

Id Cendoj: 28079110012006100632  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 4167/1999  
Nº de Resolución: 641/2006  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

PARTICION DE LA HERENCIA. NULIDAD por falta de previa liquidación de la comunidad de gananciales.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a quince de Junio de dos mil seis.

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 Audiencia Provincial de Segovia, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Segovia; cuyo recurso fue interpuesto por el Procurador D. Carlos de Grado Viejo, en nombre y representación de D. Marcelino y Dª Angelina , D. Bartolomé , D. Miguel y Dª Soledad , defendidos por el Letrado D. Pedro Hernández García; siendo parte recurrida la Procuradora Dª Rosina Montes Agustí en nombre y representación de D. Alfonso , D. Mariano y D. Roberto .

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- 1.- La Procuradora Dª Nuria González Santoyo, en nombre y representación de D. Alfonso , D. Mariano y D. Roberto , interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra Dª Elena , D. Javier y sus hijos Dª Leonor , D. Aurelio y Dª Dolores , Dª Clara y sus hijos Dª Esperanza y D. Jesus Miguel , D. Marcelino y sus hijos Dª Angelina , D. Bartolomé , D. Miguel y Dª Soledad , D. Jose Pedro y D. Evaristo y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se declare: 1.- Que los hermanos D. Alfonso , D. Mariano y D. Roberto , son herederos por partes iguales, en su conjunto, por su derecho de representación, en sustitución de la estirpe de su madre premuerta, Dª Diana , en la sucesión hereditaria de su abuelo D. Eloy , y que asimismo y por estirpes son herederos D. Javier , D. Marcelino y Dª Clara , correspondiendo la cuota legal viudal a Dª Elena , viuda del causante. 2 - Que se declare nulo y sin efecto el testamento de 17 de septiembre de 1.993 otorgado por D. Eloy y en su consecuencia se declare asimismo nula y sin efecto la partición por falta de capacidad y/o consentimiento del testador y en su consecuencia se proceda a la apertura de la sucesión legítima con la consiguiente distribución igualitaria del caudal entre los herederos y el cónyuge viudo, correspondiendo en su conjunto a mis representados el 25% de la herencia, a salvo el usufructo viudal sobre el tercio de mejora debiéndose llevar a cabo dichas operaciones en ejecución de sentencia, procediéndose previamente a liquidar la sociedad legal de gananciales del testador fallecido y adicionándose el inventario con los bienes que resulten, con expresión de su ganancialidad o no (hecho 7º de la demanda), y las valoraciones del caudal relicto que se hayan llevado a cabo en este procedimiento. 3.- Subsidiariamente y para el supuesto de que no se diere lugar al pronunciamiento anterior se recoge en el apartado 2 de este suplico, se declaren nulos y sin efecto el testamento de 17 de septiembre de 1.993 y la partición por falta de capacidad del testador por error de tal entidad, en lo relativo a la colación a que se refiere el dispositivo primero del precitado testamento, que de no haberse producido dicho error el testamento hubiere sido otro y en su consecuencia se proceda a la apertura de la sucesión legítima con la consiguiente, distribución igualitaria del, caudal entre los herederos, correspondiendo, en su conjunto a mis representados el 25% de la herencia, dejando a salvo el usufructo viudal sobre el tercio de mejora en favor de Dª Elena debiéndose llevar a cabo dichas operaciones en ejecución de sentencia, procediéndose previamente a liquidar la sociedad de gananciales del testador fallecido, y adicionándose el inventario con los bienes que resulten, con expresión de, su ganancialidad o no (hecho 7º de la demanda), y

las valoraciones del caudal relicto que se hayan llevado a cabo en este procedimiento. 4. - Que de no darse lugar a lo anteriormente pedido en los apartados 2 y 3, subsidiariamente se declare nula y sin efecto la partición, por no haberse previamente disuelto la sociedad de gananciales constituida entre D. Eloy y D<sup>a</sup> Elena , dictándose sentencia por la que se declare que los hermanos D. Alfonso , D. Mariano y D. Roberto , en sustitución de su madre premuerta Da. Diana sean llamados en su conjunto por dicha estirpe de su madre a la herencia de su abuelo D. Eloy , en la misma proporción que lo sean los demás herederos legitimarios D. Javier , D<sup>a</sup> Clara y D. Marcelino , a salvo el usufructo viudal sobre el tercio de mejora y asimismo se declare nula la colación recogida en el dispositivo primero del testamento de 17 de septiembre de 1.993, debiéndose llevar a cabo dichas operaciones en ejecución de sentencia, procediéndose previamente a liquidar la sociedad de gananciales del testador fallecido, y adicionándose el inventario con los bienes que resulten, con expresión de su ganancialidad o no (hecho 7º de la demanda) y las valoraciones del caudal relicto que se hayan llevado a cabo en este procedimiento. 5.- Que de no darse lugar a lo anteriormente pedido en los apartados 2 al 4, subsidiariamente, se declare nula la partición por haber renunciado con anterioridad a su cargo los contadores partidores, dictándose sentencia por la que se declare que los hermanos D. Alfonso , D. Mariano y D. Roberto , sean llamados, en su conjunto por dicha estirpe a la herencia de su abuelo D. Eloy , en la misma proporción que lo sean los demás herederos legitimarios D. Javier , D<sup>a</sup> Clara y D. Marcelino a salvo el usufructo viudal sobre el tercio de mejora y, asimismo se declare nula la colación recogida en el dispositivo primero del testamento de 17 de septiembre de 1.993, debiéndose llevar a cabo dichas operaciones en ejecución de sentencia, procediéndose previamente a liquidar la sociedad de gananciales del testador fallecido, y adicionándose el inventario con los bienes que resulten, con expresión de su ganancialidad o no (hecho 7º de la demanda) y las valoraciones del caudal relicto que se hayan llevado a cabo en este procedimiento. 6. - Para el supuesto de que no se diere lugar a las peticiones de los apartados 2 al 5 anteriores, subsidiariamente, se declare nula y sin efecto la colación recogida en el dispositivo primero del testamento de 17 de septiembre de 1.993, dictándose sentencia por la que se declare que los hermanos D. Alfonso , D. Mariano y D. Roberto , en sustitución de su madre premuerta D<sup>a</sup> Diana , sean llamados en su conjunto por dicha estirpe a la herencia de su abuelo D. Eloy , en la misma proporción que lo sean los demás herederos legitimarios D. Javier , D<sup>a</sup> Clara y D. Marcelino y que además recibirán los citados D. Alfonso , D. Mariano y D. Roberto el legado a su favor establecido por el testador en el dispositivo primero del testamento, de una cuarta parte indivisa de la finca denominada " DIRECCION000 ", sita en el término municipal de Mozoncillo (Segovia) e inscrita, en el Registro de la Propiedad nº 1 de Segovia al Tomo NUM000 , Libro NUM001 , finca nº NUM002 , con cargo al tercio de libre disposición, debiéndose en su consecuencia, a modificar mediante las oportunas operaciones, en período de ejecución de sentencia la partición y todo ello con intervención del cónyuge viudo D<sup>a</sup> Elena , a efectos de disolver previamente su sociedad de gananciales constituida con su fallecido esposos y testador D. Eloy y adicionándose el inventario con los bienes que resulten con expresión de su ganancialidad o no (hecho 7º de la demanda) 7.- Para el supuesto hipotético de que no se diere lugar a lo interesado en los apartados 2 al 6, y con carácter subsidiario en dicho caso y de considerarse válida la partición en todo o en parte se declare deberán adicionarse a la partición los bienes que resulten (hecho 7º de la demanda) con expresión de su ganancialidad o no y asimismo, se partirá de las valoraciones de la totalidad de los bienes relictos que se lleve a cabo en este procedimiento, procediéndose en ejecución de sentencia a la disolución de la sociedad de gananciales del matrimonio constituido por el testador fallecido D. Eloy y D<sup>a</sup> Elena , debiéndose proceder a las pertinentes correcciones en las adjudicaciones a los herederos contenidas en la partición y condenándose, a los demás herederos al pago de los frutos e intereses a partir del fallecimiento del testador de los bienes que se le adjudiquen a los hermanos D. Roberto , D. Mariano y D. Alfonso y al cónyuge viudo. 8.- De obtenerse alguno de los pronunciamientos se declare por el Juzgado que se deberá, en ejecución de sentencia, reparar el perjuicio causado a mi representado, bien, según corresponda, mediante nueva partición sobre las bases que se fijen en la sentencia, bien mediante la modificación y adiciones de bienes, interesada en el hecho 7º de la demanda. 9 Deberán imponerse las costas a quien se opusiere a la demanda.

2.- La Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Dolores Blas Martínez de Pisón en nombre y representación de D. Javier , D<sup>a</sup> Dolores , D<sup>a</sup> Diana y D. Aurelio , 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 lo tenga por evacuado, en el sentido del más estricto cumplimiento de nuestro deber ciudadano, allanándonos o aquietándonos a la más estricta justicia que pedimos de ese Juzgado.

3.- La Procuradora D<sup>a</sup> Belén Escorial de Frutos en nombre y representación de D<sup>a</sup> Clara y sus hijos D<sup>a</sup> Clara y D. Jesus Miguel contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que sea procedente con arreglo a lo actuado

4.- El Procurador D. Juan Carlos Hernández Manrique en nombre y representación de D. Marcelino ,

D. Bartolomé , D<sup>a</sup> Angelina , D. Miguel y D<sup>a</sup> Soledad contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime la demanda tanto en lo que respecta a la pretensión de que se declare nulo y sin efecto el testamento otorgado por D. Eloy y también desestimar consecuentemente el que se declare nula y sin efecto la partición por falta de capacidad y/o consentimiento del testador, desestimándose en definitiva ese punto 2 del suplico de la demanda; como en lo referente a la pretensión de que se declaren nulos y sin efecto el testamento y la partición por la supuesta, falta de capacidad del testador por error en lo relativo a la colación a que se refiere el dispositivo primero del testamento en cuestión desestimándose en definitiva y de forma total y absoluta igualmente la petición del punto 3 del suplico de la demanda. Y desestimando también la demanda en cuanto a las peticiones subsidiarias de declarar nula y sin efecto la partición por no haberse previamente disuelto la sociedad de gananciales, a que se refiere el punto 4 del suplico de la demanda, como asimismo en lo que concierne a la petición de que se declare nula la partición por haber renunciado supuestamente con anterioridad a su cargo los contadores partidores y sin que haya lugar tampoco a la declaración de nulidad de la colación recogida en el dispositivo primero del referido testamento, con desestimación en definitiva de la pretensión reseñada en el punto 5 del suplico de la demanda Desestimando también la pretendida declaración de nulidad de tan referida colación y por consiguiente declarando no haber lugar a la petición a que hace mención el punto 6 del suplico del escrito inicial y con desestimación también de las peticiones que lleva a efecto la parte actora en los puntos 7 y 8 del suplico de su demanda. Y en definitiva se desestime la demanda y se impongan las costas a la parte demandante.

5.- El Procurador Sr. Rubio Muñoz, en nombre y representación de D. Jose Pedro y de D. Evaristo , 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 se desestime la demanda, con expresa condena en costas a los actores.

6.- La codemandada D<sup>a</sup> Elena , fue declarada en rebeldía por haber transcurrido el término concedido sin haber comparecido en autos.

7.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus respectivos escritos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Segovia, dictó sentencia con fecha 11 de diciembre de 1.997 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que desestimando la excepción dilatoria de litisconsorcio pasivo necesario y opuesta por los codemandados D. Jose Pedro y D. Evaristo y estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. González Santoyo en nombre y representación, D. Alfonso , D. Mariano y D. Roberto contra D<sup>a</sup> Elena , D. Javier , D<sup>a</sup> Leonor , D. Aurelio y D<sup>a</sup> Dolores , D<sup>a</sup> Clara , D<sup>a</sup> Esperanza y D. Jesus Miguel , D. Marcelino , D<sup>a</sup> Angelina , D. Bartolomé D. Miguel y D<sup>a</sup> Soledad , D. Jose Pedro y D. Evaristo , debo declarar y declaro la nulidad de las operaciones particionales realizadas por los albaceas contadores partidores designados por D. Eloy en su testamento abierto de 17 de septiembre de 1993 e instrumentadas en los documentos de 1 de diciembre de 1994 y 25 de enero de 1995 por no haberse producido la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales del causante con intervención del cónyuge supérstite D<sup>a</sup> Elena ; y, en consecuencia, debo acordar y acuerdo que, una vez liquidada la sociedad legal de gananciales del causante con intervención de su viuda, por los contadores partidores se realice una nueva partición de la herencia de D. Eloy con estricta sujeción a las pautas reflejadas en el fundamento de derecho 7º de esta resolución, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración y absolviéndoles de los restantes pedimentos contenidos en la referida demanda; todo ello sin hacer expreso pronunciamiento sobre las costas causadas en esta instancia.

SEGUNDO.- Interpuestos recursos de apelación contra la anterior sentencia por las representaciones procesales de D. Marcelino , D<sup>a</sup> Angelina , D. Bartolomé D. Miguel y D<sup>a</sup> Soledad y de D. Alfonso , D. Mariano y D. Roberto , la Audiencia Provincial de Segovia, dictó sentencia con fecha 31 de julio de 1.999 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Con íntegra desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Hernández Manrique en nombre y representación de D. Marcelino y sus hijos D<sup>a</sup> Angelina , D. Bartolomé D. Miguel y D<sup>a</sup> Soledad y con parcial estimación del interpuesto por la Procuradora Sra. González Santoyo en nombre y representación de D. Alfonso , D. Mariano y D. Roberto , debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, salvo las indicaciones o pautas indicadas a observar en la ulterior partición contenidas en su fundamento séptimo, donde confirmando las contenidas en los apartados a) y d), la b) deberá ser corregida respecto de la data de la valoración del mercado, siempre la fecha de las liquidaciones y no la data del fallecimiento del causante; en la c) la obligación de colacionar no será el importe de la vivienda segoviana, sino exclusivamente de la cantidad de 175.000 pesetas incrementada en la variación que sufra el índice de precios al consumo desde febrero de 1965 hasta el momento de las liquidaciones; y se añade un apartado e): las adjudicaciones de la finca de la "Colina", con

determinación de específica localización, n tanto que el causante sólo era titular de la mitad indivisa de la misma, deben entenderse con eficacia condicionada al resultado de la división material de la finca, pues en caso de no coincidencia de la porción resultante de la división con la adjudicada en la partición hereditaria, la adjudicación hereditaria queda circunscrita a abstractas partes indivisas. Todo ello con expresada imposición de las costas originadas en esta alzada por el recurso interpuesto por el Procurador Sr. Hernández Manrique a la parte apelante; y sin especial pronunciamiento sobre las costas derivadas del recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. González Santoyo.

TERCERO.- 1.- El Procurador D. Carlos de Grado Viejo, en nombre y representación de D. Marcelino y D<sup>a</sup> Angelina , D. Bartolomé , D. Miguel y D<sup>a</sup> Soledad , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, al amparo del *número 4º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil* . Infracción de lo prevenido en el *artículo 1056 del Código civil y párrafo segundo del artículo 1038 del Código civil* . SEGUNDO.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, al amparo del *número 4º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil* . Infracción de lo prevenido en el *artículo 1056 del Código civil* . TERCERO.- Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, al amparo del *número 3 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil* , en relación con el *art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil* . CUARTO.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, al amparo del *número 4º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil* . Infracción de lo prevenido en el *artículo 1056 del Código civil* y en relación también en este caso con los *artículos 1035 y 1038 del Código civil* . QUINTO.- Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, al amparo del *número 3 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil* , en relación con el *art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil* . SEXTO.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, al amparo del *número 4º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil* . Infracción de lo prevenido en el *artículo 1056 del Código civil* en relación con el *artículo 1068 del mismo Código civil* . SEPTIMO.- Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, al amparo del *número 3 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil* , en relación con el *art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil* .

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la Procuradora D<sup>a</sup> Rosina Montes Agusti, en nombre y representación de D. Alfonso , D. Mariano y D. Roberto , presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de junio de 2006, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda rectora del proceso que ahora se halla en casación, contiene una serie de acciones cuyas dos primeras son de nulidad del testamento que otorgó el causante D. Eloy el 17 de septiembre de 1993 y de nulidad de la partición de sus bienes, de 25 de enero de 1995. Tras estas acciones se formularon una serie, todas ellas de forma sucesiva y subsidiaria de las anteriores.

La demanda la ejercitaron los hermanos D. Alfonso , D. Mariano y D. Roberto , hijos de D<sup>a</sup> Diana , hija premuerta de aquel causante, contra la viuda del mismo, D<sup>a</sup> Elena (abuela de los demandantes) los hijos de ambos (tíos por tanto, de los demandantes) D. Javier , D. Aurelio y D<sup>a</sup> Clara , los respectivos hijos de cada uno de ellos y los contadores-partidores, D. Jose Pedro y D. Evaristo . A la demanda se han opuesto estos últimos; y asimismo el mencionado D. Aurelio y sus hijos, que son los únicos recurrentes en casación.

El Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia desestimó las dos primeras acciones y estimó la cuarta, es decir, la segunda de las planteadas subsidiariamente: nulidad de la partición por no haberse previamente disuelto la sociedad de gananciales constituída entre aquel causante y su esposa.

Dicha sentencia, a continuación, añade que deberá hacerse nueva partición -lo que es evidente- y da una serie de pautas que deberán respetarse, dice literalmente y recalca en el fallo que se hará la partición con estricta sujeción a las pautas que ha consignado.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia confirmó la anterior, salvo en las pautas que corrigió tres de ellas.

Los demandantes se han aquietado con esta sentencia, al igual que los demandados con excepción de D. Marcelino y sus hijos que han formulado el presente recurso de casación. Contiene siete motivos, todos ellos formulados al amparo del *nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* excepto los tres que denuncian incongruencia e infracción del *artículo 359 de la misma ley* que se fundan en el *nº 3º*. Efectivamente, los motivos tercero, quinto y séptimo denuncian incongruencia desde concretos puntos de vista; el motivo segundo versa sobre el verdadero fondo de la cuestión, la nulidad de la partición al no haberse practicado previamente la liquidación de los gananciales; los motivos primero y cuarto se refieren, respectivamente, a sendos pisos en Madrid y en Segovia y su exclusión y valoración en la partición; el motivo sexto se refiere a una de las pautas, la relativa a una finca.

SEGUNDO.- El verdadero fondo, *quaestio iuris*, ha sido resuelta correctamente por las sentencias de instancia; rechazados los primeros pedimentos del suplico de la demanda, sin que los demandantes hayan acudido a la casación, la nulidad de la partición por falta de la previa liquidación de la comunidad de gananciales es incuestionable. La partición produce la extinción de la comunidad hereditaria, mediante la división y adjudicación a los coherederos del activo de la herencia, tal como prevén los *artículos 1051 y siguientes del Código civil*, la cual, como dice el *artículo 659* comprende los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, es decir, que no se comprende la mitad de la comunidad ganancial que corresponde al cónyuge supérstite.

Tal como precisa la sentencia de esta Sala de 7 de septiembre de 1998, "el objeto de una partición hereditaria sólo puede recaer sobre bienes de la exclusiva propiedad del testador, y la otra mitad de los bienes gananciales no lo son; y así se proclama en la emblemática Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 13 de octubre de 1.916, cuando, entre otras cuestiones, establece "que es necesario que los bienes distribuidos en una partición testamentaria sean propios del causante"

Hacerlo, mezclando bienes privativos y gananciales no es otra cosa que incluir bienes ajenos al patrimonio del causante. Ya la sentencia de 7 de diciembre de 1988, citada por la anterior, destacaba que "como requisito condicionante de la validez y eficacia de la partición que contempla el *artículo 1056 del Código Civil*, es que la misma se refiera a bienes que forman parte del patrimonio del testador que la hace, como exige expresamente el citado precepto".

No puede decirse, como se pretende en el presente caso, que no había gananciales, cuando en la partición no ha intervenido ni sido oído el cónyuge supérstite y cuando, por lo menos, respecto a un inmueble (piso de Segovia) la sentencia de la Audiencia Provincial declara probado que se compró con dinero ganancial.

Por otra parte, no es baldío precisar que no hay una verdadera partición hecha por el testador al amparo del *artículo 1056 del Código civil*, sino, como dice la sentencia antes citada de 7 de septiembre de 1998, "una verdadera partición se dará cuando el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones -inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes-, pero cuando, así, no ocurre, surge la figura de las denominadas doctrinalmente normas para la partición, a través de las cuales, el testador se limita a expresar su voluntad para que en el momento de la partición, determinados bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que mencione".

Esto es lo ocurrido en el presente caso, en que se han nombrado en el testamento dos contadores-partidores que deberán hacer una nueva partición, conforme prevé el *artículo 1057* o lo podrán hacer, en todo caso, los herederos y legatarios de parte alícuota, como partición convencional contemplada en el *artículo 1058*.

Todo lo anterior lleva a una evidente conclusión, que es el rechazo del motivo segundo del recurso de casación que, como se ha apuntado, afecta al verdadero fondo del asunto. Estima que hay infracción concreta de lo prevenido en el *artículo 1.56 del Código civil*, en cuanto expresa el mismo que "cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos", en relación en este caso con la inexistencia de bienes gananciales. En este motivo defiende lo indefendible: alega la inexistencia de los bienes gananciales para justificar la partición sin su previa liquidación y obvia, primero, que de la propia sentencia de instancia aparece la existencia, por lo menos, de unos bienes gananciales (relativos al piso de Segovia); segundo, que en la partición no se tuvo en cuenta la existencia del cónyuge supérstite que pudo renunciar y no lo hizo, a su parte de los gananciales ni tampoco dijo que no hubieran; tercero, que no hubo partición por

el testador, sino por los contadores partidores y aquél tan solo expuso unas "normas para la partición".

TERCERO.- Tras haber analizado el fondo de derecho material de la cuestión, la verdadera *quaestio iuris* de esta casación, procede examinar, para rechazarlos, los motivos relativos a la congruencia, que son el tercero, el quinto y el séptimo. No hay incongruencia ni, por tanto, infracción del *artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

La congruencia es un concepto más concreto que el que la parte recurrente quiere asignarle. Se trata de la relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia: aquél pedía la nulidad de una partición y la confección de una nueva y las sentencias de instancia dan lugar a la nulidad y dan unas pautas para la nueva partición. La sentencia de primera instancia las expone con sumo detalle; las partes, en la apelación, no discuten su existencia, sino su contenido y la sentencia de la Audiencia Provincial modifica tres de las pautas. Es claro que no hay incongruencia.

La jurisprudencia ha sido reiteradísima en el sentido de que la congruencia es la relación entre el suplico y el fallo ( sentencias de 2 de marzo de 2000, 11 de abril de 2000, 10 de abril de 2002, 1 de julio de 2002, 8 de noviembre de 2002, 11 de marzo de 2000, 10 de abril de 2002, 1 de julio de 2002, 8 de noviembre de 2002, 11 de marzo de 2003, 27 de junio de 2005). Las de 2 marzo de 2000 y 11 de marzo de 2003 resaltan especialmente que la congruencia no alcanza a la motivación ni a los razonamientos utilizados por las partes.

No es cuestión de congruencia o incongruencia el criterio de valoración de unos bienes de la herencia (motivo tercero) sino cuestión de fondo, que puede incluso ser cuestión nueva.

Tampoco lo es la solución que para la colación del piso de Segovia (motivo quinto) adopta la sentencia de instancia, que esta Sala estima adecuada; podría discutirse como cuestión de fondo, pero en ningún caso como incongruencia, ya que este tema fue objeto de debate desde el principio y en su examen, en la instancia, aparecen unas cantidades de dinero gananciales (lo que desmonta la alegación de la inexistencia de bienes gananciales, como se ha dicho en el fundamento anterior) que fueron abonadas y se colaciona una parte, correctamente.

Por último, la adjudicación a los herederos de concretas y determinadas parcelas del fundo, de la finca "La Colina" (motivo séptimo) es cuestión totalmente incurso en el Derecho material, fondo del asunto, como pauta de la partición a efectuar y que fue discutido en ambas instancias y en ningún caso es incongruente.

Los tres motivos, pues, se desestiman.

CUARTO.- Los restantes motivos se refieren a extremos concretos de la futura partición, que la parte codemandada y recurrente en casación está disconforme. Conviene recordar que la función de la casación es velar por la correcta interpretación y aplicación de las normas jurídicas a las cuestiones de hecho ( sentencias de 10 de abril de 2003, 17 de enero de 2005, 19 de mayo de 2005 ) sin revisar el soporte fáctico, que ha declarado la sentencia de instancia, quedando incólume en casación, sin que quepa hacer supuesto de la cuestión ( sentencias de 31 de mayo 2000, 28 de octubre de 2004, 3 de febrero de 2005 ).

Así, en el motivo primero se alega la infracción de los *artículos 1056, 1035 y 1038 del Código civil* por entender que un determinado piso de Madrid era propiedad del causante y, por tanto, colacionable en la legítima de los demandantes, por la razón de que el causante, en su testamento, lo dijo así. A ello hay que observar, primero, que el testador no hizo una partición, sino que expuso "normas para la partición" que realizaron los contadores-partidores que él mismo nombró en el testamento; segundo, el principio de intangibilidad de la legítima, que está por encima, incluso, de la voluntad soberana del causante; tercero, que las sentencias de instancia han declarado probado que el piso no era propiedad del causante, lo que no puede ser discutido en casación.

El motivo cuarto alega la infracción de los mismos artículos que el anterior, con referencia a un determinado piso sito en Segovia y choca, en parte, con las mismas observaciones que el motivo anterior. La sentencia de la Audiencia Provincial estima que el piso no perteneció al causante, por lo que no puede imputarlo a la legítima, por el principio de intangibilidad de ésta y sí declara probada una donación de dinero, cuya mitad se imputa a la legítima, ya que la otra mitad, como dinero ganancial que era, corresponde a su viuda, tal como contempla el *artículo 1046 del Código civil* que se ha aplicado correctamente, sin que aparezca infracción alguna de las normas alegadas en este motivo, so pena de entrar en el soporte fáctico declarado en la instancia.

Por último el motivo sexto alega la infracción de dos normas que en absoluto lo han sido. Hace referencia al criterio que sigue la sentencia de instancia, objeto de este recurso, con respecto a las adjudicaciones de una determinada finca, denominada "La Colina"; partiendo de unos hechos que declara probados y que no son discutibles en casación, impone un criterio de adjudicación que lo explica con detalle y resuelve con acierto. En el recurso se combate el hecho y el criterio por estar disconforme, pero no puede alegar infracción jurídica alguna; la sentencia ha aplicado correctamente las disposiciones del testador sobre esta finca, de que sólo era propietario de la mitad indivisa, al decir: "Las adjudicaciones de la finca «La Colina», con determinación de específica localización, en tanto que el causante sólo era titular de la mitad indivisa de la misma, deben entenderse con eficacia condicionada ( *art. 399 del CC* ) al resultado de la división; pues en caso de no coincidencia de porciones la adjudicación hereditaria queda circunscrita a partes indivisas; y en cualquier caso su valoración a la fecha de las liquidaciones; si bien no se incluirá el valor de las mejoras realizadas con posterioridad a la muerte del causante en cuanto implican modificación física de la misma". Ello no implica infracción alguna del *artículo 1.056 del Código civil* en cuanto "norma para la partición" pues la ha respetado en la medida de lo jurídicamente posible y tampoco, del *artículo 1.068 del mismo código* en cuanto es una norma básica de la eficacia de la partición que en nada se ha discutido, ni planteado, ni aplicado, en el presente caso.

Por todo ello, también se desestiman estos tres motivos.

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

## **FALLAMOS**

Primero.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por el Procurador D. Carlos de Grado Viejo, en nombre y representación de D. Marcelino y D<sup>a</sup> Angelina , D. Bartolomé , D. Miguel y D<sup>a</sup> Soledad , respecto a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Segovia, en fecha 31 de julio de 1.999 , que se confirma en todos sus pronunciamientos.

Segundo.- Se condena a la parte recurrente en las costas causadas por su recurso.

Tercero.- 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.-ANTONIO SALAS CARCELLER.-ANTONIO GULLON BALLESTEROS.- 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.