones jurídicas que en casación esta Sala resuelve, como fundamento del fallo, son las siguientes, esenciales para la aplicación de la normativa de la partición, como función complementadora del ordenamiento jurídico, tal como dispone el *artículo 1.6 del Código civil* .

Primera. En el testamento, el causante hizo una adjudicación de un bien concreto a su hija Noemi , lo que implica, al tiempo de la apertura de su sucesión producida por su muerte, una *norma particional* que debe ser cumplida, aunque no se trate de una típica partición hecha por el testador, tal como dice la sentencia de 22 de mayo de 2009 que reitera la doctrina de las que 9 de marzo de 1961, 25 de enero de 1971, 15 de febrero de 1988 y 8 de marzo de 1989.

Segunda. El acuerdo de 24 de mayo de 1994 antes referido, en ningún sentido puede considerarse una partición, cuando todavía no se ha abierto la sucesión. La calificación jurídica correcta parte de que el inmueble a que se refería el testamento lo ha perdido el testador, ya que en el convenio expropiatorio "lo ceden en pleno dominio (el testador su parte y la hija y el esposo la suya), como cuerpo cierto... al Ilmo. Ayuntamiento de Getafe": por tanto, el testador no es propietario y no forma parte de la herencia. El testador recibe, como contraprestación (compraventa o permuta) una serie de derechos de crédito sobre dinero y sobre inmuebles a edificar (obligaciones de hacer) y los mismos son objeto de *transmisión de créditos* (así, sentencias de 18 de julio de 2005 y 25 de enero de 2008) a sus hijos; no transmite sino los derechos que tiene frente al Ayuntamiento, a que levante un edificio y otras prestaciones y le entregue los inmuebles resultantes como efectivamente se hizo en 2001 y a que le pague determinadas cantidades pecuniarias.

Tercera. Los hijos y herederos del causante, hoy litigantes, no hacen partición alguna, sino que reiteran y plasman en escritura pública el reparto de lo que recibieron de su padre cinco años antes. Es decir, la escritura de 5 de diciembre de 2001 no es una partición parcial. Y *sobre una partición parcial no cabe rescisión por lesión*, ya que sólo cuando se conozca el total del *quantum* hereditario se podrá saber si se ha producido tal lesión y así lo expresa la sentencia 21 de enero de 1985 reiterando doctrina anterior de sentencias que cita, en estos términos:

"Que la rescisión de las operaciones particionales por lesión, siempre que su entidad económica sea superior a la cuarta parte atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas, según dispone el artículo mil setenta y cuatro del Código Civil , descansa sobre la base de que el agravio en tal cuantía se haya efectivamente originado, lo que obviamente exigirá la reconstrucción del acervo hereditario en su valor real referido a la época que el precepto señala, ponderado el cual si lo adjudicado al coheredero para el pago de su cuota no alcanza a cubrir el quantum de las tres cuartas partes de lo que le corresponde recibir con arreglo al efectivo valor de los bienes que componen la herencia, es claro que la lesión supera el cuarto del valor de la totalidad del lote, que es el que importa -sentencias de dieciséis de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco y veinticuatro de noviembre de mil novecientos sesenta , regla de proporción respecto de la total masa partible que ha de ser referida al tiempo de la adjudicación y no al de la apertura de la sucesión o al de la demanda impugnativa."

Cuarta. A los efectos de conocer dicho *quantum* hereditario, la *fecha en que se hace la valoración debe ser la de la partición* y consiguiente adjudicación, no en fecha anterior, haciendo una valoración *ad hoc* o aprovechando una hecha anteriormente y así lo recuerda la sentencia en el texto que ha sido transcrito.

TERCERO .- El recurso de casación que ha formulado la demandada doña Noemi , hermana de los demandantes frente a la sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 19ª de Madrid, de 26 de julio de 2004 que, confirmando la de primera instancia, declara la rescisión por lesión, contiene tres motivos.

Se trata de un enfrentamiento familiar por razón -más frecuente de lo que debiera- de la herencia paterna y ha provocado un largo y costoso proceso que, como ya observaba la sentencia de esta Sala 3 de julio del presente año, podría una **mediación** haber evitado. Este, como otros tantos conflictos, tanto familiares como

civiles o mercantiles en general (así, *Directiva 2008/52 / CE del Parlamento europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008* sobre ciertos aspectos de la **mediación** en asuntos civiles y mercantiles y *Ley de Cataluña 15/2009, de 22 de julio*, de **mediación** en el ámbito del Derecho privado) puede ser objeto de una **mediación** que llega a soluciones menos traumáticas que el proceso y el acuerdo final siempre sería menos duro que una resolución judicial que se apoya exclusivamente en la aplicación de la norma jurídica.

Se ha de rechazar de plano el motivo tercero en cuanto se alega infracción de jurisprudencia relativa al litisconsorcio pasivo necesario, ya que puede ser motivo para el recurso por infracción procesal, pero no para el de casación: por tanto, el motivo fue indebidamente admitido, lo que ahora implica su plena desestimación. La referencia a otras sentencias relativas al fondo son intrascendentes en cuanto no son más que repetición del motivo primero y no motivo autónomo.

El segundo también se rechaza porque no hay infracción del *artículo 633 del Código civil respecto al acuerdo de 24 de mayo de 1994*. En éste, padre e hijos (y el esposo de la hija) aceptan el convenio expropiatorio celebrado con el Ayuntamiento (aceptación que ya se había hecho por el único titular de los bienes expropiados, el padre y su esposa) y "las compensaciones que figuran en dicho convenio..." como se expresa literalmente, se adjudican a los hijos. Tales compensaciones no son bienes inmuebles, sino derechos de crédito: el Ayuntamiento se ha obligado y ha garantizado la obligación, a hacer una serie de obras y en su día entregar bienes y a pagar unas cantidades. Son derechos de crédito y éstos han sido objeto, en este convenio, de transmisión del padre, único titular (aparte de la participación de un tercio en el bien expropiado, de la hija y su esposo) a sus hijos, de forma gratuita. Transmisión de créditos, no de bienes.

El primero de los motivos del recurso de casación debe ser estimado. Se alegan como infringidos una serie de *artículos del Código civil relativos a la partición de la de herencia (1079,1056 a en relación con el 1075,1058, 1045, 1076)*. Se ha infringido el primero de ellos porque la sentencia recurrida aprecia rescisión siendo así que la partición a que se refiere ha sido parcial, dejando de incluirse la de bienes sitos en Navarra. No sólo por ello y también porque no es eficaz una valoración de bienes hecha en fecha distinta, sino por la razón esencial de que la escritura de 5 de diciembre de 2001 no es una partición de la herencia paterna, sino, como se ha dicho, una reproducción de un acuerdo anterior, anterior a la muerte del padre, de transmisión de créditos que en este momento se hacen efectivos en otra escritura de la misma fecha. No cabe rescisión de negocio jurídico, que no es partición y, en consecuencia, conforme al *artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, debe ser casada la sentencia y desestimada la demanda, rechazando la rescisión interesada, sin imposición de costas.

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

FALLAMOS

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de doña Noemi contra la sentencia dictada por la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 26 de julio de 2004, que se CASA Y ANULA.

Segundo . En su lugar, se desestima la demanda en su día formulada por la representación procesal de don Pablo, don Roque, don Tomás contra la mencionada recurrente en casación.

Tercero. No se hace imposición de las costas de este recurso, ni en las de la apelación. Se condena a dichos demandantes en las costas de la primera instancia.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jesus Corbal Fernandez .-Antonio Salas Carceller.- Rubricados.- PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.