



Roj: **STS 2953/1997** - ECLI: **ES:TS:1997:2953**

Id Cendoj: **28079110011997102444**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/04/1997**

Nº de Recurso: **1689/1993**

Nº de Resolución: **338/1997**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **PEDRO GONZALEZ POVEDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Abril de mil novecientos noventa y siete.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Almería, como consecuencia de autos de juicio sobre retracto; seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Almería; cuyo recurso fue interpuesto por D^a María Milagros , representada por la Procuradora de los Tribunales D^a María Rodríguez Puyol; siendo parte recurrida D^a Cecilia y D. Luis Antonio , representados por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Ibañez de la Cadiniere.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

1.- El Procurador de los Tribunales D. Salvador Martín Alcalde, en nombre y representación de D^a María Milagros , formuló demanda de juicio de retracto de comuneros y de coherederos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Uno de Almería contra la sociedad conyugal integrada por D. Luis Antonio y D^a Cecilia , en la cual tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia "que declare el derecho de mi mandante a retraer los derechos vendidos en el contrato y escritura subsiguiente referidos en el hecho tercero de esta demanda, condenando a la sociedad demandada a estar y pasar por tal declaración y a que otorgue escritura de venta en los mismos términos, con los apercibimientos legales de otorgamiento de oficio y con expresa imposición de costas a la parte demandada".

2.- Admitida a trámite la demanda y emplazados los demandados, se personó en autos la Procuradora D^a María Martínez Sola, en nombre y representación de D. Luis Antonio y D^a Cecilia , quien contestó a la misma y tras invocar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por pertinentes, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que " sin estimando las excepciones planteadas, desestime la demanda interpuesta por Doña María Milagros frente a mis representados; subsidiariamente, y para el improbable caso de no estimarse las dichas excepciones, se desestime la demanda por las razones de fondo alegadas, haciendo en ambos casos expresa declaración de las costas procesales que serán impuestas a la actora".

3.- Practicadas las pruebas declaradas pertinentes y unidas a los autos, el Imo.Sr.Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Número Uno de los de Almería, dictó sentencia en fecha 29 de junio de 1992, cuyo FALLO es como sigue: "Que desestimando íntegramente la demanda formulada por D^a María Milagros , representada por el Procurador D. Salvador Martín Alcalde contra D. Luis Antonio y D^a Cecilia , representados por el Procurador D^a M^a Martínez Sola, debo declarar y declaro no haber lugar al retracto ejercitado en la demanda y debo absolver y absuelvo a los demandados de todos los pedimentos contenidos en la demanda, imponiendo a la actora las costas causadas en esta instancia".

SEGUNDO.-



Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Audiencia Provincial de Almería, dictó sentencia en fecha 20 de mayo de 1993, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLAMOS: Que con desestimación del recurso de apelación deducido contra la sentencia dictada con fecha 29 de junio de 1992 por el Ilmo.Sr. Magistrado-Juez del Jdo. 1ª Inst e Instruc. nº 1 Almería en los autos sobre Retracto de los que deriva la presente alzada, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la expresada resolución sin hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada".

TERCERO.-

1.- La Procuradora de los Tribunales Dª María Rodríguez Puyol, en nombre y representación de Dª María Milagros , interpuso recurso de casación contra la sentencia pronunciada por la Audiencia Provincial de Almería, con apoyo en los siguientes motivos: "PRIMERO.- Al amparo del artículo 1692, ordinal 4º, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, estimándose infringido el artículo 675 en relación con el 891 del Código Civil, y la doctrina legal que los interpreta. SEGUNDO.- Al amparo del artículo 1692, ordinal 4º, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, estimándose infringido, por inaplicación, el artículo 864 del Código Civil en relación con los artículos, 806, 807.1º y 808 del mismo Código, y la doctrina legal que los interpreta. TERCERO.- Al amparo del artículo 1692, ordinal 4º, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, estimándose infringido el artículo 885, en relación con los artículos 806, 807.1º, 808 y 661 del Código Civil, y la doctrina legal que los interpreta. CUARTO.- Al amparo del artículo 1692, ordinal 4º, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, estimándose infringido, por inaplicación, el artículo 806 del Código Civil, en relación con los artículos 807.1º y 808 del mismo Código, y la doctrina legal que los interpreta. QUINTO.- Al amparo del artículo 1692, ordinal 4º, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, estimándose infringido por inaplicación el artículo 1344, en relación con los artículos 1392.1º, 85 y 1396 del Código Civil y la doctrina legal que los interpreta. SEXTO.- Al amparo del artículo 1692, ordinal 4º, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, estimándose infringidos los artículos 1522 y 392 del Código Civil y la doctrina legal que los interpreta. SEPTIMO.- Al amparo del artículo 1692, ordinal 4º, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, estimándose infringido el artículo 1067 del Código Civil y la doctrina legal que lo interpreta. OCTAVO.- Al amparo del artículo 1692, ordinal 4º, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, estimándose infringidos los artículos 1067 y 1522 del Código Civil y la doctrina legal que los interpreta".

2.- Admitido el recurso por auto de fecha 7 de diciembre de 1994, se entregó copia del escrito a la representación de los recurridos, conforme a lo dispuesto en el artículo 1710.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que en el plazo de 20 días puedan impugnarlo.

3.- El Procurador de los Tribunales D. Carlos Ibañez de la Cadiniere, en nombre y representación de D. Luis Antonio y Dª Cecilia , presentó escrito de impugnación al recurso de casación, alegando los motivos que estimó pertinentes, terminó suplicando a la Sala "dicte sentencia por la que rechazando los motivos de casación, se declare no haber lugar al recurso, haciendo expresa imposición de costas a la recurrente".

4.- Al no haber solicitado las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 9 de abril del año en curso, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. PEDRO GONZÁLEZ POVEDA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En la demanda inicial de los autos de que nace este recurso de casación, doña María Milagros ejercita acciones de retracto de comuneros y coherederos contra la sociedad conyugal integrada por don Luis Antonio y doña Cecilia , acciones referidas al contrato de compraventa celebrado entre doña Magdalena y doña Cecilia por medio de documento privado de fecha 29 de mayo de 1991 elevado a público por escritura notarial de 27 de junio de 1991.

Como antecedentes necesarios para la resolución del recurso han de tenerse en cuenta las siguientes: don Mauricio , casado con doña Magdalena y padre de doña María Milagros y doña Cecilia , falleció el día tres de diciembre de 1990, bajo testamento notarial otorgado el 13 de noviembre de 1985. El matrimonio formado



por don Mauricio y doña Magdalena era propietario, con carácter ganancial, de una farmacia, instalada en un local arrendado, en Almería, Carretera de DIRECCION000 , número NUM000 . En su testamento, don Mauricio lega a su esposa, entre otros bienes, "el usufructo vitalicio de dos terceras partes de todos sus bienes y derechos en el que queda incluido el correspondiente a la Farmacia"; instituye herederos por partes iguales a sus dos citadas hijas y, en defecto de cada una de ellas, a sus respectivos descendientes; a continuación establece a favor de sus hijos legados con cargo a sus bienes privativos que "se entienden deferidos en nuda propiedad, supeditados al usufructo de los tercios legados a la viuda". En la Disposición D dispone legados a favor de ambas hijas "con cargo al patrimonio ganancial del testador y que se harán efectivos sobre la totalidad o parte divisa o indivisa que correspondan al mismo de los gananciales que se dicen a continuación"; entre estos legados figura el hecho a favor de su hija Cecilia consistente en "la nuda propiedad de la Farmacia del testador con todas sus existencias y elementos, incluido el derecho de arrendamiento sobre el local en que está instalada, sito en Carretera de DIRECCION000 , número NUM001 , de Almería, en cuyo arrendamiento podrá subrogarse como heredera la hija del testador doña Cecilia ". Por el citado contrato de compraventa doña Magdalena vende a doña Cecilia "cuantos derechos le corresponden sobre la farmacia y demás bienes descritos en el expositivo segundo de este documento, con cuanto sea accesorio o inherente, sin reserva de cosa o derecho alguno, en concepto de cuerpo cierto, y libre de cargas y responsabilidades", tales derechos referidos a la farmacia en cuestión son los que le corresponden "por su mitad de gananciales" y "por su cuota usufructuaria".

La sentencia aquí recurrida, dictada por la Audiencia Provincial de Almería rechaza el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia que había desestimado la demanda.

Segundo.- Al amparo del artículo 1692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega infracción del artículo 675 en relación con el artículo 891 del Código Civil y la doctrina legal que los interpreta, "en tanto, se dice, que habiendo institución de heredero y no incluyéndose en el testamento de don Mauricio todos los bienes que integran el patrimonio del causante, no puede predicarse que en dicha disposición de última voluntad el testador haya hecho la distribución de toda su herencia en legados y, con base en ello, negar todo derecho a la recurrente sobre la farmacia"

Dice la sentencia de 29 de enero de 1985 citando a la de 3 de abril de 1965 que "a diferencia de lo que ocurre en los actos jurídicos "intervivos", en los que, al interpretarlos debe tratarse de resolver el posible conflicto de intereses entre el declarante y el destinatario de la declaración, la interpretación de los actos testamentarios, aunque tendrá también su punto de partida en las declaraciones del testador su principal finalidad es la de investigar la voluntad real o al menos probable del testador, en sí misma, pues no cabe imaginar un conflicto entre los sujetos de la relación -causante y herederos- sin que pueda ser obstáculo la impropiedad o inadecuación de los términos empleados, siempre que aquella voluntad resulte de circunstancias claramente apreciables, incluso exteriores al testamento como se dijo entre otras, en las sentencias de 8 de julio de 1940, 6 de marzo de 1944, 3 de julio de 1947 y se reitera en las de 20 de abril y 5 de junio de 1965, en el sentido precisado en las de 12 de febrero de 1966 y 9 de junio de 1971, de completar aquel tenor literal, con el lógico, el teleológico y el sistemático"; igualmente es doctrina reiterada de esta Sala la de que la interpretación de las cláusulas testamentarias es función exclusiva de los Tribunales de instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas deben ser respetadas en casación, salvo que las mismas puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la Ley y si bien, de acuerdo con el artículo 675 del Código Civil, en principio las disposiciones testamentarias deberán entenderse en el sentido literal de sus palabras, está permitida la búsqueda de otros medios probatorios de la voluntad del testador cuando esta se expresa de modo oscuro.

Se está refiriendo el motivo a lo argumentado por la Sala sentenciadora "a quo" en el quinto fundamento de derecho de su resolución al decir "abundando en la voluntad testamentaria, este Tribunal entiende si bien ello es ajeno en cierto modo a la suerte de este pleito, que D. Mauricio , no solo dispone de su última voluntad en el testamento que analizamos, sino que además realiza una partición directa, cuando menos respecto de sus hijas, al distribuir toda su herencia en legados determinados y específicos, posibilidad, en cuanto a estos últimos, reconocida en el artículo 891 del Código Civil". Esta fundamentación ha de incluirse entre las denominadas "obiter dicta", contra las cuales no cabe recurso de casación, puesto que el fallo se fundamenta en la atribución a la recurrida por medio de legado de la totalidad de la nuda propiedad de la farmacia; por otra parte, en esa argumentación no se está haciendo aplicación de la norma contenida en el artículo 891 del Código Civil (referida a la forma de distribuirse las cargas y gravámenes de la herencia en el supuesto en ella contemplado) pues tal norma no es aplicable para resolver la cuestión litigiosa sino que se está refiriendo al uso por el testador de la facultad que le reconoce el artículo 1056 del mismo Código de realizar la partición de su herencia en su testamento. Decae así este primer motivo.

Tercero.- En el motivo segundo se alega infracción por inaplicación del artículo 864 del Código Civil en relación con los artículos 806, 807-1º y 808 del mismo Código. Se ataca la sentencia de instancia en cuanto declara



que "es claro que el testador lega a su hija la nuda propiedad de la totalidad de la farmacia" por lo que "en la farmacia en cuestión ni es copropietaria ni coheredera la hoy apelante"; se está desconociendo así, dice el motivo, paladinamente los derechos legitimarios de la recurrente y la comunidad existente entre el cónyuge supérstite y los herederos del fallecido sobre los bienes gananciales (entre los que está la farmacia), dado que no se ha liquidado la sociedad de gananciales.

En primer término ha de señalarse que en este motivo así como en otros del recurso sigue manteniendo la concepción de la legítima que mantuvo y fundamentó su demanda al considerarla como "pars bonorum", con la consecuencia de que el legitimario participa de todos los bienes de la herencia y ha de ser satisfecha, excepto en los casos legalmente establecidos, con bienes de la misma, formando el legitimario parte de la comunidad hereditaria en tanto la herencia se halle pendiente de liquidación; de ahí que afirme la recurrente como base de su pretensión que el testador no podía disponer de una tercera parte de la farmacia, correspondiente al tercio de legítima estricta, que, por ello, correspondía en plena propiedad por mitad a ella y a su hermana la recurrida. Por el contrario esta Sala acepta aquella tesis según la cual la legítima es "pars hereditatis" y así la sentencia de 8 de mayo de 1989 dice que "la sentencia de 31 de marzo de 1970 establece que en nuestro Ordenamiento, por tener dicha institución (la legítima) la consideración de "pars hereditatis" y no de "pars valoris", es cuenta herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia, porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios, salvo en hipótesis excepcionales - arts. 829, 838, 840 y párrafo ° del artículo 1056 del Código Civil-"; esta calificación de la legítima como "pars hereditatis", parte alicuota del caudal hereditario con todo su activo y su pasivo, no impide que el testador pueda disponer de alguno de los bienes de la herencia en su totalidad a favor de un legitimario o de otra persona siempre que se respete la legítima de sus herederos forzosos y ésta se pague con bienes de la herencia.

El artículo 864 que se cita como infringido regulador del llamado legado de cosa ajena, es inaplicable a esta litis; de acuerdo con lo dicho sobre la naturaleza de la legítima, es claro que la recurrente no tenía una participación indivisa en la farmacia que impidiese al testador disponer de su totalidad a favor de su otra hija, por lo que no se da el supuesto contemplado en el artículo 864. Referido el legado a un bien ganancial, el precepto aplicable al mismo es el artículo 1380 del Código Civil, según el cual "la disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento", precepto que, introducido en aquel Cuerpo legal por la Ley de 13 de mayo de 1981, fue tenido en cuenta, aunque no esté expresamente citado, por el testador al otorgar su última voluntad como se pone de manifiesto por la literalidad de la disposición D del testamento transcrita en lo necesario en el primer fundamento de esta resolución.

Por otra parte, es de observar un cambio importante en la postura jurídica de la recurrente que en su escrito de demanda da por bien hecha la liquidación del bien ganancial que constituye la farmacia fundada su pretensión, como se ha dicho, en su carácter de copropietaria de una mitad indivisa del tercio de la legítima estricta extraído de la mitad de la farmacia correspondiente al testador sin que en ningún momento cuestione la validez de la compraventa, en el recurso alga la falta de liquidación de la sociedad de gananciales.

El hecho de encontrarnos ante un legado de un bien ganancial regulado en el citado artículo 1380 que hace inaplicable el artículo 864 y el de tratarse de un legado de cosa cierta y determinada en el que el legatario adquiere la propiedad de la cosa desde el momento de la muerte del testador, impide reconocer a la recurrente cuota alguna indivisa en el concreto bien legado; la recurrente no adquirió ningún derecho sobre la nuda propiedad de la farmacia en cuestión, por lo que no puede reconocersele legitimación activa para el ejercicio de las acciones de retracto de comuneros y de coherederos a que se contrae la demanda; todo ello sin perjuicio del resultado de la liquidación de la sociedad de gananciales en cuanto afecte a la farmacia, teniendo siempre en cuenta la aplicación del artículo 1380 del Código Civil antes citado. Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo.

Cuarto.- Lo antes dicho sobre la naturaleza del legado ganancial, hace decaer el motivo tercero en que se alega infracción del artículo 885 del Código Civil en relación con los artículos 806, 807.1º, 808 y 861 del mismo Cuerpo legal, insistiendo la recurrente en su no aceptable posición acerca de la naturaleza de la legítima aparte de que tal cuestión carece de trascendencia para la cuestión litigiosa en la que no se discute la legitimación de la compradora retraída sino la de la retrayente; asimismo por lo dicho decaen los motivos cuarto (infracción del artículo 806 en relación con los artículos 807.1º y 808 del Código Civil), quinto (infracción del artículo 1344 en relación con los artículos 1392.1º, 85 y 1396 del Código Civil), sexto (infracción de los artículos 1522 y 392 del Código Civil) y séptimo (infracción del artículo 1067 del repetido Cuerpo legal) ya que todos insisten en la legitimación de la recurrente para el ejercicio de las mencionadas acciones de retracto y de la procedencia de éstas, con argumentos que no son sino reiteración de los que fundamentan los motivos precedentes y que han de rechazarse por lo antes razonado. En cuanto al motivo octavo, encaminado a acreditar que la adquisición por doña Cecilia de los derechos sobre la farmacia que le vendió su madre, tiene carácter ganancial, ha de



señalarse que esta Sala no puede entrar en su examen ya que tal cuestión no fue resuelta por la sentencia recurrida al haber apreciado la falta de legitimación de la retrayente; solamente en el caso de haber sido admitido alguno de los motivos anteriores y haberse dado lugar a la casación pedida, esta Sala, como órgano de instancia y no de casación, vendría obligada a examinar tal requisito de las acciones ejercitadas.

Quinto.- La desestimación de todos y cada uno de los motivos del recurso determina la de este en su integridad con la preceptiva imposición de costas a la recurrente y pérdida por ella del depósito constituido, a tenor del artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por doña María Milagros contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de fecha veinte de mayo de mil novecientos noventa y tres. Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas de este recurso y a la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal. Y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA.- FRANCISCO MORALES MORALES.-PEDRO GONZALEZ POVEDA.-firmados y rubricados.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Pedro González Poveda, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.