



Roj: **STS 4886/2003 - ECLI:ES:TS:2003:4886**

Id Cendoj: **28079110012003102337**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/07/2003**

Nº de Recurso: **3541/1997**

Nº de Resolución: **715/2003**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **JOSE MANUEL MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Julio de dos mil tres.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 15 de julio de 1997, como consecuencia del juicio declarativo de menor cuantía seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Madrid sobre nulidad de operaciones patrimoniales y reconocimiento de derechos hereditarios, interpuesto por Dña. María Dolores , representada por el Procurador, D. Jesús Verdasco Triguero, siendo parte recurrida, Dña. Carolina , D. Benito y D. Bernardo , representados por la Procuradora, Dña. Paloma Solera Lama y D. Jaime , representado por el Procurador, Sr. Luis Pozas Granero

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Madrid, Dña. Carolina , D. Benito y D. Bernardo promovieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra Dña. María Cristina , Dña. María Dolores y contra D. Jaime sobre nulidad de operaciones particionales en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvieron por conveniente, terminaron suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: "Se declare: 1º) Que todos y cada uno de los demandantes tienen derecho a la herencia del causante, D. Juan Pedro , por sustitución testamentaria en virtud de la renuncia pura, simple y gratuita de su madre, Dña. Soledad , beneficiando asimismo dicha declaración a los hermanos de los demandantes, D. Rosendo y Dña. Elvira .- 2º) Que se declaren nulas y se revoquen las operaciones particionales en las que se ha preterido a mis representados, disponiéndose se proceda al nombramiento de los contadores pertinentes que lleven a cabo una nueva partición, sin intervención de los peritos facultativos pertinentes.- 3º) Que se declare la responsabilidad del contador-partidor demandado D. Jaime , del daño causado a mis representados por la actuación que llevó a cabo en las operaciones particionales revocadas, debiendo, en su caso, responder del daño causado con sus propios bienes.- 4º) Que se condene a los demandados a ser por su cuenta y riesgo todos los gastos a que hayan dado lugar las operaciones particionales revocadas, así como los de la nueva partición, y a rendir cuentas de las rentas de los bienes de la herencia a mis representados con abono de lo indebidamente percibido."

Admitida a trámite la demanda y comparecidas las demandadas, Dña. María Cristina y Dña. María Dolores , su defensa y representación legal la contestó, oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos jurídicos que tuvo por conveniente, y terminó suplicando se dictase sentencia por la que "desestimando en todas sus partes la demanda promovida por Dña. Carolina , D. Benito y D. Bernardo , absuelva a mis representadas de las pretensiones contenidas en la misma. Subsidiariamente, con reserva de derechos y acciones, para el hipotético e improbable caso de que se entendiese que los actores tienen algún derecho a la sucesión de D. Juan Pedro , se determinen los mismos, sin que se rescinda la partición efectuada, en función de la valoración practicada por la Administración de Hacienda y deduciendo la parte proporcional de los gastos efectuados por mis poderdantes. Y sin que, en ningún caso, la acción ejercitada pueda alcanzar



a los inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad. Todo ello con imposición a los demandantes de las costas del juicio."

Comparecido el demandado, Don Jaime , su defensa y representación legal la contestó, oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos jurídicos que tuvo por conveniente, y terminó suplicando se dictase sentencia por la que "se desestime íntegramente la demanda, y en todo caso, se absuelva a mi representado de toda responsabilidad por su actuación en las operaciones participacionales en la herencia de D. Juan Pedro ; todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante."

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 2 de marzo de 1995, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales, Sr. Menéndez Tabernilla, en nombre y representación de Carolina , Bernardo y Clemente , contra María Cristina y María Dolores , representadas legalmente por el Procurador de los Tribunales, Sr. Verdasco Triguero y contra Jaime , representado por el Procurador, Sr. Pozas Granero, debo absolver y absuelvo a los mencionados demandados de todas las pretensiones deducidas contra ellos, imponiendo las costas procesales causadas en esta instancia a la parte actora."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia en fecha 15 de julio de 1997, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de los accionantes D<sup>a</sup> Carolina , D. Benito y D. Clemente contra la sentencia dictada el 2 de marzo de 1995 por la Ilma. Sra. Magistrada Juez de 1<sup>a</sup> Instancia n<sup>o</sup> 19 de Madrid, en los autos de juicio declarativo de menor cuantía allí seguidos con el n<sup>o</sup> 544/92, con revocación parcial de dicha resolución y estimación igualmente parcial de la demanda por ellos promovida contra D<sup>a</sup> María Cristina , hoy sus herederos, D<sup>a</sup> María Dolores y D. Jaime , debemos declarar y declaramos que todos y cada uno de los referidos demandantes, así como sus hermanos D. Rosendo y D<sup>a</sup> Elvira , tienen derecho a la herencia del causante, D. Juan Pedro por sustitución testamentaria en virtud de la renuncia pura, simple y gratuita de su madre, D<sup>a</sup> Soledad , debiendo, en consecuencia pagárseles la parte que proporcionalmente les corresponda, absolviendo por lo demás a los demandados antes expresados del resto de los pedimentos en su contra deducidos y sin hacer especial imposición de las costas causadas en una y otra instancia."

TERCERO.- Por el Procurador de los Tribunales, D. Jesús Verdasco Triguero, en nombre y representación de Dña. María Dolores , se formalizó recurso de casación que fundó en los siguientes motivos, todos ellos amparados en el n<sup>o</sup> 4<sup>o</sup> del art. 1692 LEC.: Primero.- Por interpretación errónea del art. 675 del C.c. Segundo.- Por violación, por no aplicación, del art. 813,2<sup>o</sup> del C.c.- Tercero.- Por violación, por no aplicación, del art. 985,2<sup>o</sup> del C.c. Cuarto.- Por aplicación indebida del art. 912,3<sup>o</sup> del C.c.

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido para impugnación, la representación de la parte recurrida, presentó escrito con oposición al mismo.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 30 de junio y hora de las 10,30, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda promovida por la representación y defensa de los hermanos, Doña Carolina , Don Bernardo y Don Clemente , postulaba entre otros extremos, - que han sido desestimados en ambas instancias y han quedado firmes por no recurrirse por ellos- que dichos actores y sus hermanos, Don Rosendo y Doña Elvira , tienen derecho a la herencia del causante, Don Jose Miguel , por sustitución testamentaria en virtud de la renuncia pura, simple y gratuita realizada en la referida herencia por su madre e hija del causante, Doña Soledad .

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 19 de Madrid de 2 de marzo de 1995 (autos de menor cuantía 544/92) desestimó la demanda e impuso las costas a los actores. Dicho fallo fue recurrido en apelación por los demandantes y la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 15 de julio de 1997, declaró que todos los demandantes, así como sus hermanos, tienen derecho a la herencia del causante, por restitución testamentaria, en virtud de la renuncia de su madre, debiendo en consecuencia pagárseles la parte que proporcionalmente les corresponda, absolviendo a los demandados de los demás pedimentos en su contra deducidos y sin hacer especial imposición de las costas causadas en una y otra instancia.

Se ha interpuesto tan sólo por la demandada, Doña María Dolores , un recurso extraordinario de casación contra el fallo de segundo grado, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9<sup>a</sup> y sentencia de 24



de julio de 1997) conformado en cuatro motivos, todos amparados en el nº 4º del art. 1692 LEC. El primero aduce interpretación errónea del art. 675 del Código Civil, el segundo estima violación del art. 813,2 del mismo texto legal, el tercero alega violación del art. 895,2 del mismo ordenamiento y el cuarto y último, aplicación indebida del art. 912,3 del mismo Código.

Pero, antes de proceder a examinar los motivos del recurso, se hace preciso dejar consignados aquí los hechos declarados probados en la instancia, que se recogen en la sentencia de primer grado y que se aceptan por la sentencia aquí recurrida en cuanto así lo expresa paladinamente respecto a los dos primeros fundamentos jurídicos de la sentencia del Juzgado, que acepta, rechazando los demás. Tales hechos probados son los siguientes: 1º) Don Juan Pedro , casado en únicas nupcias con Doña María Cristina , de cuyo matrimonio nacieron dos hijas, Dña. Soledad y Dña. María Dolores , falleció el 17 de abril de 1990, bajo testamento notarial abierto, otorgado el 4 de diciembre de 1972. 2º) Dicho testamento dispone, entre otras cláusulas: a) Que "lega a su esposa el usufructo vitalicio" de todos sus bienes. b) Que lega a sus hijas, María Dolores y Soledad (y en defecto y sustitución de cada una de ellas, a sus respectivos descendientes) por partes iguales la nuda propiedad del tercio de libre disposición, bajo la condición suspensiva de que todos sus legitimarios acepten el gravámen que sobre la legítima carta implica el usufructo universal a favor de su esposa. c) Deja a la libre voluntad de los legitimarios esta opción y la manifestación en contrario por uno de ellos bastará para dejar sin efecto el legado, en cuyo caso, el tercio libre pasará a su esposa. d) Instituye herederos universales por partes iguales a sus dos hijas, y en defecto y sustitución, a cada uno de sus respectivos descendientes. e) Designó Albacea a su esposa y nombró contadores-partidores solidarios a Don José Jurado García (que premurió al testador) y a Don Jaime . 3º) El 6 de noviembre de 1990, Dña. María Dolores otorgó escritura pública de aceptación de herencia y manifestó en tal documento "no aceptar el gravámen sobre la legítima corta que implica el usufructo universal de la herencia", que habrá de distribuirse y adjudicarse en la forma alternativa prevista en el testamento, pasando a su madre la plena propiedad del tercio de libre disposición como legado. 4º) Dña. Soledad , casada y con cinco hijos, el 18 de diciembre de 1990 renunció a la herencia de su padre, pura, simple y gratuitamente. 5º) El 21 de marzo de 1991 se otorgó escritura de protocolización del cuaderno particional de la herencia de Don Juan Pedro , compareciendo su esposa, su hija Dña. María Dolores y el Contador-Partidor Sr. Jaime y no se contempló en tal partición a los hoy demandantes, hijos de Dña. Soledad . 6º) Tres de los hijos de Dña. Soledad han presentado la demanda a que se alude en el inicio de este ordinal primero de estos fundamentos jurídicos de esta sentencia de casación y que ha determinado todo el iter procesal y este extraordinario recurso de casación.

SEGUNDO.- 1. Esta Sala estima que debe realizarse un examen conjunto de los dos primeros motivos del recurso de casación. El primer motivo, como quedó ya consignado atrás, aduce interpretación errónea del art. 675 del Código Civil. Imputa a la sentencia recurrida limitarse a interpretar la cláusula sustitutoria, atendiendo a la literalidad de las palabras y concluye que los términos empleados sugieren la limitación de la sustitución al supuesto de premoriencia.

El segundo motivo alega violación del artículo 813,2 del Código Civil y añade que dicho precepto sirvió para la desestimación de la demanda en la sentencia del Juzgado, pero el fallo recurrido en casación no fundamenta su no aplicación. El motivo parte de que el nieto no adquiere la condición de legitimario por la renuncia de su padre o madre en la herencia de un ascendiente y no se produce por ello la representación, por lo que la sustitución ordinaria en el testamento sobre la legítima puede atentar y gravar los derechos legitimarios en la concurrencia de herederos forzosos, por lo que sólo cabe la sustitución vulgar en el supuesto de herederos forzosos respecto del tercio de libre disposición y sin perjuicio de una preferencia en el derecho de acrecer.

2. Comenzando el examen casacional por este segundo motivo, la cuestión primera a examinar es la relativa a los efectos que la renuncia de la heredera forzosa, Doña. Soledad , ha podido producir respecto a sus hijos y descendientes.

En cuanto a la renuncia a la legítima en vida del causante es nula, como se desprende del art. 816 del Código Civil y no afecta a los herederos forzosos de la renunciante, que podrán reclamarla cuando muera aquél, pero la renuncia producida abierta la sucesión es válida y quien renuncia, renuncia por sí y lo hace también por su stirpe y se incrementan las cuotas que por legítima, individual, corresponden a los demás legitimarios por derecho propio y no por derecho de acrecer. Así, en los dos tercios de la herencia que constituyen la legítima de los herederos forzosos del testador, que son sus hijas, Dña. María Dolores y Dña. Soledad (art. 806 y 807), no existiendo mejora al no haber expresado el testador su voluntad de mejorar, y por ello la renuncia pura, simple y gratuita de Dña. Soledad implica la renuncia por sí y su stirpe, incrementando la cuota que por legítima individual correspondía a la otra legitimaria, su hermana Doña María Dolores , por derecho propio y no por derecho de acrecer, como se desprende del art. 985,2 del Código civil, no pudiendo representarla los descendientes de la renunciante, en virtud de lo dispuesto en el art. 929 del mismo cuerpo legal, que sólo permite la representación de persona viva, en los casos de desheredación y de incapacidad. Por ello, la renuncia



del llamado no provoca la representación de su descendencia, ni en una clase de sucesión ni en otra y su estirpe no puede representarle cuando repudia la porción que se le defiere y percibir lo que su ascendiente abdica o no quiere. Así, conforme al art. 922 del Código Civil, "si hubiere varios parientes de un mismo grado y alguno o algunos no quisieren o no pudieren suceder, su parte acrecerá a los del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando pueda tener lugar, pero concreta y precisa el art. 923 que "repudiando la herencia el pariente más próximo, si es solo, o, si fueren varios, todos los parientes más próximos llamados por la ley, heredarán los de grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante". Por ello, los descendientes del hijo que renuncia no pueden suceder apoyándose en el derecho de representación, como ha precisado la doctrina científica y conforme al art. 981, "en las sucesiones legítimas, la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre a los coherederos".

Tal desconocimiento por el legislador de la representación del repudiante resulta una fidelidad al principio "viventes non datur repraesentatio", pero quiebra en los supuestos de desheredación o de indignidad, lo que no ocurre con la renuncia del heredero, pese a que con ello se abandona la estirpe, y aunque se ha propugnado por algunos tratadistas que se acoja por el legislador la eficacia representativa en la renuncia hereditaria, ello no es lo establecido por el Código Civil en el sistema sucesorio y por ello y mientras no se cambie, tiene que mantenerse.

3. Con referencia al primer motivo, la interpretación errónea del art. 675 del Código Civil, que pretende que la sustitución debe limitarse al supuesto de premoriencia, hay que destacar que, con independencia de que el art. 774,2 del mismo cuerpo legal expresa que "la sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior a menos que el testador disponga lo contrario", no toma en cuenta que nos hallamos ante un testamento notarial y de cierta complejidad y en el que el testador otorga a su cónyuge el usufructo universal sobre todos los bienes de la herencia, pero establece asimismo que en caso de que no fuese aceptada dicha fórmula por cualquiera de sus hijos y herederos, se trueca en la plena propiedad del tercio de libre disposición. Ello implica la denominada cautela sociniana o gualdense, consistente en la opción concedida por el testador al legitimario para elegir entre dos alternativas, o tolerar el usufructo universal del cónyuge viudo, o atribuirle el pleno dominio de todo el tercio de la herencia denominado de libre disposición, a más de los derechos que la ley concede al cónyuge supérstite como legitimario. La sentencia de esta Sala de 3 de diciembre de 2001 ha señalado la validez de tal cláusula y asimismo que el legitimario afectado tiene derecho a realizar la opción del art. 820,3 ("Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador") y añade, igualmente, dicha resolución, que "en testamentos notariales abiertos, en los que se dan consejos y advertencias sobre la legalidad por un profesional tan cualificado como el Notario autorizante, es razonable pensar que el legislador no ha querido imponer un gravámen sobre la legítima como el usufructo manifiestamente ilegal, sino dejar a la voluntad del legitimario gravado, cumplir la disposición a cambio de una mayor participación en la herencia, o bien recibir su legítima con arreglo a la ley sin esa participación, lo que equivale a no cumplirla".

Y ya con relación a la cláusula de sustitución vulgar referida en el testamento ("lega a sus hijas, María Dolores y Soledad y en defecto y sustitución de cada una de ellas a sus respectivos descendientes la nuda propiedad del tercio de libre disposición de su herencia bajo la condición suspensiva de que todos los legitimarios acepten el gravamen que sobre la legítima corta implica el usufructo universal...").

Tal designación, en contra de lo señalado en el primer motivo, debe entenderse conforme a la praxis notarial, comprensiva de los tres supuestos de premoriencia, incapacidad y renuncia. Los argumentos de la recurrente para demostrar que el testador quiso referirse tan sólo al caso de premoriencia carecen de fuerza suasoria y resultan inanes. Hay que entender por ello, ante la claridad de tal cláusula, que abarca y comprende los tres supuestos, pues en otro caso se habría especificado a que supuesto se refería, mucho más tratándose de un testamento asesorado por Notario.

Por otra parte, y en contra de lo afirmado en el motivo, el cónyuge del testador no se ve afectado en sus derechos sucesorios por una amplia o estricta interpretación de tal cláusula, porque el testador ha establecido que al no aceptarse por cualquier heredero la fórmula primera del usufructo universal de la viuda, esta recibirá el tercio libre en pleno dominio. Por consiguiente, la voluntad del testador es que en el tercio libre en caso de no aceptarse el referido usufructo viudal, el cónyuge superstite hereda en pleno dominio su totalidad y, por ende, queda sin efecto tal legado a sus hijas y en su defecto a sus descendientes. Tal institución carece de virtualidad, porque sólo opera en el primer supuesto, al no existir bienes de que pueda disponer el testador.

La estimación de ambos motivos hace innecesario el examen de los restantes y determina que se acoge el fallo de primer grado en su totalidad. Las costas de ambas instancias se imponen a los actores y apelantes.



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

### FALLAMOS

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por el Procurador de los Tribunales, D. Jesús Verdasco Triguero, en nombre y representación procesal de Dña. María Dolores , frente a la sentencia pronunciada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de julio de 1997, en autos de juicio declarativo de menor cuantía tramitados en el Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Madrid (nº 544/92) en el sentido de acoger el fallo de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Madrid de 2 de marzo de 1995, en autos de menor cuantía 544/92, en su totalidad. Las costas de ambas instancias se imponen a los actores y apelantes. Y en su tiempo, comuníquese esta resolución a la citada Audiencia con devolución a la misma de los autos y rollo de Sala en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- ALFONSO VILLAGOMEZ RODIL.- LUIS MARTINEZ-CALCERRADA Y GOMEZ.- JOSE MANUEL MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ.- Firmado y Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, 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.