



Roj: **STS 2717/2008** - ECLI: **ES:TS:2008:2717**

Id Cendoj: **28079110012008100355**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/06/2008**

Nº de Recurso: **2996/2001**

Nº de Resolución: **540/2008**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANTONIO GULLON BALLESTEROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TO 3/2001,**
STS 2717/2008

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Junio de dos mil ocho.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Toledo con fecha 2 de enero de 2.001, como consecuencia de los autos de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Orgaz (Toledo), sobre sucesiones y nulidad de partición de herencia; cuyos recursos han sido interpuestos por D. Constantino , D^a. Paula , D^a. Inmaculada y D^a. Clara , representados por la Procuradora de los Tribunales D^a Ana Caro Romero de una parte, y de la otra por D^a. Carla , D. Claudio y D. Sebastián , asimismo representados por la Procuradora de los Tribunales D^a. Sofía Pereda Gil; ambas partes recurridas de contrario.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Orgaz (Toledo), fueron vistos los autos de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, instados por D. Constantino , D^a. Paula , D^a. Inmaculada y D^a. Clara , contra D^a. Carla , D. Claudio y D. Sebastián .

Por la parte actora se formuló demanda con arreglo a las prescripciones legales, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando se dictase sentencia "por la que se acordase: a) La nulidad del Cuaderno Particional protocolizado ante el Notario de Consuegra D. Alberto Martínez Caldevilla, el día 4 de marzo de 1.998, con el nº 348 de su protocolo; b) Se declare que las nuevas operaciones particionales de la herencia de D. Constantino han de ajustarse a los siguientes criterios: 1.- Que los bienes incluidos en el inventario bajo los números 13, 14 y 20 han de excluirse de la partición, en cuanto no pertenecen al causante.- 2.- Que los bienes no incluidos en el inventario y que pertenecen al causante de conformidad con lo expuesto en el Fundamento de Derecho quinto de este escrito, han de incorporarse a dicho inventario para ser objeto de partición; 3.- Que D^a. Carla no tiene derecho al segundo legado de usufructo del piso sito en Los Yébenes, en la CALLE000 nº NUM000 , antes NUM001 , hoy CALLE001 , por incumplimiento de las condiciones previstas por el testador; 4.- Que los legados previstos en el testamento por D. Plácido a favor de D^a. Carla , deben imputarse a su cuota legal usufructuaria; 5.- Que la partición debe ajustarse, estrictamente al porcentaje de cuota previsto en el testamento; c) Se declare que los Albaceas Contadores-Partidores, D. Claudio y D. Sebastián , han terminado su gestión y no deben intervenir en las operaciones particionales de la herencia de D. Santiago ; y subsidiariamente, si se considerase que los mencionados Albaceas no han terminado su gestión, se declare la remoción de los mismos en las nuevas operaciones particionales".

Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, no compareció esta, por lo que fue declarada en rebeldía procesal".



Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 28 de abril de 2.000 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO.- Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sra. Calvo Almodóvar, en nombre y representación de D. Constantino , D^a. Paula , D^a. Inmaculada y D^a. Clara , debo acordar y acuerdo la nulidad del Cuaderno Particional protocolizado ante el Notario de Consuegra D. Alberto Martínez Caldevilla, el día 4 de marzo de 1.998, con el nº 348 de su protocolo y debo declarar y declaro que las nuevas operaciones particionales de la herencia de D. Santiago han de ajustarse a los siguientes criterios: 1.- Que los bienes incluidos en el inventario bajo los números 13, 14 y 20 han de excluirse de la partición, en cuanto no pertenecen al causante; 2.- Que los bienes no incluidos en el inventario y que se relacionan en el Fundamento de Derecho Quinto de esta Sentencia como pertenecientes a D. Santiago (sin perjuicio de los derechos que pudieran corresponder a terceros) han de incorporarse a ese inventario para ser objeto de partición; 3. Que la partición debe ajustarse, estrictamente, al porcentaje de cuota previsto en el testamento y que debo absolver y absuelvo a los demandados de cuantas otras pretensiones han sido formuladas en su contra, imponiendo a cada una de las partes procesales el pago de las costas causadas a su instancia y el de las comunes por mitad".

SEGUNDO.- Interpuestos recursos de apelación contra la sentencia de 1^a Instancia por la representación de D^a. Carla , D. Claudio y D. Sebastián y por D. Santiago , D^a. Inmaculada , D^a. Clara y D^a. Paula y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Toledo con fecha 2 de enero de 2.001 , dictó sentencia con la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS.- Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D^a. Carla y D. Constantino , D^a. Inmaculada , D^a. Clara y D^a. Paula , contra la sentencia recaída en el juicio de menor cuantía nº 222/98 del Juzgado de 1^a Instancia nº 1 de Orgaz , debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, condenando a una y otra parte al pago de las costas causadas por la interposición de sus respectivos recursos.

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Toledo con fecha 2 de enero de 2.001, se han interpuesto dos recursos de casación.

A) Recurso interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a. Ana Caro Romero, en nombre y representación de D. Claudio , D^a. Paula , D^a. Inmaculada y D^a. Clara , contra la mencionada sentencia de la Audiencia de Toledo, con base en los siguientes: El motivo primero, al amparo del art. 1.692.4º LEC , acusa infracción del art. 675 del Cód. civ.- El motivo segundo , al amparo del art. 1.692.4º LEC , por infracción del art. 839 del Cód. civ.- El motivo tercero , al amparo del art. 1.692.4º LEC , acusa infracción del art. 1.114 Cód . civ.

B) Recurso interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a. Sofía Pereda Gil, en nombre y representación de D^a. Carla , D. Claudio y D. Sebastián , contra la citada sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia de Toledo, con apoyo en los siguientes motivos: El primero, al amparo del art. 1.692.4º LEC , acusa infracción del art. 1.079 del Cód. civ. por inaplicación.- El motivo segundo , al amparo del art. 1.692.4º LEC , acusa infracción por aplicación indebida del art. 1.261 Cód . civ.

CUARTO.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido para impugnación, las Procuradoras de los Tribunales D^a. Ana Caro Romero y D^a. Sofía Pereda Gil, en sus respectivas representaciones de las partes recurridas de contrario, presentaron sendos escritos con oposición a los mismos.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 27 de mayo de 2.008, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- D. Plácido , D^a. Paula , D^a. Inmaculada y D^a. Clara demandaron por las reglas del juicio declarativo de menor cuantía a D^a. Carla , a D. Claudio y a D. Sebastián . Suplicaban en la demanda que se declarase la nulidad del cuaderno particional realizado por los contadores-partidores D. Claudio y D. Sebastián de la herencia de su padre D. Santiago , protocolizado notarialmente; que en la nueva partición que se hiciese se excluyesen del inventario las fincas que señalaban, y se incluyesen otras, que también se concretaban; que se declarase que D^a. Carla no tenía derecho al legado del usufructo del piso sito en Los Yébenes, en CALLE000 nº NUM000 , antes NUM001 , ahora CALLE001 , por incumplimiento de las condiciones impuestas por el testador; que los legados dispuestos por éste en favor de D^a. Carla debían imputarse a su cuota legal usufructuaria; y que la partición debía de ajustarse estrictamente al porcentaje de cuota previsto en el testamento. Se pedía también que se declarase que los albaceas contadores-partidores nombrados por el testador D. Constantino y D. Sebastián habían terminado su gestión y no debían intervenir en las nuevas operaciones particionales, o, si se estimase lo contrario, subsidiariamente se solicitaba que declarase su remoción.



El Juzgado de 1ª Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando la nulidad del cuaderno particional, y que la nueva partición habría de ajustarse a los siguientes criterios: 1) La exclusión del inventario de las fincas señaladas en la súplica de la demanda; 2) La inclusión en él de las relacionadas en el fundamento de derecho quinto de la sentencia como pertenecientes a D. Santiago , sin perjuicio de los derechos que pudieran corresponder a terceros; 3) Que la partición debería de ajustarse estrictamente al porcentaje de cuota previsto en el testamento. Del resto de las peticiones de la demanda absolvió a los demandados.

Tanto los actores como los demandados apelaron la sentencia. La Audiencia desestimó los recursos, confirmando la sentencia apelada.

Contra la sentencia de la Audiencia han interpuesto recursos de casación los demandantes y demandados.

A) RECURSO DE CASACIÓN DE LOS ACTORES

PRIMERO.- El motivo primero, al amparo del art. 1.692.4º LEC , acusa infracción del art. 675 del Cód . civ.

En su fundamentación se interpreta la voluntad del testador en el sentido de que quiso que los legados que hizo a la demandada Dª. Carla , con la cual convivía al hacer el testamento el 27 de junio de 1.989, y con la que contrajo matrimonio en 1.995, una vez disuelto el anterior con Dª. Daniela , falleciendo pocos meses después, se imputasen a la cuota legal usufructuaria de Dª. Carla .

Para resolver este motivo hay que partir de lo que declaró la sentencia de primera instancia, confirmada por la Audiencia:

"..... la literalidad de los términos del testamento se constatan precisos mas insuficientes, en principio, para averiguar la voluntad del testador si se atiende a las circunstancias personales en las que se hallaba éste en el momento de su redacción y las que después sucedieron. Precisos, por cuanto en la cláusula segunda del testamento abierto se expone, sin género de dudas, que la institución de los legados se hace "con cargo al tercio libre de la herencia"; insuficientes, porque teniendo en cuenta la fecha en que D. Santiago otorgó tal acto de voluntad, el día 27 de junio de 1.989, y las circunstancias personales que le rodeaban, (convivía sin mediar disolución del vínculo matrimonial que le unía con Dª. Daniela), toda la disposición testamentaria que pretendiera hacer a favor de Dª. Carla habría de imputarse al tercio de libre disposición, al venir obligado a respetar la cuota usufructuaria que la Ley reservaba a su entonces todavía esposa. Partiendo de estas circunstancias exteriores a las palabras del testamento, podría mantenerse la interpretación pretendida por los actores, esto es, el finado trataba de sustituir con los legados dispuestos a favor de la persona que con él convivía, lo que el Código civil no le reconocía. Mas esta primera interpretación quiebra cuando el paso del tiempo provoca una resolución judicial que en 1.994 declara la disolución del vínculo matrimonial aludido y con posterioridad, el día 25 de agosto de 1.995, la celebración de un nuevo matrimonio con Dª. Carla , sin que, y esto es lo verdaderamente importante, se haga modificación ninguna del testamento en su día otorgado, de modo que en el momento del fallecimiento del Sr. Santiago , su esposa, no sólo ve reconocido el derecho que le otorgan los artículos 807.3º y 834 del Código civil , sino también el derecho a percibir, de forma autónoma a aquel, los legados que en su día se imputaron al tercio de libre disposición y que pretendió el testador se mantuviera en esa situación al no probarse decisión en contrario y no perjudicar las legítimas de los otros herederos forzosos".

La imputación de los dos legados a la cuota legal usufructuaria la basan los herederos en una hipotética voluntad testamentaria del testador, y por ello alegan la infracción del art. 675 exclusivamente. Desde este punto de vista la interpretación de la sentencia no es ilógica, arbitraria ni vulneradora de ningún precepto legal, y sigue la doctrina de esta Sala, según la cual en materia de acumulación de legados a la cuota legal del cónyuge **viudo** hay que atender a la interpretación de la voluntad del testador (sentencias de 21 de febrero de 1.900 y 3 de junio de 1.947). La argumentación de los recurrentes no es admisible; no es posible construir una nueva voluntad del testador contraria a la acumulación por el hecho de que debía de haberse producido al contraer nuevo matrimonio con la legataria y no pudo. Toda voluntad testamentaria ha de expresarse en las formas y solemnidades legales, en aras de su autenticidad y seguridad. Además, la interpretación judicial tiene en este caso dos circunstancias favorables: una, que el propio testador ordenó el legado del quinto de sus bienes "con cargo al tercio libre", y ello no lo modificó, lo que es significativo de una voluntad favorable a la acumulación; y otra, que el otro legado estaba sujeto a la condición de la que después se tratará, lo cual lo hace impropio para toda imputación legitimaria por la prohibición legal del art. 813, párrafo 2º, Cód . civ., protector de la intangibilidad cualitativa de la legítima.

Por todo ello el motivo se desestima.

La desestimación de este motivo lleva aparejada la del segundo, que se centra en la voluntad del testador contraria a la acumulación de legados que se ha rechazado que existiese.



SEGUNDO.- El motivo tercero, al amparo del art. 1.692.4º LEC , acusa infracción del art. 1.114 Cód . civ.

El motivo combate la apreciación de la sentencia recurrida de que existía una imposibilidad no culpable por parte de la legataria D^a. Carla de cumplir el legado de usufructo vitalicio de un determinado piso en Los Yébenes.

La sentencia de primera instancia declara sobre el particular: "Se alza la siguiente pretensión de quienes demandan, en la necesidad de declarar la carencia de derecho de D^a. Carla sobre el segundo legado de usufructo, del piso sito en Los Yébenes, en c/ CALLE000 , nº NUM000 , hoy CALLE001 , al haber incumplido las condiciones impuestas por el testador.- Efectivamente, la cláusula segunda del testamento otorgado por el Sr. Santiago instituye a su esposa en segundas nupcias como legataria del usufructo de ese piso, sometiéndolo a una doble condición: que no "quepa en ningún supuesto su cesión, ni gratuita ni onerosa" y que sea "ocupada por ella misma un plazo mínimo de seis meses ininterrumpidos al año". La parte demandante considera incumplida la segunda de las condiciones referidas, aportando en prueba de ello una serie de recibos (documento nº 11 emitidos por el Servicio Municipal de Aguas del Ayuntamiento de Los Yébenes (Toledo) y correspondientes a diversos trimestres del año 1.996 reveladores de la ausencia de consumo de agua y por lógica presunción, de la inutilización de la vivienda. En contra, la demandada opone la existencia de probados motivos médicos que han llevado a la falta de uso de esa vivienda, al haber sido atendida durante tal período de una insuficiencia renal que generó la necesidad de un tratamiento de hemodiálisis dispensado en Madrid y, posteriormente, de un trasplante de riñón, también efectuado en un Centro Hospitalario de esa ciudad.- Partiendo de tal diatriba y valorada la actividad probatoria que al efecto ha correspondido a cada parte, se ha de concluir en la desestimación de la pretensión formulada por la parte actora, toda vez que por la contraria se acredita, a través de un informe emitido por el Dr. Inocencio , adscrito a la Unidad de Nefrología y Hemodiálisis de la Clínica Fuensanta, sita en la ciudad de Madrid, que la Sra. Carla padecía una "insuficiencia Renal Crónica Terminal secundaria a Poliquistosis Hepato-renal que hizo preciso que recibiera tratamiento de Hemodiálisis en ese centro "desde el día 12 de febrero de 1.996 hasta el día 12 de marzo de 1.997 los lunes, miércoles y viernes de cada semana en horario de 12:30 a 16:30 horas", permitiéndolo tener por veraces las afirmaciones hechas en el escrito de contestación a la demanda en el sentido de que durante ese tiempo residió en Madrid con alguno familiares, resultando de esa manera y por ese período inexigible la condición impuesta, pues como señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1.928, 15 de diciembre de 1.962 y 12 de junio de 1.971 , para que la misma se extinga es necesario que exista una imposibilidad no culpable de ejecutar la carga en los términos ordenados por el testador".

La sentencia de la Audiencia confirmó esta valoración diciendo:

"Se produce igualmente, en esta segunda instancia, la improcedencia del legado por incumplimiento de la condición impuesta por el testador a saber: "ocupación de la vivienda en un plazo mínimo de seis meses ininterrumpidos al año". Esta Sala nuevamente se remite a los ajustados razonamientos esgrimidos por el Juez de instancia en el fundamento de derecho sexto de su sentencia, reiterando la marcada significación probatoria que adquieren los informes facultativos aportados a actuaciones que justifican sobradamente la concurrencia de justa causa sobrevenida que determina el que resulte inexigible el cumplimiento de la condición impuesta por el testador, al acaecer una imposibilidad no culpable de cumplir la condición en los términos ordenados por el testador".

Las recurrentes no discuten más que las conclusiones, entienden que el que la legataria haya tenido dificultades para el cumplimiento de las condiciones impuestas por el testador no debe suponer que la condición haya de considerarse cumplida. La condición absoluta de la permanencia en el piso no se ha cumplido.

El motivo se desestima. Descartando por absurdo que el testador quisiese que la legataria se constituyera en prisión absoluta en el piso, la imposibilidad objetiva y probada de cumplir la condición en los propios términos en que se impuso conduce a que dicho cumplimiento se reduzca a lo que es posible objetivamente al legatario.

B) RECURSO DE CASACIÓN DE LOS DEMANDADOS.

PRIMERO.- El motivo primero, al amparo del art. 1.692.4º LEC , acusa infracción del art. 1.079 del Cód . civ. por inaplicación.

Se basa el recurrente en que la sentencia que recurre anuló el cuaderno particional porque omitió bienes del causante, cuando el principio "favor particionis" conduce a que se mantenga con la adición de los bienes omitidos, es decir, a la aplicación del citado art. 1.079 .

El motivo se desestima porque es jurisprudencia de esta Sala la de que la adición o complemento de la partición requiere que los bienes omitidos sean de escasa importancia en el conjunto de la herencia (sentencia de 11 de diciembre de 2.002 y las que cita), que no es el caso litigioso, en el que se omitieron veinticuatro fincas



rústicas y urbanas cantidad suficiente para suponer razonablemente que produciría un reajuste importante de todas las operaciones particionales, que significarían de hecho una total rectificación de la partición que se impugna, realmente una nueva. A todo ello hay que añadir que la nulidad del cuaderno particional tuvo como causa también el que recayese sobre otras fincas que no pertenecían al testador, lo que refuerza más la idea de que, más que adición o complemento de la partición ya hecha, se trataría de una nueva.

SEGUNDO.- El motivo segundo, al amparo del art. 4º LEC , acusa infracción por aplicación indebida del art. 1.261 Cód . civ.

Sostienen los recurrentes que la necesaria exclusión de bienes del activo de la herencia por no ser de propiedad del causante no debería de haber llevado más que a purgar a la partición del vicio que la afecta (error), es decir, a que se realice aquella exclusión sin declarar la nulidad de toda la partición.

El motivo se desestima por su completa inutilidad a la vista de que se ha de desestimado el anterior, por lo que la partición ha de ser anulada.

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

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por los actores D. Claudio , Dª. Paula , Dª. Inmaculada y Dª. Clara , representados por la Procuradora de los Tribunales Dª Ana Caro Romero de una parte, y de otra Dª. Carla , D. Claudio y D. Sebastián , asimismo representados por la Procuradora de los Tribunales Dª. Sofía Pereda Gil, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Toledo con fecha 2 de enero de 2.001. Con condena de los recurrentes a las costas en cada uno de sus recursos. Con pérdida de los depósitos constituidos. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia con devolución de los autos y rollo que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Antonio Salas Carceller.- Antonio Gullón Ballesteros.- Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Gullón Ballesteros, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.