



Roj: **STS 1492/1983** - ECLI: **ES:TS:1983:1492**

Id Cendoj: **28079110011983100247**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/05/1983**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación por infracción de Ley**

Ponente: **JOSE MARIA GOMEZ DE LA BARCENA LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Núm. 283.-

Sentencia de 18 de mayo de 1983

PROCEDIMIENTO: Infracción de ley.

RECURRENTE: Don Juan Alberto y otro.

FALLO: No haber lugar al recurso contra la sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña de 27 de diciembre de 1980 .

DOCTRINA: Testamento. Nulidad de cláusula que otorga potestad de señalar la cosa para pagar la mejora al propio heredero mejorado.

Ya dijo la sentencia de 16 de junio de 1902 , si con arreglo del artículo 830 del Código Civil , no solamente no es lícito

encomendar a otro la institución de la mejora, tampoco lo es encomendar a otro, ni al propio heredero mejorado, la facultad que

al testador otorga el artículo 829 del mismo código, de señalar la cosa cierta que haya que pagarse; que aunque, a la vista de lo

establecido en la sentencia antes indicada, el otorgar de suyo la nulidad de la cláusula, prescindiendo de que tal heredero haya

hecho uso o no de la facultad de elección.

En la Villa de Madrid, a dieciocho de mayo de mil novecientos ochenta y tres; en los autos de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Corcubión, y en grado de apelación ante la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial

de La Coruña, por Don Humberto , empleado, y Don Darío , labrador, ambos mayores de edad, casados y vecinos de Calo-Vimianzo; contra Don Alberto , mayor de edad, casado, capataz celador de Obras Públicas, vecino de Vimianzo, y contra Don Juan Alberto , mayor de edad, casado, capataz de Obras Públicas, vecino de Calo-Vimianzo; y contra Don Luis Angel , mayor de edad, y contra el Ministerio Fiscal; sobre cláusula testamentaria de operaciones particionales, declaración de propiedad y otros extremos; autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por los demandados Don Juan Alberto y Don Alberto , representados por el Procurador Don Argimiro Vázquez Guillen y dirigidos por el Letrado Don Carlos Martínez de Velasco Moreno; no habiendo comparecido la parte actora y recurrida y sin que lo haya verificado tampoco el otro demandado.

RESULTANDO



RESULTANDO que ante el Juzgado de Primera Instancia de Corcubión se promovió juicio declarativo ordinario de mayor cuantía por el Procurador Don José Manuel García Rodríguez en representación de Don Humberto y Don Darío , mediante escrito de demanda en la que se expusieron los siguientes hechos: Primero.- Los padres de los actores y de los demandados, Señores Humberto Darío Juan Alberto Luis Angel , fallecieron: Don Bruno el treinta de agosto de mil novecientos setenta y uno, bajo testamento que tenía otorgado el cuatro de enero de mil novecientos setenta y tres ante el Notario de Vimianzo Don Rafael Benzo Mesial, y Marisol falleció el veinticinco de octubre de mil novecientos setenta y uno, también bajo testamento otorgado ante el propio Notario con fecha veintiocho de septiembre de mil novecientos setenta y uno. Segundo.- Que ambos causantes nombraron Comisario Contador Partidor de sus respectivas herencias al demandado Alberto , quien confeccionó cuaderno particional de bienes que atribuya a ambos causantes con carácter de gananciales y lo protocolizó en la Notaría de Vimianzo ante el Notario Don Antonio Javier Cuevas Castaño, en treinta y uno de julio de mil novecientos setenta y tres; que tal cuaderno particional es nulo de pleno derecho y sin eficacia jurídica de clase alguna, y subsidiariamente, anulable por las siguientes razones: a) No se ha practicado la liquidación previa de la sociedad de gananciales de ambos cónyuges; b) Se atribuye a todos los bienes el carácter de gananciales, cuando varias de las fincas tienen carácter privativo de uno de los cónyuges; c) No se hace una valoración real de los bienes, sino que se aplico a la totalidad de los bienes la suma de doce mil pesetas, cantidad que se fija únicamente, a efectos fiscales, pero no se hace una valoración real para practicar una liquidación adecuada; d) Se incluye la finca DIRECCION000 , cuando no pertenece a ninguna de las herencias mentadas; e) Quebrantó el Contador demandado lo dispuesto por la testadora Marisol en la cláusula segunda de su testamento en cuanto ordena que a su hijo Juan Alberto se le adjudique con toda preferencia, en pago del tercio de mejora y libre disposición, la mitad o derecho que a la testadora corresponde en la casa conocida por Casa de la Escuela, sita en Calo, así como el terreno correspondiente a esta mitad por su espalda. Dicho contador hace la adjudicación de una cuarta parte al actor y heredero Darío y la otra cuarta parte al heredero Luis Angel , demandado en ignorado paradero y, en su representación, al Ministerio Fiscal; que dicho contador demandado adjudica al heredero Humberto , actor, en el cuaderno particional que se impugna, la mitad por el Norte de la casa denominada La Escuela partida dos del inventario, con la otra mitad que adjudica a los hermanos Luis Angel y Darío por el Sur, con los lindes que se reseña, y adjudicada a los herederos Luis Angel y Darío ; Este, la carretera de Vimianzo a Camarinas y por el Oeste camino; que esta adjudicación corresponde al heredero Humberto por legítima y mejora, si sobrepasa la legítima de su padre, Bruno , según establece en la cláusula primera de su citado testamento; que el meritado Contador partidor infringe el testamento de Doña Marisol al no adjudicarle por la misma bien alguno, estando, pues, dicho heredero Humberto lesionado en la legítima materna en su totalidad, ya que lo adjudicado al mismo por el Contador es única y exclusivamente lo que al mismo le pertenecía por su padre, como legítima y el exceso, si lo hubiera, como mejora, que tampoco cubre la legítima del padre dicha adjudicación; que el testamento citado del causante Bruno establece en la cláusula quinta: "Concede el testador a su hijo Juan Alberto la facultad de elegir bienes para pago de los tercios de mejora y de libre disposición"; cláusula nula de pleno derecho, ya que el testador no puede disponer que alguno de los herederos elijan los bienes que le puedan corresponder en su haber, no puede delegar esta facultad en un tercero ni en su propio heredero, pudiera, sin embargo, el testador señalar qué bienes había de coger con preferencia, pero esto no lo hizo respecto al hijo Juan Alberto y la facultada que le concedió no surte efectos jurídicos que esta facultad no la concede en su testamento la causante Doña Marisol . No obstante, confabulados el Contador y el heredero Juan Alberto , eligen los bienes a su antojo, incluso cambiando, contra la voluntad de la testadora Doña Marisol hace la adjudicación de La casa Escuela y de su terreno unido por la espalda a los herederos Luis Angel y Darío , cuando había establecido la misma en su testamento que sería adjudicada con preferencia al heredero mejorado Juan Alberto , contraviniendo la voluntad de la testadora; justificándolo todo el Contador demandado en la cláusula cuarta del cuaderno particional; en la forma que en autos consta; y así adjudica a Humberto la mitad de la referida casa escuela, con lo que pretende cubrir la legítima por padre y madre, cuando lo adjudicado le pertenecía a Humberto solo, por herencia del padre, quedando dicho heredero totalmente sin legítima por parte de madre, a parte de que lo adjudicado no le cubre la legítima por parte de su padre tampoco; que la tal Casa Escuela es ganancial de ambos causantes y al disponer el padre de la mitad en favor de su hijo Humberto queda la otra mitad como perteneciente a la madre y ésta había señalado con preferencia que dicha mitad (o derecho) fuera adjudicada al hijo Juan Alberto , y el Contador hace la adjudicación de esta mitad a los hijos Luis Angel y Darío a razón de una cuarta parte de la totalidad a cada uno; por lo que resulta que los herederos Luis Angel y Darío quedan sin legítima en su totalidad por parte de su madre, teniendo en cuenta, respecto al heredero Darío que la finca adjudicada con el nombre de DIRECCION000 no existe en la herencia de ambos causante, ni tiene existencia física, ni forma parte del haber hereditario de los mismos. Tercero.- Que la cláusula quinta del testamento de Bruno , en cuanto concede el testador a su hijo Juan Alberto , la facultad de elegir bienes para pago de los tercios de mejora y de libre disposición, es nula de pleno derecho, por no poder disponer o conceder el testador tal facultad en favor de dicho heredero, tanto respecto a su mejora, legado y legítima. Cuarto.- Que el contador inventarió y adjudicó todos los bienes como gananciales



de ambos cónyuges causantes, cuando la casa con sus dependencias corral y terreno unido, a que se refiere el número uno del inventario tiene carácter privativo de la causante Marisol , teniendo el esposo Juan Alberto únicamente participación en las mejoras y obras realizadas por ambos causantes durante el matrimonio; que el labradía denominado Horta de Abaixo tiene, igualmente, carácter privativo de Marisol ; la descrita al número siete, monte Bau do Esperón es propia de Marisol ; la del número trece, llamada DIRECCION000 , no pertenece a ninguno de los causantes. Quinto.- Que la actuación del contador, confabulado con el heredero Bruno , ha causado daños y perjuicios a los actores que se ven obligados a tener que presentar esta demanda por ello además de una expresada imposición de costas, han de indemnizar a los actores en los daños y perjuicios que resulten del período probatorio o se determinen en ejecución de sentencia. Sexto.- Que con fecha trece de noviembre de mil novecientos setenta y seis se llamó a conciliación a los demandados Alberto , contador partidiro, y a Juan Alberto , no compareciendo el primero, por lo que respecto al mismo se tuvo por intentado el acto sin efecto y la representación del segundo se opone a la pretensiones deducidas en la papeleta de demanda, lo que obliga a tener que presentar esta demanda. Séptimo.- Tras alegar los fundamentos de derecho que estimó oportunos terminó suplicando Sentencia conteniendo los siguientes pedimentos: a) Que la cláusula quinta del testamento del causante Bruno a que se refiere el apartado g) del hecho segundo de la demanda de fecha cuatro de enero de mil novecientos setenta y tres otorgado ante el Notario de Vimianzo Don Rafael Benzo Mestre, a cuya cláusula se refiere también el hecho tercero de demanda, es nula de pleno derecho, o, al menos y subsidiariamente, anulable, cuya nulidad se solicita y ha de ser declarada anulada y sin eficacia jurídica alguna; b) Que son nulas las operaciones particionales de los bienes causados por Bruno y Marisol llevadas a cabo por el demandado Alberto como Comisario Contador Partidiro testamentario de ambos causantes y protocolizadas por dicho contador partidiro en la Notaría de Vimianzo ante el Notario Don Antonio Javier Cuevas Castaño con fecha treinta y uno de julio de mil novecientos setenta y tres en la forma y por los motivos que se expresan en los diversos apartados del hecho segundo de demanda, declarando dicho cuaderno sin eficacia jurídica alguna, o subsidiariamente anulable y anulado por los motivos referidos en dicho hecho segundo de demanda, invalido y sin eficacia jurídica; b) Que la finca DIRECCION000 a que se refiere la demanda no existe en la herencia de ambos causantes, no pertenece a dichas herencias, debiendo excluirse del as hereditario de ambos causantes; d) Que conforme se establece en el hecho cuarto de demanda la casa con sus dependencias, corral y terreno unido a que se refiere el número uno del inventario del cuaderno particional que se impugna tiene carácter privativo o parafernial de la causante Marisol , teniendo o correspondiendo al esposo Bruno , únicamente, participación en las mejoras y obras realizadas por ambos causantes durante su matrimonio. Que el labradío denominado Horta de Abaixo, descrita al número cuatro del inventario de dicho cuaderno particional, tiene, igualmente, carácter privativo de la causante Marisol . Que la finca descrita en el número cinco de dicho inventario, labradío y monte denominado Horta do Cabazo con el hórreo y "eirá" inherentes a la misma son exclusivamente pertenecientes a la herencia privativa de Marisol . La finca descrita en el número siete de dicho inventario monte llamado Bau de Esperón es de la propiedad exclusiva de Marisol , perteneciendo exclusivamente a su herencia únicamente. Debiendo estas fincas liquidarse únicamente en la herencia de la Marisol y, por tanto excluirse del as hereditario del causante Bruno ; e) Que en defecto de lo solicitado en el apartado b) anterior acordar la rescisión de las operaciones particionales hechas por el Comisario Contador Partidiro demandado, Don Alberto , referidas, cuaderno particional protocolizado en la Notaría de Vimianzo ante el Notario Don Antonio Javier Cuevas Castaño con fecha treinta y uno de junio de mil novecientos setenta y tres, por quedar lesionados los herederos instituidos por ambos cuasantes, los actores Humberto y Darío , en más de la cuarta parte del valor verdadero de los bienes de cada causante; f) Que no se ha practicado una correcta liquidación de la sociedad legal de gananciales habida durante el matrimonio de los referidos causantes, en su virtud de todo lo anterior se acuerde proceder a la liquidación de la sociedad legal de gananciales, ajustándose a las normas legales que regalan aquellas; g) Que al comisario contador partidiro testamentario Alberto le ha caducado el plazo para realizar nueva partición de los bienes causados por ambos causantes ya susodichos; h) Que los demandados Alberto y Juan Alberto tienen obligados a abonar a los actores los daños y perjuicios causados a los mismos, de una forma indistinta y solidariamente, en la cuantía que resulte del período probatorio o se justifiquen en ejecución de sentencia; i) Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a los demandados Juan Alberto y Luis Angel , como coherederos con los actores, a practicar nuevas operaciones particionales de los bienes de ambos causantes en forma, incluso la liquidación de la sociedad legal de gananciales, como previa de aquellas, efectuando las valoraciones conforme al verdadero valor de los bienes; j) Condenando también a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a cumplirlas ejecutándolas en sus propios términos. Con expresa imposición de costas a los demandados.

RESULTANDO que personado el Fiscal en fecha veintiocho de junio de mil novecientos setenta y ocho; por el Procurador Don Jesús Manuel Bujero Lourido, en representación de los demandados Don Alberto y de Don Juan Alberto , se personó ante el Juzgado y, habiéndose declarado en rebeldía a este último, por referido Procurador Señor Boujeiro Lourido se contestó la demanda en base a los siguientes hechos: Primero.-



Niega todos los de la demanda en cuanto no sean expresamente admitidos por los que relata seguidamente.

Segundo.- Don Bruno y Doña Marisol, padres de los actores y de su representado Don Juan Alberto, fallecieron, respectivamente, el treinta de agosto y el veinticinco de octubre de mil novecientos setenta y uno. Don Bruno falleció bajo testamento otorgado el cuatro de enero de mil novecientos sesenta y tres ante Don Rafael Benzo Mestre, Notario de Vimianzo; Marisol lo hizo bajo testamento otorgado el veintiocho de septiembre de mil novecientos setenta y uno ante el Notario de Corcubión Don Mario Alfonso Calvo Alonso, que en relación con estas disposiciones testamentarias debe destacarse que: en el testamento de Don Bruno los actores son instituidos herederos, únicamente en la cuota de legítima estricta (cláusula segunda); para el pago de su legítima, lega a su hijo Humberto "el derecho que corresponde al testador en la vivienda en la que habita actualmente, en el mismo edificio que ocupa también en parte la Escuela del lugar de Calo; que el edificio sobre el que recae ese legado, constaba y consta de dos viviendas, claramente delimitadas e independizadas interior y exteriormente, pues incluso tienen puertas de acceso distintas. La situada al Sur e izquierda entrando, es la conocida por el nombre de Casa Escuela y está dedicada a escuela y a vivienda de la maestra; la otra vivienda la ocupaba el legatario Humberto; que el legado recae exclusivamente sobre la vivienda ocupada por el legatario, pero no sobre la totalidad del edificio; se concede a Don Juan Alberto, en cuanto mejorado, la facultad de elegir los bienes para el pago de su mejora y tercio de libre disposición; que el mejorado, como puede probarse por la participación realizada, no hizo uso de esa facultad; que el testamento de Doña Marisol, mejora en el tercio de ese nombre y la lega el de libre disposición a su hijo Juan Alberto; que en pago de lo indicado, le adjudica de forma preferente, entre otras cosas, "la mitad o derecho que a la testadora corresponde en la casa conocida por Casa Escuela, sita en Calo, cuya mitad es la del Sur, o izquierda entrando, pues la otra mitad la ocupa actualmente su hijo Humberto, hoy actor; que se reconoce que su hijo Juan Alberto, el demandado, determinadas obras y mejoras en la casa en que habita la testadora y ordena que el importe de las mismas le sea abonado a aquél "en su herencia"; que en relación con esos gastos, debe señalarse: a) que le fueron abonadas todavía a Juan Alberto, por lo que se reserva expresamente el derecho a repetir contra sus hermanos; b) que el heredero quien pagó todos los gastos habidos por derechos reales, división de las herencias y protocolización del cuaderno particional. Los otros herederos tampoco le han pagado, hasta el momento, la parte que a ellos les corresponde, por lo que también se reserva el derecho a reclamarla en su momento; c) hace dos años, aproximadamente, le dio un piso más a la casa donde vive y realizó en ella mejoras y reparaciones por un valor de ochocientas cincuenta y cinco mil pesetas; que al valorar la casa debe tenerse en cuenta el valor que tendría la casa en el momento del fallecimiento de los causantes y en el estado en que se encontraría de no haberse realizado esas mejoras.

Tercero.- Que la totalidad de los bienes relictos de los esposos causantes tienen carácter ganancial. Los actores admiten esto excepto para ciertos bienes a los que le niegan de carácter: Primero) la casa y huerta unida, descritas en la partida primera del inventario: las compró Bruno, en estado de casado, a Doña Leonor. Segundo) El labratorio Huerta de Abaixo, partida cuarta del inventario: la compró el Señor Bruno a la misma vendedora. Tercero) El labratorio Huerta de Cabazo, partida quinta del inventario: comprada por el Señor Bruno a la misma vendedora. Cuarto) El monte Batí de Esperón, partida séptima del inventario: comprada por el Señor Bruno a la misma vendedora. Todas estas parcelas fueron compradas en documento público formalizado ante el Notario de Vimianzo Don Rafael María Cavanillas Rodrigue el veintidós de febrero de mil novecientos treinta y cuatro; que por lo que concierne a la parcela DIRECCION000, en el año mil novecientos cincuenta y cuatro se realizó la partición de los montes de Calo por vecinos o por "fumes"; a los causantes se les adjudicó la parcela DIRECCION000, superficie veinte áreas, treinta y ocho centiáreas; que la lindante por el Norte con esta finca Lucía era suegra de la madre política del actor Darío. La finca aquí descrita la vienen poseyendo ellos conjuntamente con la que les fue adjudicada.

Cuarto.- Que Alberto, contador partidario testamentario por ambos causantes, realizó la división de sus herencias y protocolizó el cuaderno particional en julio de mil novecientos setenta y tres, que los actores no afirman que esa partición se ha realizado de pleno acuerdo entre el mejorado y el contador partidario; que Juan Alberto es el único que puede exigir que le sea adjudicado el derecho que a su madre le correspondía en la Casa Escuela. Si accedió a la petición de contador partidario no fue para obtener beneficio alguno, sino para conseguir una más justa y correcta división de las herencias, especialmente de esa Casa Escuela; que el actor Humberto es propietario de la vivienda que ocupa. Como por la parte de su padre sólo había recibido la mitad de esa vivienda, por su madre se le ha adjudicado la otra mitad; que en lo que concierne a la valoración "real" de los bienes hereditarios, los actores pretenden, dadas inexactitudes en que incurren los actores, inadmisibles en personas que están al corriente de todo, no se acierta a captar el sentido y la finalidad de este juicio; que tal vez los actores pretendan, en período de prueba, valorar ciertos bienes adjudicados a esta parte, Juan Alberto, en los que se realizaron obras de importancia, tomado en consideración su estado y valor actuales y no el que tenían en el momento del fallecimiento de los causantes; lo que sena prueba de su mala fe; y, tras invocar los fundamentos de derecho que creyó del caso, concluyó suplicando Sentencia por la que se desestimasen íntegramente las pretensiones de los actores, con imposición de costas.



RESULTANDO que evacuados los trámites de réplica y duplica, se acordó el recibimiento del juicio a prueba y, practicados los medios declarados pertinentes, fue evacuado el trámite de conclusiones, y el Juzgado dictó la siguiente: Sentencia apelada: con fecha veintinueve de septiembre de mil novecientos setenta y ocho, por el Juez de Primera Instancia de Corcubión, se dictó sentencia estimando en parte la demanda interpuesta, declara: Que el Comisario Contador Partidor Testamentario Alberto le ha caducado el plazo para realizar nueva partición de los bienes causados por los causantes Bruno y Marisol; como asimismo debo condenar y condeno al demandado Juan Alberto a que abone a Darío en la cantidad actualizada de cincuenta mil pesetas referidas al año mil novecientos setenta y tres, cuya actualización con referencia a dicho año se establecerá en el período de ejecución de Sentencia; debiendo absolver de dicha indemnización a los demandados Alberto y Luis Angel, desestimando los restantes apartados consignados en el suplico de la demanda, sin especial imposición de costas.

RESULTANDO que a su vez, contra la Sentencia anterior, por los demandantes Don Humberto y Don Darío se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, y elevados los autos a la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, prevista celebración de vista con asistencia de los Letrados de las partes personadas, por dicha Sala se dictó Sentencia con fecha de veintisiete de diciembre de mil novecientos ochenta, revocando en parte la sentencia anterior y estimando en parte la demanda interpuesta y declarando: Primero.- Que la cláusula quinta del testamento del causante Don Bruno, de fecha cuatro de enero de mil novecientos sesenta y tres, otorgado ante el Notario de Vimianzo Don Rafael Benzo Mestre es nula y no debe producir eficacia jurídica alguna. Segundo.- Que procede anular las operaciones particionales de los bienes dejados por Don Bruno y Doña Marisol, llevadas a cabo por el demandado Don Alberto como comisario contador partidor testamentario de ambos causantes, protocolizadas por dicho contador en la Notaría de Vimianzo ante el Notario Don Antonio Javier Cuevas Castaño con fecha treinta y uno de julio de mil novecientos setenta y tres, las cuales, por tanto, quedan sin eficacia jurídica. Tercero.- Que no se ha practicado una correcta liquidación de la sociedad legal de gananciales habida durante el matrimonio de los esposos Don Bruno y Doña Marisol, por lo que debe procederse a tal liquidación, ajustándose a las normas legales que la regulan. Cuarto.- Que al comisario contador partidor testamentario Don Bruno le ha caducado el plazo para realizar nueva partición de los bienes causados por ambos testadores. Quinto.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condena a los demandados Don Juan Alberto y Don Luis Angel, como coherederos con los actores, a practicar nuevas operaciones particionales de los bienes de los causantes Don Bruno y Doña Marisol, en debida forma, con la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales de ambos; y desestimando la demanda en lo demás, absolvemos a los demandados del resto de las peticiones contra ellos formuladas; todo ello sin hacer una especial imposición de las costas en ninguna de ambas instancias.

RESULTANDO que a su vez, contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia se ha interpuesto por los demandados apelados Don Juan Alberto y Don Alberto, el presente recurso de casación por infracción de Ley, habiéndose personado, ante esta Sala de lo Civil de Tribunal Supremo, en nombre de dichos recurrentes, el Procurador Don Argimiro Vázquez Guillen, por medio de escrito en el que se articulan los siguientes motivos: Primero.- Al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la aprobación de las pruebas practicadas en el juicio que resulta del documento auténtico que a continuación se señalará, que acredita la equivocación evidente del Juzgador. Segundo.- Al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la infracción, por su violación, al no ser objeto de aplicación, de lo dispuesto en los artículos mil cuatrocientos siete del Código Civil, según el cual "se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio mientras no se prueben que pertenecen privativamente al marido o a la mujer". Tercero.- Al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la infracción, por su aplicación indebida en el caso de autos, de lo dispuesto en los artículos ochocientos veintitrés, ochocientos veintinueve, mil cincuenta y seis y mil cincuenta y siete del Código Civil. Cuarto.- Al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la infracción, por su violación, al no ser objeto de aplicación al caso de autos, de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo sexto del Código Civil que previene que "la exclusión voluntaria de la Ley aplicable y la renuncia a los derechos en ellas reconocidos sólo serán válidos cuando no contrarían el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros".

VISTO siendo Ponente el Magistrado Señor Gómez de la Barcena López.

CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que acusa el primer motivo, con amparo procesal en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el error de hecho en la apreciación de la prueba, que resulta de documento auténtico que acredita la equivocación evidente del Juzgador, dado que, declarado



en el primero de los considerandos de la sentencia impugnada que "son hechos que, por apreciación conjunta de la prueba, aparecen probados: Primero.- Que después de la muerte de Serafin , abuelo materno de los aquí litigantes, hermanos Luis Angel Humberto Darío Juan Alberto , con fecha quince de enero de mil novecientos treinta y dos, se practicaron las operaciones particionales de su herencia y en ellas se adjudicaron a su esposa Doña Leonor , abuela de los referidos litigantes, entre otros bienes, los descritos en el hecho cuarto de la demanda (excepción de la finca DIRECCION000), pero tal adjudicación en propiedad no fue de la totalidad del dominio sobre los mismos, sino sólo en condominio y por mitad y proindiviso, con su hija Doña Marisol , a quien en tal partición se adjudicó la otra mitad. Segundo.- Que a medio de escritura notarial de veintidós de febrero de mil novecientos treinta y cuatro, Doña Leonor transmitió los referidos derechos adquiridos sobre esas fincas, en dación de pago, a Don Bruno , verno suyo por esta casado con su hija Doña Marisol , haciendo constar en dicha escritura, en consonancia con su título de adquisición, que los derechos que cedía era el condominio, por mitad y proindiviso, con su hija Doña Marisol , por lo que es evidente que la mitad del dominio de cada una de las referidas fincas pertenecía como bien paraferna a ésta y la otra mitad pasó a pertenecer a la sociedad de gananciales formada por ella y su esposo Don Bruno , y, como no hay la más mínima prueba de que esa situación jurídica fuese variada, hay que estimar que la misma subsistía cuando a la muerte de ambos cónyuges quedaron esos bienes en sus herencias; apreciación fáctica que, a juicio de los recurrentes, resulta desvirtuada por la escritura pública de veintidós de febrero de mil novecientos treinta y cuatro, documento que se señala como auténtico, en apoyo del motivo que se examina, en el que no se hace la menor referencia al título a virtud del cual Doña Marisol había devenido propietaria de las restantes participaciones indivisas de las fincas mencionadas, no existiendo más probanza para acreditar dicho extremo -pese a la declaración en la instancia de que a tal conclusión se llega por apreciación conjunta de las pruebas practicadas-, que la mentada escritura, y ello porque no aparecen unidas a los autos, las particiones, a que se hace referencia en el escrito de proposición de prueba de la contraparte, que se dicen practicadas por el Perito Miguel en quince de enero de mil novecientos treinta y dos, por lo que ni en aquella escritura pública de venta, ni en el testamento de Don Serafin se hace referencia alguna a la naturaleza de los bienes objeto de la herencia de Doña Marisol , añadiendo que "tal errónea afirmación no puede obtenerse ni tan siquiera como una presunción, mediante la que pueda destruirse la a su vez obtenida por el contenido del artículo mil cuatrocientos siete del Código Civil , porque aquella presunción estaría además indebidamente obtenida"; motivo que ha de decaer, por lo siguiente: A) porque el error de hecho no puede apreciarse ni admitirse, por el resultado que ofrezca un medio probatorio aislado, cuando el hecho que en la instancia se estima probado, lo es por conjunta apreciación de las probanzas practicadas, sin que sea lícito al impugnante desvincular la resultancia probatoria obtenida, para asentar su tesis impugnatoria en un documento o probanza aislada, sentencias de veinticuatro de febrero y veintiocho de septiembre de mil novecientos ochenta y uno ; B) porque carecen de la condición de auténticos, a efectos casacionales, aquellos documentos que hayan sido estudiados, compulsados y valorados por el Juzgador, como elementos de su juicio y componentes de su razonada y razonable convicción, constituyéndose sobre ellos, por aquél, la tesis decisoria del proceso, sentencias de diez de junio de mil novecientos ochenta y uno , diecinueve de febrero , cinco de marzo , diecisiete de mayo , seis y dieciséis de octubre de mil novecientos ochenta y dos , por citar las más recientes; C) por cuanto al error ha de resultar manifiesto y patente, sin precisar de interpretación, conjetura o deducción alguna, de tal forma que si se hace precisa cita de las normas de hermenéutica contractual presuntamente infringidas, de las contenidas en los artículos mil doscientos ochenta y uno a mil doscientos ochenta y nueve del Código Civil , especificando el concepto de la infracción, sentencias de veintiséis de febrero de mil novecientos sesenta y tres y seis de abril de mil novecientos ochenta y dos ; D) porque lo pretendido por los recurrentes es establecer una nueva valoración probatoria, distinta a la obtenida en la instancia sustituyendo con su personal criterio, lógicamente parcial, el más objetivo de la Sala sentenciadora, lo que no es dable en casación, sentencias de veinticinco de enero de mil novecientos sesenta y cinco , trece de octubre de mil novecientos sesenta y seis y veintiuno de diciembre de mil novecientos ochenta y uno ; y E) porque contrariamente a lo mantenido por los recurrentes en el último párrafo del desarrollo del motivo, en la sentencia impugnada no se ha hecho uso de presunción alguna para establecer los hechos probados, sino que tal apreciación se asienta en pruebas directas; razones toda que justifican la repulsa del motivo que se contempla, arrastrando tal rechazo la del motivo segundo, en el por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denuncia la violación por no aplicación del artículo mil cuatrocientos siete del Código Civil , y ello porque al permanecer incólume, a electos casacionales, la declaración de la Sala, en orden a la naturaleza de los bienes cuestionada, los impugnantes vienen a hacer supuesto de la cuestión, al reputar gananciales los bienes integrados en la sucesión, contradiciendo así la apreciación obtenida en la instancia, que se mantiene inalterable, con la desestimación del primer motivo.

CONSIDERANDO que también por la vía del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se acusa en el tercer motivo, la infracción, por aplicación indebida de los artículos ochocientos veintitrés , ochocientos veintinueve , mil cincuenta y seis y mil cincuenta y siete del Código Civil , con lo que se viene a atacar el contenido del considerando cuarto de la sentencia impugnada, en el



que se razona la nulidad de la cláusula quinta del testamento otorgado por Don Bruno , cuanto concede a su hijo Don Juan Alberto la facultad de elegir bienes para el pago de los tercios de mejora y de libre disposición, y ello por entender la Sala que tal nulidad viene determinada por suponer una extralimitación de las facultades que a los testadores confieren los tales preceptos, aplicabilidad que los recurrentes niegan, por cuanto que, a su entender, el tal heredero no ha hecho uso de la facultad conferida, habiéndose operado la adjudicación al margen de la misma, y en virtud de facultades que, por razón de su cargo, correspondían al contador partidor, pero no porque los hubiera elegido el repetido heredero; motivo que también ha de decaer, por las razones siguientes: A) porque en el último inciso del extremo quinto los hechos que se declaran probados, claramente se alude a la directa intervención del recurrente Don Juan Alberto , en las operaciones particionales, practicadas por el Comisario Contador Partidor, al decirse, sin que tal declaración fáctica se combata por adecuada vía, "que la adjudicación de determinados bienes, concretamente de la denominada Casa de la Escuela, se hizo de acuerdo con el heredero Don Bruno ", lo que abiertamente viene a demostrar su muy directa intervención, en unión del dicho Comisario, en la participación; B) porque el propio impugnante manifiesta presto mi conformidad, según se expresa en la base cuarta de este cuaderno particional, a las adjudicaciones hechas por el comisario contador partidor", en cuyo cupo cuarto se le adjudican los bienes de su haber hereditario, manifestaciones lo suficientemente claras y expresivas, de que hizo uso de la facultad de elección conferida testamentariamente por su padre, en la cláusula quinta de su testamento; C) porque lo que los recurrentes pretenden es atacar la interpretación verificada por la Sala sentenciadora, de una determinada cláusula testamentaria, facultad soberana de la Sala, que sólo puede impugnarse, con cita de las normas interpretativas contenidas en los artículos mil doscientos ochenta y uno y siguientes del Código Civil , lo que al no hacerse determina que la interpretación de la Sala haya de mantenerse, en cuanto declara la nulidad de la meritada cláusula; D) porque como ya dijo la sentencia de dieciséis de junio de mil novecientos dos , si con arreglo al artículo ochocientos treinta del Código Civil no solamente no es lícito encomendar a otro la institución de la mejora, tampoco lo es encomendar a otro, ni al propio heredero mejorado, la facultad que el testador otorga el artículo ochocientos veintinueve del mismo Código , de señalar la cosa cierta que haya de pagarse; y E) que aunque, a la vista de lo establecido que la sentencia antes invocada, el otorgar dicha facultad de señalamiento y determinación de los bienes al mejorado, apareja, de suyo la nulidad de la cláusula, prescindiendo de que el tal heredero haya hecho uso o no de la facultad de elección, la resultancia probatoria obtenida, así lo declara, sin que tal apreciación haya sido eficazmente combatida, por cauce hábil, por los recurrentes.

CONSIDERANDO que acusa el cuarto y último de los motivos del recurso, también por la vía del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la violación por no aplicación del párrafo segundo del artículo sexto del Código Civil , que previene que "la exclusión voluntaria de Ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidos cuando no contraríen el interés, o el orden público, ni perjudiquen a terceros", renuncia que a su juicio operada por los recurrentes que estiman válida, en lo que se refiere a la denominada Casa de la Escuela, ya que la supuesta lesión a los demás herederos, no supera el margen de la cuarta parte a que se refiere el artículo mil setenta y cuatro del Código Civil ; motivo que también ha de claudicar, desde el momento en que la eficacia de tal renuncia no sólo entraba en el área facultativa del renunciante, sino que exigía el consentimiento de los demás herederos, conformidad que, al no haberse producido, aboca a la nulidad de la partición verificada, al conculcarse abiertamente la voluntad testadora, que en su testamento dispuso la adjudicación, en pago del tercio de mejora y del de libre disposición a su hijo Juan Alberto , del derecho que a aquélla correspondía en la llamada "Casa de la Escuela", no obstante lo cual el Comisario la adjudicó en proindiviso a los herederos don Serafín y don Luis Angel , con la expresa disconformidad del también heredero don Juan Alberto , a quien estaba atribuido tal bien, una violación de la declaración de voluntad de la testadora que es la ley suprema por la que la sucesión se rija, sentencia de cinco de mayo de mil novecientos sesenta y dos , siendo facultad exclusiva de la Sala sentenciadora la interpretación de las cláusulas testamentarias, que en el caso que se examina ha cumplido la preceptiva del artículo seiscientos setenta y cinco del Código Civil , párrafo primero atendiéndose al sentido literal de las palabras por aquella utilizadas, literalidad interpretativa proclamada reiteradamente por las sentencias de seis y veintiuno de febrero y cuatro de octubre de mil novecientos sesenta y dos , veinticinco de abril de mil novecientos sesenta y tres , cinco de marzo de mil novecientos sesenta y cinco y cinco de julio de mil novecientos sesenta y seis , y que ha de ser mantenida en casación, en tanto no se demuestre la infracción de normas legales de hermenéutica, sentencias de treinta de octubre de mil novecientos setenta , treinta de abril de mil novecientos ochenta y uno y ocho de junio de mil novecientos ochenta y dos ; circunstancias que abonan el rechazo del motivo, sin que en ello pueda incidir, la lesión a la que la Sala de Instancia hace referencia, al ser aducido, como un razonamiento más, pero no el sustancial, determinante de la declaración de nulidad de las operaciones particionales practicadas por el Comisario demandado y recurrente.

CONSIDERANDO que la repulsa de los cuatro motivos que se dejan examinados, conlleva la del recurso, con la expresa condena en costas a los recurrentes, ordenada por el artículo mil setecientos cuarenta y ocho de la



Ley procesal sin necesidad de pronunciarse sobre el depósito que, ante la disconformidad de las sentencias recaídas en la instancia, no se constituyó por innecesario.

FALLAMOS

que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por don Juan Alberto y don Alberto contra la sentencia que, con fecha veintisiete de diciembre de mil novecientos ochenta dictó la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña ; condenamos a dicha parte recurrente al pago de las costas; y líbrese al Presidente de la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos originales y rollo de Sala que remitió.

ASI por esta nuestra sentencia que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" e insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose, al efecto, las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excelentísimo señor don Carlos de la Vega Benayas, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Ponente en estas actuaciones hallándose la misma celebrando audiencia pública, de lo que como Secretario, certifico.-Sánchez Oses. - Rubricado.

FONDO DOCUMENTAL CENDO