



Roj: **STSJ BAL 469/2013 - ECLI: ES:TSJBAL:2013:469**

Id Cendoj: **07040310012013100003**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **06/05/2013**

Nº de Recurso: **5/2012**

Nº de Resolución: **2/2013**

Procedimiento: **Recurso de Casación Autonómico**

Ponente: **ANTONIO FEDERICO CAPO DELGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 1155/2012,**
STSJ BAL 469/2013

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE BALEARES**

Sala de lo Civil y Penal

RECURSO DE CASACION AUTONOMICO N º 5/2012

Dimana de:

Rollo nº 438/2012 Audiencia Provincial (Sección 4ª)

Juicio Ordinario nº 710/2006. Primera Instancia nº 16. Palma

SENTENCIA nº 2/2013

Presidente

Excmo. Sr.

D. Antonio José Terrasa García

Ilmos. Sres. Magistrados

D. Antonio Federico Capó Delgado

Dª. Felisa María Vidal Mercadal

Palma de Mallorca, a 6 de mayo de 2013.

VISTOS por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, integrada por los Magistrados expresados al margen, los RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL, interpuestos por los Procuradores Doña Concepción Alemany Morell y D. Miguel Socías Rosselló en nombre y representación de don Pablo y Doña Josefina, la primera de ellos y de Doña Sonsoles el segundo, con asistencia letrada de D. Juan Socías Morell y D. Luis Francisco respectivamente, contra la Sentencia 240/2012 de fecha 28 de mayo de 2012, dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Cuarta en el Rollo 438/2011.

Fue parte en el Recurso de Apelación la entidad Salmonsjiandoh Invest, S.L., representada por el Procurador Don Miguel Socías Rosselló con asistencia letrada de D. Luis Francisco, personada en el presente recurso.

I ANTECEDENTES DE HECHO



I.- Ante el Juzgado de Primera Instancia de nº 18 de Palma fueron vistos los autos Juicio Ordinario nº 710/2006, instados por la Procuradora Concepción Alemany Morell en nombre y representación de Don Pablo y Doña Josefina , contra Doña Sonsoles y contra la entidad Salmonsjiandoh Invest, S.L., presentando en el escrito de contestación la representación de la Sra. Cansen Dohmen demanda reconvenional, que a su vez fue contestada por la representación procesal de los Sres. Josefina Pablo . Tras practicarse las pruebas propuestas y admitidas, el referido Juzgado dictó sentencia en fecha 22 de julio de 2011, cuya parte dispositiva dice así: " *Que desestimo la demanda planteada por la Procuradora de los Tribunales doña Concepción Alemany Morey en nombre y representación de don Genaro y doña Josefina CONTRA DOÑA Sonsoles y contra la sociedad de nacionalidad española denominada "SALMONSJANDOH INVEST, S.L." y, en consecuencia, debo absolver y ABSUELVO a las partes interpeladas de las pretensiones formuladas contra ellas, con expresa imposición a los demandantes en las costas derivadas de la tramitación de la demanda inicial. De igual modo, desestimo la demanda de reconvenición formulada por doña Sonsoles frente a D. Pablo y doña Josefina y, por tanto ABSUELVO a los actores reconvenidos de las pretensiones ejercitadas en su contra, con expresa imposición a la demandada-reconveniente en las costas procesales generadas por la tramitación de la demanda reconvenional .* "

II.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la Procuradora Sra Alemany Morey. Dado traslado del mismo, las representaciones procesales de Salmonsjiandoh Invest S.L. y de Doña Sonsoles presentaron escritos de oposición.

Personadas las partes en la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, y sustanciada la alzada, esa Sección dictó sentencia con fecha veintiocho de mayo de dos mil doce , cuyo fallo es del tenor literal siguiente " 1) *Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dª Concepción Alemany, en nombre y representación de D. Pablo y Josefina , contra la sentencia de fecha 20 de diciembre de 2010, dictada por la Ilma. Magistrado del Juzgado de Primera instancia nº 18 de los de Palma, en el procedimiento del cual el presente Rollo dimana, cuya sentencia, en su consecuencia, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS en lo que se indicará a continuación; confirmándola en lo demás: 2) Se estima parcialmente la demanda interpuesta por la referida procuradora en la mencionada representación contra Dª Sonsoles y se declara la nulidad del cuaderno particional otorgado por el albacea, comisario, contador-partidor testamentario D. Jose Carlos y se acuerda que por dicho albacea, comisario, contador-partidor se verifique una nueva partición y adjudicación de bienes de la herencia de D. Agustín en la cual deberá conmutar el usufructo de la mitad del haber hereditario que, en concepto de legítima, corresponde la cónyuge viudo por una renta vitalicia. Atendiendo, para determinar su cuantía, a la valoración que, de los distintos bienes, se recoge en el cuaderno particional otorgado en la escritura pública de fecha 6 de junio de 2003, autorizada pro el Notario D. José Antonio Carbonell Crespí. Y debiendo computar en la herencia del causante el valor de las 53 participaciones sociales de la entidad Salmonsjiandoh Invest SL y el de la finca registral nº NUM000 , en la forma establecida en el art. 47 de la Compilación del Derecho Civil de les Illes Balears. Se absuelve a la entidad Salmonsjiandoh Invest SL de las pretensiones contra ella deducidas en la demanda principal. No se hace expresa imposición de las costas de primera instancia en cuanto a la codemandada Sra. Sonsoles y se imponen a la actora las causadas por la entidad codemandada absuelta. 3) No procede hacer especial pronunciamiento de las costas de esta alzada".*

III.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se presentaron escritos por las representaciones procesales de Doña Sonsoles y por la de los Sres. Josefina Pablo ante la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial interponiendo sendos recursos de casación y de infracción procesal, diciendo el primero de ellos, presentado por el Procurador Sr. Socias Rossello: " *Que dentro del plazo establecido al efecto, procedo a INTERPONER RECURSO DE CASACIÓN Y RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL contra la Sentencia dictada el 28 de mayo de 2012 número 240/2012 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca recaída en el recurso de apelación nº 438/2011 , dimanante de los de Juicio Ordinario 710/06; por estimar que en dicha Resolución se han infringido las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Fundamento los recursos en los siguientes:*

EXTREMOS

PREVIO: ASPECTOS PROCESALES COMUNES A AMBOS RECURSOS.

La Sentencia que se recurre ha sido dictada por la Sección 4 de la Audiencia Provincial de Palma el 28 de mayo de 2012 (Art. 477.2 LEC).

Como Documento UNO se acompaña la acreditación de haber consignado los depósitos necesarios para poder presentar los dos recursos.

No se acompaña la certificación de la Sentencia impugnada, pues la misma no ha sido todavía expedida por la Sala, dado el plazo perentorio de interposición del recurso y la pendencia de los recursos de aclaración-corrección



contra la Sentencia que han sido presentados por la parte actora. Se acompaña como Documento DOS copia sellada del escrito presentado en solicitud de certificación.

Se interponen el recurso de casación por razón de la cuantía de conformidad con el art. 477.2.2° LEC, por exceder la cuantía del proceso los 600.000.-€. Los artículos 248, 249 y 250 LEC distinguen entre los juicios "por razón de la cuantía" y "de la materia" no estando previsto entre los juicios que se tramitan por razón de la materia el de la nulidad de cuaderno particional o ninguna otra de las múltiples acciones ejercitadas por la actora en su demanda, por lo que siendo de aplicación la norma prevista en el apartado segundo del artículo 249 LEC, debe entenderse que el asunto ha sido tramitado por razón de la cuantía, y por lo tanto, el acceso a la casación se produce por la vía del artículo 477.2.2° LEC.

La cuantía excede de 600.000.-€, habiéndose fijado por la actora, con ocasión del Suplico de su demanda, en la cantidad de 4.568.125,22.-€ Con ocasión de la apelación, la cuantía discutida no se ha reducido, pues la Sentencia de Primera Instancia fue apelada por la parte actora por la desestimación íntegra de la demanda, discutiéndose en apelación todos los pronunciamientos de la misma.

Cabe recurso extraordinario por infracción procesal conforme a lo dispuesto en la Disposición Final 16.1.2ª LEC, ya que la resolución es recurrible en casación por la vía del art. 477.2.2° LEC.

Es competente para conocer de los recursos la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en aplicación de los artículos 73 LOPJ y 478 LEC, puesto que:

- Se trata de un recurso de casación contra una resolución de un tribunal civil con sede en Baleares (Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Palma);

- El recurso se funda, junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil foral o especial propio de Baleares y de la Isla de Mallorca.

(Artículos 4.3, 47 y 48 de la Compilación de Derecho Civil Balear, D-Leg 79/90, de 6 de septiembre);

- Está previsto en el artículo 94.1 .a) del Estatuto de Autonomía (LO. 2/1983, de 25 de febrero) que en el orden civil, a todas las instancias y a todos los grados, incluidos los recursos de casación y revisión, en materia de Derecho civil propio de las Illes Balears, es competente el Tribunal Superior de Justicia.

- Es igualmente competente la Sala del TSJ para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, por aplicación de la regla 1ª, del apartado primero de la Disposición final decimosexta de la LEC, que así lo dispone. Igualmente, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, en Autos de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18.05.2004, 31.01.2012, 27.03.12,

«Obviamente, aunque la competencia para conocer de este medio de impugnación corresponde a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, esta regla de competencia funcional debe considerarse limitada a los casos en que se ha interpuesto exclusivamente el recurso procesal, sin embargo cuando se presentó junto con el de casación y la competencia para conocer de éste viene atribuida a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, el recurso por infracción procesal simultáneamente instado ha de considerarse a esos efectos como de casación, que, en el régimen "transitorio" de la Disp. Final 16ª permite invocar los motivos del art. 469 de la LEC 2000, en los supuestos que resulta competente el Tribunal Superior.»

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 481, en relación con la Disp. Final 16ª, punto 1.3° LEC, la interposición de ambos recursos se efectúa en un mismo escrito y el escrito de interposición se presenta ante el Tribunal que ha dictado la sentencia recurrida, dentro del plazo de los 20 días siguientes a aquél en que se notificó la resolución recurrida.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

PRIMERO: INFRACCIÓN DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LA SENTENCIA. INCONGRUENCIA. (Art. 469.1.2° LEC).

La demanda presentada por los Sres. Josefina Pablo solicitaba, como petición principal, la nulidad del cuaderno particional realizado por el albacea nombrado por el difunto Sr. Agustín por numerosos y variados motivos. Entre los muchos motivos de nulidad alegados -la mayoría de los cuales han sido desestimados en ambas instancias- se recogía el de que se habían dejado de incluir en el inventario de bienes del cuaderno particional varios bienes, como la finca NUM000 conocida como DIRECCION000, vendida por el causante Sr. Agustín a la Sra. Sonsoles en 1994, (siete años antes de su fallecimiento en 2001).

Ninguna mención hizo la actora en su demanda al artículo 4.3 de la Compilación Balear. No fue hasta la interposición del recurso de apelación cuando por primera vez invocó dicho precepto. La codemandada Sra.



Sonsoles puso dicha circunstancia de manifiesto con ocasión de la oposición al recurso de apelación. (Me remito a la página 15 de la oposición presentada por la Sra. Sonsoles).

Con la presentación de la demanda había precluido el momento de alegar hechos y fundamentos jurídicos (art. 400 LEC). El recurso de apelación, de conformidad con el art. 456 LEC , puede perseguir la revocación de un auto o sentencia, pero siempre con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas en primera instancia. Por este motivo, la alegación ex novo y fuera de plazo del art. 4.3 de la Compilación debería haberse tenido por extemporánea por parte de la Audiencia Provincial. Al haber acogido la petición de la adversa precisamente por aplicación de este Artículo 4.3 de la Compilación alegado extemporáneamente, la Sentencia es incongruente. Las sentencias deben ser "congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito (artículo 218.1 LEC). El primer motivo del presente recurso se basa, por o tanto, en la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (469.1.2° LEC), por incongruencia de la misma, por declarar algo que se pidió de forma indebida.

Como indica la Sentencia núm. 3/2009 de 6 febrero del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de o Civil y Penal, Sección 1ª):

«La congruencia en apelación, por lo tanto, se rige por el planteamiento inicial del litigio (lo que desde luego no se le escapa a la más reciente doctrina del Tribunal Supremo, v.gr. STS 1147/2008, de 10 de diciembre (RJ 2009, 149); y como tuvimos ocasión de destacar en la STSJG 5/2005, de 22 de febrero (RJ 2005, 5496), se incurre en incongruencia también cuando se declara algo que no se ha pedido o que se pidió de forma indebida.»

Como indica el Tribunal Supremo en Auto de 21.02.2012 , no pueden introducirse ni fundamentos fácticos ni jurídicos nuevos en apelación:

«so pena de quebrantar los principios de contradicción, de audiencia y defensa, so pena de conculcar el principio de preclusión consagrado en los Arts 136 y 400 de la LEC ., so pena de quebrar el principio prohibitivo de la "mutatio libelli", contemplado en los Arts 412 y 413 de la LEC ., so pena de infringir el axioma "in appellatione nihil innovetur", recogido en el art. 456.1 de la LEC ., so pena de quebrantar el principio de congruencia de las sentencias, establecido en el art. 218.1 de la L.E.C y so pena de causar indefensión a la parte contraria, que a estas alturas del procedimiento se vería privada de contrarrestar tanto alegatoria como probatoriamente la nueva causa de oposición en que pretende fundamentar su defensa la parte demandada-recurrente»

Por lo anterior, consideramos que la Sentencia es incongruente, pues estima la demanda en base a un argumento que no ha sido alegado hasta la segunda instancia, cual es la presunción de gratuidad prevista en el artículo 4.3 de la Compilación de Derecho Balear. Entiende la Sección 4ª de la AP que la Sra. Sonsoles no ha desvirtuado la presunción de gratuidad prevista en el art. 4.3 de la Compilación, cuando dicha presunción no fue alegada por la actora hasta la apelación, por lo que mal podía defenderse la Sra. Sonsoles de una petición que no había sido aducida en el momento preciso para ello que le hubiere permitido defenderse correctamente. Se han cambiado las reglas del juego una vez terminada la primera instancia. Y ello provoca una indefensión flagrante a esta parte.

De acuerdo con el art. 471 LEC se pone de manifiesto que la relevancia de esta incorrección de la Audiencia es enorme, pues precisamente es solo en base a dicho artículo 4.3 de la Compilación extemporáneamente alegado que se estima la demanda respecto de la inclusión en el inventario de bienes y derechos del causante de los bienes consistentes en 53 participaciones de SALMONSJANDOH INVEST SL y la finca NUM000 conocida como DIRECCION000 , bienes que habían sido vendidos por el causante a D. Sonsoles años antes del fallecimiento.

La vulneración del principio de preclusión se puso de manifiesto en el escrito de oposición al recurso de apelación de la Sra. Sonsoles (página 15), lo que se manifiesta a los efectos del art. 469.2 LEC .

SEGUNDO: VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRACTICADA RESPECTO DE LA COMPRAVENTA DE LA FINCA REGISTRAL N° NUM000 DENOMINADA " DIRECCION000 " . (ART. 469.1.4° LEC).

La infracción procesal objeto de este epígrafe se denuncia por el motivo previsto en el art. 469.1.4° LEC . La valoración de la prueba respecto de la compraventa habida entre el causante y la Sra. Sonsoles siete años antes del fallecimiento del Sr. Agustín de la finca NUM000 DIRECCION000 ha sido manifiestamente arbitraria e ilógica, no llegando a superar el test de razonabilidad que resulta exigible para que pueda considerarse respetado el derecho a tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 CE .

A efectos de lo dispuesto en el art. 469.2 LEC se hace constar que las infracciones procesales que más adelante se expondrán, han sido cometidas en la sentencia de segunda instancia, y por ello, no han podido ser denunciadas con anterioridad al momento de la preparación del recurso.

A efectos de lo dispuesto en el art. 471 LEC que las infracciones procesales cometidas han influido enormemente en el fallo de la sentencia y consiguientemente en el resultado del pleito.



Así, de haber sido valorada por la Audiencia la prueba practicada en la primera instancia conforme a Derecho, y haber sido realmente valorada la prueba practicada y no haber sido solamente tenidas en consideración las alegaciones extemporáneas de la parte adversa en su recurso de apelación, la Audiencia Provincial NO hubiese revocado parcialmente la Sentencia de Primera Instancia y no habría estimado parcialmente la demanda declarando la nulidad del cuaderno particional, mandando conmutar en la herencia del causante el valor de las 53 participaciones sociales de la entidad Salmonsjandoh Invest SL y el de la finca registral n° NUM000 , pues si ello ha sido declarado ha sido porque la Sala ha entendido, en contra de la prueba practicada en la primera instancia, que la Sra. Sonsoles no había desvirtuado la presunción de gratuidad prevista en el art. 4.3 de la Compilación.

Como se ha indicado en el primer motivo, la demanda presentada por los Sres. Josefina Pablo solicitaba, como petición principal, la nulidad del cuaderno particional, entre otros motivos, porque se habla dejado de incluir en el inventario de bienes del cuaderno particional la finca NUM000 conocida como DIRECCION000 , vendida por el causante Sr. Agustín a la Sra. Sonsoles en 1994, es decir, 7 años antes de su fallecimiento.

Tras la desestimación íntegra de la demanda en primera instancia, el recurso de apelación reprodujo dicha petición de nulidad por no introducir en el inventario de bienes la finca NUM000 , esta vez citando como precepto aplicable el artículo 4.3 de la Compilación. Dicha alegación ha sido estimada en la segunda instancia, en base precisamente a dicho artículo. Así, en el Fundamento Jurídico Duodécimo, p. 14 de la Sentencia:

«Según resulta del documento n° 32 apodado con la demanda (folios 456 y siguientes de los autos) a Agustín transmitió a D Sonsoles la nuda propiedad de la finca registral n° NUM000 reservándose para sí el usufructo vitalicio de la misma.

En la cláusula segunda del contrato se hizo constar que el precio de la venta era la suma de seis millones quinientas mil pesetas. De la citada cantidad la parte vendedora, declaró que había recibido con anterioridad a dicho acto, de la parte compradora, la cantidad de cuatro millones de pesetas, de cuya suma otorgaba carta de pago.

Y los restantes dos millones quinientas mil pesetas, la parte compradora se obligó a satisfacerlas a la parte vendedora, mediante el pago de dos letras de cambio, relacionadas en la escritura pública»

Atendiendo a lo anterior, la Sentencia manifiesta en el Fundamento Jurídico siguiente Décimo-Tercero:

«Atendiendo a lo expuesto en el Fundamento de Derecho anterior de la presente resolución, esta Sala considera que tanto la transmisión de las 53 participaciones sociales de la sociedad Salmonsjandoh Invest SL como la transmisión de la finca registral NUM000 verificada en la escritura pública cuya copia fue aportada por la actora como documento n° 32 con su demanda, deben ser consideradas como transmisiones gratuitas, por cuanto la codemandada Sra. Sonsoles no ha desvirtuado o destruido en manera alguna la presunción de gratuidad recogida en el art. 4 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares.»

Por lo tanto, a juicio de la Sentencia recurrida, esta parte no ha practicado prueba alguna en orden a acreditar que las compraventas habidas entre los cónyuges (el causante D. Agustín y la Sra. Sonsoles) existieron, conclusión que es incorrecta e implica desconocer el escrito de contestación de la Sra. Sonsoles , así como las oposiciones al recurso de apelación interpuesto por ambas partes codemandadas, pues las codemandadas a lo largo del procedimiento han puesto de manifiesto y consta acreditado documentalmente -si bien la Sentencia impugnada lo omite- que LA SRA. Sonsoles PAGÓ EN 1994 (FECHA DE LA COMPRAVENTA) EL MISMO PRECIO QUE EL SR. Agustín HABÍA PAGADO A SU VEZ AL PROPIETARIO ANTERIOR UN AÑO ANTES. ELLO DETERMINA QUE EL PRECIO DE LA TRANSMISIÓN NO FUE VIL Y QUE, POR LO TANTO, NINGUNA LIBERALIDAD ENTRAÑABA.

Así, en el escrito de oposición al recurso de apelación presentado por la Sra. Sonsoles , página 15, se podía leer:

«Nuevamente el recurrente introduce el art. 4.3 de la Compilación, sobre el que guarda silencio en la demanda.

El apelante omite mencionar que el causante adquirió la finca (dominio total) en el año 1993 por 6.500.000 pesetas, lo que significa que cuando mi principal pagó en el año 1994 por la nuda propiedad esa misma cantidad, pagó desde luego un precio de mercado (cuestión esta alegada en nuestra contestación que no ha sido contradicha), disponiendo mi principal, además, por lo dicho anteriormente, de medios para pagar dicha cantidad.»

Como ya se indicara en la contestación presentada por la Sra. Sonsoles , el documento 32 acompañado por la parte actora a su demanda consistente en la escritura de compraventa entre el Sr. Agustín y la Sra. Sonsoles otorgada el 17.11.1994 llevaba acompañada la certificación registral de la finca transmitida, que en su inscripción 12ª refiere precisamente que el causante Sr. Agustín había adquirido el 14 de mayo de 1993 la misma finca NUM000 por idéntico precio de 6.500.000 pesetas:



«D^a. Guadalupe (...); D^a Pura (...); D^a Luisa (...); y D. Jesús Luis (...) son titulares del dominio útil de esta finca, en la forma y proporción que consta en las anteriores inscripciones (...); y la venden, libre de arrendamiento, sin haber hecho uso del derecho del artículo 26-1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, y por precio recibido de seis millones quinientas mil pesetas a D. Agustín (...); en su virtud inscribo a favor de Don Agustín el dominio útil de esta finca, por título de compraventa. Así resulta de la escritura de catorce de mayo pasado, ante el Notario de ésta ciudad, Don Raimundo Clar Garau, que fue presentada a las nueve y diez horas del día treinta y uno de mayo pasado, asiento 1698 (...). Palma, a siete de junio de mil novecientos noventa y tres.»

Por lo tanto, el Sr. Agustín nada perdió con la venta del bien, pues recibió el mismo precio que un año antes había pagado por la misma finca. ¿Qué liberalidad puede existir si la Sra. Sonsoles pagó un año más tarde precisamente el mismo precio de 6,5 millones de pesetas?

A ello hay que sumarle que mientras el Sr. Agustín compró por 6.500.000 pesetas en 1993 la propiedad plena, transmitió solamente a la Sra. Sonsoles la nuda propiedad de dicha finca, lo que entraña que recibió más de lo que él había pagado, pues recibió idéntica cantidad a la pagada cuando realmente solo transmitió la nuda propiedad, reservándose para sí el usufructo de la finca. De acuerdo con los porcentajes de la Ley de Sucesiones, al tener el Sr. Agustín 78 años en el momento de la transmisión, ello determina que la nuda propiedad tenía un valor inferior en un 12% al de plena propiedad. Estos datos se pusieron de manifiesto en la contestación a la demanda presentada por la Sra. Sonsoles (página 15), y no fueron discutidos por la parte actora.

En resumen, ni en el supuesto de que se considerare, -en contra del principio de preclusión y fijación de los hechos y fundamentos- que es aplicable el art. 4.3 de la Compilación Balear, podría entenderse que esta parte no ha practicado prueba dirigida a desvirtuar la presunción iuris tantum indebidamente invocada, pues todo lo anterior fue invocado debidamente en la contestación a la demanda de la Sra. Sonsoles.

Nótese que en la Sentencia impugnada ni siquiera se hace referencia a la fecha de la compraventa que se considera gratuita. La compraventa tuvo lugar en 1994, y el fallecimiento del Sr. Agustín acaeció en 2001, 7 AÑO MÁS TARDE. La forma en que la Sentencia "despacha" este asunto es inadmisibile, pues no es que valore la prueba practicada en contra de esta parte, sino que directamente no valora prueba porque considera que no ha existido. Esta parte muestra su respetuosa disconformidad con lo anterior, pues una cosa es valorar la prueba y entender no acreditado un hecho controvertido, y otra muy distinta es ignorar u omitir la prueba practicada y manifestar que no ha existido prueba. La valoración de la prueba realizada por la Sentencia de apelación en este punto es inexistente y arbitraria, y atenta al principio de tutela judicial efectiva.

Por último, reiteramos que el art. 4.3 de la Compilación no fue objeto del proceso hasta su admisión extemporánea y contraria a Derecho por la Sentencia de la Audiencia. Es verdaderamente injusto que se entienda que esta parte no ha desvirtuado dicha presunción cuando no pudo defenderse de la misma en el momento oportuno para ello, que era en la primera instancia.

TERCERO: VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRACTICADA RESPECTO DE LA COMPRAVENTA DE PARTICIPACIONES DE LA ENTIDAD SALMONSJANDOH INVEST SL. (ART. 469.1.4° LEC).

Se invoca nuevamente el art. 469.1.4° LEC y por idéntico motivo del anterior, al que nos remitimos para evitar ulteriores reiteraciones.

La valoración de la prueba respecto de la compraventa de participaciones sociales de Salmonsjandoh Invest SL ha sido manifiestamente arbitraria e ilógica, no llegando a superar el test de razonabilidad que resulta exigible para que pueda considerarse respetado el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 CE. Esta infracción no ha podido ser denunciada con anterioridad, al haberse producido en la sentencia de segunda instancia (469.2 LEC), y la misma ha influido enormemente en el resultado del pleito, pues la Sentencia impugnada ha considerado que no se ha desvirtuado la presunción de gratuidad prevista en el art. 4.3 de la Compilación y que esta parte no ha practicado prueba alguna encaminada a dicho fin, siendo ello una apreciación absolutamente arbitraria que representa obviar por completo tanto las alegaciones como las pruebas practicadas por las codemandadas.

Se recoge en la Sentencia impugnada, Fundamento Jurídico Duodécimo, párrafo octavo, página 13:

«Según resulta del documento n° 19 aportado con la demanda (folios 369 y ss de los autos), en fecha 4 de junio de 1999 D. Agustín transmitió a D^a. Sonsoles 53 participaciones sociales números 66/118 de "Salmonsjandoh Invest" haciéndose constar en la cláusula 2ª del contrato que el precio total de la compraventa al cambio convenido entre las partes de 160.130 pts por acción es de 8.496.430 pts (51.064, 57.-€).»



No se aprecia ninguna otra referencia a dicha compraventa, ni referencia alguna a las alegaciones realizadas por las partes codemandadas y la prueba practicada, despachando de forma telegráfica la Sentencia el asunto en el primer párrafo del Fundamento Jurídico Décimo Tercero, página 14:

«Atendiendo a lo expuesto en el Fundamento de Derecho anterior de la presente resolución, esta Sala considera que tanto la transmisión de las 53 participaciones sociales de la sociedad "Salmonsjandoh Invest SL" como la transmisión de la finca registral NUM000 verificada en la escritura pública cuya copia fue aportada por la actora como documento nº 32 canso demanda, deben ser consideradas como transmisiones gratuitas, por cuanto la codemandada Sra. Sonsoles no ha desvirtuado o destruido en manera alguna la presunción de gratuidad recogida en el art. 4 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares.»

Vayamos por partes a fin de acreditar que semejante valoración de la prueba es en realidad una "no valoración" de la prueba, porque lo que hace la Sentencia, con todos los respetos, es obviar por completo los escritos rectores de alegaciones y la prueba en ellos referida:

I. La demanda, acerca de la venta de participaciones, refiere simplemente en la página 15 que considera que se trata de una donación "indirecta" por cuanto siendo a su juicio el precio de las participaciones en el momento de la venta de 163.654.-€, éstas se vendieron por solo 51.064.-€:

«Hemos explicado en el hecho anterior que en el mes de junio del año 1999 el abuelo de mis mandantes transmitió a la hoy demandada 58 participaciones que tenía en esta sociedad por un precio de 51.064.-€ y que esta forma pasó a tener la mayoría social. Igualmente hemos indicado que en aquellas fechas (1999) la sociedad tenía un importante neto patrimonial, por lo que el valor según contabilidad social de esas participaciones era de al menos 163.654.-€

Es claro que estos dos bienes, que pertenecían al causante y fueron transmitidos a la demandada mediante dos donaciones indirectas, deben formar parte de la herencia del causante a los efectos de, por lo menos, fijar la cuantía de la legítima de mis mandantes y fijar el importe de la cuarta falcidia.»

II.- Ante la anterior alegación, las partes codemandadas se opusieron. Se trae a colación la contestación a la demanda presentada por la codemandada SALMONSJANDOH INVEST SL, en la cual se pone de manifiesto que el valor de 163.654.-€ que el perito Sr. Luis da a las 53 participaciones de la entidad en el año 1999 es incorrecta, pues el valor patrimonial a considerar para saber si dicha venta fue o no fue realizada a precio de mercado es el de las participaciones a 31.12.1998, y no a 31.12.1999, pues la venta se produjo el día 4 de junio de 1999, y en esa fecha, el único valor patrimonial existente era el del último balance cerrado y aprobado, que era el de 31.12.1998. El valor patrimonial acogido por el perito Don. Luis (de 31.12.1999) era un futurible incierto en el momento en que se realizó la venta (04.06.1999, esto es, seis meses antes), y dicho valor patrimonial no sería conocida hasta que no se hubieren formulado las cuentas de la sociedad del ejercicio 1999, esto es, a 31.03.2000, según obliga la Ley de Sociedades de Capital.

Lo anterior era de todo punto relevante, pues "escogiendo" el perito de parte Don. Luis el valor de 31.12.1999 en lugar del valor a 31.12.1998 lo que hacía era utilizar un valor patrimonial un 63,96% más alto. Todo ello determinaba que la valoración realizada por Don. Luis era incorrecta, produciendo un incremento injustificado en los cálculos.

Por otro lado, en la misma contestación ya se puso de manifiesto que los actores no estaban negando el pago del precio, constando acreditado el pago de 51.064.-€ por la Sra. Sonsoles al Sr. Agustín en los autos de Juicio Verbal 1.014/2003 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia 8 de Palma, a los que la codemandada se remitió a los efectos probatorios y si de adverso se negare el pago del precio. La parte actora NO LO NEGÓ, NI LO DISCUTIÓ. Por ello, el pago de 51.064.-€ no fue hecho controvertido en la instancia.

III.- La Sentencia de primera instancia desestimó la petición de la actora considerando que no se había acreditado que hubiere habido donación. La Sentencia de primera instancia hizo suyas las consideraciones respecto al cálculo y valor de las participaciones de Salmonsjandoh Invest SL realizado por el perito Sr. Luis Antonio en su solvente informe (página 10 de la Sentencia, párrafo 5).

Y el Sr. Luis Antonio en su informe explicaba los dos métodos que existen para el cálculo del valor de las participaciones: fondos propios del último balance cerrado previo a la fecha de la venta o capitalización del promedio de beneficios de los tres ejercicios anteriores, método este último previsto en la Ley del IRPF para este tipo de cálculos. Ello demostraba que, el perito Don. Luis, al no haber utilizado ninguno de estos dos métodos, había calculado un valor incorrecto, exento del rigor necesario, pues había "escogido" el valor patrimonial a 31.12.1999.

Reiteramos, la Sentencia de primera instancia consideró que el valor aplicado a la compraventa de 4.06.1999 era correcto, y constando el pago del precio por la Sra. Sonsoles (Autos de Juicio Verbal 1.014/2003 del Juzgado



de Primera Instancia 8 de Palma) que no fue discutido tampoco en este procedimiento, entendió que existía compraventa y no donación.

La Sentencia de Segunda Instancia hace suya la valoración de la prueba pericial del Sr. Luis Antonio realizada por la Sentencia de primera instancia respecto de las participaciones de la sociedad que los actores se adjudicaron en la herencia, por lo que entendemos que si acoge el método indicado para valorar estas concretas participaciones adquiridas por los actores, también lo acoge para valorar las participaciones adquiridas por la Sra. Sonsoles , pues se trata de lo mismo, de una valoración de unas participaciones.

IV.- La parte actora en su recurso de apelación procedió a invocar por vez primera el art. 4.3 de la Compilación, entendiendo que la parte demandada no había destruido la presunción iuris tantum de gratuidad. Ello era completamente incierto, pues las partes codemandadas habían acreditado que había existido una verdadera compraventa: constaba acreditado el pago del precio (Autos 1014/03-8), que no había sido negado en toda la primera instancia, y constaba acreditado que el precio pagado había sido un precio de mercado, no así el valor que la parte actora le confería interesadamente a las participaciones.

V.- A la vista de todo lo explicado, con todos los respetos, la valoración de la prueba realizada por la Audiencia Provincial en este caso es completamente arbitraria, porque realmente lo que hace es no valorar la prueba practicada. ¿Qué hay del informe del Sr. Luis Antonio ? ¿Cómo se nos puede decir que no se ha practicado prueba al respecto?

Conforme que el art. 4.3 de la Compilación (alegado extemporáneamente, repetimos) establece una presunción de gratuidad, pero esta presunción es iuris tantum, es decir, permite la prueba en contrario. Parece que la Audiencia la conciba como presunción de gratuidad automática o iuris et de iure sin serlo. Porque, ¿qué más prueba se podía realizar? Se acreditó que se había pagado el precio y que el precio fijado en la compraventa había sido de mercado en el momento de la compraventa el 4.06.1999.

Lo que no puede hacerse es calcular el precio de las participaciones el 4.06.1999 a un valor futuro e incierto en el momento de la venta. Es como si para calcular el precio de mercado de las acciones de Caja Madrid, Repsol o Banco Santander en 2005 ó 2006 nos fuéramos al valor actual de las mismas...

RECURSO DE CASACIÓN

PRIMERO: INFRACCIÓN POR APLICACIÓN INCORRECTA DEL ART. 839 CC POR REMISIÓN DEL ART. 48 (ÚLTIMO PÁRRAFO) DE LA COMPILACIÓN BALEAR EN RELACIÓN CON LA INFRACCIÓN POR FALTA DE APLICACIÓN DEL ART. 882 y 886 CC SOBRE LEGADO DE COSA CIERTA Y ESPECÍFICA.

Se citan varios preceptos porque entendemos que la aplicación indebida de los primeros (Art. 48 Comp. Bal . y art. 839 CC sobre conmutación del usufructo) viene motivada por el desconocimiento de los segundos (art. 882 CC sobre legado de cosa cierta y art. 886 CC sobre pago del legado), en tanto entendemos que el usufructo universal es legado de cosa cierta y específica y que, como tal, solo cumple el heredero entregando precisamente dicho usufructo universal, lo que veda la posibilidad de conmutar la parte de usufructo legitimario viudal.

La Sentencia impugnada estima parcialmente la demanda, entre otros motivos, por entender que en tanto no se procedió a la conmutación del usufructo legitimario de la Sra. Sonsoles por una renta vitalicia de acuerdo con el art. 839 CC , el cuaderno particional es nulo y debe ser realizado de nuevo. (Fundamento Jurídico Octavo). La importancia de la infracción que denunciarnos en relación con el fallo de la Sentencia es capital, dado que de no haberse entendido que el usufructo viudal debe ser conmutado, no hubiese sido declarada la nulidad del cuaderno particional.

Según establece la Sentencia en su Fundamento Jurídico Séptimo, el último inciso del art. 48 de la Compilación permite hacer uso a los herederos de la facultad prevista en el art. 839 CC sobre la posibilidad de conmutar el usufructo del cónyuge viudo por una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo.

En contra de la Sentencia de primera instancia, la Sentencia impugnada entiende, citando para ello al Sr. Ezequias , que estamos ante una facultad de los herederos que escapa del ámbito del cónyuge viudo, y a lo que el cónyuge superviviente no puede oponerse. Por lo que, concluye la Sentencia en su Fundamento Jurídico Octavo, estimando realizada la comunicación de los herederos al contador-partidor de la voluntad de ejercitar la facultad de conmutación del art. 839 CC , la falta de conmutación en el cuaderno particional determina la nulidad de éste. La conmutación, concluye la Sentencia, afecta solamente a la parte del usufructo legitimario.

Entendemos que se ha aplicado erróneamente el art. 839 CC , pues se obvia la existencia del usufructo universal conferido por el causante a favor de su viuda, el cual responde a la figura jurídica del legado de cosa cierta y específica (art. 882 CC). Se diferencia del usufructo legitimario en que no viene impuesto por Ley, sino por la voluntad expresa y clara del causante. Por esta razón, las normas sobre legítimas y conmutación del usufructo



viudal no afectan al legado de usufructo universal vitalicio y no le pueden ser aplicadas. Al legado de usufructo universal vitalicio, en tanto que legado, le deben ser aplicadas las normas sobre legados.

La Sentencia de primera instancia entendió, conforme a lo anterior, que no era posible conmutar en renta vitalicia la institución del usufructo universal vitalicio sin contravenir la voluntad del testador.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo 131/2009 de 4 de mayo, (AC 2009\1051), ordena modificar un cuaderno particional en el sentido de incluir sin cortapisas, el legado universal vitalicio realizado por el testador a favor de su viuda. Dicha Sentencia se hace eco de la doctrina y Jurisprudencia en la materia, y por ello vale la pena su mención:

«Ahora bien, si la manda o legado respeta la legítima y no supera el tercio de libre disposición no serán aplicables los artículos 813 párrafo 2 ni el artículo 820 del Código Civil .

SEGUNDO: Cierto es (como apunta la parte recurrente) que el artículo 839 del C.C . hace referencia únicamente al pago o capitalización de la legítima al cónyuge viudo. Ahora bien, éste no es el caso que nos ocupa. Así, del contenido del testamento se desprende la voluntad clara del testador de establecer un usufructo universal y vitalicio de toda su herencia a favor de su esposa que los herederos han de respetar.

En este sentido, la interpretación de las disposiciones testamentarias está presidida por el principio de la supremacía de la voluntad de testador de modo que "toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador (art. 675 C.C .).

De este modo, es reiterada la doctrina jurisprudencial que enfatiza la idea de que el intérprete de la voluntad del testador no debe pasar de la voluntad declarada cuando el texto de la cláusula testamentaria sea clara y expresiva de manera que su simple lectura permita inferir de modo inequívoco la intención del testador (interpretación literal) a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad de aquél de forma que cabe apelar a la prudente interpretación conjuntamente combinada con otros criterios como el lógico, el sistemático y el teleológico para concluir el verdadero sentido que impulsó al testador a disponer. No obstante "En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento".

TERCERO: Pues bien, desprendiéndose -como previamente señalamos- claramente la intención del testador de establecer un usufructo universal y vitalicio de la totalidad de su herencia a favor de su esposa, tal legado debe ser respetado por los herederos. Se advierte por la doctrina que pese a carecer de una regulación específica el Código Civil (más allá del art. 510) el usufructo universal y vitalicio de una herencia constituye una institución doctrinal y jurisprudencialmente aceptada, siempre que se respeten las legítimas, y supone la constitución a favor de legatario de un derecho real sobre todos los bienes de la herencia.

Aclara igualmente la doctrina que aun constituido sobre una universalidad de bienes no por ello pierde su carácter de disposición particular. De este modo establecida esa cláusula en el testamento, resulta de aplicación el artículo 886 del Código Civil de modo que el heredero cumple con dar la misma cosa legada. pudiendo hacerlo, y no cumple con dar su estimación.

CUARTO: Lo expuesto en los párrafos precedentes nos lleva a estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto, debiendo modificarse el cuaderno particional en la atribución de los bienes y derechos, de manera que se respete el legado del usufructo universal vitalicio de toda la herencia de D. Ceferino, conforme al testamento otorgado en fecha 16 de julio de 1980 por lo que el resto de los herederos y particularmente el contador-partidor habrán de estar y pasar por tal declaración y respetar dicho legado.»

Por su parte, la Sentencia de la AP de Cantabria 262/2003 de 7 de mayo (AC 2003\1765), contempla un supuesto de hecho idéntico al nuestro: la testadora estableció un usufructo universal de los bienes a favor del esposo y la Sentencia interpreta la voluntad de la testadora en dicho caso concreto:

« Señala la doctrina que cuando el derecho de usufructo se constituye respecto de una universalidad de bienes no por ello pierde el carácter de disposición particular, ya que este derecho de usufructo no puede ser considerado nunca como un derecho sobre una parte de los bienes o una cuota sobre los mismos; con la constitución del usufructo de herencia el testador no pretende que el usufructuario sea su sucesor, con las consecuencias que ello comparta; más bien, lo único que pretende es que el titular del derecho de usufructo reciba única y exclusivamente el activo, o sea, los rendimientos y utilidad de la cosa sobre la que se constituye este derecho sin que pueda ser considerado como responsable o deudor respecto del pasivo de los bienes hereditarios. Establecida dicha cláusula en el testamento, resulta de aplicación el artículo 886 CC : el heredero cumple con dar la misma cosa legada, pudiendo hacerlo, y no cumple con dar su estimación. Por último se ha planteado la aplicabilidad al supuesto del artículo 1380 CC , la disposición testamentaria por uno de los cónyuges de un bien ganancial es válida si es adjudicado a la herencia del testador, y que se relaciona con el artículo 882 CC



, al considerarse que se trata del legado de cosa específica y determinada (así la SAP Santa Cruz de Tenerife 24-6-00 (AC 2000, 1519) califica el usufructo universal vitalicio como legado de cosa específica) y con el 864 CC [1889, 27].»

Atendiendo a lo anterior, consideramos que no es de aplicación al caso de autos el art. 839 CC sino el art. 886 CC , puesto que la existencia del usufructo universal vitalicio veda la posibilidad de aplicación de las normas de conmutación del usufructo viudal, ya que de conmutarse la parte del usufructo viudal, se contraviene la voluntad expresa y manifiesta del testador, voluntad que consistió específicamente en legar a su esposa de forma vitalicia el uso y disfrute de todos sus bienes, sin hacerla heredera (con las obligaciones que ello comporta), lo que no es en modo alguno equivalente a entregarle una renta anual vitalicia, puesto que es de Perogrullo que si el testador hubiere querido otorgar a su mujer una renta vitalicia, así lo hubiere hecho.

Las reglas de conmutación de la legítima viudal no resultan aplicables al usufructo universal, y así lo ha manifestado tanto la jurisprudencia como la doctrina científica, puesto que la legítima viudal es una imposición legal y, en cambio, el legado de usufructo universal vitalicio es una disposición voluntaria del testador, voluntad que no puede ser suplida o sustituida por la de sus herederos una vez se han cumplido las normas imperativas sobre las legítimas.

SEGUNDO: INFRACCIÓN POR INAPLICACIÓN DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE UN AÑO PREVISTO EN EL ART. 844 CC , APLICABLE POR ANALOGÍA A LA CONMUTACIÓN DEL USUFRUCTO LEGITIMARIO.

La conmutación, aun en el caso de que estuviere permitida -lo que negamos-, habría sido solicitada fuera del plazo previsto para ello, que es de un año atendiendo analógicamente a lo dispuesto en los Artículos 48 de la Compilación Balear y 844 Código Civil . En aras de evitar la inseguridad jurídica que acarrearía que durante toda la vida del usufructo universal vitalicio se pudiese solicitar la conmutación del mismo, dicha petición de conmutar debe estar sujeta a un plazo de caducidad.

En tanto el Art. 844 CC prevé el plazo de un año desde la apertura de la sucesión para comunicar la decisión del pago de la legítima en dinero a los perceptores, dicho plazo debe ser aplicado analógicamente al caso de la conmutación de usufructo viudal.

La analogía se refuerza por la ubicación sistemática de la facultad de conmutación del usufructo viudal en la Compilación de Derecho Balear, que es precisamente en el art. 48 sobre el pago de la legítima en dinero, precepto que fija un plazo de caducidad de un año para el ejercicio de dicha facultad.

En resumen, en tanto la facultad de conmutar, en caso de que cupiese, se habría ejercitado por medio de requerimiento notarial de 24.02.2003 efectuado por la actora D^a. Josefina , cuando se ejercitó la opción, la misma ya había caducado, por cuanto había transcurrido más de un año desde la apertura de la sucesión.

Por otro lado, como bien entendió la Sentencia de primera instancia revocada por la Sentencia impugnada, habiendo sido formalizado el cuaderno particional el 6.06.2003, no es de recibo que se demorara la impugnación del cuaderno particional hasta prácticamente tres años después.

TERCERO: INFRACCIÓN DEL ART. 839 CC POR CUANTO LA CONMUTACIÓN NO CUENTA CON EL ACUERDO DE LA VIUDA SRA. Sonsoles COMO EXIGE EL ARTÍCULO.

Considera la Sentencia en su Fundamento Jurídico Séptimo: «el viudo no puede tomar la iniciativa de la conmutación, y ni siquiera oponerse a la adoptada por los herederos, ni a su elección del medio de pago; sólo en la fase de valoración de su derecho y concreción de los bienes afectos a su satisfacción es preciso su acuerdo, sin el cual debe decidir el juez. »

La conmutación del usufructo por una renta vitalicia es una medida que afecta en gran medida al cónyuge viudo, pues pasa de poder usar y disfrutar los bienes de su cónyuge como hizo durante la vida de éste, a recibir una cantidad anual y no disfrutar de los mismos. Tan importante cambio de circunstancias merece contar con el consenso del cónyuge superviviente, que es quien resulta afectado por la conmutación. En nuestro caso, la Sra. Sonsoles se opone a la conmutación que pretenden los nietos de su abuelo D. Agustín , pues ello atenta a la voluntad del Sr. Agustín , que le lego el usufructo universal vitalicio de todos sus bienes sin excepción.

El Art. 839 CC establece que se debe proceder de mutuo acuerdo, es decir, debe existir consenso entre los herederos y el cónyuge en la decisión de conmutación, el cual aquí no ha existido. La Sra. Sonsoles ni fue informada de la solicitud de conmutación ni estuvo de acuerdo con dicha medida cuando la conoció. La Sentencia del Tribunal Supremo 894/2001 de 4 de octubre (RJ 2001\7542) no deja dudas al respecto: «no existe ni existió ese mutuo acuerdo, que, obvio es, abarca a un consenso no sólo de herederos sino también con la participación del propio cónyuge viudo como titular de su cuota» Por lo tanto, en contra de lo defendido por los recurrentes, no se puede conmutar la legítima de la viuda unilateralmente por los herederos.



Por lo anterior, se entiende que se ha infringido el art. 839 CC , que textualmente exige que se proceda de mutuo acuerdo", sin que ello haya ocurrido en el caso de autos, a pesar de lo cual se ha estimado la petición de conmutación.

CUARTO: INFRACCIÓN DEL ART. 47 DE LA COMPILACIÓN EN RELACIÓN CON EL ART. 4 DEL MISMO TEXTO POR APLICACIÓN INCORRECTA DE LOS MISMOS, AL CONSIDERAR LA COMPRAVENTA DE LA FINCA NUM000 HABIDA ENTRE EL CAUSANTE Y SU ESPOSA COMO LIBERALIDAD COMPUTABLE.

Acerca de los contratos de compraventa entre el causante Sr. Agustín y su esposa D^a. Sonsoles sobre 53 participaciones de la entidad SALMONSJANDOH INVEST y la finca de DIRECCION000 n° NUM000 . Se ha considerado que los mismos obedecen a causa gratuita (en aplicación del art. 4.3 de la Compilación) y que, por ello, dichos bienes deben ser incluidos en el inventario de bienes y derechos a realizar a la muerte del causante a efectos de fijar la legítima (Art. 47.3 Compilación).

La Sentencia impugnada recoge que ha existido precio por la entrega de los bienes transmitidos, y sin embargo, entiende que no se ha desvirtuado la presunción de gratuidad prevista en el Art. 4.3 de la Compilación. Consideramos que se ha aplicado incorrectamente el art. 4.3, y art. 47.3 Comp. Balear, que establece que al valor líquido de los bienes del causante a la fecha de su fallecimiento debe añadirse el valor de las liberalidades computables, pues las compraventas habidas no pueden ser consideradas liberalidades computables a los efectos del art. 47 y, por lo tanto, no pueden formar parte del Inventario de bienes a los efectos de fijar la legítima.

Las infracciones son relevantes para el fallo de la sentencia que declara la nulidad del cuaderno particional, pues se acuerda la nulidad precisamente porque se entiende que en él no se han computado, a efectos de cálculo de legítima, las 53 participaciones de Salmonsjandoh y la finca de DIRECCION000 .

Para que un contrato sea gratuito no debe existir intercambio de prestaciones. Es decir, una parte entrega algo y no recibe nada a cambio. En el presente caso, sin embargo, por la venta de las participaciones sociales y la finca de DIRECCION000 , la Sra. Sonsoles pagó un precio cierto, que figura acreditado. El precio que se pagó, además, era un precio de mercado.

En cuanto a la compraventa de la DIRECCION000 instrumentada en escritura pública de 17.11.1994, es importante poner de manifiesto que dicha venta se produjo siete años antes del fallecimiento del causante en 2001, lo que excluye cualquier intención del causante de excluir bienes de su haber hereditario en detrimento de sus herederos, máxime si tenemos en cuenta que dicha finca de DIRECCION000 había sido adquirida por el causante un año antes de transmitírsela a su esposa. Es decir, no se trataba siquiera de un bien que hubiera integrado su patrimonio durante décadas.

Figura en la propia escritura de compraventa, y así lo reproduce la sentencia, que con anterioridad a la venta la Sra. Sonsoles había entregado parte del precio, en concreto 4 millones de pesetas de los 6,5 del precio total. El extremo figura corroborado por ambos otorgantes. Como pago del precio restante se libraron dos títulos valor por importe de 2,5 millones de pesetas, también referenciados en la escritura.

Nótese que no fue hecho controvertido en la instancia el pago de 6,5 millones de euros por la Sra. Sonsoles , pues dicho pago en ningún momento fue negado y figura incluso reconocido por el actor «esta finca era del difunto Sr Agustín y en el año 1993 la transmitió a la demandada por el precio confesado de 6.500.000 pesetas.» (Página 13 del recurso de apelación, apartado b).

Lo que ha discutido la actora en todo momento no es el pago del precio, que no niega, sino la corrección del precio pagado. Así: «el perito Sr. Lucio , sin que nadie le haya contradicho, ha valorado esta finca en el momento de fallecer el causante, en la suma de 168.000.000 pesetas». Sin perjuicio de que la actora no desarrolla su petición, limitándose tras los dos párrafos transcritos a decir que existe una presunción de gratuidad (no alegada hasta la apelación, como ya se ha dicho), entendemos que, si no niega la existencia de un precio pagado, lo que está negando es que el precio pagado fuera correcto y de mercado. La Sentencia impugnada tampoco ofrece pistas al respecto, pues se limita a poner de manifiesto el precio pagado de 6,5 millones de pesetas y a concluir de ello que la Sra. Sonsoles no ha acreditado la onerosidad de la operación. La inexistente valoración de la prueba ha sido denunciada en el recurso extraordinario por infracción procesal que se presenta conjuntamente a este escrito, pues lo cierto es que la Audiencia no ha tenido presente los hechos y pruebas alegados durante la instancia, revocando el pronunciamiento de la jueza de primera instancia sin ninguna explicación.

Pues bien, en cuanto a la corrección del precio pagado, naturalmente no se puede tener presente el valor de dicho inmueble 7 años más tarde que plantea la parte actora. Ello es absurdo, es como si valoramos un inmueble vendido en 2005 con el valor que el bien tiene en 2012 o viceversa. Las cosas valen el precio que en cada momento se paga por ellas. Por lo tanto, siendo de cajón que los precios fluctúan, y que en plena bonanza económica (2001), el precio de los inmuebles era muchísimo más alto que el precio que tenían las cosas en 1994, (tras la crisis de 1992), no se puede tener presente dicha valoración planteada por la adversa.



Pero en cualquier caso, la corrección del precio pagado fue puesta de manifiesto tanto en la contestación a la demanda de la Sra. Sonsoles , como en los escritos de oposición al recurso de apelación presentados por las codemandadas. EL PRECIO PAGADO POR D^a Sonsoles EN 1994 ES IDÉNTICO AL PRECIO PAGADO POR EL SR. Agustín POR EL MISMO INMUEBLE EN 1993. Así resulta de la escritura de venta acompañada como Documento 32 de la demanda, a la cual figura anexada la certificación de la finca, en cuya 12^a inscripción se lee:

«D^a. Guadalupe (...); D^a. Pura (...); D^a. Luisa (...); y D. Jesús Luis (...) son titulares del dominio útil de esta finca, en la forma y proporción que consta en las anteriores inscripciones (...); y la venden, libre de arrendamiento, sin haber hecho uso del derecho del artículo 26-1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos , y por precio recibido de seis millones quinientas mil pesetas a D. Agustín (...); en su virtud inscribo a favor de Don Agustín el dominio útil de esta finca, por título de compraventa. Así resulta de la escritura de catorce de mayo pasado, ante el Notario de ésta ciudad, Don Raimundo Clar Garau, que fue presentada a las nueve y diez horas del día treinta y uno de mayo pasado, asiento 1698 (...). Palma, a siete de junio de mil novecientos noventa y tres.»

Habiendo transcurrido apenas un año entre las dos transmisiones, el precio no habla variado (estamos hablando de 1993 y 1994, dos años después de la crisis de 1992) y NO EXISTIÓ DONACIÓN PORQUE EL SR. Agustín RECIBIÓ EXACTAMENTE EL MISMO PRECIO QUE ÉL HABÍA PAGADO UN AÑO ANTES POR LA MISMA FINCA, LO QUE DEMUESTRA QUE NADA PERDIÓ CON LA TRANSMISIÓN.

A mayor abundamiento, como se puso de manifiesto tanto en la demanda (página 15) como en la oposición al recurso de apelación, el Sr. Agustín transmitió la nuda propiedad a la Sra. Sonsoles por idéntico precio al pagado por él por la PLENA propiedad. Ello significa que si partimos de la base de que el precio del bien (plena propiedad) en 1993-1994 era de 6,5 millones de pesetas, y le restamos el 12% del valor del usufructo vitalicio que el Sr. Agustín se reservó para sí (de acuerdo con los porcentajes de la Ley de Sucesiones), resulta que la Sra. Sonsoles pagó más precio del que valía la nuda propiedad de la finca.

Por lo anterior, consideramos que no es ajustado a Derecho considerar que la causa del contrato de 17.11.1994 fue gratuita, pues se ha demostrado y consta acreditado en autos (Doc. 32), que se pagó un precio por la finca y que dicho precio no fue un precio vil, sino un precio de mercado en 1994, precio además idéntico al que un año antes había satisfecho el propio causante cuando adquirió la finca, lo que abunda en el hecho de que el causante nada perdió con la venta a su esposa. Constando contraprestación equivalente a la entrega del bien, no puede en modo alguno entenderse que nos hallemos ante una donación.

Como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1990 , debe atenderse a la interpretación literal o gramatical del contrato, a fin de averiguar si concurren los presupuestos de los artículos 1261 y 1445 CC para que exista compraventa:

«La naturaleza jurídica del contrato de compraventa de acciones suscrito en 4 de diciembre de 1979 y, consecuentemente, su calificación, tema es que, como tiene declarado la Sala en reiterada y uniforme jurisprudencia, que, por conocida excusa de la cita de las sentencias en que aparece recogida, corresponde a facultad privativa de los tribunales de instancia, cuyo criterio ha de prevalecer, a menos que sea ilógico o absurdo, debiendo entenderse por tal, aquella interpretación que no se acomode al contenido de las reglas previstas en los artículos 1281 y siguientes del Código, las cuales, tienen carácter de subsidiariedad en su aplicación, de forma que cuando la literalidad de las cláusulas de un contrato sean claras, no son de aplicar otras diferentes de la que corresponda al sentido gramatical, pues bien, aplicando al contrato discutido la regla de interpretación literal o gramatical del artículo 1281 y examinado dicho contrato, tanto en la individualidad de sus respectivas partes expositiva y dispositiva, como en el conjunto que ofrecen una y otra, es de apreciar que concurren en él cuantos elementos o requisitos requiere la disposición general del artículo 1261 y los particulares exigidos para la compraventa por el 1445 sin que su parte expositiva y las dos estipulaciones que comprendo la dispositiva, permitan abrigar duda alguna respecto al concurso del «precio cierto» que caracteriza a la compraventa, sobre el cual, y con referencia a su cuantía, es doctrina de la Sala que carece de trascendencia la circunstancia de que el fijado por las partes fuese inferior al normal, por tanto, atendiendo a la literalidad del contrato es de llegar a la conclusión de que el mismo respondió a una compraventa efectiva a cuya consecución se dirigió el consentimiento de los contratantes, doña Emilia y don Francisco , mediando, asimismo, la entrega de la cosa determinada, las acciones reseñadas en la exposición de la escritura, y el pago del precio convenido, parte satisfecha al contado, con la entrega de un cheque conformado, y el resto, a través de letras de cambio con vencimientos en los diez años sucesivos, constando en autos que las cambiales fueron atendidas a sus vencimientos respectivos y percibidos sus importes por la vendedora doña Emilia, así pues, resumiendo, darlo el resultado de la interpretación literal del contrato, realidad de una operación de compraventa, ello conduce, a la estimación de los dos motivos referenciados y, consecuentemente, a la casación de la sentencia recurrida.»

Siendo, por lo tanto, onerosa la causa del contrato de compraventa, constando precio pagado y a valor de mercado, el bien enajenado forma parte del patrimonio de la Sra. Sonsoles y no puede formar parte ni del "relictum" ni del "donatum" del causante.

QUINTO: INFRACCIÓN DEL ART. 47 DE LA COMPILACIÓN EN RELACIÓN CON EL ART. 4 DEL MISMO TEXTO POR APLICACIÓN INCORRECTA DE LOS MISMOS, AL CONSIDERAR LA COMPRAVENTA DE 53 PARTICIPACIONES SOCIALES DE SALMONSJANDOH HABIDA ENTRE EL CAUSANTE Y SU ESPOSA COMO LIBERALIDAD COMPUTABLE.

Como ya se ha indicado en el Motivo Cuarto del presente recurso de casación, la compraventa de participaciones de la sociedad SALMONSJANDOH se ha considerado gratuita, mandando la Sentencia impugnada que dichos bienes (53 participaciones sociales) pasen a formar parte del inventario de bienes del causante para calcular las legítimas. Se ha considerado que, al igual que la compraventa de la DIRECCION000, el contrato de compraventa de participaciones obedece a causa gratuita (en aplicación del art. 4.3 de la Compilación) y que, por ello, dichas 53 participaciones sociales deben ser incluidas en el inventario de bienes y derechos a realizar a la muerte del causante a efectos de fijar la legítima (Art. 47.3 Compilación).

La Sentencia impugnada recoge que ha existido precio por la entrega de los bienes transmitidos y, sin embargo, entiende que no se ha desvirtuado la presunción de gratuidad prevista en el Art. 4.3 de la Compilación. Consideramos que se ha aplicado incorrectamente el art. 4.3, y art. 47.3 Comp. Balear, que establece que al valor líquido de los bienes del causante a la fecha de su fallecimiento debe añadirse el valor de las liberalidades computables, pues la transmisión de participaciones habida el 4.06.1999 no puede ser considerada una liberalidad computable a los efectos del art. 47 porque tiene una causa onerosa, y por ello, no puede formar parte del inventario de bienes a los efectos de fijar la legítima.

Como ya se ha manifestado en el Motivo anterior, las infracciones son relevantes para el fallo de la sentencia que declara la nulidad del cuaderno particional, pues se acuerda la nulidad precisamente porque se entiende que en él no se han computado, a efectos de cálculo de legítima, las 53 participaciones de Salmonsjandoh, además de la finca de DIRECCION000.

Consta acreditado que se satisfizo precio por la venta de las 53 participaciones por parte de la Sra. Sonsoles, y el pago del mismo no ha sido hecho controvertido. Los actores no negaron el pago, como se desprende de la demanda, sino que negaron que se hubiere pagado un precio de mercado:

Hemos explicado en el hecho anterior que en el mes de junio del año 1999 el abuelo de mis mandantes transmitió a la hoy demandada 58 participaciones que tenía en esta sociedad por un precio de 51064.-€ y que esta forma pasó a tenerla mayoría social.

Igualmente hemos indicado que en aquellas fechas (1999) la sociedad tenía un importante neto patrimonial, por lo que el valor según contabilidad social de esas participaciones era de al menos 163.654.-€.

Por otro lado, ya se puso de manifiesto en la contestación a la demanda que constaba acreditado el pago de 51.064.-€ por la Sra. Sonsoles al Sr. Agustín en los autos de Juicio Verbal 1.014/2003 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia 8 de Palma, a los que esta parte se remitió a los efectos probatorios y si de adverso se negare el pago del precio. La parte actora no lo negó, ni lo discutió.

Reiteramos aquí lo manifestado en el motivo precedente acerca de la prevalencia de la interpretación gramatical y literal de los contratos, así como la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el asunto, pues constando en el contrato de compraventa todos los elementos precisos para considerar que existe una compraventa, y constando acreditado el pago del precio, no puede entenderse que haya existido donación, pues los elementos existentes son los propios del contrato de compraventa.

Se discutió por la adversa, únicamente, que el precio pagado de 51.064.-€ no era un precio de mercado, pues entendía a adversa que el precio de las participaciones a 31.12.1999 era de 163.654.-€ y que éste era el precio que la Sra. Sonsoles debiera haber pagado por las 53 participaciones. Basaba la adversa su alegato en la valoración que realizó Don. Luis en su informe.

El informe Don. Luis fue desestimado por la Sentencia de Primera Instancia por falta de rigor. Respecto de este extremo, la Sentencia de la Audiencia ha validado la valoración de la prueba realizada por la Jueza de instancia. Por ello, su valoración de las participaciones de Salmonsjandoh no puede ser tenida en cuenta a los efectos de dilucidar si existió o no compraventa.

El método correcto para valoración de participaciones sociales es el de los fondos propios de la entidad en el último balance de la sociedad existente anterior a la venta, no el de los fondos propios a fecha posterior a la venta. Ello ha sido explicado en el procedimiento por el perito Don. Luis Antonio, que ha valorado unas participaciones de la sociedad Salmonsjandoh conforme a dicho método. El informe del Sr. Luis Antonio es acogido en toda su



extensión por la jueza de primera instancia (fundamento jurídico décimo de la Sentencia impugnada, párrafos cuatro y cinco).

La Sentencia impugnada dictada por la Sección 4 hace suyos los pronunciamientos anteriores en orden a acoger el informe pericial del Sr. Luis Antonio en detrimento de los otros informes periciales obrantes en autos. Así figura en el Fundamento Décimo de la Sentencia impugnada, donde, acerca del cálculo del valor de las restantes participaciones de Salmonsjandoh existentes que fueron adjudicadas en herencia a los actores, desestima las alegaciones de la adversa, dando por buena la valoración de la prueba pericial realizada por la Sentencia de instancia que, precisamente, consistía en acoger los criterios del solvente informe pericial de D. Luis Antonio. Es evidente que si se acoge el método de valoración de participaciones que propone el Sr. Luis Antonio para valorar las participaciones de la entidad que eran del causante y que fueron adjudicadas a sus nietos, dicho método de valoración es igualmente válido para valorar las participaciones que el causante le transmitió a su esposa el 4.06.1999.

Por lo tanto, a efectos de valoración de las participaciones de Salmonsjandoh que el causante transmitió a la Sra. Sonsoles, debemos tomar el valor de los fondos propios del último balance cerrado antes de la venta. Por lo tanto, el balance a 31.12.1998. Así fue explicado por las partes codemandadas tanto en las contestaciones a la demanda como en las oposiciones al recurso de apelación, pues ¿cómo podía haberse tenido presente el valor de los fondos propios a 31.12.1999 si la venta se realizó el 4.06.1999, esto es, seis meses antes? Dicho valor a 31.12.1999 era un futuro.

Se dio la circunstancia de que el valor de los fondos propios a 31.12.1998 era harto inferior que el de 31.12.1999 pero ello, (que no fue conocido hasta el 31.03.2000, fecha de formulación de las cuentas anuales de 1999) a efectos de valorar si el precio de la venta habida el 4.06.1999 fue de mercado, es irrelevante. No puede ser utilizado para valorar la corrección del precio pagado el supuesto valor de las mismas participaciones un año más tarde. Además de no ser un método de cálculo solvente y haber sido rechazado por la Sentencia de instancia -confirmada en este sentido por la Sentencia de la Audiencia- estamos hablando del precio de unos valores mobiliarios que fluctúan y van en función de los resultados de la sociedad y de sus pérdidas, así como de otras vicisitudes como ampliaciones de capital, etc, que de un año para otro pueden variar seriamente.

A mayor abundamiento, debemos tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 19.12.1990, que resuelve un caso en que la recurrente planteaba que un contrato de compraventa de acciones era verdaderamente una donación disimulada, pues el precio de las acciones pagado era más bajo que el de mercado. El Tribunal Supremo desestimó el recurso entendiendo que no podía desnaturalizarse la compraventa por el hecho de que el precio pagado es inferior al normal, ni siquiera cuando el precio pactado es un precio aplazado y se pagará con los futuros dividendos que proporcione la sociedad:

«En lo concerniente a que la compraventa pudiera haber configurado una donación disimulada, no deja de extrañar que esta posibilidad fuera mantenida únicamente por las actoras, hermanas Francisco, sin que doña Emilia, ni en el allanamiento, ni en el recurso de casación formalizado, aludiera a esa contingencia. En atención a que las reglas interpretativas de los artículos 1281 y 1282, aplicadas al contrato de 4 de diciembre de 1979, no permiten, por su resultado, dilucidar en sentido positivo la eventualidad de un acto de liberalidad, el análisis de la cuestión habrá de hacerse sobre el simple dato objetivo del precio de venta aplicado a las acciones, y, concretamente, sobre la base comparativa entre el fijado en el contrato y el resultante de la prueba practicada. En el contrato, a efectos de valoración, se distinguió entre dos grupos y acciones, con un precio unitario las del primero, de 2.150 ptas., y las del segundo, de 1.900 ptas. y los datos ofrecidos en la prueba, fueron los siguientes: 2.447 ptas., por acción, atribuido por la Abogacía del Estado en 31 de julio de 1979 al ser presentada la escritura de herencia de don Francisco (f. 195), 750, 725, 835, 1.000 y 1.100 ptas., para diversas transmisiones efectuadas en Pólizas de Bolsa entre los meses de Abril de 1978 y 1983 (certificación del Secretado de la Sociedad al f. 204) y 7.051 ptas. en 1979, valor teórico de la acción informada por la Dirección General de Seguros a tenor de la documentación facilitada por la Sociedad (f. 266). Pues bien, la comparación entre el precio contractual y el medio que pudiera fijarse entre los varios facilitados en el trámite probatorio, no acredita ninguna desproporción tan evidente entre ellos que autorizara a estimar que el contractual encubriera un negocio disimulado de donación, ya total, ya parcial, y sobre el particular del precio, no es dable olvidar la doctrina expuesta en el tercer fundamento acerca de no quedar desnaturalizada la compraventa por el hecho de convenirse, incluso, un precio inferior al normal, por ello, aunque la parte aplazada del mismo pudiera satisfacerse con cargo al dividendo anual de las acciones, tal dato tampoco podría decidir, negativamente, en la realidad de la compraventa concertada entre doña Emilia y don Francisco, por lo que procede, en definitiva, rechazar la existencia de una donación encubierta en la misma.»

Atendiendo a la doctrina mencionada y a los hechos probados, consideramos que se ha aplicado errónea e indebidamente el art. 4.3 de la Compilación en relación con el art. 47 del mismo texto, puesto que no ha existido, en modo alguno, una donación. Ha existido precio y consta la existencia de los elementos que integran el contrato



de compraventa, además de que se ha demostrado y consta fijado como hecho probado, que el precio de las acciones manejado por la actora no era correcto.

En virtud de lo expuesto.

SUPLICO A LA SALA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL.- Tenga por presentado este escrito y por interpuesto en tiempo y forma los RECURSOS EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN contra la sentencia de apelación de fecha 28.05.12 dictada en el presente rollo, ordenando se les de el curso legalmente previsto, remitiendo los autos a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares con emplazamiento de las partes. Y para su momento,

SUPLICO A LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA.- Que, previa admisión a trámite de los recursos interpuestos, proceda a la sustanciación y decisión, por su orden, de los mismos, procediendo en su día a dictar SENTENCIA por la que:

1º) SE ESTIME EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL, en relación a todas las infracciones o vulneraciones alegadas en el recurso; revocando parcialmente la sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo alegado como fundamento del recurso de casación, y desestimando íntegramente la demanda formulada por los actores Sres. Pablo y Josefina en base a los argumentos expuestos.

2º) En otro caso, SE ESTIME EL RECURSO DE CASACIÓN, casando la sentencia recurrida de fecha 28.05.12, y de conformidad con lo expuesto en los motivos del recurso, dicte sentencia revocando parcialmente la sentencia impugnada, y declarando no haber lugar a ninguno de los pedimentos de la demanda, y especialmente, se desestime la nulidad del cuaderno particional por falta de conmutación del usufructo legitimario y por la falta de inclusión en el inventario de los bienes del causante de la finca de DIRECCION000 y las 53 participaciones de Salmonsjandoh Invest SL.

El recurso de casación y recurso extraordinario de infracción procesal presentado por la Procuradora D^a. Concepción Alemany Morey es del tenor literal siguiente: " Que en el plazo conferido por Auto de fecha 24 de Septiembre, interpongo RECURSO DE CASACION y EXTRAORDINARIO DE INFRACCION PROCESAL a tramitar ante la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de esta Comunidad y lo hago contra la Sentencia dictada en este procedimiento y, previamente a ello, manifiesto:

1.- Que cabe la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal por haberse infringido normas procesales reguladoras de la Sentencia (art. 469.1.2 de la LEC), haberse solicitado su subsanación ante la Sala mediante la interposición del recurso de aclaración y haberse solicitado la subsanación de la Sentencia (art. 469.2 de la LEC).

2.- Que debe tramitarse el recurso extraordinario por infracción procesal ante la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de esta Comunidad por así disponerlo el art. 468 de la LEC .

3.- Que cabe la interposición del recurso de casación por razón de la cuantía, por ser la misma superior a la cifra de 600.000.- euros (art. 477.2.2º de la LEC).

4.- Que debe tramitarse el recurso de casación ante el Sala de lo Civil del Tribunal Superior de esta Comunidad por tratarse, entre sus motivos, de cuestiones civiles reguladas en la Compilación de Derecho Civil de Baleares.

5.- Que acompañó los justificantes de haber realizado los depósitos precisos para recurrir.

6.- Que intereso que, al tiempo que por la Audiencia Provincial se acuerde sobre la admisión de los recursos, se libre testimonio de la Sentencia objeto de estos recursos, tal y como disponen los arts. 472 y 481 de la LEC .

Fundo el recurso extraordinario por infracción procesal en el siguiente

MOTIVOS

PRIMERO.- Por infracción de las normas reguladoras de la sentencia (art. 469.1.2 de la LEC) Infracción del art. 218 de la LEC . Falta de congruencia de la Sentencia al resolver cuestiones no solicitadas por ninguna de las partes.

La infracción objeto de este motivo se produce en la Sentencia de apelación y fue denunciada por esta parte, intentando su subsanación, mediante un recurso de aclaración interpuesto en fecha 19 de junio de este año y mediante una posterior solicitud de subsanación presentada el siguiente día 21. Tanto el recurso de aclaración como la solicitud de subsanación fueron desestimadas por sendos Autos de la Sala, por lo que se ha dado por esta parte cumplimiento a lo dispuesto en el art. 469.2 de la LEC .



La Sentencia dictada en apelación declara la nulidad de un cuaderno particional otorgado por un albacea, comisario y contador-partidor testamentario, lo que había sido solicitado por esta representación en la demanda en su día formulada.

Pero, al mismo tiempo, resuelve que la misma persona que hizo el cuaderno particional declarado nulo verifique una nueva partición, cuando este extremo no fue solicitado en la demanda ni fue planteado por las demandadas.

El art. 218 de la Lec obliga a que las sentencias sean "precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes y la Sentencia recurrida no cumple con estos requisitos ya que resuelve un extremo (el que el albacea cuyo cuaderno ha sido declarada nulo vuelva a realizar un nuevo cuaderno) que no se había solicitado en la demanda ni planteado por las contrapartes y, al hacerlo, infringe lo dispuesto en el art. 218 de la LEC, lo que debe ser apreciado mediante este recurso extraordinario.

Es consciente este recurrente de la existencia de jurisprudencia que señala que la congruencia no exige una total adecuación entre lo pedido y lo resuelto y que permite, por tanto, a los Tribunales un cierto margen de flexibilidad para realizar las modificaciones precisas para lograr una mayor corrección de sus sentencias.

A juicio de este recurrente la indicada doctrina jurisprudencial no es de ninguna forma aplicable al caso que nos ocupa y ello por varias razones que pasamos a detallar:

1.- La primera es que el añadido de la Sentencia (que el mismo albacea vuelve a realizar un nuevo cuaderno) no hace a sentencia más correcta que lo que en su día se solicitó, sino, todo lo contrario, la convierte en incorrecta, ya que implica una clara infracción de lo dispuesto en los arts. 904 y 905 del Código Civil que señalan que el albacea tiene un plazo máximo de dos años para cumplir su encargo. Lo resuelto en la Sentencia de la Audiencia implica que, habiendo fallecido el causante en el año 2001, el albacea haría la partición más de nueve años después de haber transcurrido el plazo legal para hacerlo, por lo que con el añadido que lleva a cabo la Sentencia infringe lo dispuesto en estos preceptos legales.

2.- La segunda es que la partición, al encargarse de nuevo al albacea que llevó a cabo el cuaderno declarado nulo sin considerar que hace casi nueve años que caducó su cargo, infringe lo dispuesto de los arts. 910 y 911 del Código Civil y lo hace en un doble aspecto. Así, de una parte, no toma en consideración que el albaceazgo ha terminado por transcurso del término señalado (art. 910) y, en segundo lugar, en cuanto a que la Ley ordena que si el albaceazgo termina son los herederos los que deben realizar la partición (art. 911), sin intervención del que fue albacea. De ello que con la modificación en lo pedido, infrinja la Sentencia otras dos normas legales.

3.- La tercera es que la partición en la forma ordenada por la Sentencia, que resucita un albaceazgo ya acabado, deviene especialmente problemática ya que, sea por la edad del albacea, por imposibilidad del mismo o, incluso, por negarse a realizarla, no es en absoluto descartable que convierta la Sentencia en un fallo de muy difícil o imposible ejecución y la partición no llegue a realizarse o tarde mucho en llevarse a cabo.

4.- Y la cuarta es que la restauración del albaceazgo ordenado por la Sentencia se lleva a cabo sin someter al albacea a plazo alguno, lo que infringe las normas básicas de esta institución (que la someten siempre a unos plazos perentorios dentro de unos máximos fijados por la Ley) y lleva a esta herencia a una situación imposible. Merece reseñarse que el albacea agotó en su momento el máximo plazo legal del que disponía (estuvo dos años a realizar la partición). Y, ahora, al ordenarse que lleve a cabo una nueva partición sin sujeción a plazo, se deja a esta herencia a una situación de indefinición que es muy perjudicial.

De lo expuesto que la incongruencia de la Sentencia sea clara y patente y no puede considerarse en forma alguna que exista adecuación entre lo pedido y lo resuelto, ni que la Sentencia haya realizado declaraciones que complementen a mejoren lo pedido.

Por tanto, procede que sea estimado este motivo y, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 476.2 de la Lec, se anule la Sentencia recurrida por ordenar que la nueva partición la haga el mismo albacea o, cuando menos, por no fijar al albacea plazo alguno al albacea para aceptar y realizar la nueva partición.

Merece reseñarse que, con la estimación del presente motivo, se podrá dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 911 del Código Civil que señala que, de no realizar la partición el albacea, son los herederos quienes deben llevarla a cabo ya sea de forma voluntaria o mediante el procedimiento de división judicial de herencia y de esta forma, con la anulación de la Sentencia en este extremo, se conseguirá que se cumpla lo dispuesto en el Código Civil y que se infrinja el mismo, como ahora acontece.

SEGUNDO.- Por infracción de las normas reguladoras de la sentencia (art. 469.1.2º de la LEC) Infracción del art. 218 de la LEC . Falta de congruencia de la Sentencia al resolver de forma distinta cuestiones iguales.



El invocado art. 218 de la LEC señala que las sentencias deben decidir "todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate" y que debe hacerlo incidiendo "en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y la razón".

La anterior exigencia, que se suele denominar de congruencia interna, no se aprecia en la Sentencia recurrida cuando se da, en el fallo, un tratamiento distinto a los tres bienes que la Sentencia ordena que se traten en el nuevo cuaderno particional.

Así, cuando trata de la conmutación del usufructo la Sentencia señala que la misma debe hacerse partiendo de los valores que utilizó el albacea en la partición de clarada nula, dejando de esta forma la cuestión zanjada.

Pero, en cambio, cuando trata de otros dos bienes (la finca registral NUM000 y 53 participaciones sociales de una entidad) la Sentencia señala que deben ser "valoradas de la forma establecida en el art. 47 de la Compilación".

La diferencia de tratamiento, fijando un valor para un bien y demorando la fijación del valor de los otros dos, hace incurrir a la Sentencia en el vicio de incongruencia, máxime si se tiene en cuenta que el valor de uno de los bienes (las participaciones sociales de la entidad Salmonsjandoh, S.L.) se encuentra expresamente recogido en la partición cuyos valores ordena mantener la Sentencia para un bien, pero no para éste.

Así en el cuaderno particional, aportado como documento 4 con la demanda, puede verse que se valoran 64 participaciones de la misma sociedad Salmonsjandoh, S.L por un total de 247.783,84.- euros, dando a cada participación de esta sociedad un valor de 3.871,62.- euros. De ello que las 53 participaciones que deben ser colacionadas tengan, de acuerdo con la partición, un valor de 205.195,83.- euros, por lo que escapa a la lógica y a la razón, que debe respetar la Sentencia, el que se utilicen los valores de la partición para algo (la conmutación del usufructo) y, en cambio, no se utilicen los mismos valores para la colación ordenada, máxime si se tiene en cuenta que se trata de los mismos bienes y que los valores constan en la misma partición.

Algo similar sucede con el segundo bien (un inmueble) ya que con la demanda se aportó (documento 9) una valoración del inmueble NUM000 realizada por el perito tasador D. Lucio , que dejaba valorada la finca. Esta tasación fue contradicha de adverso, y por tanto fue objeto de la discusión litigiosa, al contestar la demanda, donde, además, anunció que presentaría otra pericial y que solicitaba un peritaje judicial para valorar la finca.

Sin embargo, posteriormente, la contraparte renunció a la indicada pericial judicial y no llegó a presentar pericial alguna sobre el particular. De forma que el tema del valor de esta finca quedó discutido y resuelto en autos mediante la única pericial que obra en autos y que fue ratificada a la presencia judicial en el acto del juicio. Por razón de la congruencia, también debería haber quedado fijado el valor en la Sentencia y no demorar su fijación para un momento posterior.

Es, por tanto, incongruente (por apartarse de las reglas de la lógica y la razón- art. 218 de la Lec) una sentencia que al tiempo que declara que se debe partir de un valor de un cuaderno particional luego no efectúa la fijación del valor de otros dos bienes, siendo muy llamativa la falta de congruencia ya que el valor de uno de los bienes consta en la misma partición que la Sentencia señala que debe respetarse en cuanto a sus valores.

Esta infracción es más patente si se toma en consideración que la nueva partición, ya sea que la lleven a cabo de mutuo acuerdo los herederos, ya sea que se lleve a cabo en un procedimiento de división judicial de herencia, sería mucho más sencilla si se parte de unas valoraciones ya determinadas por la Sentencia, tal y como ha hecho en el tema de la conmutación del usufructo.

De ello que la congruencia exige que se anule la Sentencia en cuando ordena que la nueva partición sea llevada a cabo, para la conmutación, con los valores recogidos en el cuaderno particional y no aplica el mismo criterio a los otros dos bienes cuya colación ordena.

TERCERO.- Por infracción de las normas reguladoras de la sentencia (art. 469.1.2 de la LEC) Por infracción de lo dispuesto en el art. 394 de la LEC , en cuanto a la condena en costas a unos de los demandados en primera instancia.

Señala el precepto que se denuncia como infringido que no debe existir condena en costas si hay estimación parcial o si hay serias dudas de hecho o derecho.

En nuestro caso se ha producido una estimación parcial en cuanto a uno de los demandados y una desestimación en cuanto al otro.

Pese a ello se mantiene la imposición de costas del demandado absuelto) posiblemente por cuanto no se advierte que la sociedad absuelta tiene como administradora única a la demandada condenada y ha sido un instrumento utilizado por dicha administradora, condenada personalmente, para eludir parte de las consecuencias hereditarias.



De ello que, por la estimación parcial de la demanda y ser precisamente la estimación parcial respecto de una demandada que es a su vez administradora única de la sociedad absuelta, no procedía la imposición de costas.

Tampoco procedía por cuanto de la lectura de la Sentencia resulta que nos hallamos ante un asunto, el llevado contra la sociedad demandada, en el que había, al menos, serias dudas de hecho y derecho, como lo pone de manifiesto el que llegó a existir (y se encuentra pendiente de recurso) un procedimiento penal por las firmas obrantes en el contrato de arrendamiento a favor de la sociedad y un arriendo a favor de esta sociedad en circunstancias muy extrañas (proximidad ala muerte del causante, precio de arriendo muy inferior al de mercado, duración inusualmente larga) que conducían a que el arriendo y el contrato a favor de la sociedad fue una forma de vaciar la herencia del causante en perjuicio de sus herederos, mis mandantes.

De ello que, con estimación de este segundo motivo, proceda casar la Sentencia en el extremo de la imposición de costas a favor de una de las demandadas ya cargo de mis mandantes.

Expuestos los motivos del recurso extraordinario, se funda el recurso de casación que también se ha interpuesto en los siguientes

MOTIVOS

PRIMERO.- Por infracción de lo dispuesto en el art. 48 de a Compilación de Derecho Civil de Baleares relativo a la conmutación del usufructo . (art. 477.1 de la LEC).

El art. 48 de la Compilación señala, en su último párrafo, que: "Los herederos podrán también hacer uso de la facultad establecida en el art. 839 del Código Civil ".

De esta forma pasa a formar parte de nuestra Compilación el sistema de conmutación del usufructo regulado en el Código Civil.

Tal y como recoge la Sentencia mis mandantes hicieron uso de la facultad de conmutar que les confiere la Ley y así se lo hicieron saber al albacea mediante carta remitida por conducto notarial el día 24 de febrero de 2003.

Pese a ello la conmutación no se llevó a cabo en el cuaderno particional y esa es una de las razones por las que la Sentencia recurrida declara la nulidad del cuaderno y ordena una nueva partición, señalando, de forma expresa, que en la misma se debe conmutar el usufructo de la viuda por una renta vitalicia.

Sin embargo la Sentencia imita la conmutación a la mitad de la herencia cuando el cuaderno ha atribuido a la viuda el usufructo de 2/3 parte de la herencia y lo justifica señalando que la conmutación sólo procede respecto de cuota legitimaria viudal pero no en cuanto lo que sea atribución voluntaria.

Esta interpretación de los arts. 48 de la Compilación y 839 del Código Civil es, dicho sea con todo respeto, errónea por cuanto infringe la interpretación que sobre estos preceptos han venido realizando los Tribunales y de la que son buena muestra:

1.- La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2000 . Destacamos que en este asunto tratado por nuestra más alto Tribunal la viuda había sido designada heredera usufructuaria y que en nuestro caso es, en cambio, una mera legataria usufructuaria que ha visto rebajada su cuota, por el cuaderno, a un legado de 2/3 de la herencia. Pues bien, en ese caso de heredera ya dijo el TS que "La tesis doctrinal concerniente a que no es posible la capitalización de la cuota viudal usufructuaria si ésta se engloba en la institución de heredero del cónyuge supérstite, carece de aplicación al supuesto de debate". El supuesto, como el que nos ocupa, era un cuaderno particional en el que se realizaban adjudicaciones a favor del cónyuge viudo y por ello el TS, casando la Sentencia de instancia, ordenó conmutar todo el usufructo.

2.- Las Sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares de 1 de diciembre de 1997, sección 3ª, que aplica el art. 839 del Código Civil a una herencia de persona de vecindad civil balear, y deis de mayo de 2007, sección 4ª que señala, referida a una herencia de vecindad civil balear que "el cónyuge viudo ostenta su derecho de usufructo universal sobre la totalidad de los bienes del causante,..., preveyéndose que los herederos puedan hacer uso de la facultad establecida en el art. 839 del CC ".

3.- La Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Auto de 23 de mayo de 2003 , que razona la aplicabilidad del art. 839 al usufructo universal del cónyuge viudo, destacando que " de coherencia que se le sustituyera sólo la porción legitimaria y no el exceso que supondría la atribución del usufructo universal".

Merece una especial mención el razonamiento contenido en esta última Sentencia, ya que los autores destacan que la "ratio legis" de lo dispuesto en el art. 839 del Código Civil es, precisamente, la de evitar las necesarias relaciones permanentes, derivadas de la existencia de un usufructo, entre el cónyuge viudo y los restantes herederos cuando no son hijos de dicho cónyuge.



En nuestro caso, la demandada es la abuelastra (segunda esposa de su abuelo) de mis mandantes y ciertamente, las relaciones continuadas entre las partes son del todo punto difíciles, como se ha puesto de manifiesto en los múltiples hechos recogidos en la Sentencia de la Audiencia.

Por ello es del todo punto conveniente, y tiene el amparo jurisprudencial antes reseñado, el que se acuerde la conmutación de la totalidad del usufructo viudal y no sólo del usufructo legitimario.

Lo que se interesa a través de este primer motivo de casación.

SEGUNDO.- *Por infracción de lo dispuesto en el art. 218 de la LEC sobre la congruencia de las sentencias (art. 477.1 de la LEC)*

Dado que en el motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal se citan normas sustantivas (del Código Civil), se reproduce el primer motivo del recurso extraordinario como motivo segundo del recurso de casación y por las mismas razones antes expuestas, que sedan por reproducidas.

TERCERO.- *Por infracción de lo dispuesto en el art. 218 de la LEC sobre la congruencia de las sentencias (art. 477.1 de la LEC)*

Dado que en el motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal se citan normas sustantivas (del Código Civil), se reproduce el segundo motivo del recurso extraordinario como motivo tercero del recurso de casación y por las mismas razones antes expuestas, que se dan por reproducidas.

CUARTO.- *Por infracción de lo dispuesto en el art. 394 de la LEC sobre la condena en costas (art. 477.1 de la LEC)*

Dado que, a juicio de esta parte, la cuestión relativa a la condena en costas puede ser considerada como motivo de casación en lugar de motivo de recurso extraordinario por infracción procesal, se reproduce el tercer motivo del recurso extraordinario como motivo cuarto del recurso de casación y por las mismas razones antes expuestas, que sedan por reproducidas.

Por todo ello,

SUPLICO A LA SALA se sirva tener por interpuestos los dos recursos, los admita y en su día dicte Sentencia en la que, con admisión de uno u otro, anule o case la Sentencia recurrida en base a los motivos antes indicado y con las consecuencias expuestas en cada uno de los motivos.

OTROSI DIGO: que, como antes he indicado, intereso que se me libre testimonio de la Sentencia a los efectos de la tramitación de los recursos interpuestos.

SUPLICO A LA SALA así lo acuerde."

IV.- *Por resolución de fecha 30 de noviembre de 2012, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de conformidad con lo dispuesto por el art. 482.1 de la L.E.C ., una vez dictada resolución teniendo por interpuestos los recursos presentados contra la sentencia de 28 de mayo de 2012 , remitió las actuaciones a esta Sala, previo emplazamiento de las partes.*

V.- *Llegadas a esta Sala las actuaciones, por Diligencia de Ordenación de 14 de diciembre de 2012 la Sra. Secretaria de esta Sala acordó : "1.- Registrar e incoar recurso de casación. 2.- Formar el correspondiente rollo. 3.- Tener por personada al Procurador D. Miguel Socías Rosselló, en nombre y representación de Salmonsjandoh Invest S.L. y de Sonsoles y a la procuradora D^a Concepción Alemany Morey en nombre y representación de Josefina y Pablo . 4.- Designar Magistrado-Ponente al Ilmo. Sr. D^o. Antonio Federico Capó Delgado. 5.- La Sala estará compuesta por el Excmo. Sr. Don Antonio José Terrasa García como Presidente y los Magistrados Ilmos. Sr. Antonio Federico Capó Delgado y Sra. Felisa María Vidal Mercadal. 6.- De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 483 de la L.E.C ., pasen las actuaciones al Magistrado Ponente para que se instruya y someta a la deliberación de la Sala lo que haya de resolverse sobre la admisión del recurso deducido".*

VI.- *Por auto de fecha 14 de febrero de 2013, tras el trámite de alegaciones, sobre las posibles causas de inadmisión de los recursos planteados, concedido por esta Sala en Providencia de 14 de enero de 2013, al amparo de los artículos 473 y 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se acordó:*

"1º Inadmitir el denominado "recurso extraordinario por infracción procesal" interpuesto por la procuradora D^a Concepción Alemany Morey, en la representación que ostenta, a los meros efectos formales destacados en el primer Razonamiento Jurídico de esta resolución.

2º Inadmitir el denominado "recurso extraordinario por infracción procesal" interpuesto por el procurador D. Miguel Socías Roselló, en representación de D^a Sonsoles , por carecer manifiestamente de fundamento en todos sus motivos.



3º Inadmitir los motivos de casación Cuarto y Quinto interpuestos por el procurador Sr. Socías Rosselló, en la representación que ostenta, por las razones expuestas en el último razonamiento jurídico de esta resolución.

4º Admitir los restantes motivos de casación interpuestos por el procurador Sr. Socías Rosselló y la totalidad de los motivos de casación interpuestos por la procuradora Sra. Alemany".

VII.- De los recursos admitidos en el anterior auto, se dio traslado de los mismos a las partes recurridas para que formalizaran en su oposición por escrito en el plazo de veinte días y manifestaran si consideraban necesario la celebración de vista. Al evacuar el anterior trámite se presentaron dos escritos, el primero de ellos por la representación procesal de los Sres. Josefina Pablo se presentó escrito que es del siguiente tenor literal:

"Sustento esta oposición en los siguientes, MOTIVOS

PRIMERO AL PRIMERO DE ADVERSO.- El motivo primero del recurso de casación de la contraparte, que se impugna con este escrito, es el reverso de uno de nuestros motivos de casación, ya que ambas partes hemos impugnado la Sentencia de la Audiencia Provincial que resuelve que debe conmutarse la mitad del usufructo que el testamento asigna a la viuda que, recordemos, es la abuelastra de mis mandantes.

Esta representación sostiene, en nuestro recurso de casación, que la conmutación debe alcanzar a todo el usufructo asignado por el acuerdo particional (2/3 de la herencia). La contraparte sostiene, en este recurso, que nada debe conmutarse y que se debe mantener el usufructo sobre los 2/3 de la herencia, tal y como se hizo en el cuaderno particional.

Para coadyuvar a una mejor resolución del asunto, y a la vista de que la contraparte, de forma o no consciente, se refiere, en su recurso, a que el usufructo ordenado era del 100% de la herencia, es conveniente reseñar que:

1.- El testamento del causante ordenaba a favor de la viuda (su segunda esposa y abuelastra de los herederos) un legado consistente en el usufructo universal vitalicio.

2.- El cuaderno particional, que ha sido declarado nulo por la Sentencia de la Audiencia, redujo el indicado legado a un usufructo de 2/3 de la herencia ya que, de no ser así, se lesionaba la legítima de mis mandantes, que, como es sabido, tienen derecho a recibir en plena propiedad (quale legitimario) un 1/3 de la herencia. Sobre este particular el albacea solicitó, y obra en autos, un informe de un catedrático de derecho civil que concluía en que debía hacerse esa reducción del usufructo vidual.

3.- La fijación del usufructo vidual en 2/3 de la herencia no ha sido impugnado de adverso, por lo que es una cuestión consentida y creemos que es un error de redacción lo que se señala en el motivo que impugnamos relativo a que debe mantenerse el usufructo sobre la totalidad de la herencia, ya que, por su postura procesal, a lo máximo que pueda aspirar la contraparte es a que se mantenga lo que dijo el cuaderno, eso es que el usufructo se refiera a 2/3 de la herencia.

4.- La existencia de un usufructo vidual sobre 2/3 de la herencia sí fue impugnada por esta parte en base a que mis mandantes comunicaron al albacea su decisión de conmutar ese usufructo (haciendo uso de lo que dispone el art. 48 de nuestra Compilación y el art. 839 del Código Civil) y, pese a ello, el albacea no procedió a realizar la conmutación comunicada, y nada dijo al respecto en el cuaderno.

5.- La Sentencia de la Sala si acuerda la indicada conmutación, pero la limita a la mitad del usufructo, manteniendo que el resto (1/6) debe mantenerse.

Por tanto, la cuestión nuclear a resolver en este recurso de casación es si procede mantener lo acordado por la Audiencia Provincial (mantenimiento del usufructo sobre 1/6 parte) o conmutarlo todo (que es lo que sostenemos en nuestro recurso) o no conmutar nada (como solicita en este recurso la contraparte) manteniendo, por tanto, el usufructo sobre 2/3 parte de la herencia.

La razón primordial por la que mis mandantes acordaron, y comunicaron al albacea, que se debía conmutar el usufructo es la difícilísima relación que mantienen con su abuelastra (de lo que es buena expresión este pleito y los hechos que se narran en la Sentencia recurrida) incrementada por el hecho de que el principal bien de la herencia (en valor supone prácticamente el 90% de la misma) es un hotel en explotación.

Es prácticamente imposible (y, de hecho, así ha sido durante los años de tramitación de este pleito) que mis mandantes y su abuelastra consigan explotar conjuntamente ese hotel en el que, de mantenerse que no procede la conmutación y, mis mandantes tienen, de acuerdo con el cuaderno particional que se ha declarado nulo, la nuda propiedad y algo más de la mitad del usufructo y la ahora recurrente tiene algo menos de la mitad en usufructo.

2.- El cuaderno particional, que ha sido declarado nulo por la Sentencia de la Audiencia, redujo el indicado legado a un usufructo de 2/3 de la herencia ya que, de no ser así, se lesionaba la legítima de mis mandantes, que,



como es sabido, tienen derecho a recibir en plena propiedad (quale legitimario) un 1/3 de la herencia. Sobre este particular el albacea solicitó, y obra en autos, un informe de un catedrático de derecho civil que concluía en que debía hacerse esa reducción del usufructo viudal.

3.- La fijación del usufructo viudal en 2/3 de la herencia no ha sido impugnado de adverso, por lo que es una cuestión consentida y creemos que es un error de redacción lo que se señala en el motivo que impugnamos relativo a que debe mantenerse el usufructo sobre la totalidad de la herencia, ya que, por su postura procesal, a lo máximo que pueda aspirar la contraparte es a que se mantenga lo que dijo el cuaderno, eso es que el usufructo se refiera a 2/3 de la herencia.

4.- La existencia de un usufructo viudal sobre 2/3 de la herencia sí fue impugnada por esta parte en base a que mis mandantes comunicaron al albacea su decisión de conmutar ese usufructo (haciendo uso de lo que dispone el art. 48 de nuestra Compilación y el art. 839 del Código Civil) y, pese a ello, el albacea no procedió a realizar la conmutación comunicada, y nada dijo al respecto en el cuaderno.

5.- La Sentencia de la Sala si acuerda la indicada conmutación, pero la limita a la mitad del usufructo, manteniendo que el resto (1/6) debe mantenerse.

Por tanto, la cuestión nuclear a resolver en este recurso de casación es si procede mantener lo acordado por la Audiencia Provincial (mantenimiento del usufructo sobre 1/6 parte) o conmutarlo todo (que es lo que sostenemos en nuestro recurso) o no conmutar nada (como solicita en este recurso la contraparte) manteniendo, por tanto, el usufructo sobre 2/3 parte de la herencia.

La razón primordial por la que mis mandantes acordaron, y comunicaron al albacea, que se debía conmutar el usufructo es la difícilísima relación que mantienen con su abuelastra (de lo que es buena expresión este pleito y los hechos que se narran en la Sentencia recurrida) incrementada por el hecho de que el principal bien de la herencia (en valor supone prácticamente el 90% de la misma) es un hotel en explotación.

Es prácticamente imposible (y, de hecho, así ha sido durante los años de tramitación de este pleito) que mis mandantes y su abuelastra consigan explotar conjuntamente ese hotel en el que, de mantenerse que no procede la conmutación y, mis mandantes tienen, de acuerdo con el cuaderno particional que se ha declarado nulo, la nuda propiedad y algo más de la mitad del usufructo y la ahora recurrente tiene algo menos de la mitad en usufructo.

(sic) manifiesto, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 15 de febrero de 2002 (citada ya en nuestra demanda) indicando que "la facultad de conmutación de los herederos trata de evitar lo división del dominio pleno en nudo propiedad y en usufructo, alejando los inconvenientes y riesgos económicos en cuanto a la administración y disposición de los bienes que conforman el patrimonio hereditario. Además, de esta forma, se instauran reglas específicas de composición de conflictos entre los herederos y el cónyuge viudo".

De ello que, como una forma, prevista legalmente, de solucionar un conflictos entre mis mandantes y su abuelastra, sea del todo punto conveniente acudir a la "ratio legis" de las normas que deben aplicarse (art 839 por remisión del art. 48) Y conmutar el usufructo de los 2/3 de la herencia, tal y como se solicita en nuestro recurso, ya que así se alejan los "inconvenientes y riesgos" que se derivan de la división del dominio pleno en nuda propiedad y usufructo.

De otra parte debe destacarse que la conmutación no supone perjuicio alguno para la contraparte, ya que la misma viene acompañada de la asignación de una renta vitalicia que será una cantidad fija que, como tal, no queda afectada por el cambiante resultado de una explotación hotelera que, como todo negocio, puede ir mal y no conseguir resultado alguno.

La contraparte, en su recurso, aduce que la Sentencia del órgano a quo infringe los artículos 839, 882 y 886 CC al decidir conmutar la mitad del usufructo del cónyuge supérstite.

El argumento de adverso es que el usufructo conferido por el testador es un legado que no puede ser conmutado, al ser la voluntad del testador hacer a su cónyuge legataria y no heredera. Entiende que este usufructo debe ser tratado como legado (artículos 882 y 886 CC) y no como un usufructo viudal legitimario (artículo 839 CC), por lo que el heredero sólo cumplirá entregando el 100% del usufructo conferido.

Ya hemos dicho que, en ningún caso, puede ser así por el hecho de que la contraparte ha consentido la reducción de ese legado a un usufructo de 2/3 de la herencia, tal y como se hizo en el cuaderno particional, no impugnado de adverso.

Pero, además, este planteamiento es de todo punto incorrecto, pues el Tribunal Supremo, por la "ratio legis" del art. 839 que antes hemos expuesto, ha admitido que, de solicitarse la conmutación por los herederos, debe conmutarse la totalidad del usufructo del viudo ex artículo 839 CC .



Esta decisión del alto Tribunal no está exenta de una lógica aplastante. Lo que pretende el artículo 839 CC es evitar el conflicto entre los herederos y el cónyuge viudo, máxime en aquellos supuestos en que concurren a la herencia el viudo y descendientes del finado que no lo son del cónyuge supérstite, como el caso que nos ocupa.

Esa finalidad es la que debe alcanzarse en la controversia suscitada, por cuanto es harto evidente que las relaciones entre los nietos del finado y su abuelastra son insostenibles y atentaría contra el recto sentido común perpetuar una situación tan conflictiva y de imposible reconducción.

El conflicto doctrinal sobre la cuota de conmutación del usufructo conferido al cónyuge viudo, sea por el título que sea, fue zanjado en la STS de 25 de Octubre de 2000, que se inspira en el planteamiento que hemos apuntado.

En esta Sentencia, el alto Tribunal declara que: "La tesis doctrinal concerniente a que no es posible la capitalización de la cuota viudal usufructuario si ésta se engloba en la institución de heredero del cónyuge supérstite, carece de aplicación al supuesto de debate".

En el mismo sentido, se muestran las SSAP Baleares de 1 de Diciembre de 1997 y de 18 de Mayo de 2007 que citamos en nuestro recurso de casación. Ésta última recoge: "el cónyuge viudo ostenta su derecho de usufructo universal sobre la totalidad de los bienes del causante..., previéndose que los herederos puedan hacer uso de la facultad establecida en el art. 839 del CC".

Pero situándonos en el supuesto ficticio de que no deba conmutarse los 2/3 del usufructo vitalicio asignado, lo que está claro es que el usufructo, en modo alguno, debe recibir el tratamiento exclusivo de legado, sin posibilidad de conmutación, porque, en todo caso, la mitad del mismo debe imputarse a legítima.

Esta es la tesis que defiende el Catedrático Sr. Ezequias en el informe elaborado a instancias del contador-partidor y la que subyace en la Sentencia impugnada.

A mayor abundamiento, no es posible la entrega del 100% del usufructo vitalicio, ya que la contraparte nunca lo ha solicitado (no impugnó el cuaderno en este extremo y no recurrió la Sentencia de primera instancia) y por cuanto ello vulnera el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima de los nietos ex art. 813 párrafo 2 del Código Civil, al gravar el usufructo todo el haber hereditario. Como explica el Catedrático Sr. Ezequias y nosotros compartimos, debe establecerse la Cautela Socini ex art. 49 CDCB y, de conformidad con el artículo 817 CC, el usufructo del cónyuge viudo imputado a legado debe reducirse para respetar la plena propiedad de 1/6 parte de legítima de cada uno de los nietos.

En este motivo primero del recurso de casación adverso, también se dice que de la falta de conmutación del usufructo deriva, en la Sentencia de la Audiencia, toda la nulidad del cuaderno particional.

Esta aseveración es totalmente incierta, y debemos remarcar que la nulidad del cuaderno particional se deriva de muchas circunstancias, como recoge la Sentencia del Tribunal a quo, en cuyo Fundamento de Derecho Noveno, tras admitir los errores en las valoraciones de las participaciones sociales, la vivienda, el usufructo, la fijación de lotes, legítima y cuarta falcidia se declara: "Cuando se comprueba, como es el caso, la existencia de errores de esta envergadura en un cuaderno particional, es reiterado la jurisprudencia y doctrina, que señala que procede declarar la nulidad de la partición, máxime si esos errores llevan consigo lesión en los normas imperativos de las legítimos y la cuarta falcidia, como igualmente sucede en este caso".

De ello que, incluso en el supuesto que se entendiese admisible este motivo de adverso, se debería mantener la nulidad del cuaderno particional ya el mismo sigue adoleciendo de unos graves errores (esencialmente la falta de colación de bienes recibidos a título gratuito por la abuelastra) que siguen lesionando las normas imperativas ya citadas por la Audiencia Provincial.

Y, recordemos, que la impugnación de estos extremos de los que igualmente resulta la nulidad del cuaderno particional, ha sido inadmitida por esta Excmá Sala en el Auto en que se inadmiten varios motivos del recurso de casación interpuesto de adverso.

SEGUNDO AL SEGUNDO DE ADVERSO.- *En el recurso de adverso se sostiene que la Sentencia del Tribunal a quo infringe el artículo 844 CC.*

Entiende la contraparte que este artículo es aplicable analógicamente al supuesto que nos ocupa. Viene a sostener que este precepto completa el artículo 839 CC, en el sentido de establecer un plazo de un año para el ejercicio de la facultad de conmutación del usufructo del cónyuge supérstite a contar desde la apertura de la sucesión.

Sobra la base de esta tesis, concluye que mis mandantes ejercieron su derecho fuera de plazo, al haberlo comunicado más de un año después de la apertura de la sucesión.



Este planteamiento es de todo punto incorrecto, pues no es aplicable analógicamente el artículo 844 CC al caso de autos y, aunque lo fuera respecto al plazo-que no lo es-, el dies a quo sería en todo caso el momento de la partición de la herencia.

Esta cuestión ya ha sido solventada por nuestro Tribunal Supremo, que en su Sentencia de 25 de Octubre de 2000 declaro:

"Y en lo concerniente al último fundamento del motivo, respecto a la pretensión de limitar en el tiempo la facultad de elección del heredero, el artículo 839 no impone esa corta pisa temporal, aparte de que, en este caso, la partición se hizo sin la concurrencia del heredero forzoso don Jose Ignacio . quien sólo pudo ejercer dicha facultad una vez conocida la virtualidad de aquélla

En este mismo sentido, se muestra, entre otras, la SAP de Asturias (Sección 5ª) en Sentencia num. 322/2006 de 13 octubre, Fundamento de Derecho 3º, párrafo 1º: "Ya en orden al correcto ejercicio de este derecho de conmutación, afirma el recurrente que es inconcuso tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencial que tal derecho debe ejercitarse antes de la partición, cuando lo cierto es que la sentencia del Alto Tribunal de 25-10-2000 (R) 2000, 8549 , citada por la sentencia recurrida y la parte actora, se enfrenta derechamente a la cuestión del ejercicio perentorio de este derecho y advierte que no aprecia en el art. 839 del CC (LEG 1889, 27) cortapisa temporal y, sobre todo, que apunta a la posibilidad real de su ejercicio, lo que es lógico y conforme a toda facultad concedida legalmente, que no puede entenderse agotada si efectivamente no pudo ejercitarse por causas ajenas a la voluntad de su titular so pena de dejarla vacía de contenido..."

Por tanto, resulta cristalino que el ejercicio de la facultad de conmutación del usufructo NO está sometida a plazo alguno.

Esta conclusión es harto clara si tenemos en cuenta que el artículo 844 CC se refiere a un supuesto completamente distinto del que contempla el artículo 839 CC .

Una primera pista nos la da la sección que ocupan ambos preceptos en el Código Civil. Mientras el artículo 839 CC se ubica en la sección relativa a derechos del cónyuge, el artículo 844 CC se ubica dentro de la sección "pago de la porción hereditaria en casos especiales»

Si analizamos ambos preceptos, vemos que ambos difieren sustancialmente.

El artículo 839 CC hace referencia a una facultad legal de los herederos de conmutar el usufructo conferido al cónyuge viudo por una renta vitalicia, productos de determinados bienes o un capital en efectivo.

El artículo 844 CC , que debe ser puesto en relación con los tres artículos que lo preceden, viene referido a la decisión del testador o del contador- partidador expresamente autorizado por aquél de adjudicar los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes y pagar en metálico la porción hereditaria a los demás legitimarios.

En el supuesto del artículo 844 CC , el legislador ha querido limitar el tiempo en que los hijos o descendientes (no cualquier heredero) puede ejercer la facultad que le ha otorgado el testador (no la ley) para pagar en metálico la porción hereditaria (que puede afectar a cualquier bien o derecho y no sólo al usufructo) de los demás legitimarios (no sólo del cónyuge viudo).

Por el contrario, dentro de la regulación específica de la conmutación del usufructo del cónyuge supérstite, no ha querido limitar temporalmente la facultad de los herederos de evitar el desmembramiento de la herencia a favor de aquél.

Si el legislador no ha establecido un plazo para el ejercicio de la facultad del artículo 839 CC (pudiendo hacerlo como en el caso del artículo 844 CC), la única interpretación lógica es que el legislador no quiere someter dicha facultad a plazo alguno.

Esta interpretación se basa, no sólo en lo jurisprudencia de nuestro alto Tribunal, sino en la regla inclusus unus, exclusus alterius, en virtud de la cual, cuando el legislador toma una decisión para una figura concreta pero no la adopta para una figura cercana, debe predicarse que no la ha querido tomar respecto de esta última.

Es cierto que algún sector doctrinal ha abogado por la existencia un cierto límite temporal en cuanto al ejercicio de la facultad de conmutación, si bien se estima que, en todo caso, este momento es antes de la partición, nunca un plazo concreto contado desde la apertura de la sucesión como pretende la recurrente.

Esta tesis aparece en la SAP de Asturias (Sección 4ª) núm. 229/2004, de 25 de Mayo , si bien dicho Tribunal acoge la doctrina acuñada por el Tribunal Supremo y acaba inclinándose por que el artículo 839 CC no está sujeto a plazo alguno:



Fundamento de Derecho Tercero: "Aun cuando se esté ante una cuestión ciertamente dudosa, esta Sala se inclina por la misma solución acogida en la sentencia recurrida. Esta fue la tesis seguida tradicionalmente desde la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1924, que argumentaba que "la facultad establecida en este artículo, sólo puede tener efecto con anterioridad a la formalización de la partición y como medio de determinar de común acuerdo o por decisión judicial en su defecto el modo cómo ha de hacerse el pago de la cuota viudal, toda vez que, de subsistir esa facultad en los herederos hasta después de practicado legalmente la partición, la adjudicación nunca tendría carácter definitivo ni el viudo adquiriría jamás la exclusiva propiedad de lo que se le adjudicara en pago, supuesto inadmisibles dado el carácter de generalidad del precepto contenido en el art. 1068". En esta misma línea se ha orientado la mayoría de la doctrina (Costán, Manresa, Lacruz, Vallet de Goytisolo, Gullón, De Diego) aludiendo a la necesaria estabilidad de las adjudicaciones y de la situación del viudo, e incluso o la dicción del párrafo segundo del citado artículo 839 ("mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge), que parece incompatible con el posible ejercicio tardío de esta opción, cuando la herencia ya ha sido partida. Es cierto que un sector minoritario ha defendido la tesis contraria (así Sánchez Román) y que actualmente, la sentencia de 25 de octubre de 2000 parece optar por la tesis contraria, al indicar que el art. 839 "no impone esta cortapisa temporal"

No compartimos la tesis discordante con el criterio del Tribunal Supremo, pero aún situándonos en su plena aplicabilidad al caso concreto, nos encontraríamos con dos conclusiones idénticas: 1) Mis poderdantes han ejercitado su derecho a conmutar el usufructo del cónyuge viudo en tiempo y forma, porque lo hicieron antes de la partición. 2) En ningún caso planea sobre el caso que nos ocupa la existencia de un plazo perentorio de 1 año o que el dies a quo de ese plazo ficticio sea la apertura de la sucesión.

Por todo lo expuesto, el segundo motivo del recurso de casación de adverso debe decaer, estimándose que mis patrocinados ejercieron la facultad de conmutación del artículo 839 CC en tiempo y forma.

TERCERO AL TERCERO DE ADVERSO.- En el Motivo Tercero del recurso de contrario se sostiene que la Sentencia del órgano a quo infringe el artículo 839 CC, por cuanto a conmutación del usufructo no cuenta con el consentimiento de la viuda.

La interpretación que la contraparte hace del artículo 839 CC es de todo punto incorrecta, dado que para la conmutación del usufructo no es preciso el consentimiento del viudo.

El "mutuo acuerdo" a que hace referencia el artículo 839 párrafo 1º CC exige que la decisión de conmutar el usufructo del viudo sea unánime entre los herederos, pero no establece que esta decisión deba contar con la aprobación de la viuda.

La mención "mutuo acuerdo" viene referida exclusivamente a la valoración del usufructo y del objeto por el que se conmuta, si bien, el propio precepto indica que, a falta de este "mutuo acuerdo", será la autoridad judicial quien dirimirá la controversia entre los herederos conmutantes y el viudo conmutado.

Esto es precisamente una de las cosas que ha resuelto el Tribunal a quo: que se conmute el usufructo por una renta vitalicia.

Nuestra interpretación del artículo 839 CC es completamente unánime en la jurisprudencia y en la doctrina científica, como puede comprobarse en los siguientes,

STS de 25 de Octubre de 2000: " la facultad de elegir una de estas formas expresadas en el artículo 839 corresponde a los herederos sean voluntarios o forzosos, testados o abintestato, o, incluso, legatarios afectados por el usufructo legal del viudo, ya sean descendientes, ascendientes o colaterales del causante o, incluso, extraños al mismo, y tanto si dicha cuota viudal recae sobre el tercio de mejorero como en el de libre disposición, y desde esta óptica, en consonancia a que la mención de «herederos» se refiere sólo a los «afectados» por el usufructo de la viuda, o quienes compete la posibilidad de elegir entre las distintas opciones establecidos en el artículo 839, al tratarse de una carga sobre su porción hereditaria, es preciso entender que a ellos exclusivamente les está permitida la facultad de elección que no se facilita a lo recurrente, dado que ello es la beneficiaria de la cuota viudal usufructuario"

SAP Jaén de 6 octubre 2009, Fundamento de Derecho Primero, párrafo 3º "Pues bien, el primer motivo del recurso entiende que la sentencia de instancia vulnera lo dispuesto en el art. 839 Cc EDL 1889/1 al entender que este precepto obliga a pedir el consentimiento a todos los herederos para satisfacer a la viuda su parte de usufructo, pero esto solo en lo referido a lo que corresponde a la viuda como legítima. Sin embargo, esta exégesis ha de reputarse desacertada por no desprenderse de lo que establece el precepto. Tampoco puede olvidarse que, como afirma lo SAP de Murcia de 4 de febrero 2005, de la dicción del precepto no se desprende que el mutuo acuerdo esté sujeto a dos distintos acuerdos de voluntades: la de los herederos y la de éstos con la viuda, al ser manifiesto del propio tenor gramatical del precepto, que son sólo los herederos quienes llevan a cabo toda una actuación tendente a entregar al cónyuge viudo un valor de la herencia conforme a tres modalidades, y sólo



cuando entre esos herederos falte el acuerdo, la decisión será judicial, exégesis confirmada por la dicción del precepto (podrán satisfacer...) en clara referencia a los herederos, siendo el cónyuge el complemento indirecto, por lo que atribuir el mutuo acuerdo a una segunda voluntad es faltar a la identidad de dicho precepto y a su significado teleológico"

SAP la Coruña de 30 octubre 2009 , Fundamento de Derecho 6º, párrafos 1º- 3º "El citado artículo atribuye a los herederos la facultad de sustituir la parte del usufructo otorgado a favor del cónyuge por «una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo». La legitimación corresponde, por tanto, a los herederos concepto que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (véase la sentencia de 13 de abril de 1956 , entre otras) incluye tanto a los voluntarios como a los forzosos, e incluso a los legatarios afectados por el usufructo de que se trata. Ahora bien, pese a la amplitud del término, no parece que se pueda incluir al contador partidario dirimente entre los legitimados para el ejercicio de esta facultad.

Asimismo, no conviene olvidar que una vez ejercitado la facultad de conmutar por las personas legitimadas, el consentimiento del cónyuge al que alude el art. 839 Cc EDL 1889/1 ha de recaer sobre la modalidad elegida por los herederos o sobre la valoración de su derecho debiendo acudir al auxilio judicial en el caso de que no exista conformidad. Según dispone la sentencia del Tribunal Supremo de 4 octubre de 2001 EDJ 2001/32248 el acuerdo al que alude el precepto «abarca a un consenso no sólo de herederos sino también con la participación del propio cónyuge viudo como titular de su cuota (...) cuando no exista ese mutuo acuerdo dicha satisfacción se adoptará en virtud del mandato judicial»."

LASARTE, C. (Principios de Derecho Civil VII Derecho de Sucesiones" Ed. Marcial Pons, Sexta Edición, Madrid, 2010, págs. 222 y 223). "Según ello, la facultad de conmutar el usufructo corresponde a los herederos, mientras que el mutuo acuerdo o la autorización judicial supletoria a la que se refiere la última parte del precepto hay que entenderlo referido a la forma de conmutación elegida por los herederos. A tal efecto, al no realizar el Código distingo alguno, habrán de considerarse herederos tanto a los voluntarios o testamentarios, cuanto los herederos abintestato, o los legitimarios que sean simultáneamente herederos.

Aunque la expresión «mutuo acuerdo», como hemos dicho, habrá de entenderse referida al acuerdo entre los herederos y al cónyuge viudo, aquéllos habrán de adoptar una decisión unánime en relación con la forma de conmutación que, entre las señaladas por el Código, pueden elegir.

Respecto a las formas de conmutación, bastará señalar el «capital en efectivo» puede consistir tanto en una cantidad dineraria cuanto en la atribución en propiedad de bienes determinados pero siempre a elección de los herederos (en tal sentido, STS de 28 de junio de 1962)."

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (Sistema de Derecho Civil, Volumen IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones," Ed. Tecnos, Décima Edición, Madrid, 2006, págs.. 432-433): "Es indiscutible el significado del «mutuo acuerdo». Se ha sostenido que exige el artículo 839 el consentimiento del cónyuge y de los herederos para que proceda la conmutación, lo que no parece aceptable ya que sobraría entonces la enumeración taxativa de los medios sustitutivos del usufructo. Si hay acuerdo, su contenido puede ser lo amplio que quieran las partes. Además, la ratio de la norma abona el carácter unilateral de la conmutación: son los herederos perjudicados por la desmembración dominical los interesados en suprimirla

Podría pensarse que el «mutuo acuerdo» obliga a los herederos a buscar el consentimiento del cónyuge en lo que afecta a la determinación, dentro de la enumeración del artículo 839, de lo que haya de reemplazar al usufructo, en otros términos la decisión de conmutar será facultad exclusiva de aquéllos pero no la elección del medio por el que se cambio. Esta opinión en realidad dejaría en manos del cónyuge viudo la conmutación; le basta con negarse a aceptar lo que propongan los herederos. No habría base alguna para que la autoridad judicial dirima la controversia pues no se comprende cómo puede recaer una decisión si el cónyuge no quiere una renta vitalicia, por ejemplo, y los herederos no conmuta el usufructo más que por ella. El juez parece que no puede ni debe, por su sola voluntad, dictar una sentencia que equivalga a un acuerdo contractual.

Por todo ello, el «mutuo acuerdo» ha de circunscribirse a las operaciones de valoración del usufructo y del objeto por el que se trueca e incluso si se quiere, a las garantías de la operación, pero nada más La autoridad judicial es la que deberá decidir sobre cualquier discrepancia relativa a estos extremos".

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. ("Compendio de Derecho Sucesorio". Ed. La Ley. Madrid, 2011, pág. 291): "La facultad de conmutación corresponde genéricamente a los herederos sean éstos voluntarios o forzosos. La ley no distingue, y no hay razón para distinguir- como ha postulado alguna postura minoritaria-, entre herederos voluntarios o forzosos. Incluso en el caso de fallecer el causante abintestato (sabemos que la legítima del cónyuge no depende de que la sucesión sea o no testamentaria), los herederos legítimos o intestados pueden imponer la conmutación. Al decir «imponer la conmutación» queremos significar que la decisión de optar por alguna de las alternativas del art. 839 corresponde a los herederos sin que para ello tengan que ponerse de



acuerdo con el cónyuge, como podría sugerir una interpretación apresurada del art. 839.1, que en este punto es un tanto equívoco. El «mutuo acuerdo» o el «mandato judicial» se requieren únicamente, una vez escogida la variante preferida por los herederos, para determinar los bienes sobre los que recaerá el usufructo, o para señalar el importe de la renta vitalicia o del capital en efectivo. Es decir, hay dos momentos: uno previo, en el que los herederos por sí solos deciden conmutar, para lo que no se necesita contar con el cónyuge viudo y otro posterior, en el que se le comunica al viudo esta decisión y que, lógicamente, requiere el «el mutuo acuerdo», la conformidad del viudo, al que podrían habersele asignado los productos de determinados bienes o un capital en efectivo insuficientes. A falta de esta conformidad, se precisará el mandato judicial. Obviamente y si no fuera así el precepto sobraría, por lo menos en lo que al común acuerdo se refiere pues aunque el artículo 839 no existiera, no habría nada que oponer a que en la partición todos los interesados conviniesen en sustituir el usufructo por un capital en dinero o una renta vitalicia".

Por todo ello, el motivo tercero del recurso de casación de contrario debe decaer.

En virtud de todo lo expuesto,

SUPLICO A LA SALA, se sirva de tener por presentado este escrito, por formulada oposición al Recurso de Casación de D^a Sonsoles contra la Sentencia n 240/2012, de 28 de Mayo de 2012, de la Ilma. Audiencia Provincial de Baleares y, previos los trámites oportunos, lo desestime en su integridad, con imposición de costas a la recurrente."

Y el segundo de ellos por el Procurador Sr. Socías Rosselló en representación de Doña Sonsoles decía:

"PRIMERO AL PRIMERO Se denuncia la infracción del Art. 48 de la Compilación de Derecho Civil Balear dativo a la conmutación del usufructo. Dicho artículo remite al Art. 839 CC. Entienden los recurrentes que estos preceptos y la interpretación jurisprudencial de los mismos han resultado infringidos, dado que la Sentencia solo ha acordado la conmutación del usufructo viudal y no del usufructo universal.

Primeramente hay que señalar que el Motivo Primero del Recurso de Casación interpuesto por esta parte y admitido en virtud de Auto de la Sala de 14 de febrero de 2013, denuncia precisamente la infracción de los artículos 48 Comp. Balear y 839 CC por aplicación incorrecta.

Esta parte ha defendido en su recurso de casación que la indebida aplicación de Art. 839 CC a caso de autos ha provocado la infracción de los artículos 882 sobre legado de cosa cierta y 686 CC sobre pago del Legado, en tanto que el usufructo universal es legado de cosa cierta y específica y como tal, solo cumple el heredero entregando precisamente dicho usufructo universal, lo que veda la posibilidad de conmutar la parte de usufructo legitimario viudal.

La Sentencia ha declarado la nulidad del cuaderno particional, principalmente porque considera que debió haberse conmutado el usufructo legitimario viudal y no se hizo, siendo la conmutación una facultad de los herederos que escapa del ámbito del cónyuge viudo, conmutación a la cual este último no puede oponerse.

En resumen, las tesis de las partes son absolutamente contrarias. pues mientras esta parte ha impugnado el pronunciamiento anterior, entre otros motivos, porque entiende que no puede ser conmutado siquiera parcialmente el usufructo universal, la parte adversa impugna el mismo pronunciamiento porque entiende que el usufructo debe ser íntegramente conmutado.

La decisión de la Sala pasa por establecer la naturaleza jurídica del usufructo universal vitalicio ¿Es un legado de cosa cierta y específica y como tal le son aplicables las normas de los legados de cosa cierta y específica?, ¿o le son aplicables las normas imperativas sobre la legítima del cónyuge viudo que es un usufructo impuesto por la Ley, y no por el causante?

Y para establecer la naturaleza jurídica del usufructo universal y vitalicio, se debe tener presente que la voluntad del testador fue precisamente la de legar a su esposa de forma vitalicia el uso y disfrute de todos sus bienes, sin hacerla heredera (con las obligaciones que ello comporta). Ello en modo alguno es equivalente a entregarle a la esposa una renta anual vitalicia. Si el testador hubiera querido esto, lo hubiera establecido así expresamente.

Lo que queda el causante era que su viuda conservara la misma situación que había tenido en vida del causante. Que usara y disfrutara de sus bienes como hizo durante la vida de su marido. Que su casa siguiera siendo su casa. El testador legó el usufructo universal vitalicio sobre todos sus bienes porque era plenamente consciente de que sus nietos pondrían todas las trabas posibles a su viuda Desconocer o anterior representa desconocer y pasar por alto la voluntad del causante Conmutar el usufructo universal legado a su esposa representa ir manifiestamente en contra de lo que quiso el testador.

Existen Sentencias que así lo han entendido como la de la Audiencia Provincial de Toledo 131/2009 de 4 de mayo (AC 2009/1051) y la de la Audiencia Provincial de Cantabria 262/2003 de 7 de mayo (AC 2003\1765) que



se citan y trasciben en nuestro recurso de casación, al que no remitimos para evitar reiteraciones innecesarias. Estas sentencias se refieren específicamente al mismo supuesto de hecho que se dilucida en nuestro pleito, a diferencia de lo que ocurre con las Sentencias citadas por la adversa, que se tergiversan, que se sacan de contexto y que se interpretan a gusto de los Hermanos Josefina Pablo, en lo que representa, como poca, una defectuosa técnica casacional.

Las Sentencias citadas por los Hermanos Josefina Pablo en su recurso de casación no dicen lo que ellos quieren que digan. Para comprobarlo, es necesario leer las Sentencias que cita la adversa, y se podrá apreciar que:

La Sentencia del Tribunal Supremo 955/2000 de 25 de octubre (RJ 2000\8549) expone un supuesto muy distinto al nuestro: la viuda, además de la legítima consistente en el usufructo sobre el tercio de mejora previsto legalmente, ha sido instituida heredera sobre el tercio de libre disposición (en pleno dominio). Por lo tanto, en esta Sentencia citada de adverso, la viuda solo es usufructuaria sobre un tercio, no sobre todos los bienes, como es el caso de la Sra. Sonsoles. No es usufructuaria universal.

La Sentencia 857/1997 de 1 de diciembre de la AP de Baleares (Secc- 3ª) 1997/2517. Predica la adversa que aplica el Art. 839 CC, cuando ello en modo alguno es cierto, pues esta Sentencia se refiere a la desheredación de una viuda de vecindad mallorquina. La Sentencia declara que dicha desheredación es ilegal y que la viuda tiene derecho al usufructo de dos tercios del haber hereditario, al concurrir a la herencia con los padres del causante. Por lo tanto, tampoco se refiere esta Sentencia al usufructo universal.

La Sentencia 227/2007 de la AP de Baleares (Secc, 4ª) de 18.05.2007, (JUR 2006\43589), la adversa pretende significar que permite la conmutación del legado consistente en usufructo universal vitalicio en base al Art, 839 CC, cuando nada tiene que ver la sentencia con ello. Esta sentencia reconoce que la legítima de una viuda que concurre a la herencia de su difunto esposo de vecindad mallorquina con el hermano de éste, consiste en el usufructo universal vitalicio sobre todos los bienes del causante. Esta sentencia, por lo tanto se refiere al usufructo universal como LEGÍTIMA DE LA VIUDA, que no es nuestro caso donde el usufructo no viene impuesto por la Ley sino por voluntad del testador. Aun así, esta Sentencia desestima la petición de conmutación en una cantidad de dinero realizada por la viuda, pues declara no venir fundamentada en norma o precepto legal alguno, no encuentra acomodo en ninguno de los artículos del Código Civil previstos para la conmutación del derecho de usufructo".

Por último, queda decir que el Art. 839 CC prevé la conmutación del usufructo legitimario, no del usufructo universal, al que no puede hacerse extensiva, porque de haberlo querido el Legislador, así o hubiera dispuesto. Por lo tanto, la conmutación, caso de considerarse por la Sala que procedo respecto de la legítima viudal, jamás podría rebasar los márgenes propios de la legítima viudal.

La analogía solo puede ser aplicada cuando no exista norma que contemple un supuesto específico pero exista otra que regule otro supuesto semejante entre los que se aprecie identidad de razón (Art. 4.1 CC) lo que aquí no concurre, pues no existe identidad de razón entre el usufructo legitimario del cónyuge viudo obligatorio e impuesto por la ley al testador, y el usufructo universal voluntario establecido por el testador. Además, en este último caso, estamos ante un legado de cosa cierta y específica, y existen normas que regulan dicha institución sin necesidad de acudir a la analogía.

Y no se aduzca de contrario como justificación a la conmutación en contra de la voluntad del causante Sr. Agustín, las malas relaciones de los Hermanos Josefina Pablo con su abuelastra. Estas malas relaciones han sido provocadas por los Hermanos Josefina Pablo, los cuales incluso se han atrevido a someter a la esposa de su abuelo, a su edad, a un procedimiento penal por supuesta falsedad de firmas. el cual ha terminado en Sentencia FIRME que absuelve a la Sra. Sonsoles. Un calvario es lo que le han hecho pasar a la Sra. Sonsoles desde el fallecimiento de su marido.

SEGUNDO AL SEGUNDO: El segundo motivo de recurso se basa en la infracción del Art, 218 LEC sobre congruencia de las sentencias. Los recurrentes denuncian que la Sentencia infringe dicho artículo puesto que declara que el albacea nombrado por el causante deberá realizar nuevo cuaderno particional mientras ellos no pidieron tal tutela en su demanda. Al pronunciarse la sentencia sobre este extremo, entienden los recurrentes que se incurre en incongruencias, resolviendo sobre cuestiones no solicitadas.

Además, denuncian que la Sentencia no establece plazo para aceptar y realizar la partición, y que ello les causa indefensión.

Nos oponemos al motivo, pues entendemos que en modo alguno incurre la sentencia en incongruencia, y en ningún caso infringe los artículos 904, 905 y 911 CC. La denuncia de infracción de estos preceptos sustantivos es totalmente artificiosa, pues mediante la denuncia de su infracción se pretende modificar la Sentencia en extremos que no formaron parte siquiera del objeto del proceso.



Los recurrentes, en el punto 1 del Suplico de su demanda solicitaron "se declare la ineficacia (por nulidad, anulabilidad o rescisión) y se invaliden o dejen sin efecto tanto el cuaderno particional como el contrato de arrendamiento del hotel de fecha 5 de abril de 2001 y reseñado en el cuerpo de este escrito y se ordene una nueva partición que deberá partir de la invalidez del contrato de arrendamiento y de la inclusión de todas y cuantas donaciones indirectas llevó a cabo el causante a favor de la demandada y descritas en los hechos undécimo y duodécimo. Y que se proceda a la conmutación del usufructo de la demanda.

En ningún momento ni de la primera instancia ni de la segunda instancia, los actores ahora recurrentes solicitaron que la partición NO fuera llevada a cabo por el albacea nombrado, o que so debiera someter el albaceazgo a un plazo distinto de conferido por el testador. Ni siquiera se citaron los preceptos que ahora se denuncian infringidos (904, 905, 910 y 911 CC). Simplemente se solicitó la nulidad del cuaderno particional realizado. Con las consecuencias que a declaración de nulidad acarrea.

Tal y como solicitó a parte adversa, se ha declarado por la Sentencia impugnada la nulidad del cuaderno particional. Pues bien, los efectos de la declaración de nulidad de la partición no pueden ser otros que los que se derivan de la falta de eficacia de dicho acto, sin necesidad de que expresamente sean solicitados. Es decir, la declaración de nulidad provoca que deba actuarse como si la partición no hubiera existido, El Tribunal Supremo (en Sentencia, por ejemplo, de 3 de mayo de 1980) ha declarado que a falta de regulación especial en el Código Civil sobre nulidad de las particiones, fuera del precepto singular del art. 1081 CC, habrá que entender aplicables a la materia las normas sobre ineficacia de los negocios jurídicos y principalmente de los "inter vivos" contractuales. Por lo tanto, ninguna incongruencia puede existir cuando el Juez concede justamente la tutela solicitada, que era la nulidad, con las consecuencias que la nulidad acarrea previstas en el Código Civil, Art. 1303 CC .

Por otro lado, ni se ha producido la remoción del albacea, ni su renuncia, ni su muerte, ni ha transcurrido el lapso de tiempo señalado por el testador para realizar la partición, ni se entiende esta realizada habida cuenta que ha sido anulada.

El hecho de que la Sentencia no haya señalado ni plazo para aceptar y ni para realizar la nueva partición, no determina en modo alguno incongruencia. No solicitó la parte actora que se fijara plazo para ello. No puede ahora suplir su olvido en sede casación. La casación no tiene esta función. Además, la declaración de nulidad produce unos efectos que son los legales no los que quieren las partes.

Máxime cuando el plazo para aceptar el albaceazgo viene provisto expresamente en el Art. 898 CC : <<el albaceazgo es cargo voluntario y se entenderá aceptado por el nombrado para desempeñarlo si no se excusa dentro de los seis días siguiente a aquél en que tenga noticia de su nombramiento>>. Además, hay que recordar que el albacea ya aceptó su cargo en su día.

El plazo para realizar la partición es el plazo que el testador le confirió al albacea. En su defecto, existen normas legales que disponen el plazo. Así, el Art. 904 <<El albacea, a quien el testador no haya fijado plazo, deberá cumplir su encargo dentro de un año contado desde su aceptación o desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez o nulidad del testamento o de alguna de sus disposiciones>>. Por su parte el Art. 905 CC establece «si el testador quisiera ampliar el plazo legal, deberá señalar expresamente el de la prórroga. Si no lo hubiese señalado, se entenderá prorrogado el plazo por un año.>>

Se ha declarado la nulidad del cuaderno particional pero no del nombramiento de albacea, ni su cargo ha sido removido ni tan siquiera ha sido ello solicitado de adverso, ni el cargo ha sido denunciado, motivos todos ellos que determinan que deberá estarse a las imposiciones testamentarias sobre este punto.

Por lo tanto, en modo alguno puede ser dejada a partición en manos de los herederos, pues no era ésa la voluntad del testador, mucho más prudente de lo que loson sus herederos, al pretender ahora, tras diez años de pleitos innumerables contra la esposa de su abuelo, realizar ellos mismos la partición. Ello sí que colocaría a la herencia en una posición imposible, habida cuenta las malas relaciones entre las partes. Dejar en manos de los herederos la ejecución de la voluntad del testador es condenar irreversiblemente a las partes a un nuevo pleito.

TERCERO AL TERCERO este tercer motivo de casación denuncia también infracción de normas procesales, nuevamente del art. 218 LEC , porque entiende que la Sentencia es incongruente, al resolver de forma distinta dos cuestiones iguales. Este motivo de casación por razones procesales carece de fundamento, y entendemos que no supera el juicio de la admisibilidad del recurso.

El motivo expone que la Sentencia ha declarado que para la conmutación del usufructo en la nueva partición a efectuar, se tomarán los valores que utilizó el albacea en la partición anulada. Este criterio no es discutido por la adversa. Por otro lado la Sentencia ha declarado que las transmisiones habidas entre los cónyuges de 53 particiones sociales de Salmonsjandoh Invest SL y la finca NUM000 , son transmisiones gratuitas, por cuanto no se ha desvirtuado la presunción de gratuidad del Art. 4 de la Compilación. Continúa la Sentencia: "Por ello y de conformidad con lo dispuesto en el párrafo tercero del Art. 47 de la referida Compilación tales liberalidades



debes ser computadas en la forma que se establece en dicho artículo". Y esto es precisamente lo que impugna la adversa, porque entiende que no debe aplicarse este artículo 47.3 de la Compilación, sino que hay que estar a unos valores distintos más convenientes para ella.

La Sentencia ha declarado que las transmisiones habidas entre los cónyuges D. Agustín y la Sra. Sonsoles de 53 participaciones sociales de Salmonsjandoh Invest SL y a finca NUM000, fueron transmisiones gratuitas y que, por lo tanto, se trata de liberalidades conmutables de las previstas en el Art. 47.3 de la Compilación, que establece que «Al valor líquido así determinado se añadirá el de las liberalidades computables, por el que tenían lugar al ocurrir el fallecimiento, previa deducción de las mejoras útiles y de los gastos extraordinarios de conservación o reparación, costeados por el beneficiario y con agregación del importe de los deterioros causados por culpa del mismo que hubieran disminuido su valor».

Es evidente que si la Sentencia declara que estos bienes son liberalidades conmutables en base al Art. 47 de la Compilación (que no olvidemos es una tutela que solicitó la propia adversa en su demanda) ha de aplicar dicho artículo que precisamente prevé cómo conmutarán estas liberalidades, al valor que tenían en el momento del fallecimiento y previa deducción de las mejoras útiles y los gastos extraordinarios de conservación o reparación.

Francamente, da la impresión tanto en este motivo como en el anterior, que la adversa solicitó unas concretas tutelas judiciales (nulidad del cuaderno particional y conmutación de ciertos bienes como liberalidades) y que una vez obtenidas las declaraciones de nulidad de la partición y de liberalidad de estos bienes interesados, ahora no le van bien las consecuencias que tales declaraciones judiciales acarrearán. Estas declaraciones judiciales acarrearán las consecuencias que prevé la Ley, no las consecuencias que le apetezcan o le irían bien a la adversa.

No puede estarse a un valor distinto del que tenían las 53 participaciones sociales y la finca NUM000 en el momento del fallecimiento del causante y previa deducción de las mejoras y gastos extraordinarios, etc, porque la Ley (Art. 47 Compilación) expresamente impone que será éste el valor a tener en cuenta en la conmutación de estas liberalidades. Además, si se aplicaran los valores que quiere la adversa, se hurtaría la posibilidad de esta parte de deducir las mejoras y gastos extraordinarios de conservación realizados.

Por otro lado, la adversa no ha impugnado la Sentencia por indebida aplicación del Art. 47 de la Compilación, por lo que le está vedado discutir la aplicación que de dicho artículo sustantivo ha realizado la Sentencia. Conforme al Acuerdo de 30 de diciembre de 2011 alcanzado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre criterios de admisión de los recursos extraordinarios, ni se ha indicado en el escrito de interposición la infracción concreta de norma sustantiva, que además ha de hacerse en el encabezamiento o formulación de cada uno de los motivos en los que se funde el recurso o deducirse claramente de su formulación sin necesidad de acudir al estudio de su fundamentación, ni se indica fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada, en relación con la norma aplicable al caso que se denuncie como infringido (artículo 481.1 LEC).

Respecto de la finca NUM000, además, quieren los recurrentes Sres. Josefina Pablo que la misma se valore conforme a una valoración aportada por ellos en la instancia y que la Sentencia impugnada no ha tenido en cuenta. Entendemos que en este punto, el motivo debió ser inadmitido, habida cuenta que soterradamente se está impugnando la valoración de la prueba practicada, lo cual está vedado en casación y solo puede ser estimado en casos flagrantes de arbitrariedad o manifiesta irracionalidad.

Por todo lo anterior, procede la desestimación del motivo.

CUARTO AL CUARTO: A nuestro juicio, este motivo debió ser inadmitido, pues se impugna una condena en costas, que es un extremo que está vedado a la casación y al recurso extraordinario por infracción procesal. El Tribunal Supremo tiene dicho que los pronunciamientos sobre costas no están incluidos en motivo alguno de los del Art. 469.1 LEC y que la condena en costas no se incluye entre los artículos reguladores de la sentencia, aparte que la condena en costas no puede entenderse como causante de indefensión. De esta manera, una condena en costas no puede llegar a recurso extraordinario, siendo su techo la apelación.

Por todos, Auto del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2002 (recurso de queja núm. 1350/2002 : « En relación con este punto, si bien las normas que regulan la condena al pago de las costas han de considerarse de naturaleza procesal, y se ha reiterado en numerosos Autos que en ningún caso son aptas para fundar el recurso de casación, por exceder del ámbito de éste las cuestiones procesales, es ahora el momento de afrontar y dejar igualmente sentado que tampoco las normas sobre costas pueden ser invocadas por medio del recurso extraordinario por infracción procesal. No todas las infracciones procesales son controlables a través del recurso extraordinario, ni en el régimen provisional regulado en la Disposición final 16ª de la LECiv/2000, ni siquiera en el más amplio del articulado (arts. 468 y siguientes), que tiene todavía pospuesta en parte su vigencia (vid. disp final 16ª apartado 2); además es imprescindible, aparte la recurribilidad de la sentencia, que la vulneración de la norma procesal sea incardinable en alguno de los motivos tasados en el art. 469.1 LECiv/2000, en ninguno de los cuales tiene encaje adecuado la infracción de los artículos sobre costas, dado que el pronunciamiento



relativo a éstas no se regula en la ley de enjuiciamiento dentro de las normas sobre las resoluciones judiciales, en los arts. 206 a 215, sino que es tratado en diferente Libro de la LECiv/2000 (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) (Libro II Título 1, Capítulo VIII, arts. 394 a 398 LECiv/2000) donde se establecen las disposiciones relativas a "la condena en costas", que, evidentemente, no tienen cabida en el motivo segundo, del art. 469.1 LECiv/2000, referido únicamente a normas reguladoras de la sentencia, ni tampoco en el motivo tercero del mismo precepto, atinente a normas que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad o hubiere podido producir indefensión; obviamente la falta de un motivo en que tenga encaje la vulneración de las normas sobre costas es razón bastante para considerar que el legislador ha optado por excluir del recurso extraordinario procesal la verificación de la aplicación de los preceptos correspondientes, ni siquiera para el control del criterio objetivo, único que la jurisprudencia de esta Sala venía admitiendo como susceptible de fiscalización a través del recurso de casación bajo el régimen de la LECiv/1881 (LEG 1881, 1)...>>

En cualquier caso, y a los efectos meramente dialécticos, hay que recordar que la parte adversa ha visto desestimadas todas y cada una de las pretensiones referidas a la sociedad SALMONSJANDOH INVEST SL, por lo que en aplicación directa del principio del vencimiento objetivo, es procedente la condena en costas en relación a las costas causadas a dicha mercantil. Así lo prevén los Art. 394 y 398 LEC.

En nada afecta a lo anterior que la administradora de la sociedad sea la Sra. Sonsoles. Qué tendrá que ver una cosa con la otra.

Por último, queremos señalar que respecto del procedimiento penal al que hace referencia la adversa sobre supuesta falsedad de las firmas existentes en contrato de arrendamiento de la sociedad SALMONSJANDOH y el causante, existe SENTENCIA FIRME ABSOLUTORIA DE DICHA QUERELLA, QUE ABSUELVE A Sonsoles. Además, y por si ello no fuera suficiente EXISTE ADEMÁS AUTO de 16 de enero de 2013 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA QUE DECLARA NO HABER LUGAR A LA NULIDAD DE LA SENTENCIA ABSOLUTORIA de D^a. Sonsoles, con expresa condena en costas a los Hermanos Josefina Pablo.

Que se traiga a colación para discutir un pronunciamiento de costas este procedimiento penal completamente injusto al que los hermanos Josefina Pablo sometieron a la Sra. Sonsoles, está totalmente fuera de lugar. Pretende solamente la parte adversa predisponer a la Sala frente a la Sra. Sonsoles, parte perjudicada en todo este asunto. Lo que es más, cuando la adversa presentó su recurso de casación, ya existía sentencia absolutoria firme del procedimiento penal.

Por este motivo) se acompaña al presente escrito copia de la Sentencia firme absolutoria de 28.01.2011, del Auto que declara la firmeza de 28.11.2011 y del Auto de la Audiencia que declara no haber lugar a la nulidad de 16.01.2013 para zanjar de una vez por todas este triste asunto de la querrela interpuesta por los nietos frente a la esposa de su difunto abuelo, sometiéndola a un procedimiento penal sin ninguna base. Sobran más comentarios al respecto, las resoluciones judiciales acompañadas hablan por si solas.

QUINTO Esta parte entiende que no es necesaria la celebración de vista, habida cuenta la inexistencia de prueba a practicar.

A LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA que habiendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, teniendo por formalizada OPOSICIÓN en nombre de D^a Sonsoles frente al recurso interpuesto por los Hermanos Josefina Pablo, y previos los trámites legales oportunos, dicte sentencia por la que se declare la DESESTIMACIÓN total del recurso de casación interpuesto por los hermanos Josefina Pablo y la ESTIMACIÓN del recurso de casación interpuesto por esta parte, en los términos solicitados en este último.

OTROSÍ DIGO: Esta parte considera INNECESARIA la celebración de vista en ninguno de los dos recursos interpuestos.

SUPLICO DE NUEVO A LA SALA que tenga por realizada la manifestación anterior en cumplimiento del Art. 485 LEC y acuerde señalar día y hora para la votación y fallo de los recursos, sin celebración de vista."

VIII.- Por Providencia de fecha 21 de marzo pasado se señaló el día 15 de abril de 2013 para deliberación del presente recurso.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Antonio Federico Capó Delgado

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Por razones metodológicas han de analizarse en primer lugar los tres motivos de casación interpuestos, por la Procuradora Sra. Alemany Morey, por la vía del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 (LEC) pues a pesar de que en ellos se denuncian varias infracciones procesales es esta la técnica instaurada en su Disposición final 16^a.



En su segundo motivo de casación se sostiene que la sentencia es incongruente, ya que "resuelve un extremo (el que el albacea cuyo cuaderno ha sido declarado nulo vuelva a realizarlo) que no se había solicitado en la demanda ni planteado por las contrapartes y, al hacerlo, infringe lo dispuesto en el artículo 218 de la LEC "

El punto de este artículo que ahora interesa dice "Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito."

En el escrito rector del procedimiento se suplicó, literalmente, que un "contador partidor" efectuara la nueva, o futura, "partición" y así:

1º En el Hecho Décimo Sexto de la demanda se lee que "debe decretarse que el cuaderno es ineficaz para que se designe judicialmente un contador partidor para que lleve a cabo la partición sobre las bases que la misma sentencia ha de fijar".

2º En el punto Primero del Suplico se solicita que se "declare la ineficacia (por nulidad, anulabilidad o rescisión) y se invaliden o dejen sin efecto tanto el cuaderno particional como el contrato de arrendamiento del hotel de fecha 5 de abril de 2001 y reseñado en el cuerpo de este escrito y se ordene una nueva partición..."

3º En el Segundo se escribe que "De forma subsidiaria, y para el supuesto de que no se acuerde la ineficacia del contrato de arrendamiento , pero sí la del cuaderno particional, se deberá fijar en la sentencia que el contador partidor que lleve a cabo la futura partición..."

4º En este mismo lugar, nuevamente de forma subsidiaria, se suplica que los actores reciban las cantidades que se indican en concepto de "legítima y falcidia", que se fijan con referencia al año 2001 y que se dice "pendientes de la actualización que lleve a cabo el Tribunal o el contador partidor"

El Fallo de la sentencia es congruente con la demanda ya que ha resuelto las cuestiones en ella planteadas y ha estimado, parcialmente, la primera petición subsidiaria del Suplico al declarar "la nulidad del cuaderno particional otorgado por el albacea , comisario, contador-partidor testamentario D. Jose Carlos " y acordar que "por dicho albacea, comisario, contador- partidor se verifique una nueva partición y adjudicación de bienes de la herencia..."

Si lo que se solicitaba era que se designara judicialmente un contador-partidor esto es lo que se ha hecho en la sentencia que, en este trance, ha designado al albacea, comisario y contador-partidor testamentario.

La pretensión de que no fuera el Sr. Jose Carlos el contador partidor que lleve a cabo la futura partición no fue deducida oportunamente en el pleito al suscitarse, por vez primera, en este recurso.

En este mismo momento, también extemporáneamente, se invocaron los artículos 904 y 905 del Código Civil (CC), referidos al plazo que tiene el albacea para cumplir su encargo, y sus artículos 910 y 911, sobre la terminación del albaceazgo, y se afirmó que, al haber terminado éste, son "son los herederos los que deben realizar la partición."

Tal tesis es antagónica con la totalidad de la demanda y con su suplico, en el que jamás se solicitó esta declaración.

La invocación de preceptos sustantivos está, además, fuera de lugar en un motivo de carácter exclusivamente procesal.

El recurrente lo viene a reconocer al formular alegaciones a la Providencia de esta Sala de 14 de enero de 2013, en la que se señalaba como posible causa de inadmisión del motivo el "contener, en parte, cuestiones de derecho sustantivo", ya que aclaró que "La mera cita de los artículos 904 , 905 , 910 y 911 del CC , no sustraen, alteran o vician la naturaleza procesal de este motivo"

La desestimación se impone.

SEGUNDO. El tercer motivo de casación del actor es "Por infracción de lo dispuesto en el art. 218 de la LEC sobre la congruencia de las sentencias (art. 477.1 de la LEC)"

Del 218.1 destaca, en especial, el inciso en que dice que las sentencias deben decidir "todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate", con lo que parece que denuncia falta de exhaustividad.

La sentencia de la Audiencia es exhaustiva pues ha resuelto todos los puntos litigiosos.

En base a parte del 218.2 escribe que la sentencia debe incidir "en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón", de modo que con esta cita podría parecer que tacha a aquella de falta de motivación, máxime si se tiene en cuenta que el texto completo del artículo 218.2 reza: "Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a



la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón" y que la mejor doctrina estima que este artículo, junto al 209, es uno de los preceptos principales sobre el tema contenidos en esta Ley.

La motivación existe pues cualquier lector imparcial de la sentencia entiende sus razonamientos de manera que no puede decirse que sea un puro acto de voluntad de la Audiencia.

Sin embargo aquel parece, en definitiva, pretender que lo que se produce es una falta de "congruencia interna" de la misma "cuando se da, en el fallo, un tratamiento distinto a los tres bienes que la sentencia ordena que se traten en el nuevo cuaderno particional" por cuanto en relación a la conmutación del usufructo se señala que "debe hacerse partiendo de los valores que utilizó el albacea en la partición declarada nula", mientras que al referirse a la finca registral NUM000 y a las 53 participaciones sociales de la entidad Salmonsjandoch Invest SL decide que "deben ser valoradas de la forma establecida en el art. 47 de la Compilación" y, por ello, solicita que "se anule la Sentencia en cuanto ordena que la nueva partición sea llevada a cabo, para la conmutación, con los valores recogidos en el cuaderno particional y no aplica el mismo criterio a los otros dos bienes cuya colación ordena"

Sus Fundamentos de Derecho (FD) Duodécimo, Décimo-Tercero y Vigésimo-Segundo están dedicados al tema y tras llegar a la conclusión, ya firme, de que se trata de "transmisiones gratuitas" del causante a la Sra, Sonsoles y, por tanto, "liberalidades computables", acuerda, en el punto 2 de su Fallo, que se debe "computar en la herencia del causante el valor de las 53 participaciones sociales de la entidad Salmonsjandoh Invest SL y el de la finca registral NUM000, en la forma establecida en el artículo 47 de la Compilación del Derecho Civil de les Illes Balears"(CDCB).

Así el Fallo es congruente con la pretensión de la actora de colacionar tales bienes.

Una vez que la sentencia ha fundamentado, sin infracción de las reglas de la lógica ni de la razón, los motivos por los que los indicados bienes son, en realidad, liberalidades computables impone su valoración conforme al artículo 47.

Éste parte del "valor base" que "tenían las liberalidades al ocurrir el fallecimiento", en nuestro caso el 11 de junio de 2001, del que han de deducirse "las mejoras útiles y los gastos extraordinarios de conservación o reparación costeados por el beneficiario" y al que han de agregarse "el importe de los deterioros causados por culpa del mismo que hubieran disminuido su valor."

No consta en autos el "valor base" ni de las 53 participaciones ni de la finca NUM000.

Es más, en relación a las participaciones el recurrente ha adoptado distintas, y contradictorias, posiciones:

1ª en el recurso se quiere que valgan 205.195,83 €, resultado de multiplicar por 53 el precio unitario, de 3.871,62 €, de cada una de las 64 participaciones valoradas en la escritura de partición y adjudicación, que asciende a 247.783,84 €

2ª en el hecho Séptimo de la demanda parece que se acepta que las 64 participaciones valen estos 247.783,84 €.

3ª en el hecho Décimo, en cambio, opina que estas 64 participaciones tienen un valor nulo.

4ª en este mismo hecho sostiene que las 53 participaciones, en el año 1999, valían "al menos de 163.654 euros"

En cuanto a la finca obra una valoración a fecha de 2001, pero no específicamente a la fecha de "ocurrir el fallecimiento".

Es evidente que no se han practicado las eventuales deducciones y agregaciones, por lo que el valor que ahora se pretende no es, casi con certeza, el previsto en el artículo 47, sin que quepa, en hipótesis, descartarlo, pues el Fallo no lo predetermina.

En estas condiciones tampoco hay incoherencia interna en la sentencia.

El motivo no prospera.

TERCERO. El Cuarto motivo de casación de dicha parte es "Por infracción de lo dispuesto en el art. 394 de la LEC sobre la condena en costas (art. 477.1 de la LEC)" y en el reproduce el tercer motivo del "recurso extraordinario por infracción procesal" en el que denunciaba la "infracción de las normas reguladoras de la sentencia"

La contraparte se opone al motivo y, con invocación del Auto del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2002, sostiene que "A nuestro juicio, este motivo debió ser inadmitido, pues se impugna una condena en costas, que es un extremo que está vedado a la casación y al recurso extraordinario por infracción procesal"



La STS de 6 de junio de 2012 enseña que "fuera de los casos en los que la resolución judicial sobre la imposición de las costas procesales afecta al derecho fundamental a la tutela efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española por incurrir en error patente, arbitrariedad, manifiesta irrazonabilidad o, en su caso, la decisión resulte inmotivada, como apunta la sentencia 51/2009, de 23 de febrero como tenemos declarado en la sentencia 798/2010, de 10 diciembre las normas sobre costas no pueden ser invocadas el recurso extraordinario por infracción procesal (AATS de 5 de octubre de 2010, RCIP 2131/2009 14 de septiembre de 2010, RCIP 1833/2009 STS de 10 de febrero de 2010 , RCIP 1975/2005). A este respecto se ha reiterado que no todas las infracciones procesales son controlables a través del recurso extraordinario y es imprescindible que la vulneración de la norma procesal tenga encaje en alguno de los motivos tasados en el artículo 469.1, lo que no sucede con las normas relativas a imposición de costas. Esta razón es bastante para considerar que el legislador ha optado por excluir del recurso extraordinario procesal la verificación de la aplicación de los preceptos correspondientes a la imposición de costas, ni siquiera para el control de la aplicación del criterio objetivo, único que la jurisprudencia de esta Sala venía admitiendo como susceptible de fiscalización a través del recurso de casación bajo el régimen de la LEC 1881 pues ya era reiterada la doctrina sobre la exclusión de toda revisión del criterio subjetivo, en orden a la concurrencia o no de circunstancias excepcionales, temeridad o buena fe (SSTS de 7 de abril de 2006, RC 2804/1999 , 16 de mayo de 2008 , RC 530/2001 , 6 de febrero de 2007 RC 941/200). Corrobora esta conclusión la explícita previsión del recurso de apelación sobre costas, en el artículo 397 LEC , sin mención del recurso extraordinario por infracción procesal, lo que significa que solo se contempla la impugnación en materia de imposición de costas en el recurso de apelación."

Atendidos estos importantes matices la Sala prefirió estudiar el tema en sentencia, como se hizo, por ejemplo, en la citada STS de 6 de junio de 2011 y en la de 28 de junio de 2012 , que entraron en el análisis de las razones o argumentos esgrimidos para la decisión sobre las costas y de si eran arbitrarios o irrazonables.

En la primera se afirma que "La aplicación de las anteriores premisas al caso de autos es determinante de la desestimación del recurso, ya que la sentencia recurrida ha argumentado extensamente la razón por la que mantiene el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia que condenó al pago de las costas procesales, sin que pueda tildarse de arbitraria ni irrazonable" y en la segunda se lee que "Las alegaciones efectuadas en el motivo en relación con la infracción del artículo 394 carecen de fundamento, ya que se desarrollan al margen de lo razonado por la sentencia recurrida"

En ésta se continua diciendo que "En consecuencia, en el motivo -en la parte en la que se denuncia la infracción del artículo 394 LEC - se incurre en las causas de no-admisión de carencia manifiesta de fundamento prevista en el artículo 473.2.2.º LEC , y en la prevista en el artículo 473.2.1º, LEC , en relación con el artículo 469.1 LEC , que en este momento procesal son causas de desestimación, sin que obste el que en su día se hubiera admitido el motivo, dado el carácter provisorio del auto de admisión respecto de la sentencia definitiva (SSTS de 17 de mayo de 2002 , RC n.º 3882 / 1996 , 1 de febrero de 2007 , RC n.º 711 / 2000 , 13 de febrero de 2009, RC n.º 2/2001) y ello pese a que antes se dijera que "La infracción de las normas sobre imposición de costas no puede ser alegada en el recurso extraordinario por infracción procesal, según reiterada doctrina de esta Sala (AATS de 5 de octubre de 2010 , RCIP 2131/2009 , 14 de septiembre de 2010 (PROV 2010, 347695), RCIP 1833/2009 , STS de 10 de febrero de 2010 SIC, RCIP 1975/2005)."

Todo ello hace que no se comparta la impugnación analizada.

El recurrente afirma que el precepto que se denuncia como infringido ordena que "no debe existir condena en costas si hay estimación parcial o si hay serias dudas de hecho o de derecho" y que no procede la condena en las costas causadas por la entidad codemandada absuelta puesto que "la sociedad absuelta tiene como administradora única a la demandada condenada y ha sido un instrumento utilizado por dicha administradora, condenada personalmente, para eludir parte de las consecuencias hereditarias" y porque "había serias dudas de hecho y derecho, como lo pone de manifiesto el que llegó a existir (y se encuentra pendiente de recurso) un procedimiento penal por las firmas obrantes en el contrato de arrendamiento a favor de la sociedad y un arriendo a favor de esta sociedad en circunstancias muy extrañas (proximidad de la muerte del causante, precio del arriendo muy inferior al del mercado, duración inusualmente larga) que conducía a que el arriendo y el contrato a favor de la sociedad fue una forma de vaciar la herencia del causante en perjuicio de sus herederos", por lo que solicita la casación de la sentencia "en el extremo de la imposición de costas a favor de una de las demandadas y a cargo de mis mandantes"

Tal argumentación hace supuesto de la cuestión al dar por probados unos hechos que no lo han sido y ello determina, inexorablemente, su fracaso y el del motivo.

Hay que precisar que no estamos ante una estimación parcial de la demanda en relación a la entidad Salmonsjandoh Invest SL, sino que en el Fallo de la sentencia de la Audiencia se lee que se la absuelve "de



las pretensiones contra ella deducidas en la demanda principal" y que "se imponen a la actora las causadas por la entidad codemandada absuelta"

Ésta es una persona jurídica y la Sra. Sonsoles es su administradora única, pero de ello no deduce la sentencia que tal entidad "ha sido un instrumento utilizado por dicha administradora, condenada personalmente, para eludir parte de las consecuencias hereditarias."

Todo lo referente al contrato de arrendamiento del Hotel ha sido visto de modo distinto en la sentencia recurrida que, en sus Fundamentos de Derecho (FD) Décimo-Noveno y Vigésimo, llega a las siguientes conclusiones:

1ª el tema de la falsedad de la firma del causante en dicho contrato fue ya resuelto en el Auto de la Audiencia Provincial de 5 de diciembre de 2011, al que se remite por obrar en el Rollo.

2ª el contrato de arrendamiento otorgado el 5 de abril de 2001, cuya nulidad pretenden los actores, no puede desvincularse del contrato anterior, es decir, el otorgado el 1 de enero de 1997.

3ª relacionando el segundo de los contratos de arrendamiento con el primero no puede concluirse, como pretenden los apelantes en su recurso, que el referido segundo contrato fue otorgado sin otra finalidad que la de perjudicar a los herederos del causante.

4ª la renta pactada en el segundo contrato es superior a la pactada en el primero de ellos.

5ª del hecho que se pactara en el segundo un plazo de quince años y en el primero un plazo de cinco años, no puede deducirse que tal plazo más largo se estableciera con la finalidad de perjudicar a los herederos.

6ª obra en autos el peritaje de D. Luis Antonio (folios 933 y siguientes) en el que se exponen las razones por las cuales considera que el precio del alquiler del hotel Honderos debe considerarse razonable y adecuado al mercado.

7ª en atención a los diversos informes periciales obrantes en autos no resultan admisibles los valores que se señalan en los informes aportados con la demanda según que el hotel este o no arrendado.

No impugnada la sentencia en la parte que desestima la petición relativa a la ineficacia (por nulidad, anulabilidad o rescisión) del contrato de arrendamiento del hotel de 5 de abril de 2001 es obvio que ahora esta Sala no puede analizar los referidos argumentos ni oponerse a ellos, como, de hecho, pretende el recurrente ni aún a los solos efectos de liberarle de la condena en costas.

La sentencia recurrida, en fin, esta suficientemente fundada en la medida que aplica el criterio legal objetivo del vencimiento al decir, en su FD Vigésimo-Sexto, que se imponen a la actora las costas "causadas a instancia de la codemandada absuelta Salmonsjandoh Invest SL, conforme a lo dispuesto en el artículo 394,1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "

CUARTO. El procurador Sr. Socías Rosselló interpone tres motivos de casación tendentes a que se "se desestime la nulidad del cuaderno particional por falta de conmutación del usufructo legitimario" y como van encaminados bien a la inaplicación de la referida conmutación, bien a estimar que caducó el plazo para solicitarla o, por último, a entender que no cabe ésta por no contar con el acuerdo de la viuda, han de estudiarse prioritariamente al motivo de casación de la actora-recurrente, que solicita la ampliación de la misma a los dos tercios del usufructo de la viuda.

El primer motivo de casación denuncia la "Infracción por aplicación incorrecta del artículo 839 del CC por remisión del artículo 48 (último párrafo) de la Compilación Balear (CDCB) en relación con la infracción por falta de aplicación del art. 882 y 886 CC sobre legado de cosa cierta y específica"

La demandada-recurrente sostiene que "el usufructo universal es legado de cosa cierta y específica y que, como tal, solo cumple el heredero entregando precisamente dicho usufructo universal, lo que veda la posibilidad de conmutar la parte de usufructo legitimario viudal" de modo que "se ha aplicado erróneamente el art. 839 CC, pues se obvia la existencia de usufructo universal conferido por el causante a favor de su viuda, el cual responde a la figura jurídica del legado de cosa cierta y específica (art. 882 CC). Se diferencia del usufructo legitimario en que no viene impuesto por la Ley, sino por la voluntad expresa y clara del causante. Por esta razón las normas sobre legítimas y conmutación del usufructo viudal no afectan al legado de usufructo universal vitalicio y no le pueden ser aplicadas. Al legado de usufructo universal vitalicio, en tanto que legado, le deben ser aplicadas las normas sobre legados" por lo que, concluye, "no es de aplicación al caso de autos el artículo 839 CC sino el artículo 886, puesto que la existencia de usufructo universal vitalicio veda la posibilidad de aplicación de las normas de conmutación del usufructo viudal, ya que de conmutarse la parte del usufructo viudal, se contraviene la voluntad expresa y manifiesta del testador, voluntad que consistió específicamente en legar a su esposa de forma vitalicia el uso y disfrute de todos sus bienes, sin hacerla heredera (con las obligaciones que ello comporta)"



Al así argumentar no tiene en cuenta sus propios actos a lo largo de todo el proceso de modo que trae a casación una auténtica "cuestión nueva", lo que está vedado según constante jurisprudencia de la que son muestra las SSTs de 14 de febrero, 30 de abril, 13 y 30 de junio de 2012, y no respeta los hechos indiscutidos, por lo que el motivo peca.

La escritura de partición y adjudicación de fecha 6 de junio de 2003, autorizada por el Notario D. José Antonio Carbonell, atribuye a la viuda en la herencia del causante sólo el usufructo vitalicio sobre 2/3 del caudal hereditario, no el usufructo universal, pues, según se lee en ella "En el cumplimiento de la función de albaceazgo debe tenerse en cuenta, no sólo el testamento como instrumento básico dispositivo de bienes, sino también los preceptos legales de carácter imperativo en orden a la sucesión" (folio 60), a consecuencia de lo que concluye que "D^a Sonsoles ostenta por título de legítima el usufructo vitalicio de 1/2 del haber hereditario y el usufructo de 1/6 del haber en concepto de legado puro lo que nos conduce a un usufructo de 2/3 sobre el total caudal"(folio 61).

La postura procesal de la recurrente ha sido siempre intentar la subsistencia de dicha partición y, por ello, solicitó la desestimación de la demanda y consintió la sentencia de primera instancia, que desestimaba tanto esta como su propia reconvencción, e, incluso, en el presente recurso solicita que se declare "no haber lugar a ninguno de los pedimentos de la demanda, y especialmente, se desestime la nulidad del cuaderno particional por falta de conmutación del usufructo legitimario y por la falta de inclusión en el inventario de los bienes del causante de la finca de DIRECCION000 y las 53 participaciones de Salmonsjandoh Invest SL"

Si la viuda, en la partición consentida por ella, no es usufructuaria universal vitalicia huelga toda especulación basada en argumentar "como si" lo fuera.

Por otra parte el que se atribuyera su legítima a título, particular, de legado y no a título, universal, de heredero no hace, como se pretende, que estemos ante el legado de "cosa específica y determinada propia del testador", que determina que el legatario adquiera "su propiedad desde que aquél muere" (artículo 882 del CC) y que el heredero deba "dar la misma cosa legada, pudiendo hacerlo" (artículo 886 del CC).

Es muy significativo que nunca se haya estimado "propietaria" pues en la contestación a la demanda se dice "usufructuaria" y así en el Hecho Sexto a Sexto se reconoce que a los herederos les corresponde "un sexto de la herencia, pero con el gravamen del usufructo del cónyuge."

El que se haya extendido el usufructo por voluntad del causante más allá de lo que a la viuda le correspondía por legítima no altera que la mitad del haber hereditario lo reciba en esta calidad, con todas las consecuencias legales inherentes sin olvidar, por tanto, las señaladas en el último párrafo del artículo 48 CDCB en el que se lee que "Los herederos podrán hacer uso de la facultad establecida en el artículo 839 del Código Civil y el cónyuge viudo en la del artículo 840 del mismo cuerpo legal "

QUINTO. El segundo motivo de casación del mismo Procurador se interpone por "Infracción por inaplicación del plazo de caducidad de un año previsto en el artículo 844 del CC, aplicable por analogía a la conmutación del usufructo legitimario"

El recurrente niega que la conmutación, en el supuesto analizado, esté permitida pero destaca que, en todo caso, "habría sido solicitada fuera del plazo previsto para ello, que es de un año, atendiendo analógicamente a lo dispuesto en los artículos 48 de la Compilación Balear y 844 del Código Civil ."

Al invocar la analogía reconoce que, en efecto, el último párrafo del artículo 48 de la CDCB no contiene plazo para la conmutación.

Tal ausencia no puede considerarse un olvido pues en su párrafo cuarto sí lo establece para el supuesto, distinto del nuestro, de que el testador, en todo caso, o el heredero distribuidor, si no se le hubiere prohibido, hubieren acordado el pago de la legítima en dinero aunque no lo haya en la herencia, situación en la que "La decisión de pago en metálico sólo producirá efectos si se comunica fehacientemente a los legitimarios en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión."

Si la Compilación hubiera querido establecer este plazo para la conmutación hubiera tenido muy fácil remitirse a dicho párrafo del mismo artículo y si no lo ha hecho es porque no lo ha deseado.

La técnica de la remisión no le es extraña pues es seguida en ella al regular la cuarta falcidia (artículo 38) en que, sin duda para evitar repeticiones, no señala expresamente plazo pero se remite al existente en otra institución al leerse que "para ejercitar este derecho, el heredero deberá practicar inventario en el tiempo y forma preceptuados para la cuarta trebeliánica", en cuya regulación sí se detalla aquel (artículo 29)

La máxima "inclusio unius, exclusio alterius" puede utilizarse para llegar a la misma conclusión.



Tampoco contiene plazo el artículo 839 del CC , redactado por la Ley 24 de abril de 1958, al que se remite el repetido artículo 48 .

El Tribunal Supremo en Sentencia de 25-10-2000 afirma "respecto a la pretensión de limitar en el tiempo la facultad de elección del heredero, el artículo 839 no impone esa cortapisa temporal".

Ello, naturalmente, no es obstáculo para que en la STS de 28-3-1924 se diga que el ejercicio de la facultad de conmutar "sólo puede tener lugar con anterioridad a la formalización de la partición" toda vez que si subsistiera después de practicada "la adjudicación nunca tendría carácter definitivo, ni el viudo adquiriría jamás la exclusiva propiedad de lo que se le adjudicara en pago de la aludida participación , supuesto inadmisibles dado el carácter de generalidad del precepto contenido en el citado artículo 1068"

Precisamente en el Fundamento Jurídico Octavo de la sentencia recurrida se dice que "la comunicación que llevaron a cabo los herederos al albacea, contador-partidor, antes de que éste otorgara la correspondiente escritura pública de petición (sic) y adjudicación de bienes, se realizó en momento oportuno y, además, a la persona que, por razón del nombramiento realizado por el causante en su testamento, era (quien) debía recibir tal comunicación."

No estamos, por todo lo dicho, ante un vacío legal sino ante una decisión del legislador de no someter la conmutación al plazo invocado, lo que es incompatible con su pretendida aplicación analógica.

Por otra parte el recurrente ni argumenta en modo alguno las razones motivadoras de ésta ni explica el motivo por el que desea acudir al artículo 844 del CC en el que se lee "La decisión de pago en metálico no producirá efectos si no se comunica a los perceptores en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión", pues, como hemos visto, el artículo 48 contiene un texto similar.

En cualquier caso, el art. 4.1 del CC determina que "Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón."

A lo dicho en contra de tal aplicación cabe añadir lo siguiente.

Son cosas diferentes, por los sujetos, el "pago de la legítima en dinero aunque no lo haya en la herencia" acordado por el testador o por el heredero distribuidor a quien éste no se lo prohíba y la facultad que se otorga sólo a los herederos de "satisfacer al cónyuge su parte de usufructo", pues en el primer supuesto predomina la voluntad del testador, ya que quien prohíbe es preferido a quien ordena, y en el segundo es facultad exclusiva de los herederos.

Igual ocurre en el artículo 841 del CC al depender la posibilidad del pago en metálico a los legitimarios de la orden del testador o del contador- partidor expresamente autorizado por aquel y sólo para "adjudicar todos los bienes hereditarios, o parte de ellos, a alguno de los hijos o descendientes"

También es distinto que en el primer caso sólo pueda pagarse en dinero y en el segundo se admita, además, la asignación de una renta vitalicia o los productos de determinados bienes.

Ha destacarse, por último, que el plazo de un año del párrafo cuarto del artículo 48 arranca "desde la apertura de la sucesión" y ello haría que no fuese práctico ni funcional su establecimiento para la conmutación, de existir albacea o comisario, al no coincidir necesariamente con el inicio del cómputo del que tiene el albacea para realizar su encargo pues, de no haberlo fijado el testador, éste es de un año contado "desde su aceptación" (artículo 904 del CC) ya que , como enseña la STS 17.12.1988 , el plazo para llevar a cabo la partición "ha de computarse desde haber tenido conocimiento el Comisario de su nombramiento y haber aceptado el cargo" y teniendo en cuenta, además, lo ya dicho más arriba sobre el momento final para solicitarla.

El motivo fracasa.

SEXTO. El tercer motivo de casación de la misma parte denuncia la "Infracción del art. 839 del CC por cuanto la conmutación no cuenta con el acuerdo de la viuda Sra. Sonsoles como exige el artículo" que, según el recurrente, es necesario por ser "quien resulta afectado por la conmutación" y cita a su favor la STS de 4 de octubre de 2001 .

La doctrina jurisprudencial, representada por la anterior sentencia y por la STS de 25 de octubre de 2000 , y la mejor doctrina no van en tal dirección sino en la contraria pues se deduce de ellas lo siguiente:

1º El ejercicio de la facultad de conmutar el usufructo del cónyuge, salvo el caso que ahora no interesa del artículo 840 del CC , y la elección de la forma de efectuarla corresponde, exclusivamente, a los herederos, sean "voluntarios o forzosos, testados o abintestato, o, incluso, legatarios afectados por el usufructo legal del viudo,



ya sean descendientes, ascendientes o colaterales del causante o, incluso, extraños al mismo y tanto si dicha cuota viudal recae sobre el tercio de mejora como en el de libre disposición" (STS 25 de octubre de 2000).

2º Estos herederos han de actuar de modo unánime al optar por la conmutación y al elegir la concreta forma en que se plasma: renta vitalicia, productos de determinados bienes o capital en efectivo.

A estos reducidos efectos no se incluye al viudo entre los herederos aunque hubiera sido instituido heredero universal, pues al ser beneficiario de la cuota viudal usufructuaria "tiene que recibir, pero no dar" (STS 25 de octubre de 2000)

3º Al cónyuge viudo se le impone esta decisión de los herederos precisamente por ser unánime y sólo si lo es.

3º El "acuerdo" entre los herederos y el viudo únicamente ha de recaer sobre la forma de ejecutarse la elección de los herederos con el fin de que exista equivalencia entre lo conmutable, el usufructo y su valor, y lo conmutado, de manera que no se perjudique su legítima.

4º En defecto de este "acuerdo" es el mandato judicial el que determina la forma de la conmutación pues, como se lee en la STS de 20 de diciembre de 1911 , no puede entenderse lo dispuesto por el artículo 839 del CC "en términos tan absolutos que impidan, en el caso de que resultara ilusorio en todo o en parte el indicado derecho, que se haga dicha sustitución por la autoridad judicial aplicando el expresado precepto legal pues de otro modo no se acataría el pensamiento de la misma ley"

El motivo no triunfa.

SEPTIMO. En el primer motivo de casación de la Procuradora Sra. Alemany se denuncia la "infracción de lo dispuesto en el artículo 48 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares relativo a la conmutación del usufructo (art. 477.1 de la LEC)" y lo que pretende conseguir es que "se acuerde la conmutación de la totalidad del usufructo viudal y no sólo del usufructo legitimario."

Subsistente la conmutación, por haberse desestimado el recurso de la adversa, es el momento de analizar el de la parte actora.

Según esta la infracción se produciría porque la Sentencia "limita la conmutación a la mitad de la herencia cuando el cuaderno ha atribuido a la viuda el usufructo de 2/3 de la herencia y lo justifica señalando que la conmutación sólo procede respecto de la cuota legitimaria viudal pero no en cuanto lo que sea atribución voluntaria".

En apoyo de sus tesis señala la STS de 25 de octubre de 2000 y las sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares , sección 3ª, de 1 de diciembre de 1997 y de la sección 4ª de 18 de mayo de 2007 , así como el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva de 23 de mayo de 2003 y argumenta que "la demandada es la abuelastra (segunda esposa de su abuelo) de mis mandantes y, ciertamente, las relaciones continuadas entre las partes son de todo punto difíciles, como se ha puesto de manifiesto en los múltiples hechos recogidos en la Sentencia de la Audiencia. Por todo ello es del todo punto conveniente, y tiene el amparo jurisprudencial antes reseñado, el que se acuerde la conmutación de la totalidad del usufructo viudal y no sólo del usufructo legitimario"

Las Sentencias invocadas no sirven para amparar la tesis del recurrente pues aplican, en cada caso, la facultad de conmutar del artículo 839 del CC exclusivamente a lo recibido por legítima, variable en cada caso, como se analizará a continuación.

En la STS de 25 de octubre de 2000 se lee que "...en el cuaderno particional impugnado, aunque se expresa la condición de heredera universal de Dª..., se hace uso independiente de la cuota viudal usufructuaria y se le reconoce el derecho usufructuario vitalicio sobre el tercio de mejora y además se distingue en las adjudicaciones el pago de sus derechos hereditarios, tanto referidos a la cuota hereditaria sobre el tercio de libre disposición, que se efectúa en pleno dominio, como a la cuota usufructuaria viudal, que se aporta como derecho de usufructo vitalicio afectante al tercio de mejora" y en su parte dispositiva se declara "haber lugar a capitalizar el usufructo que a la cónyuge viuda del causante, doña Eufrosia , le corresponde en la herencia de su difunto marido, el cual se materializará mediante la entrega en metálico de la cantidad en que por el contador-partidor se compute el valor en usufructo que le corresponde en dicha herencia, tras operar las modificaciones expuestas"

El Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de las Illes Balears de 1 de abril de 1997 reza: "Dispone el artículo 45 de la Compilación, que concurriendo con padres, la legítima viudal será el usufructo de dos tercios.

Por su parte, el artículo 839 del Código Civil señala que los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo,



procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial. Mientras esto no se realice, estarán afectados todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponde al cónyuge."

La Sentencia de la Sección Cuarta de la misma Audiencia Provincial de 18 de mayo de 2007, en su Fundamento de Derecho Sexto, dice: " El art. 41 Compilación de Derecho Civil de Baleares atribuye al cónyuge viudo la condición de legitimario siempre que, conforme al art. 45, al morir su consorte no se hallare separado de hecho ni en virtud de sentencia firme, salvo que en ambos casos lo estuviere por causa imputable al difunto, constituyendo la legítima viudal, al concurrir con hermanos del causante, el usufructo universal.

Por lo tanto, el cónyuge viudo ostenta su derecho de usufructo universal sobre la totalidad de los bienes del causante, con todo lo que conlleva dicha declaración, preveyéndose que los herederos puedan hacer uso de la facultad establecida en el art. 839 CC y el cónyuge viudo de la prevista en el art. 840 del mismo cuerpo legal "

Si trasladamos tal doctrina a nuestro caso veremos que ello lleva a lo acordado en la sentencia recurrida pues la viuda, en la partición, es usufructuaria de los dos tercios de la herencia (66,66%) aunque su legítima sólo alcanza al usufructo de la mitad de la misma (49,99%) y es sobre ésta que aplica la conmutación decidida por los herederos.

Es importante destacar que el artículo 48 CDCB se encuentra, precisamente, dentro de su Sección 4ª, que trata de las legítimas, del Capítulo III, "De la sucesión testada", de su Título II, "De las sucesiones", lo que determina que su último párrafo se refiera, únicamente, a la legítima, no al resto de lo recibido del causante.

El artículo 839 del CC, al que aquel se remite, se refiere exclusivamente a la parte de usufructo que corresponde al cónyuge viudo en calidad de legítima y está situado en su Sección Séptima, que se refiere a los "Derechos del cónyuge viudo", del Capítulo II, "De la herencia", del Título III, "de las sucesiones".

Estas colocaciones sistemáticas son signo de la necesidad de un equilibrio entre las facultades de los herederos y los derechos del cónyuge viudo y para conseguirlo el Legislador ha utilizado la técnica analizada que, según los textos legales vistos, autoriza a los herederos a conmutar el usufructo viudal y obliga al viudo a pasar por la decisión, si es unánime, pero siempre con respeto a sus "derechos", que configuran su estatuto jurídico, de modo que no hay base legal para extender aquellas facultades a costa de estos derechos ni para entender que el ordenamiento jurídico permite a aquellos imponer la conmutación sobre lo recibido por éste por título distinto al de legitimario pues en esta parte prevalece la voluntad del causante, ley de la sucesión.

Es cierto que la mejor doctrina destaca que la finalidad de la facultad de conmutación es "evitar la división del dominio pleno en nuda propiedad y usufructo" y ello para conseguir "la más fácil circulación de la riqueza, a la vez que la sumisión a fórmulas de concordia de los antagonismos y conflictos posibles y aún probables entre los herederos y el cónyuge viudo"; que se concede para evitar los perjuicios que causa a los herederos la "desmembración dominical" y que se debe "a razones predominantemente objetivas", pero también lo es que el Legislador partiendo del conocimiento y ponderación de todo ello ha llegado sólo hasta donde hemos visto.

El Auto de la Audiencia Provincial de Huelva de 25 de mayo de 2003 contiene una única frase dedicada al tema, precisamente la que le atribuye el recurrente, según la que carece "de coherencia que se sustituyera sólo la porción legitimaria y no el exceso que supondría la atribución del usufructo universal", pero para aceptarla se debería asumir como dogma la incoherencia, pues no la justifica.

El que al recurrente le parezca "del todo punto conveniente... que se acuerde la conmutación de la totalidad del usufructo viudal y no sólo del usufructo legitimario" es una opinión que se puede o no compartir, pero que, por todo lo dicho, no responde al paradigma legal vigente.

El último motivo se desestima y con él ambos recursos en su totalidad.

OCTAVO. Esta total desestimación obliga a condenar a cada parte al pago de las costas que su recurso ha generado en atención al tenor literal, espíritu y finalidad de los artículos 398.1 y 394.1 de la LEC .

III PARTE DISPOSITIVA

En atención a todo lo expuesto la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears HA DECIDIDO

1º DECLARAR NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por los Procuradores Doña Concepción Alemany Morell y D. Miguel Socías Rosselló, en sus respectivas representaciones, contra la Sentencia 240/2012 de fecha 28 de mayo de 2012, dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de **Palma de Mallorca**, Sección Cuarta en el Rollo 438/2011 .

2º IMPONER a cada u **no** las costas que su recurso ha generado.



3º DEVOLVER a la Sección Cuarta los autos originales y el rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sala, definitivamente Juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ