



Roj: **STS 1507/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1507**

Id Cendoj: **28079110012018100244**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/04/2018**

Nº de Recurso: **2767/2015**

Nº de Resolución: **248/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 1629/2015,**
STS 1507/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 248/2018

Fecha de sentencia: 25/04/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2767/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/04/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIJÓN. SECCIÓN 7.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 2767/2015

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 248/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 25 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto D.^a Emma y D.^a Estibaliz , representadas por la procuradora D.^a Isabel Julia Corujo bajo la dirección letrada de D. Álvaro López Castro, contra la sentencia n.º 237/2015 dictada en fecha 30 de junio por la Sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Gijón en el recurso de apelación n.º 509/2014 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1318/2013 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Villaviciosa, sobre nulidad de **testamento**. Han sido partes recurridas D.^a Juana y D. Lucio y D.^a Mercedes , representados por el procurador D. Jaime Tuero de la Cerra y bajo la dirección letrada de D.^a Emma Tuero de la Cerra, y D. Pio y D. Prudencio representados por la procuradora D.^a Paula de Diego Juliana y bajo la dirección letrada de D.^a Ana M.^a Barrientos Álvarez.

Ha sido ponente la Excm.a Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- D.^a Emma interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Victoriano , D.^a Estibaliz , D.^a Ana , D. Pio y D. Prudencio , y contra los herederos del Albacea Testamentario D. Dimas , a saber: D.^a Juana y D. Lucio y D.^a Mercedes en la que solicitaba:

«Con carácter principal:

«I.- Declare la nulidad de la cláusula segunda *ab initio* del **testamento** (que se transcribe a continuación) de D.^a Esmeralda en cuanto a que los albaceas nombrados por la causante tengan facultades para liquidar una sociedad conyugal cuyo derecho, por la parte de su finado esposo D. Horacio , ya le correspondía a sus herederos al haberla premuerto.-

Nombra albaceas-comisarios-contadores-partidores, con carácter solidario y con las más amplias facultades especialmente las de liquidar la sociedad conyugal y realizar, hasta su más completa terminación, todas las operaciones particionales, a D. Dimas abogado, vecino de esta villa y al hermano de éste, D. Eliseo de la misma vecindad, prorrogándoles el plazo legal en cinco años más.

» II.- Declare la nulidad de la cláusula segunda b) del **testamento** de D.^a Esmeralda en cuanto a que los albaceas nombrados por la causante tengan facultades para partir conjuntamente su herencia con la de su finado esposo D. Horacio , por pertenecerle dicho derecho delacional a los herederos de aquél por haber premuerto a la causante, y ser además el nombramiento de albacea testamentario inherente sola y exclusivamente a la figura del testador:

Que el citado albacea-comisario-contador-partidor D. Fausto falleció sin haber llevado a efecto operación alguna en relación con la herencia del causante, razón por la cual es voluntad testadora que, habida cuenta de que los bienes de la testadora y de su difunto marido son esencialmente gananciales, se practique la partición de ambas herencias conjuntamente, por cualquiera de los albaceas-comisarios-contadores-partidores que en este acto ha dejado nombrados.

»III.- Nulidad de la cláusula segunda *in fine* del **testamento** de D.^a Esmeralda en cuanto a que la *cautela socini* no puede comprender como sancionados derechos ajenos a la causante, y en concreto nula frente a mi mandante, pues es la declaración de su nulidad por los tribunales la única forma posible de atacar la redacción *contra legem* de dicha cláusula:

Sanciona al heredero que no aceptase la precedente disposición, o que fuere promotor de la intervención judicial, o perturbador del normal cumplimiento de las disposiciones testamentarias, con la reducción de sus derechos sucesorios a su porción en el tercio de legítima estricta, pasando, por igual, a los que acataren la voluntad del testador, la parte del disidente en los tercios de mejora y libre disposición.

»Y ello con cuantos efectos le son inherentes, y muy especialmente la partición realizada por D. Dimas .

»Y subsidiariamente: declare nula la partición realizada por D. Dimas al no haber procedido a liquidar y adjudicar previo a la partición hereditaria la liquidación de la sociedad legal de gananciales de los cónyuges D.^a Esmeralda y D. Horacio .

»Y todo ello con la expresa imposición de las costas».



2.- La demanda fue presentada el 15 de mayo de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Villaviciosa y fue registrada con el n.º 1318/2013 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- D.ª Juana , D. Lucio y D.ª Mercedes , por un lado, D.ª Ana y D. Pio , por otro y D. Prudencio , contestaron a través de sus representaciones procesales a la demanda mediante la presentación de los correspondientes escritos en los que solicitaban la desestimación íntegra de la demanda con expresa condena en costas a la parte actora.

4.- D. Victoriano y D.ª Estibaliz contestaron a la demanda interpuesta por D.ª Emma mediante escrito en el que se allanaban totalmente a dicha demanda.

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza sustituta del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Villaviciosa dictó sentencia n.º 108/2014 de fecha 23 de septiembre , con el siguiente fallo:

«Que desestimando la demanda formulada por D.ª Emma , representada por el procurador D. Fernando Lorenzo Álvarez, contra D. Victoriano y D.ª Estibaliz , representados por el procurador Sr. Lorenzo Álvarez, contra D.ª Ana , D. Pio , representados por la procuradora Sra. González Fernández, y contra los herederos del Albacea Testamentario D. Dimas : D.ª Juana , y D. Lucio y D.ª Mercedes , representados por el procurador Sr. Tuero de la Cerra, debo declarar y declaro que no ha lugar a declarar ninguna de las pretensiones de nulidad deducidas en la misma, debiendo declarar y declarando la absolución de todos los demandados en cuanto a las mismas en este procedimiento.

»Las costas causadas en este procedimiento se imponen a la demandante».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª Emma .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Gijón, que lo tramitó con el número de rollo 509/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 30 de junio de 2015 , con el siguiente fallo:

«Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Emma , contra la sentencia de 23 de septiembre de 2014, dictada en autos de Procedimiento Ordinario n.º 1318/13, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Villaviciosa , la que se confirma en su integridad con imposición de las costas causadas a la recurrente».

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- D.ª Emma y D.ª Estibaliz interpusieron recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

Primero: Por infracción del art. 7.1 CC en relación con la teoría de los actos propios.

Segundo: Por infracción del art. 6.3.º CC en relación con los arts. 1344 y 1404 CC .

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se comunicó el fallecimiento de D.ª Ana y por diligencia de ordenación de 20 de diciembre de 2017 se acordó no abrir el trámite de **sucesión** procesal al estar personados los hijos D. Prudencio y D. Pio .

Con fecha 17 de enero de 2018, se dictó auto cuya parte dispositiva es como sigue:

« 1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Emma contra la sentencia dictada con fecha 30 de junio de 2015 por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección Séptima), en el rollo de apelación n.º 509/2015 , dimanante de procedimiento ordinario n.º 1318/2013 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Villaviciosa.

» 2.º) No admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Estibaliz contra la sentencia dictada con fecha 30 de junio de 2015 por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección Séptima), en el rollo de apelación n.º 509/2015 , dimanante de procedimiento ordinario n.º 1318/2013 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Villaviciosa.

» 3.º) Imponer las costas del recurso de casación presentado por D.ª Estibaliz a la parte recurrente».

3.- Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.



4.- Por providencia de 14 de marzo de 2018 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 17 de abril de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes*

El objeto del presente recurso versa sobre la partición de las herencias de dos personas casadas bajo el régimen de gananciales. La sociedad de gananciales se extinguió por muerte del marido, pero cuando fallece la esposa todavía no se ha hecho la liquidación de la sociedad de gananciales.

D. Horacio , el esposo, falleció el 13 de mayo de 1985 bajo **testamento** otorgado en 1984 por el que atribuía a su esposa (D.^a Esmeralda) el usufructo universal y vitalicio y nombraba herederos a partes iguales a sus dos hijos Leoncio y Víctor), sustituidos por sus respectivos descendientes. Nombró albacea al Sr. Fausto solo para el caso de que alguno de los herederos lo solicitara.

D.^a Esmeralda , la esposa, falleció el 31 de julio 2004 bajo **testamento** otorgado en 2003 en el que nombraba herederos por mitad a partes iguales a su hijo (D. Leoncio) y a los nietos D.^a Emma y D. Victoriano , hijos de su hijo D. Víctor , premuerto en 2002. Designó albaceas-comisarios-contadores-partidores solidarios a D. Dimas y a su hermano Eliseo , prorrogándoles el plazo legal en cinco años más. Facultó a los albaceas-comisarios-contadores-partidores para que liquidaran la sociedad conyugal. Puesto que el Sr. Fausto había fallecido sin realizar ninguna operación y los bienes de su difunto marido y los suyos eran esencialmente gananciales, D.^a Esmeralda expresó su voluntad de la partición de ambas herencias se practique conjuntamente. El **testamento**, finalmente, contenía una cláusula por la que sancionaba "al heredero que no aceptase la precedente disposición, fuere promotor de la intervención judicial, o perturbador del normal cumplimiento de las disposiciones testamentarias, con la reducción de sus derechos sucesorios a su porción en el tercio de legítima estricta, pasando, por igual, a los que acataren la voluntad del testador, la parte del disidente en los tercios de mejora y libre disposición".

D. Víctor , que había fallecido el 29 de octubre de 2002, no había otorgado **testamento** y el 28 de abril de 2004 se otorgó acta de notoriedad por el que se declaraba herederos abintestato a sus dos hijos D.^a Emma y D. Victoriano , sin perjuicio de los derechos que correspondieran como cónyuge viuda a D.^a Estibaliz , esposa de D. Víctor .

El 21 de julio de 2004, los hermanos D.^a Emma , D. Victoriano y su madre D.^a Estibaliz , interpusieron demanda de división judicial del abuelo de los dos primeros y suegro de esta última, D. Horacio . Señalaron como interesados en la herencia a su tío D. Leoncio y a su abuela D.^a Esmeralda . Después de fallecimiento de D.^a Esmeralda (que falleció el 31 de julio de 2004) desistieron contra ella y más tarde desistieron del procedimiento (auto de sobreseimiento de 18 de enero de 2005).

El 23 de julio de 2009, D.^a Emma , D. Victoriano (nietos de D. Horacio y D.^a Esmeralda) y su madre D.^a Estibaliz , recibieron un requerimiento notarial para protocolizar la partición realizada por D. Dimas . El 24 de julio de 2009 comparecieron en la notaría los tres y manifestaron:

«1.- Que no están de acuerdo con los términos en que se halla redactado el citado cuaderno, ni con alguna de las valoraciones que se atribuyen a las fincas, por lo que rehúsan firmarlo. 2.- Que además, y sin perjuicio de lo que manifiesten el albacea, lo cierto es que en todo el tiempo transcurrido desde el fallecimiento de D.^a Esmeralda , no han sido convocados ni citados al despacho de esta persona para tratar cosa alguna relacionada con las herencias a las que el acta se refiere».

El 29 de julio de 2009 compareció en la notaría D. Leoncio (hijo de D. Horacio y D.^a Esmeralda), declarando su plena conformidad con la partición y su voluntad de firmar la protocolización.

El 9 de diciembre de 2010 falleció D. Leoncio (hijo de D. Horacio y D.^a Esmeralda). Dejó dos hijos (D. Pio y D. Prudencio) y viuda (D.^a Ana).

D. Dimas presentó solicitud inicial de monitorio contra D.^a Emma , D. Victoriano (nietos de D. Horacio y D.^a Esmeralda) y su madre D.^a Estibaliz para que pagasen la cantidad de 10.112,60 euros en concepto de honorarios derivados de su actuación como albacea-comisario y contador-partidor testamentario, cargo para el que fue designado por D.^a Esmeralda . Tras la oposición de D.^a Emma , D. Victoriano y D.^a Estibaliz , el Sr. Dimas presentó demanda de reclamación de cantidad, que fue estimada por sentencia del Juzgado de 13 de febrero de 2012 . En la sentencia se dice:



«Los demandados no discuten que el actor fue el contador de la herencia de D.^a Esmeralda , quien lo designó en su **testamento** como albacea, comisario, contador-partidor con las más amplias facultades, incluida la de liquidar su sociedad de gananciales, y que los trabajos efectuados por el Sr. Dimas están correctamente minutados y no se oponen al pago de los mismos; sin embargo, se oponen a la pretensión deducida de contrario alegando, en síntesis, que las operaciones particionales no están finalizadas pues entienden que tal como están confeccionadas, respecto de algunas fincas (las números NUM000 , NUM001 , NUM002 y NUM003 de la hijuela de los demandados) no cumplen las previsiones de la legislación en materia de suelo del Principado de Asturias, del concejo de Villaviciosa y del Registro de la Propiedad, al no aportarse la licencia municipal de segregación de las mismas o el certificado administrativo de innecesariedad de la misma, no saben si las fincas segregadas adjudicadas podrán inscribirse o no en el Registro de la Propiedad, y si continuarán o no en situación de indivisión respecto del otro coheredero; por lo que solicitan la desestimación de la demanda».

«En el presente caso, partiendo de los hechos admitidos y reconocidos como ciertos por las partes y de la prueba practicada, ha resultado acreditada la realidad de la designación de D. Dimas , Abogado de profesión, efectuada por D.^a Esmeralda en su **testamento**, como albacea, comisario y contador-partidor, facultándole para practicar conjuntamente la partición de las herencias de la causante y su fallecido esposo D. Horacio y la liquidación de la sociedad de gananciales que existió entre ellos durante su matrimonio. En cumplimiento de dicho encargo el Sr. Dimas procedió a realizar las operaciones particionales de las herencias de ambos cónyuges que se plasmaron en el cuaderno particional de fecha 16 de julio de 2009, conteniendo el inventario y avalúo de los bienes, la liquidación de la sociedad conyugal, la liquidación, división de las herencias y formación de haberes, y la adjudicación y entrega de bienes con la formación de dos hijuelas: la primera para D. Leoncio , hijo de las causantes; y la segunda para D.^a Emma , D. Victoriano y D.^a Estibaliz , nietos y nuera respectivamente de los causantes».

Durante la tramitación de este procedimiento falleció D. Dimas . Dejó dos hijos (D. Lucio y D.^a Mercedes) y viuda (D.^a Juana).

El 13 de mayo de 2013, en nombre de los hermanos D.^a Emma , D. Victoriano y su madre D.^a Estibaliz , el letrado envió burofax a sus primos y su tía (D. Pio , D. Fausto y D.^a Ana) «con el fin de llegar a un acuerdo amistoso en la partición de la herencia de D. Horacio y D.^a Esmeralda , toda vez que la cautela operada en el **testamento** de esta última en relación con la delación de la herencia de su esposo es nula, y por tanto la operación llevada a cabo por el albacea, el cual no puede llevar cabo (sic) una nueva por haber fallecido y el segundo de ellos por haber expirado el plazo».

SEGUNDO.- *Primera y segunda instancia*

1.- El 15 de mayo de 2013, D.^a Emma interpuso demanda contra su hermano y su madre (D. Victoriano y D.^a Estibaliz), contra sus primos y su tía (D. Pio , D. Fausto y D.^a Ana) y contra los herederos del albacea D. Dimas (D.^a Juana , D. Lucio y D.^a Mercedes).

Con carácter principal solicitó que se declarara la nulidad de tres cláusulas del **testamento** de su abuela D.^a Esmeralda : la que atribuía al albacea-contador la facultad de liquidar la sociedad conyugal con su esposo D. Horacio , la que encomendaba al albacea-contador la partición conjunta de las dos herencias, la que contenía la cláusula socini y sancionaba a los herederos que promovieran intervención judicial. Ello con cuantos efectos le son inherentes y muy especialmente la partición realizada por D. Dimas .

Subsidiariamente solicitó que se declarase nula la partición realizada por D. Dimas , al no haber procedido a liquidar y adjudicar de forma previa a la partición hereditaria la liquidación de la sociedad legal de gananciales de los cónyuges D.^a Esmeralda y D. Horacio .

Los codemandados D. Victoriano y D.^a Estibaliz se allanaron a la demanda, mientras que el resto de codemandados mostraron su oposición a la misma. En el caso de los herederos del albacea testamentario alegaron la falta de legitimación pasiva, prejudicialidad civil y la corrección del cuaderno particional efectuado por D. Dimas . Los demás codemandados sostuvieron la validez de las cláusulas del **testamento** y alegaron contradicción de la demandante con sus propios actos.

2.- El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda.

Por lo que se refiere a la *cautela socini* dijo el Juzgado:

«La pretensión de declarar su nulidad debe desestimarse, pues tal y como se recoge, por ejemplo, en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2013 la cautela es admisible dentro de la libertad de testar y de elección del legitimario (no afectando al plano material, en cuanto a que el legitimario tiene todos sus derechos a defender su legítima, y sí pudiendo afectar, sin embargo, a



aquellos contenidos impugnatorios que se dirijan a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador)».

El Juzgado rechaza la nulidad de las otras dos cláusulas por aplicación de la doctrina de los actos propios:

«Al respecto, consta acreditado que tanto la ahora demandante como su hermano y su madre (D. Victoriano y D.^a Estibaliz, aquí demandados, y respecto de los que se ha rechazado su postura de allanamiento a la demanda en ordinal anterior), desde la elaboración y protocolización del cuaderno Particional el 16 de julio de 2009 y hasta poco antes de la interposición de la presente demanda (12 de febrero de 2013 en que consta el envío de un burofax a algunos de los ahora demandados), realizaron actuaciones en relación con el mismo en las que no cuestionaron su nombramiento ni la extensión de las funciones que se le encomendaron (tal y como se aprecia en el documento que recoge el Acto de Conciliación celebrado ante este Juzgado el día 30 de julio de 2010, en donde reconocen al Sr. Dimas como albacea y la alusión que se contiene en el mismo al cuaderno es de existencia de "errores particionales"; tal y como se expresa en el escrito de oposición que formularon con fecha 13 de diciembre de 2010 tras la interposición de procedimiento monitorio por el albacea en reclamación de sus honorarios profesionales, en cuya alegación primera y segunda expresan "Cierto es y así resulta de los documentos públicos el tratarse el promovente de albacea contador-partidor de la herencia de D.^a Esmeralda así como de las operaciones de liquidación de la sociedad conyugal de la misma" y en cuya alegación tercera pone objeciones al cuaderno elaborado que nada tienen que ver con lo que a través de la demanda de autos plantea; tal y como se constata por la lectura de los Fundamentos de Derecho de la Sentencia dictada por este Juzgado el día 13 de febrero de 2012 -confirmada por la de la Sección 7 de la Audiencia Provincial de Asturias de 24 de junio de 2013- en cuyo ordinal tercero se recoge que "Los demandados no discuten que el actor fue el contador de la herencia de D.^a Esmeralda, quien lo designó en su **testamento** como albacea comisario, contador-partidor con las más amplias facultades, incluida la de liquidar su sociedad de gananciales, y que los trabajos efectuados por el Sr. Dimas están correctamente minutados y no se oponen al pago de los mismos; sin embargo, se ponen a la pretensión deducida de contrario alegando, en síntesis, que las operaciones particionales no están finalizadas pues entienden que tal como están confeccionadas, respecto de algunas fincas ... no cumplen las previsiones de la legislación en materia de suelo del Principado de Asturias.."), generando en consecuencia una situación de hecho desde hace años de respeto a la extensión y atribuciones que fueron encomendadas para su desempeño al albacea testamentario que ahora no les resulta dable en Derecho alterar con una actuación sorpresiva e incoherente con la previamente desplegada por su parte. Es decir, la actora realizó actos en que dio por válido el **testamento** sin impugnar parte alguna del mismo, sin cuestionar el ámbito ni la extensión de las funciones que el albacea designado había de desempeñar y que claramente se expresaban en el mismo (es decir, dando por buenas las cláusulas que ahora se impugnan pretendiendo su nulidad), generando con ello una situación de confianza y buena fe en tal designación y la extensión de las funciones a desempeñar por el albacea (aceptándolas implícitamente conforme figuró en el **testamento**) que ahora no puede quedar destruida por una actuación no coherente con la previamente realizada por la parte, so pena de dar cabida a una situación de inseguridad jurídica, de quebrantamiento de la buena fe en relación y en perjuicio con el resto de los afectados por el **testamento** y de no respeto al estado de hecho y de derecho creado previamente por su actuación misma».

El Juzgado rechaza igualmente la petición subsidiaria de la demanda, consistente en que se declare nula la partición realizada por D. Dimas al no haber procedido a liquidar y adjudicar previamente a la partición hereditaria la liquidación de la sociedad de gananciales de D.^a Esmeralda y D. Horacio, no respetando el derecho de los herederos de D. Horacio a intervenir en las mismas. Dice el Juzgado:

«Con independencia de que tales operaciones liquidatorias sí se llevaron a cabo, antes de la adjudicación de bienes a los herederos en el cuaderno Particional (tal y como se puede observar en el apartado IV del mismo) y de que no se ha demostrado en estos autos el que se negase la intervención en tales operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales a los herederos de D. Horacio, la misma se habrá de desestimar igualmente y por aplicación también de la doctrina de los actos propios que se ha recogido en el fundamento jurídico anterior, pues consta que la demandante y respecto de ese cuaderno realizó alegaciones y objeciones que nada tienen que ver con las que ahora invoca *ex novo* a través de la demanda rectora de autos; las cuales no pueden ser atendidas por extemporáneas, por incoherentes con lo previamente actuado por su parte en relación con el cuaderno, y porque, de atenderse, se abriría el cauce para la alteración de situaciones de hecho y de derecho existentes y generadas previamente con la anuencia de quien ahora pretende alterarlas, rompiéndose así el principio de buena fe y de seguridad jurídica que ampara al resto de las personas afectadas por la misma».

3.- La demandante interpuso recurso de apelación. Sus alegaciones se basaron, en síntesis, en los siguientes motivos:

i) Doctrina de los actos propios y su alcance en la renuncia de derechos: alega que la demandante es solo D.^a Emma con lo que en su caso los supuestos actos propios solo se pueden referir a ella; no consintió las



operaciones particionales; D.^a Esmeralda carecía de capacidad para nombrar liquidador de su sociedad de gananciales y para delacionar (sic) la herencia de este; ello requeriría la cesión de los derechos de D.^a Emma , cesión que no ha llegado a producirse; la sentencia infringe por ello los arts. 657 y 901 CC ; no es de aplicación al caso la doctrina de los actos propios porque según la jurisprudencia deben producirse actos concluyentes y definitivos; en el caso, al tratarse de una renuncia de derechos ha de ser más rigurosa aún si cabe; la renuncia de derechos no admite margen de error en su interpretación; en el caso nada se desprende de los hechos: el burofax enviado por el abogado de la demandante habla de la nulidad de la «cautela socini»; en el acto de conciliación con el Sr. Dimas , al que acudieron sin abogado ni procurador, se dice que reconocen al Sr. Dimas albacea (se entiende que de D.^a Esmeralda) y que no se niegan a pagar si soluciona los errores particionales, sin especificar qué errores; que en el monitorio no se menciona que el Sr. Dimas fuera albacea de D. Horacio , ni lo reconocen como tal ni le ceden su capacidad (sic) de liquidación de la sociedad de gananciales ni de partición de la herencia de su abuelo; denuncian una serie de errores «a modo de ejemplo», pero allí no se ventilaba la nulidad del nombramiento de albacea; la sentencia que condenó a la ahora demandante a pagar los honorarios condenó por la prestación de un servicio y dejó a salvo que las objeciones a la partición se hicieran valer en el juicio correspondiente.

ii) *Cautela socini* : con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1959 alega que tal cautela no puede operar cuando ampara un acto ilícito o contrario a derecho y en el caso sucede que el nombramiento por D.^a Esmeralda de albacea para que liquidara la sociedad de gananciales de una persona ya fallecida así como para hacer la partición de su herencia es una conducta ilícita (art. 901 , art. 675.2 y art. 657 CC), con la consecuencia indirecta de que la nulidad de la cláusula puede arrastrar la nulidad de la partición.

iii) Nulidad del nombramiento de albacea para liquidar la sociedad de gananciales y para delacionar (sic) la herencia de un premuerto: alega que desde la muerte de D. Horacio tales facultades estaban transferidas a los herederos, entre ellos la actora. Reitera que el Juzgado aplica aquí la doctrina de los actos propios de manera errónea, porque tal doctrina debe ser aplicada con rigor cuando se trata de renuncia de derechos (cita los arts. 892 , 901 , 675 y 657 CC).

iv) Por lo que se refiere a la petición subsidiaria de la demanda alega: que no es cierto que se liquidara la sociedad de gananciales, pues el cuaderno calcula el importe del haber de cada cónyuge por simple operación aritmética pero no realiza divisiones, operaciones particionales ni adjudicación de los bienes a cada cónyuge, que servirían para fijar los bienes sobre los que rece el usufructo de la esposa de D. Dimas sobre la herencia de D. Horacio . Insiste en la no participación de los herederos de D. Horacio en las operaciones.

La Audiencia desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de primera instancia.

Por lo que se refiere a los actos propios, la Audiencia, tras citar doctrina de esta sala, dijo lo siguiente:

«Aplicando la anterior doctrina al supuesto sometido a enjuiciamiento se debe considerar, al igual que realiza la sentencia de instancia, que dichos actos existen, en primer término, cuando fueron requeridos por el D. Dimas al objeto de protocolizar y elevar a público el cuaderno particional, tanto D.^a Emma , como D. Victoriano y D.^a Estibaliz , manifestaron no estar de acuerdo con los términos en que se halla redactado el cuaderno ni las valoraciones de las fincas por lo que rehúsan firmarlo y que no han sido convocados para tratar cosa alguna en relación con las herencias, sin que cuestionasen en dicho momento ni el nombramiento del albacea ni la partición conjunta de las herencias.

»Posteriormente cuando el albacea-comisario-contador partidador D. Dimas presentó acto de conciliación en reclamación de sus honorarios frente a D.^a Emma , D. Victoriano y D.^a Estibaliz , estos manifestaron claramente que reconocían al Sr. Dimas como albacea y la deuda, que no se oponen al pago de la misma "cuando le sea entregada la factura correspondiente y detallada y además se solucionen los errores particionales"; en el posterior proceso monitorio en reclamación de dichos honorarios, vuelven a reconocer al actor como albacea contador de la herencia de D.^a Esmeralda (si bien debe entenderse de ambas herencias como dispuso la testadora) así como de las operaciones de liquidación de la sociedad conyugal de la misma (hecho primero y segundo) y se oponen por considerar que las operaciones no estaban finalizadas, contenían errores (evitar situaciones de indivisión, segregaciones sin licencia y no computo de metálico) sin que en ningún caso se hiciese referencia alguna a las disposiciones testamentarias ahora cuestionadas y al carácter del albacea y sus facultades fijadas por D.^a Esmeralda . Y así se pone de manifiesto en Sentencia dictada en apelación por esta Sala en dicho procedimiento de fecha 24 de junio de 2013 hacíamos constar que ni la deuda ni el encargo encomendado al albacea-comisario-contador-partidador se cuestionaban por la ahora demandante y los codemandados D. Victoriano y D.^a Estibaliz .

»Asimismo, consta que gran parte de los bienes adjudicados a los mismos se correspondían con los que ya venían disfrutando desde el fallecimiento de D. Horacio , han seguido siendo poseídos sin realizar objeción alguna hasta la remisión de la carta en febrero de 2013 en que se hace referencia a la "cautela operada en el



testamento de esta última en relación con la delación de la herencia de su esposo es nula" una vez fallecido el albacea designado. Debiendo destacarse que el largo tiempo transcurrido sin ejercitar acción alguna desde el 24 de julio de 2009 en que rehusaron firmar el cuaderno particional hasta dicha comunicación y posterior interposición de la presente demanda, en que habían transcurrido casi cuatro años; razones por las que debe considerar correctamente aplicada la doctrina de los actos propios y en consecuencia desestimar el motivo impugnatorio».

Por lo que se refiere a la *cautela socini* dijo la sentencia de la Audiencia:

«A este respecto debemos tener en cuenta la caracterización y alcance de la validez de la «cautela socini» como disposición testamentaria, así la reciente STS de 21 de abril de 2015, realiza un profundo análisis sobre esta figura, tras resaltar su validez como disposición testamentaria, señala que "lo relevante a los efectos de la aplicación testamentaria de la *cautela socini* es tener en cuenta que el incumplimiento de la prohibición que incorpora no se produce, o se contrasta, con el mero recurso a la intervención judicial, sino que es preciso valorar el fundamento del contenido impugnatorio que determina el recurso a dicha intervención, pues no todo fundamento o contenido impugnatorio de la ejecución testamentaria llevada a cabo queda comprendido en la prohibición impuesta en la *cautela socini*. En efecto, desde la validez conceptual de la figura, se debe indicar que solo aquéllos contenidos impugnatorios que se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador son los que incurren frontalmente en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta, como sanción testamentaria. Por contra, aquellas impugnaciones que no traigan causa de este fundamento y se dirijan a denunciar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de ejecución testamentaria, tales como la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes, sin la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales como, en su caso, la inclusión de bienes ajenos a la herencia diferida, entre otras, escapan de la sanción prevista en la medida en que el testador, por ser contrarias a la norma, no puede imbricarlas, ya de forma genérica o particular, en la prohibición testamentaria que acompaña a la cautela y, por tanto, en la correspondiente sanción

»Por tanto, dado que lo que se cuestiona por el recurrente es la posible nulidad de las operaciones particionales llevadas a cabo por el albacea-contador-partidor D. Dimas en cuanto a que la testadora le encomienda la liquidación de la sociedad conyugal y partición conjunta de la herencia de su cónyuge premuerto y de la suya propia, conforme a la doctrina jurisprudencial invocada, al no versar o combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador, dicha cautela no opera para las nulidades solicitadas por la recurrente, y por ende debe declararse la validez de dicha cláusula, con desestimación de dicho motivo impugnatorio».

Finalmente, respecto de la petición subsidiaria de que se declarase nula la partición realizada por D. Dimas al no haber procedido a liquidar y adjudicar de manera previa la sociedad de gananciales de los cónyuges D.^a Esmeralda y D. Horacio con intervención de los herederos de este, que ya había fallecido, la Audiencia Provincial dijo:

«Dicho motivo no puede acogerse ya que de conformidad con doctrina sentada por el Tribunal Supremo así en SSTs de 28 de mayo de 2004 y 19 de enero y 18 de octubre de 2012, en esta última resolución se planteaba que no cabía hacer la partición conjunta de padre y madre, a la muerte de ambos, sino que se había de liquidar previamente la sociedad de gananciales resolviendo en el sentido de que es válida y no contraviene norma alguna, el que se haga la partición conjunta de los patrimonios hereditarios del padre y de la madre cuando fallece el último de ellos, y que solo podría impugnarse si se alegara y probara violación de la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima o vulneración del principio de equidad en la correcta formación de lotes, y ello al margen de que la referencia que se hace en el **testamento** de D.^a Esmeralda al manifestar que adoptaba su determinación a sabiendas del carácter ganancial de sus bienes y de los de su difunto esposo para que se practicara conjuntamente la partición, puesto que ya se había extinguido la sociedad conyugal a la que aludía pasando los bienes que anteriormente se hallaron integrados en la misma a formar parte de la comunidad post ganancial, pendiente de división que la había sustituido.

»No habiéndose planteado por la recurrente violación respecto de la legítima ni vulneración del principio de equidad en la correcta valoración de los lotes, habiéndose instituido herederos por partes iguales a los dos hijos en el **testamento** de D. Horacio y en el caso de la segunda igualmente por partes a su hijo D. Leoncio y a la estirpe de D. Víctor por haber premuerto a su madre, en contra de lo que sostiene en el recurso no era preciso llevar a cabo divisiones del haber y adjudicación de bienes a cada cónyuge, bastaba con la atribución por mitades de los mismos y su valoración económica Asimismo en contra de la manifestado por la recurrente de que no tuvieron intervención en dicha liquidación de la sociedad ganancial, que basan en lo manifestado ante notario sobre la falta de convocatoria por parte del albacea, queda en entredicho por la manifestado por el perito que llevo a cabo la valoración de los bienes de ambas herencias D. Carlos Alberto en el acto del juicio; razones todas ellas por las que debe desestimarse dicho motivo impugnatorio».

**TERCERO.- Recurso de casación**

D.^a Emma y D.^a Estibaliz interpusieron conjuntamente recurso de casación. El recurso de D.^a Estibaliz fue inadmitido por falta de legitimación para recurrir. El recurso de D.^a Emma sí es admitido.

El recurso de casación se funda en dos motivos.

1.º) El primero denuncia infracción, en el concepto de violación por interpretación errónea, del art. 7.1 CC en relación con la teoría de los actos propios y de la doctrina jurisprudencial sentada en su interpretación.

En su desarrollo sostiene que, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 657, 659 y 661 CC, dentro del acervo de derechos del causante D. Horacio se encontraba el de proceder a la liquidación de su régimen matrimonial, que se transmite a sus herederos. Desde el fallecimiento de D. Horacio ese derecho se había transmitido a sus dos hijos, D. Leoncio y D. Víctor y, por la premoriencia de este, a sus hijos D. Victoriano, D.^a Emma y por lo que se refiere al tercio viudal a su viuda D.^a Estibaliz.

La demandante ahora recurrente argumenta que la sentencia recurrida ha aplicado la doctrina de los actos propios con gran laxitud contra el criterio jurisprudencial de estricta aplicación de la misma en la medida que comporta una cesión o renuncia de derechos propios.

Sostiene que la demandante, su hermano y su madre no reconocieron al Sr. Dimas como albacea de D. Horacio, que interpusieron demanda para la división judicial de su herencia aunque luego desistieron en un intento de negociación, que la demandante declinó la protocolización del cuaderno particional elaborado por el Sr. Dimas, que en el monitorio se reclamaban los honorarios por la partición de la herencia de D.^a Esmeralda y que la propia demanda que da origen a este pleito muestra su disconformidad con la partición efectuada. Niega que «la estirpe del hijo premuerto» haya vulnerado la buena fe, que los actos realizados sean contrarios a la acción que da pie al presente litigio, puesto que ya tenían acciones ejercitadas y niegan, en fin, que exista acto positivo alguno concluyente e indubitado de cesión de sus derechos de liquidación de la sociedad legal de gananciales ni a realizar la partición al Sr. Dimas.

2.º) El segundo motivo denuncia infracción, en el concepto de violación por interpretación errónea, del art. 6.3.º CC en relación con los arts. 1344 y 1404 CC y de la doctrina jurisprudencial sentada en interpretación de los mismos.

En su desarrollo se centra en el pronunciamiento de la sentencia recurrida respecto de la petición subsidiaria de la demanda en el sentido de que se declarase nula la partición realizada por D. Dimas por no haber procedido a liquidar y adjudicar de manera previa a la partición hereditaria la liquidación de la sociedad legal de gananciales de los cónyuges D.^a Esmeralda y D. Horacio y por no mediar la intervención de los herederos de este último que había premuerto.

Sostiene la recurrente que la sentencia es contraria a la doctrina de la Sala Primera y de la Dirección General de los Registros y del Notariado acerca de la necesidad de la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales para proceder a la partición de la herencia. Añade que, dada la premoriencia del hijo a D.^a Esmeralda, la liquidación de gananciales de la sociedad entre D.^a Esmeralda y D. Horacio era necesaria para identificar los bienes procedentes de su herencia y sobre los que recaía el usufructo de la viuda del hijo premuerto.

En aras de la delimitación del objeto de este recurso conviene observar, a la vista de los motivos, que ha quedado fuera de la casación el debate sobre la validez de la cláusula testamentaria en virtud de la cual el heredero que fuera promotor de la intervención judicial vería reducidos sus derechos sucesorios a la legítima estricta. La Audiencia, de acuerdo con la interpretación de la doctrina de la Sala Primera, declaró su validez y declaró igualmente que no operaba para las nulidades solicitadas por la demandante, al no combatir el ámbito dispositivo de la causante.

CUARTO.- Decisión de la sala

Es objeto del recurso de casación la legitimación de la heredera para impugnar unas cláusulas testamentarias y la consiguiente partición realizada por el contador-partidor que, de acuerdo con las facultades que le confirió la testadora, liquidó la sociedad de gananciales que mediaba con su difunto esposo y realizó conjuntamente la partición de las dos herencias. En concreto, el contador liquidó la sociedad de forma exclusivamente contable, determinó la cuota de cada heredero y formó las hijuelas distribuyendo los bienes como si se tratara de un solo patrimonio.

1.- *Liquidación de los gananciales y partición conjunta realizada por el contador-partidor nombrado por uno de los esposos.*

La respuesta adecuada a la cuestión jurídica que se plantea requiere analizar, en primer lugar, la eficacia de la partición conjunta realizada por el contador-partidor nombrado por uno solo de los esposos que,



además, le facultó para liquidar la sociedad de gananciales. A este respecto deben hacerse las siguientes consideraciones.

a) Cuando la sociedad de gananciales se disuelve por fallecimiento de un cónyuge, la liquidación de la comunidad se presenta como un acto previo necesario para fijar el haber partible, integrado por los bienes privativos y los que correspondan al causante en virtud de la liquidación de la comunidad.

La consideración de la liquidación de la sociedad como un presupuesto de la partición de la herencia ha llevado a esta sala a declarar la nulidad de la partición en algunos casos en que la falta de previa liquidación de la sociedad de gananciales daba lugar a alteraciones sustanciales en la integración o valoración de los lotes que debían adjudicarse a cada uno de los herederos. Así, en la sentencia 508/1999, de 8 de junio (en un caso en el que la madre instituyó herederos a los cuatro hijos, pero el marido, que falleció con posterioridad, otorgó **testamento** en el que adjudicó a dos hijos unas fincas privativas suyas, a las dos hijas un bien ganancial y a los cuatro hijos otro bien ganancial, lo que fue reproducido por el contador nombrado por el esposo); en la sentencia 968/2002, de 17 de octubre (en un caso en el que se liquidó la sociedad del segundo matrimonio sin haber liquidado la sociedad del matrimonio anterior del causante, de modo que en la liquidación se incluyeron bienes que no le pertenecían a él sino a su primera esposa); en la sentencia 845/2005, de 2 de noviembre (en un caso en que se incluyen en la partición de los dos cónyuges bienes de la sociedad de gananciales de los padres de la esposa y que corresponderían a esta por herencia, sin contar con los demás herederos de tal herencia); y en la sentencia 954/2005, de 14 de diciembre (cuando la esposa, fallecida en primer lugar, había nombrado al esposo heredero en el tercio de libre disposición y el esposo, que falleció después, había mejorado a un hijo).

Pero también se ha mantenido la partición cuando, en atención a las circunstancias, los intereses en presencia no se veían vulnerados pese a no mediar previa liquidación de la sociedad de gananciales. Así, por ejemplo, cuando el viudo ha intervenido en la partición hereditaria sin hacer valer su derecho (sentencia 570/2003, de 11 de junio, en un caso en el que la madre consintió la partición realizada entre las dos hijas, lo que se entendió como renuncia a ejercitar sus derechos sobre la masa ganancial y los que tenía por herencia de un hijo premuerto lo que, en definitiva, supone que la partición se hizo por todos los partícipes); o cuando puede identificarse el objeto del caudal relicto (sentencia 524/2012, de 18 de julio, en un caso en el que existía una única finca registral y se atribuyó a los dos hijos la mitad indivisa de los derechos gananciales que sobre la misma correspondían a la causante).

b) La liquidación extrajudicial de la sociedad requiere el consentimiento unánime de todos los partícipes. Indudablemente, los dos cónyuges (si están vivos) o, en su defecto, los herederos del premuerto con el viudo y, si también hubiese fallecido este último sin que se hubiera liquidado la sociedad, todos los herederos de uno y otro.

Se ha admitido sin embargo que será válida la liquidación de la sociedad por el contador designado por el premuerto con el viudo o con los herederos de este si también ha fallecido (sentencias de 10 de enero de 1934, 2 de abril de 1996, Rc. 2891/1992, 508/1999, de 8 de junio, y 164/2000, de 25 de febrero).

Incluso, la sentencia 301/2001, de 29 de marzo, en la línea propugnada doctrinalmente, admite que el mismo contador-partidor nombrado por ambos cónyuges puede por sí solo realizar la liquidación de la sociedad de gananciales.

Enlazando este planteamiento con lo expuesto sobre la necesidad de liquidar previamente los gananciales, será posible entonces que el contador-partidor designado por ambos cónyuges practique la partición de ambas herencias sin liquidar previamente los gananciales adjudicando bienes concretos cuando, en atención a las circunstancias del caso, como se ha dicho antes, no se vulneren los intereses en presencia y no se produzcan alteraciones sustanciales en la integración o valoración de los lotes que deben adjudicarse a cada uno de los herederos. Por ejemplo, porque los instituidos son los mismos y en la misma proporción, de modo que el contador puede proceder a repartir el caudal como si se tratase de un solo patrimonio.

c) En el presente supuesto, la disolución de la sociedad se produjo por la muerte del esposo. La esposa, que falleció con posterioridad, había facultado expresamente en su **testamento** al albacea-contador-partidor no solo para liquidar la sociedad de gananciales, sino también para partir conjuntamente ambas herencias, en atención a que el contador designado por su marido había fallecido sin realizar ninguna operación y en atención a que los bienes de su difunto marido y los suyos eran esencialmente gananciales.

Es cierto que los instituidos en los dos **testamentos** son llamados en ambas herencias a las mismas cuotas (la esposa instituyó herederos por mitad a partes iguales a su hijo y a los dos nietos hijos de su hijo premuerto; el esposo, fallecido antes que la testadora, instituyó herederos a sus dos hijos y, por sustitución, a sus descendientes). Sin embargo, puesto que el contador solo fue designado por la esposa, resultaba precisa la



intervención en la partición de los herederos del esposo. Ello por cuanto los herederos del esposo ocupan su puesto y el esposo no confirió facultad alguna al albacea que finalmente actuó en orden a partir su herencia.

De acuerdo con lo anterior habría que concluir que la partición realizada por el contador nombrado por D.^a Esmeralda precisaría para su eficacia el consentimiento de los herederos de D. Horacio y, en el caso, únicamente D. Leoncio manifestó su conformidad y su intención de protocolizar el cuaderno.

Sucede sin embargo que, como declaró la Audiencia, confirmando el criterio del Juzgado, al ejercer la acción que da lugar al presente recurso, la demandante va contra sus propios actos.

2.- Actos propios y legitimación para impugnar el **testamento** y la partición.

La Audiencia, confirmando la sentencia del Juzgado, consideró que había actos propios y la recurrente impugna este pronunciamiento alegando que no hubo renuncia a la acción y que la doctrina de los actos propios debe ser interpretada de manera estricta cuando comporta renuncia de derechos.

Conviene advertir, frente a lo que parece entender la recurrente, que, como dijo la sentencia 399/2012, de 15 de junio, la doctrina de los actos propios no requiere un previo esquema negocial o declaración de voluntad negocial que integre a los actos propios. Por el contrario, la aplicación de la doctrina de los actos propios para rechazar una pretensión de nulidad tiene sentido precisamente cuando no existe una voluntad negocial de carácter vinculante, bien bilateral, bien unilateral, señaladamente una renuncia de derechos. En este último caso la renuncia habría extinguido el derecho por voluntad del renunciante, mientras que la regla según la cual no puede venirse contra los propios actos y debe negarse todo efecto jurídico a la conducta contraria es una concreción de la buena fe que rechaza la falta de coherencia de las conductas por la legítima confianza generada en terceros.

Como observa la Audiencia, haciendo suyo el pronunciamiento y la valoración del Juzgado, en el caso: la demandante, al rehusar (junto a su hermano y su madre) firmar el cuaderno, no cuestionó el nombramiento del contador por D.^a Esmeralda, ni que el mismo pudiera llevar a cabo la partición conjunta, ni que en el cuaderno se hubiera incluido la partición de la herencia de D. Horacio, sino que la demandante, junto a su madre y a su hermano, afirmó que no estaba de acuerdo con las valoraciones de algunas fincas y que el albacea no los había convocado; en la conciliación y en el juicio sobre reclamación de honorarios reconocieron al Sr. Dimas como albacea contador y se opusieron al pago por motivos ajenos a su nombramiento y funciones, limitándose a referir errores en la partición o problemas derivados de la normativa sobre unidades mínimas de cultivo; en la carta del abogado previa a la interposición a la demanda se invocaba únicamente la nulidad de la «cautela» del **testamento** y la imposibilidad de que el contador llevara a cabo una nueva partición por haber transcurrido el plazo previsto en el **testamento** de D.^a Esmeralda; según la declaración en juicio del perito que auxilió al albacea-contador en la valoración de los bienes, la parte demandante sí tuvo intervención en la liquidación y, sobre todo, con posterioridad, tal y como declara probado la sentencia recurrida, la demandante ha realizado actos de posesión de los bienes adjudicados en el cuaderno.

Por todo ello, el ejercicio de la acción por parte de la demandante dirigido a que se declare la ineficacia de la partición que se realizó siguiendo los dictados de las cláusulas testamentarias de D.^a Esmeralda es contrario a la buena fe, es incoherente con la conducta observada por la parte y perjudica a los demás herederos.

La correcta aplicación de la doctrina de los actos propios implica que no pueda admitirse la pretensión contradictoria con la conducta anterior porque, quien realiza actos que reconocen la eficacia del **testamento** y de la partición realizada conforme a ella, queda privado de la legitimación para impugnarlos.

Por todo lo anterior, el primer motivo del recurso debe ser desestimado.

3.- La repercusión de los actos propios en la legítima de la viuda del hijo premuerto.

En el recurso de casación se incluyó un segundo motivo en el que se denunciaba infracción de los arts. 6.º.3, 1344 y 1404 CC y se citaba la doctrina jurisprudencial que declara la nulidad de la partición que no va precedida de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Tratando de evidenciar el error de la sentencia recurrida cuando dijo que en el caso no se había planteado por la demandada infracción de la legítima, ni vulneración del principio de equidad en la correcta valoración de los lotes, al haberse instituido por partes iguales a los dos hijos en el **testamento** de D. Horacio y, en el caso de D.^a Esmeralda, igualmente por partes iguales a su hijo entonces vivo y a la estirpe del hijo premuerto, se dice en este segundo motivo del recurso de casación que la prueba del error es que no se tiene en cuenta que, dada la premoriencia del hijo D. Víctor a su madre D.^a Esmeralda, el derecho de usufructo que le corresponde a D.^a Estibaliz, la viuda de D. Víctor, requiere, para la determinación de los bienes sobre los que recae, determinar los bienes procedentes de la herencia de D. Horacio que formarían parte de la herencia de D. Víctor, para



lo cual, dice, era precisa la previa liquidación de la sociedad de gananciales que existió entre D.^a Esmeralda y D. Horacio .

El recurso de casación se interpuso de manera conjunta por la demandante y por D.^a Estibaliz . El recurso de esta última fue inadmitido, pero puede convenirse que la imposibilidad de determinar el patrimonio sobre el que recae el usufructo de D.^a Estibaliz también repercute en la demandante. Sin embargo, el motivo debe ser desestimado por lo siguiente.

En el cuaderno particional quedó fijado el valor que correspondía de manera separada, de una parte a D.^a Emma y D. Victoriano (su hermano) por la herencia D.^a Esmeralda y de otra a "la herencia de D. Víctor " por la herencia de D. Horacio . Habida cuenta de que, como excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima del art. 813.1 CC , la legítima del viudo es conmutable por voluntad de los herederos (art. 839 CC), la existencia de actos propios de la demandante, heredera con facultad de conmutar el usufructo vidual de su madre, le priva de toda posibilidad de impugnar la partición con apoyo en el principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima de su madre.

Por otra parte, al ser disponibles los intereses que se discuten por la demandante no puede haber infracción del art. 6.º.3 CC .

QUINTO.- Procede por ello la desestimación del recurso con imposición de costas a la parte recurrente, de conformidad con lo establecido en los arts. 398.1 y 394 LEC y pérdida del depósito constituido para interponer el recurso (disp. adicional 15 LOPJ).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D.^a Emma contra la sentencia dictada con fecha 30 de junio de 2015 por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección Séptima), en el rollo de apelación n.º 509/2014 .

2.º- Confirmar la sentencia recurrida.

3.º- Condenar a la recurrente al pago de las costas causadas por el presente recurso y ordenar la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.