



Roj: **STS 15730/1989** - ECLI: **ES:TS:1989:15730**

Id Cendoj: **28079110011989101962**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/05/1989**

Nº de Recurso: **1767/1987**

Nº de Resolución: **685/1989**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO GONZALEZ POVEDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 1767/87

Audiencia de Madrid

Casación

Secretaría Vacante

Ponente Excmo. Sr. González Poveda

Vista el 18 de Abril de 1989

SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA NUM. 685

EXCMOS. SRES. SALA DE LO CIVIL

D. Ramón López Vilas

D. Francisco Morales Morales

D. Jesús Marina Martínez Pardo

D. **Pedro González Poveda**

D. Antonio Sánchez Jauregui

En la Villa de Madrid, a ocho de Mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

VISTO por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados del margen, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, como consecuencia de juicio declarativo ordinario de Mayor Cuantía, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de los de Madrid, sobre declarativo de derechos hereditarios; cuyo recurso fue interpuesto por Doña Gracia , representada por el Procurador de los Tribunales Don Luis Pulgar Arroyo y defendida por el Letrado Don Luis Garrido Castillo; siendo parte recurrida Don Florencio , Doña Sara , Doña Angustia y Doña Emilia , representados por el Procurador de los Tribunales Doña María Teresa Carretero Gutierrez y defendidos por el Letrado Don José Antonio Dávila García-Miranda.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

1.- El Procurador Don Luis Pulgar Arroyo, en representación de D^a Gracia , formuló demanda de Juicio declarativo de Mayor Cuantía, contra D. Florencio y D^a Sara , D^a Angustia y D^a Emilia , sobre derecho hereditario, estableciendo en síntesis los siguientes hechos: que D^a Rafaela contrajo matrimonio canónico en Madrid el 6 de agosto de 1957 con D. Jose Ángel , sin que tuvieran descendencia, falleciendo D^a Rafaela el 17 de abril de 1977, dejando disposición testamentaria ante notario, otorgada el 4 de marzo de dicho año,



instituyendo heredero en pleno dominio de todos sus bienes a su esposo don José Ángel , sin perjuicio de la legítima a su madre D^a Elsa , si le sobreviviese, pero de los bienes que heredara su esposo y éste no hubiere dispuesto de ellos por actos intervivos, pasarían a sus sobrinos carnales D. Eloy , D^a Sacramento y D^a Begoña , por partes iguales o, en su defecto, los descendientes legítimos de éstos; que Don José Ángel falleció el 21 de julio de 1982, y que los bienes existentes al fallecimiento de los esposos eran los siguientes: vivienda situada en la calle PASEO000 n^o NUM000 , NUM001 NUM002 ., de Madrid, y que fue adquirida durante el matrimonio, por lo que de la misma, D^a Elsa en el momento del fallecimiento de su hija, era heredera de una tercera parte de los bienes de ésta; que Doña Elsa , antes de su fallecimiento, cede a título gratuito, sus derechos hereditarios de su hija Doña Rafaela , a D^a Verónica , D. Adolfo , D^a Enriqueta , D^a Tarsila y a D^a Gracia , las tres hijas de su hija fallecida, D^a Gabriela , a D^a Noemi y D. Segundo , hijos de D. Miguel Ángel ; que Doña Rafaela legó el 4 de marzo de 1977, ante notario diversos objetos de carácter personal, a sus poderdantes, que aún no le habían sido entregados; citaba a continuación los fundamentos de derecho que estimaba de aplicación y terminaba suplicando que en su día, previos los trámites legales oportunos se dictase sentencia declarando el derecho de la actora a la tercera parte de los bienes de D^a Rafaela , como heredera de su abuela Doña Elsa , así como al resto de los herederos de la misma, subrogándose éstos en sus mismos derechos y obligaciones que tenía en el momento de ocurrir el óbito de su hija, condenando a los demandados a la entrega de los legados hechos por Doña Rafaela , como igualmente declarar nulos los actos de transmisión intervivos de Don José Ángel que encubriese una disposición mortis causa entrando entonces en función las disposiciones testamentarias de la citada señora Verónica , acto de disponibilidad encubierta que le estaba prohibido de su esposa de quien traía causa por fallecimiento de la misma, con expresa imposición de costas a los demandados.

2.- Admitida la demanda y emplazados los demandados Don Florencio y Doña Sara , Doña Angustia y Doña Emilia , comparecieron en los autos en su representación el Procurador Don Rafael Delgado Delgado que contestó a la demanda, oponiendo a la misma en síntesis, los siguientes hechos: que en la vivienda no existía muebles y objetos de la propiedad de D^a Rafaela ; que el citado piso había sido enajenado por Don José Ángel y Sara a favor de sus representados D^a Sara y Don Florencio , el que compró en estado de casado con D^a Emilia ante notario y para su sociedad de gananciales, y que el vendedor había adquirido la finca en cuanto a una mitad indivisa, como ganancial y dos terceras partes de la otra mitad el óbito de su esposa doña Valeriana, y otro tercio de otra mitad por renuncia de D^a Elsa , madre de la causante, y habiendo sido instituido heredero en pleno derecho con facultad de disponer por actos intervivos en testamento de dicha causante, existiendo un acuerdo entre la familia por el que la heredera forzosa del tercio de legítima, D^a Rafaela renunciaba a sus derechos a favor del marido de la fallecida y heredero testamentario de la misma, obrando los documentos de renuncia en el archivo del Letrado don Antonio Virtudes Osorio, padre la actora, así como en la Delegación de Hacienda de Madrid, correspondientes a los actos de imposición tributaria, liquidación abonada por D. José Ángel , que entendía que podía disponer libremente del piso que había comprado en estado de casado, y al intentar instrumentar en escritura pública dicha renuncia, al haber fallecido D^a Elsa , y compareciendo algunos de los herederos ante el notario para firmar el documento público, se negó a firmarlo la hoy actora, rechazando el acuerdo familiar que nunca había impugnado en vida de su tío, sin que constase que la demandante, entonces menor de edad, posiblemente, hubiese impugnado las decisiones de su padre; que en cuanto a los muebles referidos al fallecimiento de D^a Rafaela tales efectos quedaron en poder de su viudo, D. José Ángel , por lo que debía haberlos reclamado a éste, y no a sus representados, siete años después de tal fallecimiento, demandándose a éstos a título personal y no como herederos de D. José Ángel , si lo fuesen, pues éste falleció ab intestato; que rechazaba e impugnaba el documento presentado por la actora, ya que probaba la duplicidad y mala fé con que se procedía por parte de los firmantes en relación con D. José Ángel , al hacerle creer que se renunciaba a la tercera parte de la legítima que correspondía a la abuela a favor de él, por lo que éste paga y liquida el impuesto; citaba a continuación los fundamentos de derecho que estimaba de aplicación al caso y terminaba suplicando que, en su día, previos los trámites legales oportunos, se dictara sentencia estimando todas o algunas de las excepciones articuladas, es decir de falta de perdonalidad de los demandados, de litis-consorcio pasivo necesario, perentoria, al negarse que D^a Elsa tuviera derecho a su legítima en los bienes de su hija Doña Rafaela , y por defecto legal en el modo de proponer la demanda, o, de entrar en el fondo de la demanda, se desestimo ésta totalmente o en la parte que procediese, absolviendo a mis representados o a alguno o algunos de ellos de las peticiones y pretensiones de la actora, con imposición a ésta de las costas.

3.- Las partes evacuaron los traslados que para replica y dúplica les fueron conferidos insistiendo en los hechos y fundamentos de derecho de su escrito de demanda y contestación.

4.- Unidas las pruebas practicada a los autos y tramitado el procedimiento el Juez de Primera Instancia n^o cuatro de los de Madrid, dictó sentencia el día 2 de Julio de 1.985, cuyo Fallo es como sigue: "Que estimando como estimo en parte la demanda de juicio de mayor cuantía seguido por doña Sacramento contra Don



Florencio y Sara , doña Sara , doña Angustia y Doña Emilia , sobre declaración de derechos hereditarios, he de: 1º) Declarar y declaro el derecho de la actora a la tercera parte de los bienes de doña Rafaela , como heredera de su abuela Elsa , subrogándose estos en sus mismos derechos y obligaciones que tenia en el momento de ocurrir el óbito de su hija y de su acuerdo con la cesión por ella hecha en escritura de dos de julio de mil novecientos ochenta y siete, y: 2º) he de condenar y condeno a don Florencio y a doña Sara a la entrega de los legados hechos por doña Rafaela a la actora, y: 3º) He de absolver y absuelvo en la instancia a doña Angustia , por estimarse la excepción de faltas de legitimación pasiva en ella, dejando imprejuzgada la acción respecto de ella, y: 4º) He de estimar y estimo la excepción de falta de litis-consorcio pasivo necesario, por no demandarse a doña Emilia en momento procesal oportuno, dejando imprejuzgada la acción y con absolución en al instancia respecto de la petición de nulidad de actos de transmisión "Inter-vivos" de don Jose Ángel en la forma solicitada, y: 5ª) Todo ellos sin especiales pronunciamientos sobre las costas de este proceso".

SEGUNDO

Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de Primera Instancia por la representación de la demandante Doña Gracia y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, dictó sentencia con fecha 16 de junio de 1987 , con la siguiente parte dispositiva; FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la demandante Doña Gracia -contra sentencia dictada por el lltmo Señor Magistrado-Juez de Primera Instancia número cuatro de los de Madrid. con fecha dos de julio de mil novecientos ochenta y cinco, en juicio declarativos de mayor cuantía número mil setecientos veintinueve de mil novecientos ochenta y tres, sobre declaración de derechos hereditarios- revocamos el pronunciamiento 4º de dicha resolución y, desestimando la excepción de falta de litis-consorcio pasivo necesario por no demandarse a Doña Emilia , absolvemos, sin embargo a los demandados de la pretensión de que se declare nulo el contrato de compraventa de 27 de mayo de 1982 del piso NUM001 NUM002 de al casa número NUM000 del PASEO000 de Madrid. Que estimamos, en cuanto a los extremos a que se ha circunscrito, el recurso de apelación promovido por la representación procesal de los demandados Don Florencio y Doña Sara y revocamos la misma sentencia impugnada en el sentido, respecto de su pronunciamiento 1º), de no haber lugar a declaración alguna acerca de derechos hereditarios y subrogación del "resto de heredero" a Doña Elsa y, respecto del pronunciamiento 2º), absolvemos a los demandados de la petición de entrega de los legados hechos por Doña Rafaela a la actora, confirmando los pronunciamientos 1º) en lo que declara el derecho de la actora exclusivamente, 3º) y 5º). Que no hacemos expresa condena en las costad de esta segunda instancia.

TERCERO

1. Notificada la sentencia a las partes, el Procurador Don Luis Pulgar Arroyo, en representación a Doña Gracia , interpuso recurso de casación, contra la sentencia pronunciada por la Sala 3º de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, con apoyo en los siguientes motivos: PRIMERO.- Infracción del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por no haberse resuelto todas la cuestiones planteadas en los escritos de demanda y replica, en base al párrafo 5º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . SEGUNDO.- No aplicación de los art. 807 , 809 y 1.068 del Código Civil , ya que se declara valido un documento sin tener en cuenta la existencia del derecho de legitima y la no existencia de operaciones particionales, en base a los párrafos 5º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . TERCERO.- Infracciones de los art. 1275 y 1276 del Código Civil y no aplicación de los art 1249 y siguiente del mismo texto, al no haber sido apreciada simulación mortis causa en los actos jurídicos realizados por D. Jose Ángel en base al párrafo 5º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil . CUARTO.- No aplicación de los arts. 812 , 807 , 809 y 1068 del Código Civil , ya que no se declara la nulidad de la venta de la huerta de Talavera de la Reina que no formaba parte de la masa hereditaria al haberse efectuado la reversión legal, y de haber formado parte por no respetarse los derechos legitimarios y ausencia de operaciones particulares, en base al párrafo 5º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento Civil . QUINTO.- No aplicación de los arts. 658 , 659 y 661 del Código Civil , ya que no se ha condenado a los hermanos de D. Jose Ángel a la entrega de los legados a la actora, por ser los herederos de aquel y los poseedores de hecho de todos los bienes, muebles e inmuebles, pertenecientes al caudal hereditario de Dª Rafaela , en base al párrafo 5º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- Convocadas las partes se celebro la preceptiva vista el día 18 de abril de 1.989, con asistencia del Letrado Don Luis Garrido Castillo, defensor de la recurrente, y el Letrado Don José Antonio Dávila García-Miranda, defensor de los recurridos, quienes informaron, por su orden en defensa de sus respectivas pretensiones.

HA SIDO PONENTE EL EXCMO SR. DON **Pedro González Poveda**

FUNDAMENTOS DE DERECHO



Primero.- Formulada demanda de juicio declarativo de mayor cuantía por Doña Gracia contra Don Florencio , Doña Sara , Doña Angustia y Doña Emilia , esposa del primero, sobre declaración de derechos hereditarios, nulidad de contrato de compraventa y entrega de legados, el juzgado dictó sentencia parcialmente estimatoria de la demanda contra la que se alegaron en apelación demandante y demandados, recurso de apelación que fueron estimados en parte por la Audiencia que declaro el derecho hereditario de la actora como heredera de su abuela Doña Elsa , desestimando las peticiones relativas a la nulidad de contrato y entrega de legado hechas por la demandante.

Segundo.- El primero motivo del recurso acusa "infracción del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por no haberse resuelto todas las cuestiones planteadas en los escritos de demanda y replica, en base al párrafo 5º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , el motivo deber parecer pues resulta patente su incorrecta formulación al utilizar el cauce procesal del nº 5º del art. 1692 de la Ley Procesal Civil ya que el tratamiento de la incongruencia ha de hacerse al amparo del nº 3º del citado precepto legal, "quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia", lo que sí solo es causa de desestimación del motivo (sentencias, entre otras, de 26 y 29 de enero y 11 de abril de 1988); de otra parte, ha declarado reiteradamente esta Sala, que siendo la sentencia desestimatoria de la demanda y absolutoria de la parte demandada no es susceptible de ser tachada de incongruente ya que la misma resuelve todos los puntos litigiosos, como ocurre en el presente caso en que la cuestión debatida y a la que se contrae el motivo, era la declaración de nulidad del contrato de compraventa por el que Don Jose Ángel vendió a sus hermanos el piso NUM001 izquierda de la casa nº NUM000 del PASEO000 , de esta Villa, sin que fuera objeto del debate, ni se sobre ello se formulase petición alguna en los escritos rectores del proceso, la compraventa de la huerta sita en término de Talavera de la Reina a que se refiere la recurrente en su escrito de formalización del recurso.

Tercero.- Es doctrina jurisprudencial, recogida en sentencias de 2 de junio de 1981 , 17 de febrero de 1982 , 15 de julio de 1983 , 4 de abril de 1984 y 26 de mayo de 1988 , la de que "esta Sala en función casacional tiene, según su propia doctrina, acceso a la apreciación directa de las actuaciones para formular declaraciones fácticas, cuando por defecto u omisión del Juzgador de instancia, no se haya definido con exactitud y la debida extensión y profundidad la historia circunstanciada del sustrato fáctico que anida en la relación material o de fondo de cualquier controversia suscitada judicialmente"; defecto u omisión que se ha producido en el juicio de que dimana el presente recurso, pues si la sentencia del Juzgado establece en sus cuatro primeros considerándos el resultado fáctico de las pruebas practicadas a partir del cual se procede al examen de las pretensiones formuladas en los escritos de demanda, contestación a la misma, réplica y dúplica, por el contrario, la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, sin expresar si acepta o no los citados considerándos de la del Juzgado, se limita, en su fundamento de derecho primero y después de desestimar la excepción de litis consorcio pasivo necesario acogida por el Juzgado, a decir que "entrando en el fondo de la cuestión, desestimar la pretensión de que se declare nula la compraventa, que se basa no ya en la posible inexistencia de la renuncia de Doña Elsa en cuya virtud se atribuyó el vendedor la propiedad de un tercio de la mitad del piso que vendió, sino en la simulación absoluta del contrato que, parece, quiere fundarla en la grave enfermedad que padecía el vendedor al tiempo de contratar y en que no consta la recepción del precio por lo que encubre una disposición mortis causa".

Cuarta.- Los hechos que se tienen por probados, identificadores la acción de nulidad del contrato de compraventa de fecha 27 de mayo de 1982 que se insta en el suplico del escrito de réplica, son los siguientes: A) Doña Rafaela otorgó el día 4 de marzo de 1977 testamento abierto ante el Notario de Madrid Don Angel Hijas Palacios en el que "instituye heredero en pleno dominio de todos sus bienes a su esposo Don Jose Ángel , sin perjuicio de la legítima que corresponda a la madre de la testadora Doña Elsa si la sobrevive. Pero los bienes que heredero su esposo, éste no hubiere dispuesto por actos inter vivos, a la muerte del mismo pasarán a sus sobrinos carnales Segundo , Sacramento y Begoña por partes iguales entre sí; en defecto de cualquiera de ellas heredarán sus descendientes legítimos" (cláusula 5ª); en la cláusula 4ª "lega sus pendientes de oro, una pulsera y las ropas de uso personal a su sobrina carnal Sacramento ", y, en la cláusula sexta, " nombra albacea contador-partidor a Don Segundo , vecino de Talavera con prórroga de tres años más sobre el legal y con facultad de entregar legados". La testadora falleció en 17 de abril de 1977. B) Doña Elsa falleció el día 5 de diciembre de 1979 sin haber otorgado testamento; fueron declarados herederos abintestato suyos, sus hijos Doña Verónica y Don Adolfo , por derecho propio, y sus nietos Don Segundo y Doña Noemi , Doña Enriqueta , Doña Tarsila y Doña Gracia , por derecho de representación, según auto de 2 de marzo de 1982 dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Talavera de la Reina . C) Doña Elsa otorgó escritura ante el Notario de los Navalmares, D. Pedro Conde Martín de Hijas, el día 2 de julio de 1977 en la que cede a título gratuito sus derechos hereditarios en la herencia de su hija Rafaela a: Doña Verónica , una cuarta parte; a Don Adolfo , otra cuarta parte; otra cuarta parte, por terceras partes, a Doña Enriqueta , Doña Tarsila y Doña Sacramento , y la cuarta parte restante a Doña Noemi y Don Segundo , por unidades indivisas. D) En 27 de mayo de 1982 Don Jose Ángel otorgó escritura pública de compraventa a favor de Doña Sara y Don



Florencio , casado con Doña Emilia , sobre el piso NUM001 NUM002 de la casa nº NUM000 del PASEO000 , en Madrid, que, según manifestó, había adquirido en una mitad como ganancial, dos tercios de la otra mitad al fallecimiento de su esposa Doña Rafaela y otro tercio de otra mitad por renuncia de Doña Elsa , madre de dicha causante. E) Don Teodulfo , padre de la demandante, remitió a Don Jose Ángel carta de fecha 31 de diciembre de 1977 en la que le comunicaba la presentación para la liquidación provisional del impuesto de derechos reales del escrito cuya copia acompañaba, como mandatario verbal de Doña Elsa , y en el que se hacía constar la renuncia de ésta a sus derechos hereditarios a favor de Don Jose Ángel . F) Don Jose Ángel falleció, sin otorgar testamento, el día 21 de julio de 1982, en el Hospital Clínico de San Carlos donde había sido ingresado el día 7 del mismo mes y año.

Quinto.- Los anteriores hechos probados conducen a la estimación del segundo motivo del recurso que, al amparo del nº 5º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denuncia la "no aplicación de los arts. 807 , 809 y 1068 del Código Civil , ya que se declara válido un documento sin tener en cuenta la existencia de un derecho de legítima y la no existencia de operaciones particionales". La solución que se dé a la cuestión planteada en el motivo depende de la postura que se adopte acerca de la naturaleza de la legítima definida en el art. 806 del Código Civil como "porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos"; la doctrina científica no se muestra unanime en esta cuestión pues mientras unos autores, partiendo de la expresión "herederos forzosos" que utilizan los arts. 806 y 807 del citado Código , entienden que no trata de una "para hereditaria", una parte alícuota del cual hereditario con todo su activo y su pasivo, otros la consideran como "pars bonorum", dada la definición del art. 806, con la consecuencia de que el legitimario participa de todos los bienes de la herencia y ha de ser satisfecha, excepto en los casos legalmente establecidos, con bienes de la misma, formando el legitimario parte de la comunidad hereditaria en tanto la herencia se halle pendiente de liquidación; finalmente, un grupo de autores que puede calificarse de minoritario la califica de "pars valoris", simple derecho de crédito, de carácter personal y pagable en dinero. La sentencia de 31 de marzo de 1970 establece que "en nuestro Ordenamiento jurídico, por tener dicha institución (la legítima) la consideración de "pars hereditatis" y no de "pars valoris", es cuenta herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia, porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios, salvo en hipótesis excepcionales - arts. 829 , 838 , 840 y párrafo 2º del art. 1056 del Código Civil - que no se dan en el caso de autos", y la de 13 de abril de 1963 dice que "partiendo de la base de que la legítima es de orden público, de que no puede disponer el testador, por venir impuesta por la ley, ni hacer recaer gravamen ni limitación alguna, esto es, que ha de llegar al heredero legítimo con pleno dominio sobre los derechos que la integran"; de la mayoritaria doctrina científica y de la sentada en las citadas sentencias de esta Sala, se concluye el carácter de cotitular de todos los bienes hereditarios del legitimario en tanto no se practique la partición de la herencia, en la que ha de respetarse cualitativa y cuantitativamente la legítima a cuyo pago quedan afectados, entre tanto, todos los bienes relictos, careciendo el heredero testamentario de facultades dispositivas sobre ellos en tanto subsista la comunidad sin que pueda enajenar por sí solo bienes determinados si no es con eficacia puramente condicional, o sea subordinada al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en la partición (sentencia de 5 de julio de 1958). Dado el carácter ganancial del piso NUM001 NUM002 de la casa nº NUM000 del PASEO000 , en Madrid, único bien que, al parecer, integraba esa sociedad, los derechos que sobre el mismo ostentaba la esposa Doña Rafaela integran el caudal hereditario dejado a su fallecimiento, por lo que aceptada la herencia por sus herederos, sin que por el contador-partidor testamentario ni por aquéllos se halla realizado la partición de la herencia, el heredero testamentario no podía disponer válidamente de ninguno de los bienes integrantes del caudal relicto, como establece desde antiguo la jurisprudencia (sentencias de 4 de abril de 1905 , 11 de abril de 1957 , 20 de enero de 1958 , 25 de noviembre de 1961 y 21 de marzo de 1968), siendo nulos de pleno derecho los actos de disposición realizados por un heredero sin la representación de los demás (sentencia de 19 de noviembre de 1929); en consecuencia, al no haberse acreditado en autos que Doña Elsa , legitimaria de su hija Doña Rafaela , haya renunciado sus derechos como tal a favor del heredero testamentario Don Jose Ángel , carecía éste de poder de disposición sobre la citada vivienda al no haberse practicado la división del caudal, por lo que debe ser declarado nulo de pleno derecho el contrato de compraventa instrumentado en la escritura pública de 27 de mayo de 1982, y al no haberlo declarado así la sentencia recurrida, infringió la Sala de instancia los preceptos del Código Civil que se citan en el motivo, debiendo casarse y anularse, en este particular, la sentencia recurrida, con revocación, asimismo, de la del Juzgado de Primera Instancia. La estimación de esta motivo hace innecesario el exámen del tercero en que, por la misma vía procesal, se impugna el pronunciamiento desestimatorio de la acción de nulidad fundada, en este caso, en la existencia de simulación contractual.

Sexto.- En el cuarto motivo del recurso, por la vía del nº 5 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , impugna la sentencia de la Sala por "no aplicación de los arts. 812 , 807 , 809 y 1068 del Código Civil , ya que no se declara la nulidad de la venta de la huerta de Talavera de la Reina que no formaba parte de la masa hereditaria al haberse efectuado la reversión legal, y de haber formado parte por no respetarse los derechos legítimos



y ausencia y ausencia de operaciones particionales"; como se establece en el fundamento segundo de esta resolución al examinar la tacha de incongruencia que se atribuye a la sentencia recurrida, el contrato de compraventa a que se refiere el motivo que se examina, no fue objeto de debate ni sobre él se formuló petición alguna en los escritos de demanda y de réplica pues no puede entenderse en tal sentido la genérica petición contenida en el suplico de la demanda de "declarar igualmente nulos los actos de transmisión inter-vivos de Don Jose Ángel , que encubriese una disposición mortis-cause", reiterada en el suplico del escrito de réplica en los siguientes términos "que se declare nulo de pleno derecho el título de adquisición a que nos referimos, o cualquier otro que directamente tenga relación con dicha transmisión y se traiga a autos a petición de esta parte", lo que, de forma clara e incontestable, pone de manifiesto que la acción de nulidad de contrato se contrae al de compraventa formalizado en la repetida escritura notarial de 27 de mayo de 1982; la pretensión a que se contrae el motivo supone, por tanto, la introducción de una cuestión nueva no discutida ni planteada en el momento procesal oportuno y que no puede ser examinada por esta Tribunal sin grave infracción del principio de contradicción y del derecho de defensa de los codemandados, por lo que debe ser desestimado el motivo.

Séptimo.- Por el mismo cauce procesal del nº 5º del art. 1692 de la Ley Procesal Civil se articula el motivo quinto por "no aplicación del los arts. 658 , 659 y 661 del Código Civil , ya que no se ha condenado a los hermanos de D. Jose Ángel a la entrega de los legados a la actora, por ser los herederos de aquél y los poseedores de hecho de todos los bienes, muebles e inmuebles, pertenecientes al caudal hereditario de Doña Rafaela ". La cláusula sexta del testamento otorgado por Doña Rafaela contiene el nombramiento de Don Segundo como albacea contador-partidor, con prórroga de tres años más sobre el lega y con facultad de entrega de legados, por lo que a tenor del art. 885 del Código Civil , la entrega del legado instituido a favor de la recurrente debió de pedirse al designado albacea con facultad para darla, quien, por tratarse de legado de cosa específica podía entregarlo sin necesidad de esperar a practicar la partición en la cual no era necesario incluir los bienes legados; en el caso presente, no cumplido por el albacea contador-partidor el encargo recibido dentro del plazo concedido por la testadora, corresponde a los herederos la ejecución de la voluntad de aquélla, a tenor de los arts. 910 y 911 del Código Civil y, en consecuencia, la entrega de los legados establecidos en el testamento; por ello, la entrega de los bienes legados habrá de pedirse de todos los herederos de Doña Rafaela , o de quienes les hayan sucedido mortis causa, no sólo de los presuntos herederos de Don Jose Ángel , sus hermanos los codemandados, y no acreditado en autos que éstos estén en posesión de los bienes legados, lo que les legitimaría pasivamente para dirigir contra ellos la acción reivindicatoria. Por tanto, debe desestimarse el motivo al no haberse conculcado por la Sala de instancia los preceptos del Código Civil que se citan en el motivo.

Octavo.- La estimación del segundo motivo articulado determina la estimación parcial del presente recurso y la casación y anulación en parte de la sentencia recurrida así como la revocación de la citada por el Juzgado de Primera Instancia en cuanto al pronunciamiento cuarto de su fallo, sin que proceda la imposición de costas en ninguna de las instancias, ni de las causadas en este recurso, a tenor del art. 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no siendo necesaria declaración sobre depósito al no haber sido constituido, de conformidad con el art. 1703 de la citada Ley Procesal .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la Autoridad que Nos confiere el Pueblo Español.

FALLAMOS

Debemos declarar y declaramos haber lugar en parte el recurso de casación interpuesto por Doña Gracia contra la sentencia dictada por la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid de fecha dieciséis de junio de 1987 , que casamos y anulamos parcialmente, y con revocación igualmente parcial de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Madrid, de fecha dos de julio de 1985, debemos declarar y declaramos la nulidad del contrato de compraventa celebrado en escritura pública de 27 de mayo de 1982, otorgada ante el Notario de Madrid, Don Juan García Atance, entre Don Jose Ángel , como vendedor, y Doña Sara y Don Florencio , como compradores; confirmando la sentencia de la Audiencia Territorial en todos los demás extremos, sin que haya lugar a la imposición de costas en ninguna de las instancias ni de las causadas por este recurso; y líbrese a la Audiencia citada la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala en su día remitidos.

ASI por esta nuestra sentencia que se insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Ramón López Vilas

Jesús Marina Martínez Pardo

Antonio Sánchez Jauregui



Francisco Morales Morales

Pedro González Poveda

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente Don **Pedro González Poveda**, estando celebrando audiencia pública la Sala Primera del Tribunal Supremo en el día de su fecha de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ