



Roj: **STS 6297/1997** - ECLI: **ES:TS:1997:6297**

Id Cendoj: **28079110011997102141**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/10/1997**

Nº de Recurso: **1958/1993**

Nº de Resolución: **940/1997**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **ALFONSO BARCALA TRILLO-FIGUEROA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Octubre 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 Sección Primera de la 11^{ta}. Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, como consecuencia de juicio de mayor cuantía, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número CUATRO de dicha capital, sobre declaración de derechos y nulidad de partición hereditaria, cuyo recurso fue interpuesto por DOÑA Sonia , representada por el Procurador de los Tribunales Don Fernando Herrera González, en el que son recurridos DOÑA Alicia , DON Felipe , DON Inocencio , DOÑA Estela , DOÑA Lourdes , DON Silvio Y DON Carlos Jesús , representados por la Procuradora de los Tribunales Doña Ana María Ruiz de Velasco y del Valle, posteriormente sustituida por su compañero Don Fernando Ruiz de Velasco y Martínez de Ercilla.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Las Palmas de Gran Canaria, fueron vistos los autos de juicio de mayor cuantía número 406/85, sobre declaración de nulidad o rescisión de partición de bienes hereditarios y otros extremos, promovidos a instancias de Doña Lourdes , Doña Estela , Don Silvio , Don Inocencio , Don Felipe , Don Carlos Jesús y Doña Alicia , todos con la misma representación procesal, contra Don Juan Ignacio , Doña Marta y Doña Sonia , éstas dos últimas con la misma representación procesal.

Por la representación de la parte actora se formuló demanda, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue: "... recibirlo en su momento a prueba, y en definitiva, dictar sentencia declarando: A) La nulidad del negocio jurídico que contiene el cuaderno particional de los bienes quedados al fallecimiento de Don Matías , hecho por el contador-partidor testamentario Don Juan Ignacio , fechas tres de Enero de 1.983 y protocolizado el día 21 del mismo mes y año por el Notario de esta ciudad Don José Manuel Die Lamana; cuya escritura de protocolización habría de ser, consecuentemente, también declarada nula. Ello por los motivos invocados en este escrito y con todas sus consecuencias, entre ellas, la devolución de los frutos percibidos hasta el día de su restitución, y que hubieran recibido las dos demandadas a virtud de tal partición. B) Que, para el caso de que se declarase la nulidad de la partición, y mis mandantes hubiesen tenido que satisfacer gastos motivados a consecuencia del otorgamiento d dicho Cuaderno, su escrituración y protocolización, tendrían derecho al reintegro, por vía de indemnización, de las cantidades correspondientes, cuyo importe se fijaría en ejecución de sentencia. D) Que en igual supuesto de declaración de nulidad de ese Cuaderno particional, declarar que son igualmente nulas las inscripciones que pudieran haberse hecho en los Registros de la Propiedad como consecuencia de las adjudicaciones de inmuebles hechas en aquel a dichas demandadas, y a favor de éstas, procediendo la cancelación de tales asientos; librando para ello los pertinentes mandamientos. E) Subsidiariamente, para el caso de que no se declarase la nulidad total de ese Cuaderno particional, declarar totalmente nula la Cláusula Final Tercera del mencionado Cuaderno particional, expresando tal declaración que la viuda del causante,



como titular de un derecho de usufructo universal y vitalicio durante el periodo de indivisión, no tiene que rendir ni liquidar las cuentas de la herencia en el mencionado periodo, o sea, desde el fallecimiento del causante hasta la partición; por ser suyos, de manera exclusiva, todos los frutos y rentas (intereses del dinero, alquileres de inmuebles y cualesquiera otros), producidos o devengados durante el mencionado periodo de indivisión. F) Declarando asimismo que Doña Sonia , como consecuencia de al reclamación d su participación en la herencia paterna, pierde cuanto le correspondería en los tercios de libre disposición y de mejora, debiendo adjudicársele solamente su participación en el tercio de legítima estricta; con todas las consecuencias de esta declaración de nulidad parcial, respecto a los bienes indebidamente adjudicados en ese Cuaderno, y por tanto, la declaración de nulidad de los asientos que se hayan podido practicar respecto a adjudicación indebida de inmuebles a esta heredera, ordenando su cancelación, en los Registros de la Propiedad, mediante la expedición de los oportunos mandamientos; inscripciones que se concretarán seguidamente. G) Que en defecto de las declaraciones de nulidad solicitadas, se declare la rescisión de la partición, como consecuencia de los graves perjuicios o lesión que aquélla ha irrogado a mis mandantes; perjuicios o lesión cuya cuantía se fijarán en ejecución de sentencia. Ello, con todas las consecuencias inherentes a tal declaración, y por tanto, también respecto a los extremos ya indicados referidos a la declaración de nulidad, entre ellos los relativos a la ineficacia y cancelación de los asientos registrales, en su caso, de acuerdo con el artículo 1.077 ya citado. H) Que procede la devolución, por parte de Doña Sonia o de Doña Marta -o de ambas, en su caso- de cualesquiera cantidades que indebidamente hubiesen percibido aquéllas, a tenor de las declaraciones anteriores; cuya cuantía se fijaría en ejecución de sentencia. I) Condenar a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones; y al pago o entrega de bienes que indebidamente, a tenor de los anteriores pronunciamientos, hubiesen percibido y J) Imponer las costas a los demandados". Asimismo solicitaba el recibimiento del pleito a prueba.

Por la representación de Doña Sonia y Doña Marta , se contestó a la demanda, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue: "... y previos los trámites legales se dicte sentencia desestimando las pretensiones de la actora y manteniendo la plena validez y eficacia de la liquidación de la sociedad de gananciales y particiones hereditarias del causante Don Matías , contenidas en la escritura pública de fecha 21 de Enero de 1.983, otorgadas ante el Notario Don José Manuel Die Lamana del Ilustre Colegio de Las Palmas y con el número 158 de su protocolo, condenando a la parte actora a las costas producidas".

Por la representación de Don Juan Ignacio se contestó a la demanda, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue: "... siguiendo el juicio por todos sus trámites, recibéndolo a prueba, para en su día dictar sentencia denegando todas y cada una de las pretensiones de actora, ratificando la validez de la Escritura Pública de Partición de la herencia del causante Don Matías de fecha 21 de Enero de 1.983, otorgada ante el Notario Don José Manuel Die Lamana, con número 158 de su protocolo, condenando a la misma al cumplimiento de todas sus cláusulas, con expresa condena en costas a la parte actora".

Concedido el traslado para réplica y dúplica, las partes lo evacuaron en el sentido que obra en autos.

Por el Juzgado se dictó sentencia en fecha 6 de Junio de 1.990, cuyo fallo es como sigue: "FALLO.- Desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de Doña Alicia , Don Carlos Jesús , Don Felipe , Don Inocencio , Don Silvio , Doña Estela y Doña Lourdes , declaro la plena validez y eficacia de la liquidación de la sociedad de gananciales y particiones hereditarias del causante Don Matías , contenidas en la escritura pública d fecha 21 de Enero de 1.983, otorgada ante el Notario Don José Manuel Die Lamana del Ilustre Colegio de Las Palmas y con el número 158 de su protocolo, condenando a la parte actora al cumplimiento de sus cláusulas. Consecuentemente, absuelvo expresamente de los pedimentos contenidos en la demanda a Doña Sonia , Doña Marta y Don Juan Ignacio . Impongo expresamente a la parte actora el pago de las costas causadas".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, que fue admitido, y sustanciada la alzada, la Sección Primera de la Itma. Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia en fecha 30 de Junio de 1.993, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Estimamos parcialmente el recurso y la demanda. Revocamos la sentencia apelada y declaramos la nulidad del negocio jurídico que contiene el cuaderno particional de los bienes quedados al fallecimiento de Don Matías , hechos por el contador partidor testamentario Don Juan Ignacio el 3 de Enero de 1.983 y protocolizado el 21 del mismo mes y año por el notario Don José M. Die Lamana, cuya escritura de protocolización declaramos igualmente nula. Queda sin efecto lo ejecutado en virtud de esta partición, debiendo restituirse cuantos frutos se hubiesen percibido por razón de ella. Ordenamos la cancelación en el registro de la Propiedad de todas las inscripciones efectuadas al amparo de esta partición. Desestimamos la demanda en cuanto pide que se declare que Sonia pierde cuanto le corresponda en los tercios de libre disposición y mejora en la herencia paterna, como



consecuencia de la reclamación de su participación en ella. No imponemos las costas de ninguna de las instancias".

TERCERO.- Por el Procurador de los Tribunales Don Fernando-Julio Herrera González, en nombre y representación de Doña Sonia , se formalizó recurso de casación que fundó en el siguiente motivo:

Unico.- "Por infracción de ley y de la doctrina legal concordante, al amparo del artículo 1.692, párrafo 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil: "Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate".

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción, por la Procuradora Sra. Ruiz de Velas y del Valle, posteriormente sustituida por su compañero Sr. Ruiz de Velasco y Martínez de Ercilla, en nombre y representación de la parte recurrida, se presentó escrito impugnando el mismo.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para la votación y fallo del presente recurso, el día CATORCE de OCTUBRE, a las 10,30 horas, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ALFONSO BARCALA Y TRILLO-FIGUEROA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Alicia y sus hijos Don Carlos Jesús , Don Felipe , Don Inocencio , Don Silvio , Doña Estela y Doña Lourdes (habidos de su matrimonio con Don Matías), promovieron juicio declarativo de mayor cuantía, sobre declaración de nulidad o rescisión de partición de bienes hereditarios y otros extremos, contra Doña Sonia y Doña Marta (hijos del primer matrimonio que el referido Don Matías contrajo con Doña Rosa) y contra Don Juan Ignacio , pretendiéndose, en primer lugar, la declaración de nulidad del negocio jurídico contenido en el cuaderno particional de los bienes quedados al fallecimiento de Don Matías y hecho por el contador-partidor testamentario Don Juan Ignacio , de fecha 3 de Enero de 1.983 y protocolizado en 21 del mismo mes y año, y ello, con todas sus consecuencias, como: - devolución de los frutos percibidos y recibidos por las dos demandadas a virtud de la partición -, - reintegro a los actores de los gastos satisfechos a consecuencia del otorgamiento y protocolización del Cuaderno particional - y - nulidad y cancelación de las inscripciones hechas en los Registros de la Propiedad a consecuencia de las adjudicaciones de inmuebles hechas, o en el Registro Mercantil, y, con carácter subsidiario, la declaración de nulidad de la cláusula final tercera del mencionado Cuaderno, con la consecuente declaración respecto a que la viuda del causante, como titular de un derecho de usufructo universal y vitalicio durante el periodo de indivisión, no tiene que rendir, ni liquidar cuentas, y con declaración, asimismo, de la pérdida por Doña Sonia , por haber reclamado su participación en la herencia paterna, de cuanto le correspondería en los tercios de libre disposición y mejora, con adjudicación sólo de su participación en el tercio de legítima estricta, y, en defecto de las declaraciones de nulidad solicitadas, se pretendía la rescisión de la partición por los graves perjuicios irrogados a los actores, a fijar su cuantía en ejecución de sentencia, y la devolución por las demandadas de cualesquiera cantidades percibidas indebidamente, con fijación de su cuantía en la fase de ejecución -. Las pretensiones así ejercitadas fueron desestimadas por el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Las Palmas de Gran Canaria en sentencia de 6 de Junio de 1.990, en la que se declaró la plena validez y eficacia de la liquidación de la sociedad de gananciales y particiones hereditarias del causante Don Matías , contenidas en la escritura pública de fecha 21 de Enero de 1.983, y se condenó a la parte actora al cumplimiento de sus cláusulas, con la consecuente absolución de los demandados de los pedimentos contenidos en la demanda, pero dicha sentencia fue revocada por la dictada, en 30 de Junio de 1.992, por la Sección Primera de la Iltma. Audiencia Provincial de Las Palmas, en el sentido de declarar la nulidad del negocio jurídico contenido en el Cuaderno particional de los bienes quedados al fallecimiento de Don Matías , hecho por el contador-partidor testamentario Don Juan Ignacio el 3 de Enero de 1.983 y protocolizado el 21 del mismo mes y año, cuya escritura de protocolización también se declara nula, y, asimismo, se acordó: dejar sin efecto lo ejecutado en virtud de la partición, la restitución de cuantos frutos se hubieren percibido y la cancelación en el Registro de la Propiedad de todas las inscripciones efectuadas, y, por último, se desestimó la demanda en cuanto a la declaración de perder Doña Sonia lo que le corresponda en los tercios de libre disposición y mejora en la herencia paterna, como consecuencia de la reclamación de su participación en ella. Y es esta segunda resolución la recurrida en casación por Doña Sonia , a través de la formulación de un único motivo amparado en el ordinal 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su redacción por la Ley 10/1.992, de 30 de Abril.

SEGUNDO.- En el único motivo del recurso se argumenta, en síntesis, cuanto sigue: - Es indudable que la liquidación de la sociedad de gananciales es requisito previo a la partición de la herencia pero para realizar la misma, el Contador-partidor no precisa del consentimiento expreso del cónyuge supérstite -, - El Contador no practicó por sí solo la referida liquidación, pues se basó en la relación de bienes gananciales y privativos que la



viuda, Doña Alicia , presentó tanto en la Delegación de Hacienda, como después en la Diligencia de inventario practicada en el juicio voluntario de testamentaria, en el que estaban personados todos los hoy recurridos, y dicha Diligencia, celebrada en Septiembre de 1.982, no fue impugnada por ninguna de las partes personadas -, - Presentada tal relación de bienes en el juicio voluntario de testamentaria, se entiende que la viuda otorga su "consentimiento tácito" para que el Contador-partidor lleve a cabo la partición de la herencia, máxime, además, cuando la viuda había liquidado el impuesto de sucesiones en Hacienda presentando la misma relación de bienes antes mencionada -, - La existencia del consentimiento tácito es confirmada por repetidas sentencias del Tribunal Supremo, así, las de fechas 26 de Mayo de 1.986; 19 de Diciembre de 1.990; 30 de Noviembre de 1.957; 30 de Mayo de 1.963, y 10 de Junio de 1.966 -, - En el Cuaderno particional se respetó, además, cada uno de los bienes que incluyó Doña Alicia , así como la valoración de los mismos, por lo que la parte recurrida "no puede ir ahora en contra de sus propios actos" -, - La partición realizada por el Contador-Partidor aparece efectuada de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1.057 del Código Civil, constituyendo ésta, por tanto, un acto válido que obliga a los herederos a pasar por ella, salvo cuando perjudique la legítima de los herederos forzosos y no altere los derechos que se deriven del testamento - y - Según el artículo 1.404 del Código Civil: "Una vez hecha la deducción en el caudal inventariado, el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, que se dividirá por mitad entre el marido y mujer o sus respectivos herederos". En este caso no existen deudas que deducir del inventario, por lo que los bienes gananciales deben dividirse por mitad entre los cónyuges, y no existe razón para que la viuda se niegue a la partición -.

TERCERO.- A los fines del estudio y resolución del único motivo formulado en el recurso de casación, resulta conveniente tener en cuenta la relación de hechos probados que se contiene en el primer fundamento de derecho de la sentencia recurrida, los que responden al siguiente tenor: 1º) Don Matías contrajo matrimonio con Doña Rosa en Junio de 1.943. De este matrimonio nacieron dos hijas: Marta y Sonia . La esposa falleció en 1.947. 2º) En Abril de 1.952, Don Matías contrajo nuevo matrimonio con Alicia , del cual nacieron Carlos Jesús , Inocencio Juan Luis , Silvio , Felipe , Estela y Lourdes . 3º) Matías falleció el 7 de Mayo de 1.979. Había otorgado testamento abierto ante el Notario Don Mariano Nieto Lledó el 7 de Marzo de 1.968, que contenía, entre otras, las siguientes cláusulas: "Tercera. Lega a sus hijas del primer matrimonio Marta y Sonia el tercio de libre disposición de sus bienes. En defecto de algunas de sus dos citadas hijas adquirirán el legado sus respectivos descendientes. Cuarta. Es voluntad del otorgante que si le sobrevive su mujer Doña Alicia usufructúe ésta vitaliciamente todos cuantos bienes, derechos y acciones constituyan la herencia del testador, incluso los legados, sin prestar fianza, y si algún hijo o descendiente reclamase su participación en el haber hereditario paterno, viviendo la viuda, ordena que se le prive de toda porción del mismo distinta de lo que por legítima estricta le corresponda, percibiendo en este caso la viuda Doña Alicia el tercio de libre en dominio pleno, y las hijas del primera matrimonio Marta y Sonia el tercio de mejora, también en pleno dominio sin ninguna limitación. Quinta. Nombra albaceas, comisarios, contadores y partidores de su herencia a sus amigos Don Adolfo , sacerdote, y Don Juan Ignacio , empleado, solidariamente, prorrogándoles el plazo legal hasta un año después del fallecimiento de su mujer Doña Alicia y prohíbe la intervención judicial en las operaciones de su testamentaria, privando al que la promueva o provoque de toda participación en los tercios de mejora y libre". 4º) Don Adolfo renunció ante Notario el 3 de Abril de 1.981 a su nombramiento habiendo aceptado el suyo el otro contador partidor el 25 de Marzo del mismo año. 5º) El 3 de Noviembre de 1.979, Doña Alicia presentó relación de bienes dirigida al Abogado del Estado liquidador del impuesto sobre Transmisiones de Bienes en la Delegación de Hacienda con el objeto de liquidar y pagar el impuesto de sucesiones, señalándose una cuota de 12.767.108.- pesetas. Esta liquidación fue notificada a los herederos, incluida Doña Sonia , a quien correspondía pagar 1.722.519.- pesetas. 6º) Doña Sonia promovió juicio de testamentaria relativo a la herencia de su difunto padre, que se tramitó en el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Las Palmas con el número 423 del año 1.982, en el curso del cual se presentó por Don Juan Ignacio un cuaderno particional de la herencia objeto de ese proceso, lo que motivó que por providencia de 25 de Enero de 1.983 se declarara terminado dicho juicio de testamentaria. Recurrida esta providencia en reposición y apelación, ambos recursos fueron desestimados, reenviándose en el auto resolutorio de este último, al declarativo correspondiente para la resolución de cualquier controversia entre las partes (auto de 9 de Noviembre de 1.983) y 7º) La partición efectuada por Don Juan Ignacio , contenía entre otros los extremos siguientes: Que dado que todos los bienes inventariados tenían el carácter de gananciales, el valor total de todos ellos debía dividirse por mitad entre la viuda y los herederos del causante, y que una vez liquidados los gananciales, la herencia del causante se integraba por la mitad de éstos, más el valor de sus bienes privativos. Distribuía la herencia adjudicando a la viuda el tercio de libre disposición, a cada una de las hijas del primer matrimonio la mitad del de mejora y una octava parte del de legítima estricta y a cada uno de los hijos del segundo matrimonio una octava parte de este último tercio. El contador partidor entendía que era aplicable la cláusula cuarta del testamento (transcrita anteriormente) al requerimiento efectuado por la heredera Doña Sonia , a cuyos hechos es oportuno adicionar el concerniente a que la relación de bienes del Cuaderno particional fue reproducción de la presentada por la viuda, Doña Alicia en la Delegación de Hacienda para liquidación del impuesto y de la presentada, a su vez,



en el juicio de testamentaria, cuyo hecho se desprende de la respectiva fundamentación de las sentencias recaídas en primera y segunda instancia, del contenido del propio Cuaderno y de los escritos de alegaciones de las partes, las cuales, estuvieron representadas en el referido juicio de testamentaria.

CUARTO.- Si bien es cierto que una vez disuelta la sociedad de gananciales se procederá a su disolución, que se comenzará por un inventario del activo y pasivo de la misma, artículo 1.396 del Código Civil, y que la liquidación es un proceso complejo hasta conseguir que los bienes que constituyen la liquidación se integren en otros patrimonios diferentes, lo que supone, en principio, la intervención del cónyuge supérstite, no lo es menos que en el caso concreto de autos, el Contador-partidor Don Juan Ignacio efectuó las operaciones particionales con base en el inventario de bienes confeccionado por la Viuda respecto a los que quedaron al fallecer el causante y presentado a Hacienda, primero, y, después, en el juicio de testamentaria, al igual que es cierto que con arreglo a dicho inventario el Contador practicó la liquidación de la extinta sociedad de gananciales, y dividió el haber resultante del modo expresado en el artículo 1.404 del Código Civil y a tenor de las cláusulas testamentarias. Todo ello permite entender que la referida liquidación no cabe calificarla cual un negocio jurídico unilateral en sentido estricto al estar fundamentado en su integridad en la relación de bienes que la Viuda realizó y presentó, lo que significa que, por medio de tales actos, contribuyó y cooperó indirectamente, para de modo decisivo, en la operación liquidatoria de la sociedad de gananciales. No obsta a lo expuesto la circunstancia de que la presentación inicial de la mentada relación tuviera una finalidad puramente fiscal, pues fue seguida de la tenida lugar en el juicio de testamentaria, y, desde luego, no es óbice, tampoco, para que la repetida relación de bienes deba ser estimada como inequívoca declaración o manifestación de voluntad de la Viuda acerca del haber patrimonial a tener en cuenta en las futuras operaciones particionales, entre ellas, las de liquidación de la sociedad de gananciales.

QUINTO.- Las consideraciones que anteceden permiten entender, a su vez, que existió una implícita intervención de la Viuda en la liquidación de la sociedad de gananciales llevada a efecto por el Contador-Partidor, el cual, no cabe olvidar que fué nombrado por el testador y que la dicción del artículo 1.057 del Código Civil autoriza a equiparar la partición hecha por aquel a la realizada por el testado, y esto así, procede concluir que la partición cuestionada no perdió su validez y eficacia por la falta de intervención directa y explícita de Doña Alicia en la liquidación de la sociedad de gananciales, lo que conduce, por tanto, a estimar que el Tribunal "a quo" vino a infringir la doctrina jurisprudencial citada en el motivo del recurso acerca del consentimiento tácito y de los actos propios, y a casar, consecuentemente, la sentencia recurrida,

SEXTO.- La casación de la sentencia impugnada confiere a ésta Sala el pleno conocimiento del asunto, con el correlativo enjuiciamiento de la sentencia recaída en primera instancia, y en concordancia con ella, es claro que la resolución de los temas controvertidos depende de la interpretación que merezca el testamento otorgado por Don Matías, especialmente, la referente a las cláusulas tercera, cuarta y quinta. Este problema debe ser estudiado partiendo de las reglas y criterios interpretativos puestos de relieve por el Juzgador en el tercer fundamento jurídico de su sentencia, los que se dan por reproducidos para evitar repeticiones innecesarias, máxime, cuando la redacción de la cuarta no admite dudas. A tenor de la precitada cláusula, resulta evidente que fué intención del testador excluir a las hijas de su primer matrimonio de la penalidad establecida en la misma para el supuesto de concurrencia que contempla, con lo cual, dichas descendientes tendrían que percibir, compartiéndole, el tercio de mejora en pleno dominio, además de la parte legitimaria correspondiente, y en caso del mismo supuesto, el cónyuge supérstite habría de recibir el dominio del tercio libre, en sustitución, pues, del usufructo vitalicio.

SEPTIMO.- Lo acabado de exponer, viene a resolver, además de la cuestión relativa al usufructo vitalicio, sustituido, como se ha apuntado, por la recepción del tercio de libre disposición, la concerniente a la rendición de cuenta a que se alude en la disposición final tercera del Cuaderno particional, la cual, procede mantener en los términos que expresa, y a resolver, también, las cuestiones que abordaban la pérdida por Doña Sonia del tercio de mejora y la rescisión de la partición, en cuanto que una y otra han de ser decididas en sentido negativo: la de la pérdida de la porción indicada, por la forma en que ha quedado interpretada la intención del testador, y la de la rescisión, por no resultar acreditados los perjuicios que se dicen haber sufrido los herederos-actores, siendo de reiterar, así mismo, las razones formuladas en el sexto fundamento jurídico de la sentencia del Juzgado, aparte de que la adjudicación a los herederos de cuotas indivisas en los bienes, vendría a descartar posibles perjuicios por vía de la valoración de aquellos.

OCTAVO.- Cuanto ha quedado razonado conduce a confirmar íntegramente la sentencia recaída en primera instancia, dando por aceptada y reproducida su total fundamentación jurídica, y de aquí que, de acuerdo con lo dispuesto en los rituarios artículos 873 y 1.715.2, proceda declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Sonia, sin hacer ningún pronunciamiento expreso respecto a las costas causadas en la segunda instancia y en el presente recurso.

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

**FALLAMOS**

QUE DECLARANDO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por el Procurador Don Fernando-Julio Herrera González, en nombre y representación de Doña Sonia , contra la sentencia de fecha treinta de Junio de mil novecientos noventa y dos, y dictada por la Sección Primera de la Itma. Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, debemos casar y casamos dicha sentencia, y, debemos, asimismo, confirmar y confirmamos íntegramente la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de los de Las Palmas de Grana Canaria de fecha seis de Junio de mil novecientos noventa, y ello, sin hacer declaración especial alguna sobre las costas causadas en la alzada y en el presente recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- A. BARCALA Y TRILLO-FIGUEROA.- J. ALMAGRO NOSETE.- X. OCALLAGHAN MUÑOZ.- RUBRICADOS.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, 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.

FONDO DOCUMENTAL CEND