



Roj: **STS 51/1982 - ECLI:ES:TS:1982:51**

Id Cendoj: **28079110011982100051**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/06/1982**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Núm. 297.-Sentencia de 18 de junio de 1982.

PROCEDIMIENTO: Infracción de ley. RECURRENTE: Doña Patricia .

FALLO: Ha lugar a recurso contra sentencia de la Audiencia de Albacete, de 17 de octubre de 1980 .

DOCTRINA: Mejora. Voluntad de mejorar; es patente cuando se haya manifestado en tal sentido en forma contundente y reiterada, aunque no se haya expresado la palabra mejora. Para que la mejora se considere como tal habrá de declararlo así el testador expresamente, sin que en ningún caso esto haya de ser entendido en el rígido sentido de que el testador venga obligado necesariamente a utilizar la palabra mejora, para que la misma pueda estimarse verificada, pues ello significaría tanto como extender el alcance del precepto sustantivo a una sacramentalidad, que ni de su texto, ni de su contenido, interpretados a la luz de la normativa de los artículos 1.281 y siguientes del propio Código Civil , exigen, sino que habrá de ser el contenido del testamento, el que pondrá de relieve si en su clausurado existe o no una voluntad expresa de mejorar, debiendo afirmarse que tal voluntad es patente, cuando el causante se haya manifestado de una forma tan contundente y reiterada que sea incompatible con la negación de los efectos de la mejora, sin que ello pueda entenderse como forma tácita de expresión de la voluntad del causante, que implique la existencia de una voluntad que, aunque no gramaticalmente manifestada, sí aparezca directamente comprobada, sino como una declaración expresa e implícita de la exteriorizada voluntad de mejorar, que no pierde tal condición por el hecho de que no se haya emplea, do la palabra mejora, por lo que la disposición testamentaria cuestionada viene a evidenciar la voluntad expresa de la testadora, manifestada, al dejar sin efecto un testamento anterior designando heredero universal de sus bienes, y atribuir en el último testamento válidamente otorgado, la condición de herederos por terceras partes iguales a los contendientes, padre e hijos, presupone una clara voluntad expresa de distribuir igualitariamente su haber, institución que, al implicar una voluntad de mejorar expresa, dable dentro de las facultades dispositivas de última voluntad, con las que no priva al heredero forzoso demandante de la cuota de legítima estricta, la voluntad de la testadora que es Ley de la sucesión ha de ser mantenida, de acuerdo con el artículo 675 del mismo Código que marca el criterio interpretativo que hay que dar a las cláusulas testamentarias.



En la villa de Madrid, a 18 de junio de 1982; en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Cartagena, y en grado de apelación ante

la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete, a instancia de don Humberto , mayor de edad, casado, Abogado y vecino de Madrid, contra don David , mayor de edad, casado, Maestro Nacional, vecino de Torres del Mar (Málaga) y contra doña Patricia , mayor de edad, viuda, funcionaría, vecina de Madrid, por sí y en representación de sus menores hijos Jaime , Yolanda y Celestina , sobre declaración de propiedad; autos pendientes ante esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en virtud del recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por doña Patricia por sí y en representación de sus hijos menores don Jaime , doña Yolanda y doña Celestina , representada por el Procurador señor Alvarez y defendida por el Letrado don José M. Leizasoain Sasera, habiendo comparecido el recurrido don Humberto , representado por el Procurador señor Caballero Martín y defendido por el Letrado don José Fuentes Carlos Roca.

RESULTANDO

RESULTANDO que el Procurador don Alejandro Lozano Conesa, en representación de Humberto formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Cartagena número 1 demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía contra don David y doña Patricia por sí y en representación de sus hijos menores Jaime , Yolanda y Celestina sobre declaración de propiedad estableciendo en síntesis los siguientes hechos: Primero. El actor es hijo único del matrimonio compuesto por doña Sofía y don Blas , que falleció en Madrid en el año 1950 de cuya herencia le correspondió entre otros bienes una casa barata sita en Madrid, calle DIRECCION012 , número NUM013 , que el actor en contra de lo que manda la ley cedió a su madre cuando la ley prohibía pudiera corresponder a la viuda otra cosa que el derecho de uso y habitación.-Segundo. Doña Sofía en el año 1963 otorgó testamento ante el Notario de Cartagena don Juan Losada Sánchez, revocando por otro posterior otorgado ante don Federico el 7 de marzo de 1972 según acredita con la certificación del Registro de Ultimas Voluntades. En dicho testamento la testadora empieza por legar a sus biznietos Jaime , Yolanda y Celestina , el precio que sostenga por la enajenación de un solar numeró NUM014 sito en la Alameda de DIRECCION013 . Instituye herederos "en la porción que resulten serlo» a su hijo don Humberto y a sus nietos, los hoy demandados doña Patricia y don David y para el pago de sus derechos hereditarios adjudica a cada uno de ellos por vía de participación los siguientes bienes: A don Humberto la finca denominada la " DIRECCION020 » , sita en Cazorla, la casa barata número NUM013 de la calle de DIRECCION012 de Madrid, la finca denominada " DIRECCION014 » , en Cartagena y las participaciones que poseía la testadora en las Minas de "El Cabezo Rajao» y el solar sito en la "Alameda DIRECCION013 » , número NUM015 . A doña Patricia la finca denominada " DIRECCION015 » , de este término municipal; 2.680.000 pesetas en cédulas del Estado, en inversiones tipo D, depositadas en el Banco Popular y el solar número 10 de la testadora en la alameda DIRECCION013 . A don David una casa marcada con el número NUM016 de la calle de la DIRECCION016 ; la casa número NUM017 de la calle DIRECCION017 ; la casa numerada NUM018 de la calle DIRECCION018 , y la casa número NUM019 de la calle de la DIRECCION019 y el solar número NUM020 en la Alameda DIRECCION013 de esta ciudad.

Además todas las cantidades en metálico que existieran en los Bancos de Santander, Vizcaya, Popular y Español de Crédito que se repartieran entre los tres herederos. Las alhajas para doña Patricia y los muebles de su casa en Cartagena, para don David , menos los escudos de familia que serían para el actor, y por último disponía que el solar número NUM021 propiedad de la testadora en la Alameda DIRECCION013 fuera vendido y su importe repartido en terceras partes iguales entre don Humberto y doña Patricia y don David .-Tercero don Humberto es hijo único del matrimonio indicado y doña Patricia y don David son hijos del actos y por tanto nietos de la testadora.-Cuarto. Según la cláusula sexta y décima del testamento referido al actor se le adjudica los bienes descritos, pero con las siguientes puntualizaciones: a) la finca " DIRECCION020 » ha sido vendida antes de fallecer la testadora, b) El solar número NUM015 y el número NUM021 de la Alameda DIRECCION013 han corrido igual suerte, c) El Hotel número NUM013 de la calle de DIRECCION012 de Madrid no ha podido tener acceso al Registro porque la Ley de Casas Baratas impedía a la viuda tener mas que el uso y la habitación, en consecuencia, esta finca ha sido siempre propiedad del actor. Con todo ello la herencia que realmente percibe don Humberto queda reducida a la finca « DIRECCION014 » , la participación en la explotación «Cabezo Rajao», la tercera parte del existente en Bancos, los muebles de la casa de la calle de DIRECCION012 , con cuadros con escudos, mobiliarios y la tercera parte del valor del solar número NUM021 . Además la testadora doña Sofía lega a su nieta doña Patricia , 2.680.000 pesetas en cédulas del Estado, depositadas en el Banco Popular a nombre de la testadora y del actor, por lo que no solamente se ha perjudicado a éste por la testadora sino además ha dispuesto de algo que no era suyo.- Quinto. Además la testadora ha vendido antes de morir como es natural, el solar número NUM021 .- Sexto. Entraba en la valoración objetiva del caudal hereditario a saber: Solar NUM014 , 3.970.00 pesetas;



Finca la « DIRECCION020 », 1.100.000 pesetas; Hotel de la calle de DIRECCION012 , 3.184.000 pesetas; « DIRECCION014 », 2.000.000 de pesetas; Participación en el "Cabezo Rajao», 190.000 pesetas; Solar número NUM015 , 10.350.000 pesetas; DIRECCION015 », 60.000.000 de pesetas; Cédula del Estado tipo D, 2.680.000 pesetas; Solar número NUM019 , 11.290.000 pesetas; Cuatro casas en Cartagena, 3.000.000 de pesetas; Solar número NUM020 , 9.058.000 pesetas; Dinero en Bancos, 1.978.430 pesetas; Mobiliario de la casa de la DIRECCION012 , 50.000 pesetas; Máquina de coser, 1.000 pesetas; Mobiliario de Cartagena, 3.000 pesetas; Joyas, 1.000.000 de pesetas; Cuadros, 500 pesetas; Solar número NUM021 , 24.105.000 pesetas; 2.000.000, impuestos por la testadora en diferentes libretas de ahorros a favor de su nieta doña Patricia y de los hijos de esta, Jaime , Yolanda y Celestina , suma un total de 155.960.433 pesetas, salvo error u omisión, de las cuales la legítima estricta de mi mandante ascendería a la cantidad de 51.986.811 pesetas. Como si aplicamos el testamento la cuantía de su legítima según los bienes adjudicados ascendería a 25.608.467 pesetas, resultaría que al actor le faltan 26.378.334 pesetas, pero la situación se agrava si observamos: Primero. Que la finca «La DIRECCION020 » fue vendida antes de la muerte de la testadora.-Segundo. Que el Hotel de la calle de DIRECCION012 nunca ha sido propiedad de doña Sofía .-Tercero. Que el solar número NUM015 , adjudicado al actor fue vendido antes de la muerte de la testadora.-Cuarto. Que las cédulas depositadas en el Banco Popular son propiedad del actor, la mitad.-Quinto. Que el solar número NUM021 del que le corresponden al actor un tercera parte fue vendido también con anterioridad, con lo cual el caudal hereditario ha quedado disminuido en la cantidad de 40.709.000 pesetas, con lo cual el actor percibiría por la herencia total 2.306.447 pesetas.-Sexto. Nos encontramos ante una aptitud marcadamente dolosa por parte de la testadora para desheredar a su único y legítimo heredero don Humberto y la génesis de las ventas efectuadas es la siguiente, vende su participación en la finca «La DIRECCION020 » y el solar número NUM015 de la Alameda DIRECCION013 que legaba al actor y vende además el solar que manda sea vendido y su importe repartido entre sus tres herederos, la casa de la calle de DIRECCION012 nunca ha sido propiedad de la testadora y esta voluntad dolosa tendente a desheredar al actor queda patente con la imposición de cuatro libretas de ahorros en la Sucursal del Banco de Vizcaya en Cartagena a favor de doña Patricia y sus tres hijos menores respectivamente, lo que hace un total de 2.000.000 de pesetas y que fueron impuestas en fecha posterior al testamento, sin duda del producto de bienes que eran legados al actor. Además la testadora invirtió 6.000.000 de pesetas en la compra de un apartamento para su nieta doña Patricia , en la Sierra que previamente le había avalado, asimismo pagó al corredor don Jesús Carlos 400.000 pesetas por el corretaje de dicha operación, donaciones que tiene el carácter de colacionables, nos encontramos ante un hecho real de desheredación por parte de su madre sin causa que lo justifique y con evidente dolor y fraude de las disposiciones testamentarias.-Séptimo. Por último, la testadora, después del testamento adquirió un piso en la calle DIRECCION023 , número NUM025 , de Cartagena, que no figura en el testamento. Terminaba por suplicar se dictase sentencia que contengan los siguientes pronunciamientos: a) Que se declare que el chalet del número NUM013 de la calle de DIRECCION012 , de Madrid, es propiedad de don Humberto , b) Que se declare la que la finca «La DIRECCION020 » y el solar de la Alameda DIRECCION013 que doña Sofía legaba a don Humberto ha sido enajenado antes de la muerte de la testadora, c) Declare nula la partición testamentaria hecha en su último testamento por doña Sofía por ser fraudulenta, d) Que a la vista de la nulidad, o de la inoficiosidad de la partición realizada en su testamento por doña Sofía se declare nula la cláusula quinta de dicho testamento que contiene la institución de herederos a favor de don Humberto , doña Patricia y don David , e) Alternativamente se declare dicha partición, inoficiosa y por añadidura nula toda vez que la operación de reducción resultaría la realización de un nuevo testamento, por parte del Juzgado, f) Que en el caso, que el Juzgado declare inoficiosa la partición, se complete la legítima de mi mandante, hasta el límite legal, de los dos tercios, colacionando lo colacionable, especificando la distribución en todo caso del resto, g) Que en todo caso, y para los bienes que resulten fuera de estos legados se abra la sucesión intestada de doña Sofía a la vista de la nulidad de la instancia de heredero.

RESULTANDO que admitida la demanda y emplazados los demandados don David y doña Patricia por sí y en representación de sus hijos menores Jaime , Yolanda y Celestina , comparecieron en los autos en su representación el Procurador don Pedro Pujol Martínez el primero y la segunda por el Procurador don Joaquín Ortega Parra que contestó a la demanda, oponiendo a la misma en síntesis: Primero. Cierto que el actor es el hijo único del matrimonio celebrado entre doña Sofía y don Blas , ambos fallecidos, incierto que en la herencia de este último le correspondiera al actor entre otros bienes una casa barata sita en Madrid en la calle de DIRECCION012 , número NUM013 , si ello fuera cierto el actor habría presentado el documento que así lo acreditase y que brilla por su ausencia por la sencilla razón de que dicha casa fue adquirida constante matrimonio por el señor Blas en virtud de contrato de compraventa, en consecuencia a la causante le pertenecía la mitad indivisa de dicha finca y la otra mitad al actor como heredero de su padre Segundo. Cierto que la señora Sofía otorgó un testamento el día 1 de febrero de 1963, pero dicha disposición quedó revocada por el de 7 de marzo de 1972 ante el Notario don Federico y cierto las cláusulas que reproducía.- Tercero. Es cierto el correlativo, toda vez que el actor es hijo de la señor Humberto y doña Patricia y don David son hijos de actor, nacido de su matrimonio con doña Patricia de la que se encuentra separado judicialmente desde



hace más de diecinueve años, el presente litigio enfrenta al padre de una parte y a sus hijos y nietos de otra.-Cuarto. Ciertamente que la causante había vendido con posterioridad a 7 de marzo de 1972 en que otorgó testamento la finca «La DIRECCION020 » y los solares números NUM015 y NUM021 de la Alameda DIRECCION013 de esta ciudad que habían sido adjudicados al actor los dos primeros y un tercio del segundo, ahora bien, la señora Sofía podía disponer de sus bienes y si así lo hizo fue sin duda por causas suficientes habida cuenta de su avanzada edad y de que nadie subvenía a sus necesidades. La herencia está constituida por todos los bienes, derechos y acciones que existen en el momento del fallecimiento de la causante, analizando los conceptos de computación, imputación y colación estimando que hay que computar: 1.º La mitad de las cláusulas para inversiones en el Banco Popular Español, 1.340.000 pesetas. 2.º El depósito en el Banco de Santander a nombre de la causante y del actor por 4.000.000 de pesetas. 3.º Los depósitos a nombre de Jaime , Yolanda y Celestina en el Banco de Vizcaya de Cartagena de 3.000.000 cada uno, por 9.000.000 de pesetas. 4.º La donación a doña Patricia por 3.000.000 de pesetas. 5.º La donación a dicha señora en concepto de pago del préstamo para la compra de un apartamento en Casillas (Avila) por 300.000 pesetas. Total a computar, 17.640.000 pesetas. En cuanto a la casa de la DIRECCION012 , número NUM013 de Madrid nos remitimos a lo ya dicho, quedan así desvirtuadas las afirmaciones del actor, en cuanto a la reducción de su herencia. La venta de determinados bienes de la testadora obliga a la computación antes efectuada, excluyendo lo consumido por la causante en su subsistencia, aparte de que con el producto de dichos bienes adquirió el dominio del piso en calle DIRECCION023 , número NUM025 y DIRECCION024 , número NUM024 de esta ciudad, adquirido a doña Inés , la disposición de algunas fincas que en la partición practicada por la testadora habían sido adjudicadas al señor David , no trae consigo las consecuencias de nulidad que por el actor se postula y en cuanto a la afirmación de que la causante había dispuesto de los 2.680.000 pesetas en cédulas será inversiones y que en su partición adjudicó a doña Patricia como algo que no era suyo, se sostiene que dichas cédulas fueron adquiridas por la causante como se acreditará en su momento.-Quinto. Se remitía a lo ya expuesto. Sexto. Negaba el correlativo de la demanda en el que el actor procede a la valoración por su parte, sin justificación alguna de los bienes citados por la señora Sofía , en su testamento; reproduciendo el escrito de impugnación de la cuantía, decía: a) Se incluyen valoraciones de bienes que no pertenecían a la causante en el momento de su fallecimiento como son: Finca « DIRECCION020 » valorada en 1.100.000 pesetas. Solar número NUM021 DIRECCION013 valorado en 24.105.000 pesetas, Solar número NUM015 DIRECCION013 valorado en 10.350.000 pesetas, total, en pesetas 35.555.000, estas tres fincas vendidas por la testadora no podían formar parte de su herencia, b) Se incluyen otros bienes que tampoco era de la testadora como son los 2.000.000 de pesetas que se dicen impuestos en diferentes libretas de ahorro a favor de doña Patricia y de los hijos de ésta. Manifestaba que los valores que integran la herencia están obtenidos sin base legal, ni práctica alguna son los siguientes: Solar número NUM014 DIRECCION013 , 13.970.000 pesetas; DIRECCION014 , 3.184.000 pesetas; Cabezo Rajao, 190.000 pesetas; Finca DIRECCION015 » en Cartagena, 60.000.000 de pesetas; Cédula del Estado par inversiones, mitad, 1.340.000 pesetas; Solar número NUM019 , DIRECCION013 , Cartagena, 11.290.000 pesetas; Cuatro casas en Cartagena, 3.000.000; Solar número NUM020 Alameda San Antonio, 9.058.000 pesetas; Dinero en Bancos, 1.978.430 pesetas; Mobiliario chalet DIRECCION012 de Madrid, 50.000 pesetas; Máquina de coser, 1.000 pesetas; Mobiliario de Cartagena, 3.000 pesetas; Joyas, 1.000.000 de pesetas; Cuadro con escudo mobiliario 500 pesetas; Total, 105.064.930 pesetas. Alegaba que el valor de dichos bienes según certificaciones expedidas por la Delegación de Hacienda de Cartagena, son los que a continuación se consignan: Solar número NUM014 calle DIRECCION021 , NUM022 y NUM023 , superficie 1.397 metros cuadrados, 509.175 pesetas; DIRECCION014 y Cabezo Raiao, 40.700 pesetas; Finca DIRECCION015 », 578.355 pesetas; Cédula del Estado, 1.340.000 pesetas; Solar número NUM019 calle RAMBLA001 de Benipiña, superficie 1.129 metros cuadrados, 220.155 pesetas; Las casas de DIRECCION016 , DIRECCION017 , DIRECCION018 y DIRECCION019 , 1.946.180 pesetas; Solar número NUM020 calle DIRECCION022 , NUM024 , superficie 1.291 metros cuadrados, 570.490 pesetas; Dinero en Bancos, en pesetas 1.978.430; Mobiliario chalet DIRECCION012 , NUM013 , 50.000 pesetas; Máquina de coser, 1.000 pesetas; Mobiliario Cartagena, 3.000 pesetas; Joyas, 1.000.000 de pesetas; Cuadros, 500 pesetas; Total, 8.177.980 pesetas, a este valor hay que añadir los siguientes bienes: Piso en calle DIRECCION023 , NUM025 , DIRECCION024 , en Cartagena, 924.736 pesetas; Mitad chalet DIRECCION012 , 3.182.320 pesetas. 3.º Depósito en Banco Santander, 4.000.000 de pesetas, en definitiva el valor de los bienes que componen la herencia al que hay que agregar a efectos de computaciones, la cifra antes señalada de 17.640.000 pesetas en el hecho cuarto, es de 17.285.036 pesetas. Rechazada la afirmación de que la testadora hay tenido la intención de desheredar al actor por la disposición de alguno de sus bienes, incierto la afirmación de la actora de que invertido la causante 6.000.000 de pesetas en la compra de un aparta mentó para su nieta doña Patricia que previamente le había avalado ya que tiene una superficie aproximada de 51 metros cuadrados y fue adquirido en 400.000 pesetas, como acreditaba documentalmente, satisfaciendo 100.000 pesetas con un crédito laboral y 300.000 pesetas por otro avalado por la señora Sofía que lo hizo efectivo más tarde, razón por la que debe computarse y colacionarse en su día la indicada cifra de 300.000 pesetas, afirmando no existe la menor deshereración del actor señor Humberto y por ende la absoluta inexistencia de dolo o fraude



por parte de la testadora, en cuanto a su disposición de última voluntad de 7 de marzo de 1972.-Séptimo. Curiosa la afirmación del actor en cuanto a la adquisición por la testadora del piso de la DIRECCION023 , número NUM025 de esta ciudad en base a que como no se incluye en el testamento no se le da un tratamiento especial en este procedimiento que quedara a las resultas de este pleito, conviene subrayar que el actor se ha apropiado de todos los muebles y enseres de dicha vivienda, al igual que ha hecho en todos los bienes de la herencia, razón por la que se pretende solicitar determinada medida aseguradora de la subsistencia de los bienes hereditarios. Pero es que el actor silencia que la referida vivienda fue adquirida por la causante, con parte del precio obtenido por la venta de algunos bienes de su patrimonio. Terminaba por suplicar se dictase sentencia que desestimando la demanda rechace todos los pedimentos contenidos en el suplico de la misma, absolviendo libremente a sus representados con expresa imposición al demandante de todas las costas causadas por su evidente temeridad y mala fe. Y formulaba demanda reconvenicional en base a los siguientes hechos: Primero. Se sostiene que el testamento de doña Sofía de 7 de marzo de 1972, se contiene las siguientes disposiciones: Primera. A favor del legitimario, heredero forzoso don Humberto , a quien se atribuye el tercio de legítima estricta. Segunda. A favor de los legitimarios doña Patricia y don David , a quienes, conjuntamente y de por mitad, se atribuye el tercio mejora. Tercera! A favor de doña Patricia y don David , a quienes, también conjuntamente y de por mitad, se atribuye el tercio de libre disposición. Cuarta. Finalmente, un legado a favor de don Jaime y Celestina , por terceras partes iguales, respecto del precio que se obtenga por la enajenación del solar, propiedad de la testadora, sito en Cartagena, DIRECCION013 , número NUM014 con los requisitos y condicionantes que en la cláusula cuarta del referido testamento se contiene.-Segundo. Abona esta interpretación el sentido que debe darse a la intención de la testadora, la cláusula quinta instituye herederos en la proporción que resulten serlo según las adjudicaciones que hace más adelante la testadora a su hijo don Humberto y a sus nietos doña Patricia y don David con sustitución para sus respectivos descendientes legítimos pero es igualmente cierto que al no poderse realizar la partición ordenada y efectuada por la testadora, por la circunstancia tantas veces repetida de la disposición de los bienes adjudicados, es necesario interpretar la voluntad de la testadora, que, en opinión de esta parte, se revela con toda claridad en las cláusulas séptima y décima del testamento que exponía, parece pues evidente que después de efectuadas por la testadora determinadas adjudicaciones, y que tenía que dejar al hijo señor David al menos la legítima, quiere la testadora ofrecer su voluntad en cuanto a la distribución de los restantes bienes, en tres partes iguales, en concepto de legítima estricta, para el hijo; y de mejora y de libre disposición entre los dos nietos Patricia y David . Nada en el testamento contradice esta interpretación que por el contrario tiene el apoyo de las declaraciones expresas, a parte del respeto de la legítima al hijo, así como las demás adjudicaciones a los dos nietos.-Tercero. Debe procederse a la computación, imputación y colación de las disposiciones efectuadas por la causante a favor de los legitimarios, para determinar con todo rigor la legítima estricta del señor Humberto , y la mejora y la cuota de libre disposición de doña Patricia y don David , las deducciones que procede efectuar por razón de las disposiciones a favor de los mismos, con aplicación de las normas sobre colación. Es de hacer notar que los legatarios no están sujetos a colación, al no concurrir en ellos el carácter de herederos forzosos y esta partición debe efectuarse por este Juzgado, en ejecución de la sentencia recaída en el presente procedimiento. Terminaba por suplicar se tenga por formulada reconvenición y dictarse sentencia que declare: 1.º Que doña Sofía ha instituido los siguientes herederos: A su hijo don Humberto en la llamada legítima estricta o corta, a saber en un tercio de la herencia. A sus nietos doña Patricia y don David conjuntamente y de por mitad en los tercios llamados de mejora y de libre disposición. 2.º Que además, ha dispuesto por vía de legado, a favor de sus biznietos Jaime , Yolanda y Celestina , la propiedad del solar número NUM014 de la Alameda DIRECCION013 , de Cartagena. 3.º Que debe procederse a la partición judicial entre los mencionados herederos y legatario, en ejecución de la presente sentencia, con expresa imposición de las costas al actor, por su evidente temeridad y mala fe.

RESULTANDO que el Procurador don Joaquín Ortega, en representación de doña Patricia por sí y en representación de sus hijos menores Jaime , Patricia y Celestina , contesta a la demanda alegando que su representado que había comparecido como demandado para atender el emplazamiento judicial y para evitar las consecuencias que pudieran derivarse contra su persona y bienes por su eventual declaración de rebeldía ha optado por permanecer al margen de la cuestión, pero sucede que la representación de su hermana y de sus sobrinos, no sólo se limita a contestar la demanda, sino que produce una demanda reconvenicional en la que afectan a don David los tres pedimentos que integran el suplico de la reconvenición y estimaba que no es posible admitir tal pretensión al producirse por una de las parte demandadas afecta, como destinatario pasivo a otro de los demandados y no sólo al demandante no siendo posible admitir que uno de los intervinientes en el pleito sea demandado en la demanda y en la reconvenición por lo que interponía recurso de reposición contra la providencia que admitió a trámite la reconvenición.

RESULTANDO que por la parte actora se evacuó el trámite de réplica alegando: Primero. Queriendo aclarar que jamás había pedido la nulidad del testamento otorgado por doña Sofía el 7 de marzo de 1972.-Segundo. La casa de la DIRECCION012 , NUM013 de Madrid, no puede incluirse ni en el caudal hereditario ni en



el haber legitimario del heredero forzoso, puesto que el derecho dominical es de éste.-Tercero. En cuanto a los títulos de la deuda depositados en el Banco Popular Español de Cartagena son propiedad del actor exclusivamente.-Cuarto. En esta sucesión no hay más heredero que don Humberto .-Quinto. Todo lo que los legatarios adquieren por virtud de este testamento está a resultas de la partición o reparto de bienes que hace la testadora y en este terreno tenemos que andas con un exquisito cuidado, ya que si bien la Ley de herencia es la voluntad del testador, por encima de ella están las disposiciones de la Ley. El artículo 660 invocado distingue entre sucesor a título universal o heredero y sucesor a título particular o legatario insistiendo en la condición de legado de los bienes dejado por la testadora a título particular, ya que no se trata de una partición hecha por la testadora en el testamento, sino de meros legados toda vez que el mismo testamento contiene al margen de este reparto una institución de herederos. Séptimo. Estamos en un momento que el Juzgado ignora la voluntad de la testadora; esta parte reconoce también que la ignora como la ignora la parte contraria, cualquier reconstrucción que se hiciera del testamento estaría en el mundo de la conjetura. -Octavo. El Tribunal Supremo ha establecido la doctrina de que es válida la cláusula testamentaria por la cual el testador mejora a sus nietos viviendo la madre de estos y heredera de aquél, pero aquí no existe tal cláusula ni en todo el testamento aparece la palabra mejora, se trata de una fútil alegación de contrario y debía ser la deducción racional de una previa conducta obligadamente racional y legal, pero como puede comprobarse en la valoración del inventario la testadora sólo le deja al demandante el 2,31 por 100 de su caudal, no como heredero forzoso, sino como legatario.-Noveno. El valor al tiempo de fallecimiento de la testadora de la herencia se base en la adjunta peritación redactada por Agente de la Propiedad Inmobiliaria deducidos los que fueron enajenados por ella es el de 130.553.682 pesetas, y en el hecho sexto de la contestación a la demanda, se dice que el valor real de los bienes de la herencia deducido el de los que fueron vendido por la testadora y sin contar las computaciones ideales es de 16.285.036 pesetas, evidencia una temeridad y mala fe que por sí solo justificarían la imposición de costas a la demandada, hacía un inventario y valoración y adjudicaciones del testamento de doña Sofía en el que afirmaba que el total a percibir del caudal hereditario por el actor era 3.017.404 pesetas.-Décimo. Insistía de que el único heredero forzoso de la fortuna materna de 130.553.882 pesetas, el actor sólo participa testamentariamente por medio de legados, en la proporción del 2,31 por 100, ya que la testadora le vende el 76 por 100 de los bienes que le legaba en el testamento con cuyo producto de 19.480.000 pesetas, hizo a la demandada y a los hijos de ésta donaciones de 12.300.000, y además para pago del menguado resto le lega un bien, hotel de la DIRECCION012 , NUM013 de Madrid, que por ley es propiedad del actor desde 1950.-Undécimo. Resumiendo: a) No se ha pedido nunca la nulidad del testamento, b) Se ha pedido la inoficiosidad total de los legados porque cualquier reducción significaría que el Juez se convertiría en testador, ya que le es imposible respetar ninguna manera la voluntad de la testadora ni tan siquiera por aproximación, c) Se ha pedido la nulidad de la declaración de herederos por ser consecuencia de esos legados a hijos y nietos y dar como resultado un acto contra la Ley que es nulo de pleno derecho, d) Esta situación producirá los efectos jurídicos que se especifican en el suplico de la demanda. Terminaba por suplicar se dicte sentencia que contengan los siguientes pronunciamientos:

a) Se declare que el hotel de la calle de DIRECCION012 , número NUM013 de Madrid es propiedad del actor don Humberto .

b) Que la finca «La DIRECCION020 », sita en Cazorla, igualmente que los solares número NUM014 de la Alameda DIRECCION013 de Cartagena, fueron enajenados por la testadora doña Sofía , antes de su fallecimiento, lo cual debe ser igual mente objeto de declaración expresa en la sentencia, c) Que se declaren nulas, por inoficiosidad total, las cláusulas testamentarias números 4, 6, 7, 8, 9 y 10 del testamento otorgado por doña Sofía , motivo de este pleito, por no ser posible su cumplimiento estricto, ni factible la suplementación de la legítima al demandante, a menos que las disposiciones originales resultaren irreconocibles, d) Que se declara nula la cláusula testamentaria número 5, ya que como la eficacia de la Institución de herederos nombrados en ella están condicionada a un reparto de bienes contrario a la Ley, un acto ilícito no puede generar derechos ilícitos, e) Que se declaren nulas, por inoficiosidad total, las donaciones hechos en vida por doña Sofía , 3.300.000 pesetas, a la demandada y de 9.000.000 de pesetas a los también demandados, hijos de ésta Jaime , Yolanda y Celestina , f) Que para los bienes para lo que no exista Institución Testamentaria ni de herederos ni de legatarios, se abra sucesión intestada de la causante, respecto a los mismos, g) Que doña Patricia ponga a disposición de este Juzgado las joyas que propiedad de la testadora obran en su poder, como igualmente la liquidación del numerario retirando con su firma de las cuentas corrientes de la testadora, h) Que a la vista de la temeridad y mala fe con que se ha comportado la demandada en este procedimiento se condene en costas a la misma por la demostrada en la manipulación de la valoración de los bienes de la causante con el propósito de confundir al Juzgado intentando demostrar con falsedad que el heredero forzoso se le había respetado testamentariamente la legítima corta y malintencionadamente imputarla a ésta, lo legado.

RESULTANDO que por las partes demandadas se presentó escrito de duplica manifestando que la parte actora ha acompañado a la replica una serie de documentos sin numerar ni especificar, para de esta forma introducir



los indicados documentos violando la norma contenido en el artículo 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se basaba en los siguientes hechos: Primero. Aunque se altera el orden de los hechos de la demanda y de la contestación como la parte actora inicia su relato con la insólita afirmación de que por ella no se ha pedido la nulidad del testamento otorgado por doña Sofía el día 7 de marzo de 1972 alegando que el mismo adoleciera de falsedad, preterición o invalidez en la revocación del anterior testamento de la causante o cualquier otra causa, esta afirmación cae por sí misma, si se analizan algunos de los pedimentos del escrito de demanda.- Segundo. Modificamos el contenido del hecho primero de la contestación en cuanto a la propiedad del chalet de la DIRECCION012 , número NUM013 , de Madrid, pertenecía la mitad a la causante como gananciales y la mitad a la parte actora, por herencia de su padre don Blas , sosteniendo que la plena propiedad de la referida casa le correspondía a la causante habida cuenta que gracias al actor que ha presentado el testamento abierto de don Blas hemos conocido su última voluntad en la que lega a su esposa la mitad del tercero de bienes de que perciba además la parte que en usufructo y como legítima le concede la Ley e instituye heredero del remanente de sus bienes a su hijo don Humberto , quien no presenta el título en que conste la partición, sin duda en su poder y no lo presente porque en modo alguno demuestra su dominio sobre la casa número NUM013 de la DIRECCION012 , de Madrid, en su momento acreditaremos que era la testadora a quien corresponde la plena propiedad de la mencionada casa en cuanto a la valoración de dicha casa de 6.364.640 pesetas, que la parte actora ha presentado con certificación del departamento de valoración de la Delegación de Hacienda, Rentas y Patrimonio del Ayuntamiento de Madrid y que esta parte acepta, queremos manifestar, que lo alegado por la actora es demostrativo de la inconsistencia de sus argumentos, siendo capaz de ir contra sus propios actos y documentos y valoraciones, cuando de ello no puede sacar el resultado que conviene a sus intereses; rechazando por extemporánea la presentación de la certificación de la Delegación de Hacienda de Madrid de esta forma la valoración de 742.824 pesetas, no es admitida por esta parte, ya que este precio no corresponde ni siquiera al de una vivienda subvencionada.-Tercero. Manifestaba su disconformidad con las alegaciones de parte actora modificando nuestra anterior afirmación para sostener: a) Que las cédulas para inversiones tipo D, 4,50 por 100 que por importe de 2.680.000 pesetas, depositadas en el Banco Popular Español de Cartagena, pertenecen exclusivamente a la testadora, si bien el resguardo aparece a nombre de doña Sofía y don Humberto , el dinero que se invirtió en su adquisición era única y exclusivamente de doña Sofía , con la consecuencia de que la mitad de dicho importe forma parte de la herencia, y la otra mitad, fue una donación intervivos de la testadora a su hijo, que debe ser computado en la cuenta de legítima de este heredero forzoso, b) El depósito de 8.000.000 de pesetas, existe en el Banco de Santander de Cartagena, pertenece también, única y exclusivamente a la testadora si bien lo acreditaremos en su momento conociendo ahora por manifestación del actor la pendencia de un litigio contra el Banco de Santander, por razón de dicho depósito. En una palabra, la mitad del mismo pertenece a la herencia de la testadora, y la otra mitad seguramente retirada por el sextor Humberto es igualmente una donación intervivos de la testadora a su hijo que debe ser objeto de computación e imputación y colación en la cuenta de legítima de dicho heredero forzoso.-Cuarto. Negamos que el actor don Humberto , sea el único heredero forzoso de la causante doña Sofía , pues son herederos forzosos los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos estableciendo en 823 la porción llamada mejora, por lo que los descendientes legítimos, nietos que son llamados viviendo los padres, tiene el carácter de legitimarios y por ende el de herederos forzosos, al tener el carácter de herederos y no de legatarios, es evidente el derecho que asiste a su representada de solicitar la colación de las donaciones entre vivos realizadas por la testadora a favor de su hijo don Humberto con arreglo a las normas establecidas en los artículos 636 , 654 y 655 del Código Civil ; al igual que las donaciones efectuadas en beneficio de doña Patricia deben ser igualmente computadas, imputadas, a su haber y colacionadas, respondiendo al carácter de legitimarios que concurre tanto en el actor como en mi representada.- Quinto. Negamos el contenido del hecho de este número del escrito de réplica doña Patricia tiene el carácter de heredera que le asigna la testadora en su testamento de 7 de marzo de 1972 sin perjuicio del carácter de legataria en cuanto a las joyas, a tenor de la cláusula octava del testamento. Sexto. Negamos el correlativo y proclamamos: a) Que es correcta la instalación de herederos, efectuada por la testadora, en la cláusula quinta de su testamento, y en la proporción en que resulten serlos, según las adjudicaciones. Es heredero el hijo David , b) Además del carácter de herederos, la testadora, en las cláusulas 8, 9, 10 7.º ordena determinados legados en beneficio, igualmente de los mismos que anteriormente ha designado e instituido herederos con independencia del legado ordenado en la cláusula cuarta en beneficio de los biznietos de la testadora don Jaime , doña Celestina y doña Yolanda , c) Los instituidos herederos los son: Humberto en el tercio de legítima estricta; doña Patricia , en los tercios de mejora, como parte de la legítima y de libre disposición. Se rechaza categóricamente que el heredero forzoso y legitimario don Humberto , no esté sujeto a la computación, imputación y colación de las donaciones intervivos efectuadas por la testadora, en su beneficio, al igual que lo están, para que no se perjudique el tercio de legítima estricta que corresponde al legitimario don Humberto , todas las donaciones que en su vida realizó la testadora doña Sofía en beneficio de su heredera legitimaria doña Patricia , nieta de la testadora y sus legatarios Jaime , Yolanda y Celestina , biznietos de la testadora. Al perjudicar estas disposiciones de bienes, la legítima del actor don Humberto , es evidente que no puede pasarse por la partición



ordenada por la testadora, y hay que verificar una nueva partición de los bienes de la testadora, al margen de las adjudicaciones realizadas en su día por la misma.-Séptimo. Rechazamos la aplicación al presente caso de la norma contenida en el artículo 792 del Código Civil , ya que en el testamento de la causante es imposible encontrar condición imposible o contraria a la Ley o a las buenas costumbres, lo que impide su aplicación a la sucesión del causante.- Octavo. Rechazaba el correlativo en él, después de admitir la validez de la mejora del nieto viviendo el hijo concluye que en este caso dicha mejora no existe, toda vez que no se emplea dicha palabra expresa y terminantemente, estamos de acuerdo en que no es posible admitir una mejora presunta, lo tácito implica la existencia de una voluntad no directamente manifestada, pero sí directamente comprobada.-Noveno. Nos reiteramos en el absoluto rechazo de la peritación que por la parte actora se ha acompañado al escrito de réplica, total mente extemporánea, no se ha efectuado un correcto inventario de los bienes que integran la herencia, ni se ha justificado en su momento procesal la valoración de dichos bienes. Rechazaba la afirmación que hace la actora de que está dispuesta a aceptar la valoración efectuada por esta parte.-Décimo. Rechaza cuantas inexactitudes se contienen en el correlativo, al estar obsesionada la parte actora por presentarse como prácticamente desheredado, para pretender, de inmediato, la obtención de la totalidad de la herencia, en absoluta contradicción por la voluntad de la testadora, ley fundamental de la sucesión y que les instituía únicamente herederos en parte de su herencia, sin duda por las razones que el actor conocerá y que determinaron la revocación del testamento de 1963, que ahora pretende revitalizar por procedimiento tan absurdo como temerario.-Undécimo. Concluía manifestando: 1.º) La declaración de la plena y total validez del testamento de 7 de marzo de 1972. 2.º) La determinación exacta del haber hereditario, después de resuelta la controversia sobre la propiedad del chalet de DIRECCION012 , número NUM013 , y con la inclusión de todos los bienes de la herencia, incluso los que perteneciendo a la testadora, han sido omitidos por el actor como el piso de la DIRECCION023 de esta ciudad. 3.º) La valoración de todo el caudal hereditario, realizada en debida forma por personas competentes y con arreglo a todos los datos necesarios 4.º) La interpretación de la auténtica voluntad de la testadora para establecer las disposiciones que quiso efectuar, y obteniendo de esta forma la participación en la herencia de todos los llamados a la misma por la testadora. 5.º) La declaración de la nulidad de la partición realizada por la testadora por falta de determinados bienes sobre los que había recaído la misma. 6.º) La realización de las operaciones de computación, imputación y colación de todas las donaciones en vida efectuadas por la testadora durante su vida a favor de los distintos herederos y legatarios, aplicando las mismas al pago de parte de sus haberes hereditarios. 7.º) La imposibilidad de proceder a la práctica de la partición por este Juzgado, al no haber sido solicitado por la parte actora; ya que si bien esta petición se efectuó por esta parte, al formular demanda reconventional, se declaró no haber lugar a su tramitación, por ello en su día se pedirá en el juicio correspondiente que se proceda a la práctica de dicha partición judicial, una vez establecidas las bases y criterios de la sucesión testamentaria aquí debatida, terminaba por suplicar al Juzgado se dictase sentencia que desestimando la demanda declare: Primero. La total validez del testamento de 7 de marzo de 1972.- Segundo. La nulidad o invalidez de la partición practicada por la testadora doña Sofía .-Tercero. La interpretación de la auténtica voluntad de la causante en cuanto a la distribución de los bienes entre el actor, una tercera parte, y mi representada, otra tercera parte, como legitimario y partícipe en los tercios de mejora y de libre disposición, respectivamente.-Cuarto. La determinación del haber hereditario, con inclusión de todos los bienes que lo integran.-Quinto. La valoración de los bienes hereditarios y la realización de las operaciones de computación, imputación y colocación de las donaciones hechas en vida por la causante.

RESULTANDO que recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente y figura en las respectivas piezas.

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes por su orden para conclusiones, trámite que evacuaron en respectivos escritos, en los que solicitaron se dictase sentencia de acuerdo con lo que tenían interesado en los autos.

RESULTANDO que el señor Juez de Primera Instancia de Cartagena número 1 dictó sentencia con fecha 18 de mayo de 1979 cuyo fallo es como sigue: Que estimo en parte la demanda interpuesta por el Procurador don Alejandro Lozano Conesa, en nombre de don Humberto , contra don David representado por el Procurador don Pedro Pujol Martínez y contra doña Patricia por sí y en representación de sus menores hijos Jaime , Yolanda y Celestina , representada por el Procurador don Joaquín Ortega Parra, y hago los siguientes pronunciamientos: Primero. Que no procede declarar que el chalet número NUM013 de la calle de DIRECCION012 , de Madrid, pertenezca en propiedad a don Humberto .-Segundo. Que la finca denominada «La DIRECCION020 », y los solares número NUM014 de la Alameda DIRECCION013 de Cartagena fueron vendidos por doña Sofía en el tiempo comprendido entre la fecha de su último testamento en 7 de marzo de 1972 y la fecha de su fallecimiento en 28 de diciembre de 1977.-Tercero. Declaro que el testamento otorgado por doña Sofía el día 7 de marzo de 1972 es válido.-Cuarto. Declaro que el mencionado testamento contiene institución de herederos universales válida en las personas de don Humberto , de doña Patricia y de don David , por terceras partes iguales.- Quinto. Declaro que no procede la apertura de la sucesión intentada de doña Sofía . Sexto. Declaro



que don Humberto es el único heredero forzoso de su madre doña Sofía y que su legítima es las dos terceras partes de la herencia aumentada en el importe de las donaciones intervivos de la testadora que a ese solo efecto de fijación de legítima se colaciona. Séptimo. Declaro que la testadora doña Sofía no ha mejorado a ninguno de sus descendientes. Octavo. Declaro que el caudal hereditario de la testadora doña Sofía asciende a la cantidad de 117.691.060 pesetas; que las donaciones colacionables importan 12.590.180 pesetas; que la legítima del actor se fija en 86.187.499 pesetas; que la parte de libre disposición se concreta a 30.503.070 pesetas.-Noveno. Que las donaciones declaradas colacionables no son reducibles por inoficiosas.-Décimo. Que los legados importan 23.434.709 pesetas, y no son reducibles, debiendo pagarse por los herederos con cargo a la parte de libre disposición de la herencia, por caer dentro de ella, y quedando reducida esta parte de libre disposición, después del pago de los legados, a la cantidad de 7.069.501 pesetas, que corresponde por mitad a cada uno de los herederos voluntarios doña Patricia y don David .-Undécimo. Practíquese en ejecución de sentencia las adjudicaciones de bienes pertinentes según las bases sentadas en los considerandos de la presente resolución, quedando sin efecto la partición practicada por la testadora en su testamento de fecha 7 de marzo de 1972 en cuanto se oponga a lo establecido en esta sentencia.-Duodécimo. Que no procede hacer expresa imposición de las costas del juicio a ninguno de los litigantes.

RESULTANDO que interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por la representación de la demandada doña Patricia y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la sentencia de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete dictó sentencia con fecha 19 de octubre, de 1980 con la siguiente parte dispositiva: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de la demandada doña Patricia , debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia dictada por el ilustrísimo señor Juez de Primera Instancia número 1 de Cartagena en los autos a que la presente resolución se contrae, de fecha 18 de mayo de 1979, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

RESULTANDO que el 8 de junio de 1981 el Procurador don Eduardo Jesús Sánchez Alvarez, en representación de doña Patricia , por sí y en nombre de sus hijos menores Jaime , Yolanda y Celestina ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley y doctrina legal contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete con apoyo en los siguientes motivos:

Primero. Al amparo del artículo 1.962 , 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por interpretación errónea de diversos preceptos del Código Civil, tales como sus artículos 896 . 807 , 808 , -párrafo 2 .º , 815 , 818 , 825 y 828 . Este motivo tiende a poner de relieve que la testadora doña Sofía , que instituyó herederos por partes iguales a su hijo don Humberto y sus nietos don David y doña Patricia , estableció a favor de los dos últimos una mejora indirecta expresa o subsidiariamente, una mejora tácita sobre el segundo tercio de la herencia, destinable a tal fin. Como el fallo de la primera instancia fue confirmado en la segunda, es obvio que cualquier referencia que se haga a aquél se entiende implícitamente hecha a éste. En principio, en función de la cláusula quinta del testamento de 7 de marzo de 1972, por el que la causante instituyó herederos a su hijo y a sus dos nietos, sin asignación de cuotas, y por el juego del artículo 765 del Código Civil , aparece claro que los instituidos han de heredar por terceras e iguales partes, lo que se corrobora expresamente en las cláusulas séptima y décima, relativas a distribución de numerario. Así consta razonado también en el apartado final del considerando quinto de la primera sentencia, y dispuesto en el pronunciamiento cuarto de su fallo. Por ello, llama la atención que, en su pronunciamiento décimo, se establezca que el remanente del tercio de libre disposición, que asciende a 7.069.501 pesetas, corresponde por mitad a cada uno de los herederos voluntarios doña Patricia y don David . Resulta incomprensible tamaña contradicción, por la que cabría aducir con éxito y por la vía del artículo 1.692 , 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , un motivo de casación independiente, ya que no se cohonestan, sino que se repelen, esas disposiciones comprendidas en los pronunciamientos cuarto y décimo del fallo que nos ocupa. Y, desde luego, si no se esgrime ese otro motivo de casación, por contener el fallo disposiciones contradictorias, se debe a que con su posible estimación se produciría el lógico llamamiento a don Humberto , para que entrase en el reparto de la citada suma de 7.690.501 pesetas, distribuible por terceras e iguales partes entre los tres herederos de la testadora, según su voluntad, y según el pronunciamiento cuarto del propio fallo, lo que a su vez implicaría una "reformatio in pejus», con lo que, la parte recurrente sufriría la consiguiente merma patrimonial, cuando todas las demás se aquietaron a esas declaraciones. El principio de congruencia que consagra el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , viene atacado por la figura de la "reformatio in pejus», en la que, por un lado, no desea incurrir mi representada y, por otro, la jurisprudencia veda la agravación del falla en perjuicio del recurrente cuando su opositor no recurrió. Si ello fue así, si las otras partes contendientes dejaron firme ese pronunciamiento décimo, ningún beneficio se les podría derivar de su modificación, ya que al consentirlo causó estado y ganó autoridad de cosa juzgada, conforme a los artículos 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.251 del Código Civil . Cuando la testadora instituyó heredero, por terceras e iguales partes a su hijo don Humberto y a sus nietos don David y doña Patricia , lo que quiso hacer e hizo fue atribuir al primero el tercio de legítima estricta, sin más. Esa fue su voluntad, que es la Ley de la Sucesión, según se infiere del párrafo 1.º del artículo 675 del Código Civil , que marca el proceso interpretativo



de las cláusulas testamentarias su sentido literal ha de conjugarse con el sistemático, el lógico y el ideológico, con el fin de fijar armónicamente la voluntad real del causante. Y en este supuesto no hay duda de que doña Sofía , no quiso mejorar, ni mejoró, a su hijo don Humberto , sino que el tercio de su caudal hereditario destinable a tal fin, lo asignó, junto con el de libre disposición, a sus nietos don David y doña Patricia . No en vano les llamó expresamente a su sucesión instituyéndoles herederos, y no en vano, su testamento de 7 de marzo de 1972, revocó su anterior de 1 de febrero de 1963, en cuya cláusula cuarta aparecía su hijo como único y universal heredero. Ese dato de haber suprimido a su hijo como único y universal heredero y llamarle luego a compartir la herencia, en terceras e iguales partes, junto con sus dos nietos, revela inequívocamente su intención de atribuirle tan sólo un tercio de su herencia -el llamado de legítima estricta-, y de atribuir los otros dos -los llamados de mejora y de libre disposición-, a sus nietos. Es imposible desconocer que tal dato constituye un elemento extrínseco de relevante valor interpretativo, ya que se trata de un acto posterior al que puede y debe atenderse principalmente para juzgar la intención de su autor, conforme se desprende del artículo 1.282 del Código Civil , si es que no fuese suficiente el párrafo 1.º de su artículo 675. Como la declaración de voluntad que se vierte en un testamento no es recepticia, se ha de indagar cual fue la voluntad del testador. Nos parece que el significado que se deriva del sentido literal de las palabras de doña Sofía , coincide con su voluntad real, que no fue otra que, a través de las expresiones con que testó, asignar indirectamente, pero expresamente, a sus nietos don David y doña Patricia , los dos tercios de su caudal, reservando el restante para su hijo don Humberto . Si frecuentemente se dice que el caudal relicto se divide en tres tercios: De legítima estricta, de mejora y de libre disposición, es porque se ha materializado en exceso el concepto de cuota. Pero lo cierto es que no se puede entender dividido en compartimentos estancos, y esos conceptos no pasan de ser un «nomen iuris», con una realidad puramente contable. Entre los tercios de mejora y libre disposición, no puede haber ninguna muralla que los incomunique, y si alguna hay, es artificial. Es necesario percatarse de que posiblemente el Código Civil, ha impuesto un artificio de tercios de herencia, y luego los ha desenvuelto con escasa sutileza jurídica, hasta el punto de que en algunas ocasiones hace parecer incompatibles los llamados de mejora y de libre disposición. La Sala sentenciadora, apunta hacia la idea de que la legítima equivale a los dos tercios de la herencia, y el tercero lo matiza así, al aludir como ejemplo a los artículos 825 y 828 del Código Civil, traídos a colación también en el considerando séptimo, punto tercero de la sentencia del Juzgado. No compartimos ese criterio, ya que en el segundo párrafo del artículo 808 del mismo texto legal , se infiere que el llamado tercio de mejora, es de libre disposición en función de sus destinatarios, que han de ser hijos y/o descendientes legítimos del causante. Técnicamente hablando, el tercio de mejora no es legítimo, igual que el tercio de mejora no es mejora. No hay que confundir lo posible con lo real. El tercio de mejora, es la porción de bienes hereditarios de que el ascendiente puede disponer a favor de alguno a algunos de sus descendientes. La mejora puede proceder y procede de la legítima pero desde el instante en que se separa de ella, constituye un producto jurídico distinto e independiente. Los tercios de mejora y de legítima estricta, son sumandos heterogéneos. No la mejora es legítima, ni tampoco lo es el tercio de mejora y hablar de legítima larga, no es sino pecar de inconcreción. A lo sumo se trata de una legítima condicional, sujeta a la condición suspensiva de que el testador no haya dispuesto de ese tercio de mejora en favor de alguno de sus descendientes. Pero lo claro y rotundo es que, en principio, el tercio destinado a mejora no es legítima, y el derecho que sobre el mismo tienen los posibles mejorados, es un derecho negativo, reducido a impedir que los bienes que lo integran salgan de la esfera familiar de los hijos y descendientes legítimos para pasar a extraños. Por falta de rigor científico, el Código Civil, en alguno de sus artículos podrá llamar legítima al tercio de mejora. Pero lo cierto es que de su contexto normativo global, surge la institución de la mejora con naturaleza y contornos propios. La mejora podrá actuar como legítima frente a extraños, pero no entre los hijos o descendientes legítimos. Tratándose del llamado tercio de legítima estricta, la Ley proclama la igualdad, pero en cuanto al tercio de mejora no sabe predicar el mismo aserto, ya que le es indiferente que su distribución se haga con igualdad o desigualdad entre los descendientes. El considerando tercero de fallo de la Sala «a quo», entiende que la testadora no mejoró expresamente a nadie, y que por ello las donaciones que en vida realizó a favor de sus nietos y biznietos, no pueden calificarse legalmente como mejora, lo que impiden los artículos 825 y 828 del Código Civil el testador hubiese expresado su última voluntad con los vocablos «mejora» o «mejorar», con toda seguridad que no hubiese surgido el presente debate. Pero como no los utilizó, las partes interesadas están contendiendo en él. Lo que parece afirmar la sentencia recurrida, es que las mejoras han de ser expresas y ello es un error, pues se olvida que también pueden ser tácitas, y que se hacen bajo los apelativos de donaciones, mandas o legados. Las mejoras tácitas con aquéllas que se disponen o se entienden dispuestas, sin que en su otorgamiento se haya utilizado el sustantivo «mejora», ni el verbo «mejorar», en cualquiera de sus tiempos. No hay por qué negar la existencia de mejora si no se usan esas voces. Elevarlas a un rango tan sacramental, equivale a un retroceso científico, a una vuelta a las concepciones más rigurosamente formalistas del derecho. El empleo de esas palabras no tiene por qué resultar indispensable para constituir la institución. Los artículos 825 y 828 del Código Civil , que las dos sentencias precedentes erigen en barrera infranqueable para negar la disposición del llamado tercio de mejora que hizo doña Sofía , a favor de sus nietos don David y doña Patricia , no son más que meras excepciones o, si acaso, simples reglas particulares, pues legado o manda



no es disposición a título de herencia. De esas dos reglas singulares contenidas en los citados artículos 825 y 828 del Código Civil, no cabe deducir la regla general de que las mejoras han de ser expresas, y mucho menos cuando sería contraria a los principios tradicionales que imperaban al momento de su promulgación. Los referidos artículos 825 y 828 del Código Civil, no pueden entenderse en el sentido de que se abolieron las mejoras tácitas, admitidas en las Leyes de Toro y por los autores castellanos. No es cierto que tales mejoras hayan sido eliminadas por nuestra primera Ley Sustantiva, ya que ello supondría una confusión de lo tácito con lo presunto. Lo único que ha querido el Código al instituir esos precepto, es acabar con el sistema de conjeturas en favor de la existencia de la mejora, a fin de velar por la seguridad jurídica. Pero de la mejora conjeturable a la mejora dispuesta por el causante, mediante manifestación tácita de su voluntad de mejorar, media una gran distancia. Existe sobrada base para afirmar categóricamente que doña Sofía, asignó a su hijo don Humberto, el tercio de legítima estricta, y a sus nietos don David y doña Patricia, los de mejora y libre disposición. Luego, si su hijo, subjetivamente se consideró perjudicado, por cuanto que lo adjudicado o adjudicable a él era de menor valor o había sido realizado por su causante ¿no cabe inferir que lo que quiso su madre fue instituirle heredero tan sólo en una tercera parte de la herencia, equivalente al tercio de legítima estricta y del que no podía ser privado? ¿No significa ello una voluntad tácita de la testadora en cuanto a mejorar a sus nietos? De lo hasta aquí expuesto, resultan desacertados y no ajustados a Derecho, los pronunciamientos sexto y séptimo de la sentencia de 18 de mayo de 1979, del Juzgado de Primera Instancia número 1, de Cartagena, confirmada por la de 17 de octubre de 1980, de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete, ya que lo claro y evidente es que la legítima del heredero forzoso don Humberto, es sólo un tercio de la herencia de su causante, por cuanto que éste mejoró a sus nietos. El desacierto de esos pronunciamientos tiene su origen en el considerando séptimo del primer fallo, y en los considerandos segundo y tercero del segundo, en los que aparecen interpretados con error los artículos del Código Civil que se mencionaron, máxime cuando se trata de erigir en regla general los dos casos particulares y aislados que contemplan el 825 y el 828. Además del artículo 808, no resulta que el llamado tercio de mejora sea indisponible, y quede reservado al hijo, pues lo cierto es que puede disponerse del mismo en favor de otros descendientes legítimos distintos al hijo, que es lo que ocurrió en el caso de que se estudia. La testadora dispuso de ese segundo tercio en favor de sus nietos don David y doña Patricia, bien a modo de mejora indirecta expresa, o bien a modo de mejora tácita; y está fuera de toda duda que así lo quiso y lo hizo, circunscribiendo los derechos hereditarios de su hijo don Humberto a la legítima estricta.

Segundo. Al amparo del artículo 1.692, 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea en los artículos 819 y 820 del Código Civil, en relación con sus artículos 823, 825, 828, 636 y 656. Este motivo tiende a poner de relieve que no toda disposición de bienes a título gratuito, tanto por donación inter vivos, como por legado o donación "mortis causa", tiene que imputarse a la parte de libre disposición del testador, como razona el considerando noveno de la primera sentencia, y declaran los pronunciamientos octavo, noveno y décimo de su fallo, confirmados por la superioridad. Claramente resulta del texto del artículo 819 del Código Civil, que las donaciones hechas a los hijos que no tengan el concepto de mejora se imputaran a su legítima, y que las efectuadas a extraños, lo serán a la parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad. Y del contenido de su artículo 820, fluye la idea de que se está refiriendo a los donatarios simples, sin más calificación, no a los donatarios en quienes concurra la calidad de legitimarios. Pero, desde luego, lo que está fuera de toda duda, es que esos preceptos no aluden para nada a las donaciones hechas a descendientes legítimos distintos al hijo, y conste que la voz «hijo» no puede ser interpretada extensivamente para abrigar a los nietos ya que cuando el legislador quiere afectarlos con alguna norma, lo hace en forma expresa. Se está distinguiendo entre donaciones hechas a herederos forzosos y a los que no son herederos forzosos, sino extraños. Parece como si sólo existiesen esos dos tipos de donaciones: A hijos y a extraños. Pero el caso es que pueden existir y existen otras, en función de quienes sean los beneficiarios. Y eso es lo que ocurre con las donaciones hechas a descendientes que no sean herederos forzosos, como nietos y biznietos. Entonces, si las donaciones hechas a los hijos se imputan a la legítima, y las hechas a los extraños a la parte libre de la herencia, ¿a dónde cabrá imputar las efectuadas a los nietos y biznietos del testador? La respuesta se brinda fácil, ya que el propio legislador está indicando bien expresivamente que tales disposiciones han de imputarse al tercio de mejora. Ciertamente, conforme al artículo 636 del mismo texto legal, nadie puede dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento, pero no es menos cierto que si los descendientes que no sean herederos forzosos -nietos y/o biznietos-, pueden recibir por testamento de sus ascendientes los dos tercios del haber, según su artículo 823, es visto que, correlativamente, y atendiendo al mismo artículo 636, podrán recibir igual porcentaje a título de donación. Todo ello sin perjuicio de su artículo 656. Bien entendido que la parte disponible por el testador donante, no es sólo el llamado tercio de libre disposición. Así será en cuanto a extraños, pero no en cuanto a hijos u otros descendientes, quienes pueden recibir dos tercios del caudal. Como se ve, la interpretación errónea de los preceptos legales que se comentan, fue la causa de que se llegase a pronunciamientos judiciales igualmente erróneos, pues las donaciones intervivos, no tienen por qué ser colacionables, ya que en realidad, constituyen mejora otorgada por la causante a favor de sus



nietos y biznietos. Todo lo indirectamente expresa o todo lo tácita que se quiera, pero mejora. Todas esas donaciones suponen un conjunto de 12.590.180 pesetas, que habrían de desaparecer como colacionables del pronunciamiento octavo de la primera sentencia. Si acaso, podría ser colacionable la última partida de 150.000 pesetas, a que se alude en el apartado d) de su considerando décimo.

Tercero. Al amparo del artículo 1.692, 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea de los artículos 859 y 869, número 2.º del Código Civil. Este motivo tiende a poner de relieve que los legados hechos por la testadora deben pagarse por todos y cada uno de sus herederos en la proporción en que lo sean. El pronunciamiento décimo de la primera sentencia, establece que el importe de los legados por 23.430.069 pesetas, debe pagarse por los herederos de doña Sofía, con cargo a la parte de libre disposición de la herencia. Esa declaración lesiona los derechos de los nietos de la causante, don David y doña Patricia, por cuanto que hace recaer exclusivamente sobre ellos la obligación de pago de los legados. En efecto, si en ese mismo pronunciamiento décimo a ambos se les declara herederos voluntarios y por mitad del llamado tercio de libre disposición, es visto como se exonera de tal obligación de pago al heredero forzoso don Humberto. Entendemos que los legados en cuestión, que se reseñan en el considerando undécimo de la primera sentencia, no ha de afectar en exclusiva a los nietos y herederos de la testadora don David y doña Patricia. Recuérdese que la causante, en la cláusula quinta de su testamento instituyó herederos por partes iguales a esos sus nietos y a su hijo don Humberto, lo que se admitió al final del considerando quinto del primer fallo y en su pronunciamiento cuarto. Si ello es así, y si luego la testadora, entre las fechas de su segundo y último testamento y de su óbito realizó algunos de los legados que instituyó, es obvio que fenecieron, conforme al artículo 869, 2 del Código Civil. Ahora bien, el importe del conjunto de todos los legados, no debe ser sufragado con cargo a dos de los herederos, los nietos de la causante don David y doña Patricia, pues si los tres instituidos lo fueron por terceras e iguales partes, parece claro que los tres han de venir obligados a su pago en la misma proporción en que sean herederos. Esto significa también que los legados instituidos por la causante a sus herederos legitimarios no forzosos y que se citan en el considerando undécimo del primer fallo: Realmente fueron una mejora tácita. Entonces, su imputación tampoco podría ir a la legítima estricta, ni al tercio de libre disposición, en el que luego queda un remanente de 7.609.500 pesetas que corresponde por mitad a don David y doña Patricia. En última instancia, esos legados con destino a los nietos de la testadora y, en definitiva, todo el conjunto de los que instituyó, habrán de sufragarse con cargo a los dos tercios de la herencia, dejando intangible el denominado de legítima estricta, y el remanente que quedare de esos dos tercios -una vez deducidos tales legados y los conceptos que fueren-, ha de distribuirse por partes iguales entre los tres herederos de doña Sofía.

Cuarto. Al amparo del artículo 1.692, 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea del artículo 620 del Código Civil. Este motivo tiende a poner de relieve que los 4.000.000 de pesetas aludidos en el apartado c) del considerando quince de la primera sentencia, no son privativos de don Humberto sino que, por el contrario, han de formar parte del caudal de la herencia de su madre y causante doña Sofía, por lo que no es ajustada la valoración de 117.691.069 pesetas, que declara su pronunciamiento octavo. En el considerando tercero del primer fallo, se alude a la existencia de un depósito de 8.000.000 de pesetas, impuesto con carácter solidario a nombre de doña Sofía y su hijo don Humberto, bajo la condición de que este último no pudiera disponer del mismo en vida de su madre. La resolución de la Audiencia, al confirmar la del Juzgado, se hizo eco del aserto de que 4.000.000 de pesetas del total de esos 8.000.000 de pesetas, eran una donación «mortis causa», hecha por la madre al hijo, sin cumplir las formalidades establecidas para la sucesión testamentaria, por lo que no podía surtir efectos, por vedarlo el artículo 620 del Código Civil. Hasta aquí el razonamiento parece irreprochable. Lo que sucede es que es incompleto, que se ha interpretado ese artículo 620 del Código Civil correctamente en cuanto a la mitad del depósito total, y erróneamente en cuanto a la otra mitad. Esa imposición de 8.000.000 de pesetas, se hizo por la testadora en fecha 18 de octubre de 1977, y con fondos que previamente había recibido por una venta de solares, se abrió la cuenta correspondiente a la imposición de esos 8.000.000 de pesetas. Pero lo que resulta todavía más indubitado, es que en esa operación financiera, no figura para nada la intervención ni la firma de don Humberto. Tan sólo su nombre, ya que su madre y causante doña Sofía así lo quiso. En consecuencia, no es que la testadora quisiese transferir a su hijo la propiedad de la mitad de esa imposición, sino su totalidad, pero como lo hizo por vía de donación «mortis causa», quiere decirse que la donación que se operó de los 8.000.000 de pesetas, se reputa ineficaz, conforme prevé el artículo 620 del Código Civil. De ahí que don Humberto, no pueda ser propietario privativo de 4.000.000 de pesetas, mitad de la imposición que se habla. Por el contrario, la totalidad de los 8.000.000 de pesetas ha de venir a engrosar el caudal hereditario. Entonces resulta erróneo el punto c) del apartado quince del considerando trece del primer fallo, pues en lugar de consignar 4.000.000 de pesetas, debió reflejar 8.000.000 de pesetas, con lo que el haber de la causante debió quedar ascendido, cuando menos, a pesetas 120.691.069, en lugar de situarse en 116.691.069 pesetas, como hizo su considerando catorce. Según lo anterior, en el pronunciamiento octavo, se debió fijar como caudal hereditario de la testadora, la suma de 120.691.069 pesetas, y aún en la hipótesis de admitirse que las donaciones colacionables importasen pesetas 12.590.180, la legítima «larga»



de su hijo, no sería 86.187.499 pesetas, sino 88.987.499 pesetas, por lo que par parte de libre disposición tampoco sería 30.503.570 pesetas, sino 30.903.570. Y restando de ella el importe de los legados, ascendente a 23.434.069 pesetas, la cifra remanente del tercio de libre disposición, representaría, nº 7.079.505 pesetas, sino 8.469.501 pesetas, a repartir por mitad entre don David y doña Patricia , a cada uno de los cuales les correspondería 4.234.750,50 pesetas, s. e. u. o.

Quinto. Al amparo del artículo 1.692 , 7.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por error de hecho en la apreciación de la prueba, resultante de documentos auténticos obrantes en autos, que revelan la evidente equivocación del juzgador, siendo a los documentos los de los folios 408, 413 y 460 a 462. Este motivo tiende a poner de relieve que la imposición de 8.000.000 de pesetas, a que se refiere el considerando tercero del fallo de primera instancia, era en su totalidad propiedad de la testadora, por lo que su caudal relicto fijado en su pronunciamiento octavo de 116.691.061 pesetas, está mal calculado, y la cifra exacta sería la de 120.691.069 pesetas. El presente motivo, lleva la misma orientación que el precedente, y va enderezado a su mismo punto de destino. De los documentos en cuestión, no cabe inferir que don Humberto , fuese propietario de pesetas 4.000.000. mitad de la imposición de 8.000.000 de pesetas, establecida por su madre doña Sofía . En el cuarto motivo de casación, se hizo amplia referencia al contenido de esos documentos. Ni el Juez, ni la Sala de Instancia, han podido detectar que la citada imposición perteneciese por mitad a la testadora y a su hijo, pues en ningún lugar se lee que éste fue copartícipe en cualquier medida. Por el contrario, lo que se lee y se avala, es que la única y exclusiva titular de la imposición era la causante, máxime cuando el dinero impuesto era suyo privativo, y procedía de una venta de solares que previamente había realizado. El propio Banco de Santander a través de su apoderado y Jefe de Producción don Rubén , había acompañado al Estudio del Notario de Cartagena don Pedro Castelló Álvarez a doña Sofía , para recoger el dinero y abrirle seguidamente la imposición. Esos particulares probatorios que fluyen de documentos auténticos obrantes en las actuaciones, vienen a ofrecer un resultado sensiblemente distinto al deducido por la Sala de Instancia, haciéndose eco de la deducción del Juez "a quo" Creemos que el hecho que se narra en los documentos auténticos en cuestión, es claro y categórico, y que está dotado de la suficiente fuerza explicativa para no precisar de especiales interpretaciones o razonamientos, por lo que si el establecido por la sentencia recurrida no coincide con él y lo contradice, se da el error de hecho que se denuncia en cuanto a la apreciación de la prueba. Tal error de hecho es objetivo y de transcendencia decisiva, puesto que los citados documentos auténticos avalan la realidad de que esos 8.000.000 de pesetas, pertenecían exclusiva y excluyentemente a doña Sofía . Se ha producido, pues, un vicio "in iudicando», surgido de la discrepancia entre los hechos expresados en esos documentos auténticos y los declarados probados, que han servido de soporte a la resolución judicial que se combate. Como se ve, estamos en presencia de un hecho contenido en documentos auténticos unidos a los autos, y no de una cualidad o situación jurídica. La literalidad de su texto se explica por sí misma, sin necesidad de comentarios o juicios complejos, y la contradicción es evidente y sustancial entre el hecho auténtico dimanante y el declarado probado, que no guarda relación con él. Cumpliéndose los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial el error de hecho que nos ocupa dota de prosperabilidad al presente motivo de casación.

Sexto. Al amparo del artículo 1.692 , 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por violación, consistente en falta de aplicación, de los artículos 1.242 y 1.243 del Código Civil . Este motivo tiende a poner de relieve que el juzgador no es quién, ni tiene atribuciones para dictaminar sobre el valor de las cosas litigiosas, y cuya controversia ha de decidir en sentencia. Entre los bienes que componen el caudal hereditario de doña Sofía , figura el piso de la DIRECCION023 , número NUM025 , 2.º de Cartagena, que las partes litigantes valoraron unilateral y distintamente. Así lo recoge la primera sentencia. Lo que ocurre es que el Juez que la dictó, a la vista de esa discrepancia entre los contendientes, se lanzó a valorar él mismo ese bien y lo hizo en 3.500.000 pesetas. El resultado de esa valoración podrá ser más o menos exacto, podrá estar más o menos de acuerdo con la Ley de la oferta y la demanda imperante en el mercado inmobiliario. No se discute el resultado como tal, sino escuetamente el por qué de una valoración de un bien económico hecha por un Juez cuando la Ley no le otorga facultades para ello, ya que las asigna y se las reserva a Peritos. Recuérdese que el propio Juez de instancia, acordó la práctica de determinados medios probatorios para mejor proveer, y que entre ellos figuraba una prueba pericial para la valoración de diversos inmuebles pertenecientes al caudal relicto de la causante, a realizar precisamente por tres Agentes Colegiados de la Propiedad Inmobiliaria, los que emitieron posteriormente el dictamen que se les recabó. Pues bien, fácilmente le hubiese resultado a Su Señoría incluir en esa diligencia para mejor proveer, la valoración del posi DIRECCION023 , número NUM025 , NUM025 de Cartagena, en cuyo punto las partes discrepaban. Y en lugar de solicitar su tasación pericial, lo tasó él mismo, sin ser Perito, sin tener título de Agente de la Propiedad Inmobiliaria colegiado. Obvio es señalar que esa valoración practicada por vía distinta y por persona que no es Perito en la materia, arrojó un resultado, que incidió luego en la parte dispositiva de la primera sentencia pues si, por ejemplo, en su pronunciamiento octavo se fijó el valor del caudal hereditario de la testadora en 116.691.069 pesetas, quiere decirse que dentro de esa suma están computados aquellos 3.500.000 pesetas. Y como esta partida de 3.500.000 pesetas no tiene por qué ser exacta ni lo es, por haber sido asignada por quien no podía hacerlo, está claro que la otra mayor



de 116.691.069 pesetas, tampoco lo es, y acarrea que no lo sean todas las demás de los pronunciamientos octavo y décimo.

Séptimo. Al amparo del artículo 1.692, 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea del artículo 1.106 del Código Civil. Este motivo tiende a poner de relieve que la partición efectuada por la propia testadora en su testamento de 7 de marzo de 1972, no perjudicó la legítima de su hijo y heredero forzoso don Humberto. El considerando dieciséis de la primera sentencia, lleva a su pronunciamiento once, que declaró ineficaz la partición practicada por la causante. Y aun cuando se razonó que esa conclusión obedecía a la premisa de que se había perjudicado la legítima del heredero forzoso, lo cierto es que no fue así; y al aplicarse el artículo 1.056 del Código Civil a una premisa que no era cierta, la conclusión tuvo que ser errónea. Ya se ha dicho que la legítima del hijo y heredero de la testadora, don Humberto, no es sino exactamente el tercio denominado de legítima estricta, y por cuanto que no se le mejoró ni expresa ni tácitamente. La mera circunstancia de haber sido instituido heredero junto con sus dos hijos y por terceras e iguales partes los tres, implica que su madre sólo le asignó a él la porción equivalente al tercio de legítima estricta, quedando destinadas las de los otros dos para los nietos, que también eran y son herederos legitimarios, aunque no forzosos. Por tanto, si la partición que practicó doña Sofía en su testamento de 7 de marzo de 1972, no erosionó la porción del tercio de legítima estricta de su herencia destinada a su hijo don Humberto, no hay razón que justifique dejarla sin efecto. Además, en la hipótesis de que la partición hecha por un testador causase lesión en la porción hereditaria correspondiente a su heredero forzoso -legítima corta, o legítima larga, según los casos-, esto sólo tiene acción para pedir el complemento según marca el artículo 815 del Código Civil; nunca para impugnar aquella partición por causa de nulidad. Más concretamente, esa acción para pedir el complemento, tampoco la conserva siempre, sino durante los cuatro años a que se refiere el artículo 1.076 del Código Civil. Como la sentencia de Sala, al confirmar la del Juzgado, se pronunció por dejar sin efecto la partición que practicó la testadora, conculcó el artículo 1.056 del Código Civil, y olvidó que lo máximo que procedía era complementar la posible legítima de heredero forzoso, pero siempre dentro de la partición primitiva, que ha de conservar su eficacia, aunque admitiendo los necesarios retoques o correcciones.

Octavo. Al amparo del artículo 1.692, 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación, consistente en falta de aplicación, de los artículos 1.076 y 1.77 del Código Civil. Este motivo tiende a poner de relieve que en la hipótesis de ser procedente dejar sin efecto la partición practicada por doña Sofía, en su testamento de 7 de marzo de 1972, se ha cercenado a la parte recurrente su derecho de optar entre consentir una nueva partición o indemnizar los supuestos daños sufridos por cualquier otro coheredero. El fallo de primera instancia, confirmado por el de la segunda, en su pronunciamiento undécimo ordenó dejar sin efecto la partición practicada por la causante en su testamento, y acordó llevar a cabo "las adjudicaciones de bienes pertinentes, según las bases sentadas en los considerandos de la presente resolución». Como la demanda inicial de don Humberto, de 30 de enero de 1978, contenía en su súplica el pedimento c), relativo a la nulidad de la partición hecha por la testadora, nos asalta la duda acerca de cual sea la «ratio» del citado pronunciamiento undécimo. Si obedece a una declaración de nulidad, o a otra de rescindibilidad. A nuestro juicio, no puede ser nula ni anulada tal partición, ya que se practicó en testamento abierto, con todas las garantías legales previstas en el artículo 694 y siguientes del Código Civil, y como se observaron rigurosamente todas las formalidades establecidas, no hay duda acerca de su validez. Es más, claramente estatuye el artículo 1.081 del mismo texto sustantivo, que la partición de herencia sólo es nula cuando se practica con alguien a quien se creyó heredero sin serlo. Fuera de este caso concreto, siempre ha de ser válida. Cosa distinta es que una partición sea rescindible y, en principio, lo es, por las mismas causas que las obligaciones. Siguiendo adelante en la exposición, es visto que las particiones hereditarias, pueden rescindirse también por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas. Aun cuando fuese rotundamente aceptada la tesis de las dos sentencias previas, en cuanto a que se produjo un perjuicio patrimonial a don Humberto, la consecuencia no tendría que haber sido necesariamente la de dejar sin efecto la partición hecha por su madre y causante. Basta una somera lectura de ambas sentencias, para percatarse de que a lo largo de todos sus resultados y considerandos, no se menciona ni una sola vez ese derecho de opción y, desde luego, ningún pronunciamiento lo ha respetado. La parte recurrente nunca renunció a ejercitarlo, por lo que su quebrantamiento la ha sumido en clara indefensión. Téngase en cuenta que ese derecho que consagra el artículo 1.077 del Código Civil, pertenece más a la esfera pública que a la privada, se trata de un claro reconocimiento del principio de conservación», en función del cual se procura evitar la ineficacia de la partición hereditaria. Como se sabe, el Código Civil configura la rescisión como un remedio subsidiario, y así se contempla, por ejemplo, en el apartado primero de su artículo 1.295. Sin embargo, en lo relativo a particiones hereditarias, la rescisión no se contempla como un remedio subsidiario, sino como un remedio electivo, en el que la elección queda atribuida al heredero demandado. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, abunda en este criterio. Por venir consagrado y no existir término preclusivo para su ejercicio por parte de su titular parece claro que cualquier resolución judicial que se dicte sobre la materia, debe conceder y reconocer al heredero demandado esa facultad de elección entre indemnizar el daño sufrido por otro coheredero, o consentir que se



proceda a nueva partición; e incluso marcarle un plazo para que la ejercite. Nada de eso se ha hecho que el caso que se estudia, por lo que la infracción legal que se denuncia ha sido violenta y flagrante.

RESULTANDO que admitido el recurso e instruidas las partes declararon los autos conclusos y se mandaron traer a la vista con las debidas citaciones.

Siendo Ponente el excelentísimo señor don José María Gómez de la Barcena y López.

CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que el problema sustancial al que el recurso se contrae, que fue objeto de la controversia en la instancia, se centra en el de la eficacia de el testamento otorgado por doña Sofía , otorgado ante el Notario de Cartagena don Federico , en 7 de marzo de 1.972, y la partición que la testadora verifica, con específica atribución de bienes a cada uno de los herederos, su hijo don Humberto y a los dos hijos de éste, y por ende nietos de la testadora doña Patricia y don David , a los que instituye herederos por partes iguales, ordenando ciertos legados, unos a favor de personas en ese momento no determinadas y de sus biznietos Jaime , Yolanda y Celestina , hijos de su precitada nieta doña Patricia , a más de los que lega a determinadas órdenes religiosas, a los que ha de adicionarse la disposición que hace referencia a las alhajas y ropas que ordena sean entregadas a su mentada hija y mobiliario y cuadros que atribuye a su nieto e hijo, respectivamente, produciéndose la discordancia entre los contendientes, el hijo heredero como demandante y los dos nietos como demandados, al entender el primero, que ha sido prácticamente desheredado al no concedérsele por la testadora más que un tercio de la legítima, no obstante ser el único heredero forzoso al que por ministerio de la Ley han de corresponderle los dos tercios de la herencia, que cifra en 115.994.447 pesetas, de los cuales sólo habría de percibir 2.306.447 pesetas, habida cuenta de que, además, gran parte de los bienes que la testadora le adjudica, en la partición verificada en el testamento, han sido enajenados en el espacio que medió entre el otorgamiento de su última voluntad y la fecha de su fallecimiento, siendo por ello por lo que, aparte de otros pedimentos, en orden a la declaración de propiedad a su favor del chalet número NUM013 de la calle de DIRECCION012 , de Madrid, y a que la finca «La DIRECCION020 » y el solar de la Alameda DIRECCION013 , que la testadora atribuía al demandante, habían sido enajenados antes de la muerte de la causante, postulaba la declaración de nulidad o de la inoficiosidad de la partición practicada en dicho testamento y de la cláusula quinta del mismo, o alternativamente inoficiosa la partición, completándose la legítima de la accionante hasta el límite de los dos tercios, colacionando lo colacionable, especificando la distribución del resto, abriéndose la sucesión intestada para los bienes que resultaran fuera de los dichos legados; pretensiones a las que la demandada comparecida doña Patricia se opuso, no obstante admitir, tanto en su contestación a la demanda, como en su reconvenición -que en la instancia se tuvo por no formulada en auto firme de 6 de septiembre de 1978-, que era necesaria una nueva partición practicada judicialmente y en trámite de ejecución de sentencia, pero de acuerdo con el testamento otorgado por la causante, cuyo clausulado había de mantenerse, excepto en el extremo referente a la partición, en los términos aludidos; recayendo la primera sentencia en la que el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Cartagena establece: Primero. Que no procede declarar que el chalet de la DIRECCION012 , número NUM013 , de Madrid, pertenece al demandante.- Segundo. Que la finca denominada «La DIRECCION020 » y los solares número NUM014 de la Alameda DIRECCION013 , de Cartagena, fueron vendidos por la testadora en el espacio de tiempo comprendido entre la fecha del último testamento y su fallecimiento.-Tercero. Que el testamento otorgado por aquélla en 7 de marzo de 1972, es válido.- Cuarto. Que en el mismo se contiene una institución de herederos por partes iguales, entre el actor y los codemandados.-Quinto. Que no procede la apertura de la sucesión intestada de dicha causante.-Sexto. Que el demandante es el único heredero forzoso de su madre doña Sofía y que su legítima es de las dos terceras partes de la herencia aumentada en el importe de las donaciones Ínter vivos de la testadora que a ese solo efecto de la fijación de legítima se colaciona.-Séptimo. Que la testadora no ha mejora do a ninguno de sus descendientes.- Octavo. Que el caudal hereditario asciende a la cantidad de 116.691.069 pesetas, que las donaciones colacionables importan 12.590.180 pesetas, que la legítima del actor se fija en 86.187.499 pesetas y que la parte de libre disposición se concreta en 30.503.570 pesetas.-Noveno. Que la? donaciones declaradas colacionables no son reducibles por inoficiosas.-Décimo. Que los legados importan 23.434.069 pesetas, no son reducibles y deben pagarse con cargo al tercio de libre disposición de la herencia por caber en ella, lo que quedará reducida después de tales pagos a la suma de 7.069.501 pesetas, que corresponde por mitad, a cada uno de los herederos voluntario doña Patricia y don David .-Onceavo. Que practique en ejecución de sentencia las adjudicaciones de bienes pertinentes según las bases sentadas en los considerandos de la sentencia, quedando sin efecto la partición verificada por la testadora en el anterior documento; sentencia que recurrida por la demandada doña Patricia , fue íntegramente con firmada por la Audiencia Territorial de Albacete.

CONSIDERANDO que contra esta última resolución se alza, siempre por la demandada referida, el presente recurso de casación, integrado por ocho motivos, denunciando el primero de ellos, articulado por la vía del



ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la interpretación errónea de los artículos 806 , 807 , 808, párrafo 2.º, 815 , 818 , 825 y 828 del Código-Civil , al mantener la recurrente que el motivo "tiende a poner de relieve que la testadora doña Sofía , que instituyó herederos por partes iguales a su hijo don Humberto y a sus nietos don David y doña Patricia , estableció a favor de los dos últimos una mejora indirecta expresa o, subsidiariamente, una mejora tácita sobre el segundo tercio de la herencia destinada a tal fin», con lo que trata de combatir los razonamientos contenidos en los considerandos séptimo de la primera sentencia y segundo y tercero de la segunda, en los que, tanto el Juzgado como la Sala, mantienen que no existe mejora expresa, ni tampoco tácita, ya que los legados caben dentro del tercio de libre disposición, razonamientos determinantes de los pronunciamientos sexto y séptimo de la primera resolución, íntegramente confirmada por la segunda, que declaran que el actor es el único heredero forzoso de su madre la testadora, siendo su legítima las dos terceras partes de la herencia aumentada en el importe de las donaciones intervivos hechas por la testadora y que esta última no ha mejorado a ninguno de sus descendientes.

CONSIDERANDO que establece el artículo 808 del Código Civil , que "la legítima de los hijos y descendientes legítimos está constituida por las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre», añadiendo que "sin embargo, podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos, especificándose en el artículo 823 del propio cuerpo legal, "el padre o la madre podrán disponer a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes de una de las dos terceras partes destinadas a legítimas», denominándose a "esta porción mejora», a la luz de cuyos preceptos se deduce que como quiera que en tales supuestos la parte disponible a favor de los descendientes no queda limitada al tercio libre, sino a los dos tercios del haber, esto es, que el segundo tercio es legítima frente a extraños, pero no contra los descendientes del testador, que cuenta para distribuir entre los descendientes con tales dos tercios: el libre y el de mejora; si bien este último está afecto a las limitaciones establecidas en los artículos 825 y 828, determinantes de que para que la mejora se considere como tal habrá de declararlo así el testador expresamente, sin que en ningún caso esto haya de ser entendido, en el rígido sentido de que el testador venga obligado necesariamente a utilizar la palabra mejora, para que la misma pueda estimarse verificada, pues ello significaría tanto como extender el alcance del precepto sustantivo a una sacramentalidad, que ni de su texto, ni de su contenido, interpretados a la luz de la normativa de los artículos 1.281 y siguientes del propio Código, exigen, sino que habrá de ser el contenido del testamento, el que pondrá de relieve si en su clausulado existe o no una voluntad expresa de mejorar, debiendo afirmarse que tal voluntad es patente, cuando el causante se haya manifestado de una forma tan contundente y reiterada que sea incompatible con la negación de los efectos de la mejora, sin que ello pueda entenderse como forma tácita de expresión de voluntad del causante, que implique la existencia de una voluntad que, aunque no gramaticalmente manifestada, sí aparezca directamente comprobada, sino como una declaración expresa e implícita de la exteriorizada voluntad de mejorar, que no pierde tal condición por el hecho de que no se haya empleado la palabra mejora.

CONSIDERANDO que en el caso enjuiciado, existe un precedente comprobado y perfectamente admitido por las partes con tendientes, el testamento otorgado por la causante doña Sofía , en 1 de febrero de 1963, en la que instituye "por su único y universal heredero de todos sus bienes a su hijo don Humberto », testamento, que es expresamente revocado, en la cláusula undécima del otorgado en 7 de marzo de 1972, casi nueve años después, en cuya cláusula quinta, "instituye herederos, en la proporción que resulten serlo, según las adjudicaciones que hace más adelante, a su hijo don Humberto y a sus nietos doña Patricia y don David , con sustitución por sus respectivos descendientes legítimos», verificando la testadora la partición de sus bienes, en la cláusula siguiente, con concreta atribución a cada uno de los herederos instituidos, el primero como forzoso y los otros dos voluntarios, de los bienes que integran su herencia, disposición testamentaria lo suficientemente clara y expresiva de que la voluntad de la testadora, era la de que sus bienes fueran distribuidos por terceras partes, entre su único hijo, y los dos hijos de éste y nietos de aquélla, declaración testamentaria que viene también expresamente ratificada en la cláusula séptima al ordenar que el metálico existente en cuentas corrientes bancadas sea repartido "entre el hijo y nietos de la testadora, por terceras e iguales partes», manifestación distributiva que reitera en la cláusula décima, al ordenar la venta del solar número NUM021 del plano "que posea» la testadora, sito en la Alameda DIRECCION013 , de Cartagena, y "que su importe sea repartido por terceras e iguales partes» entre sus citados hijo y nietos.

CONSIDERANDO que la mentada disposición testamentaria obviamente viene a evidenciar la voluntad de la testadora, manifestada, al dejar sin efecto un testamento anterior designando heredero universal de sus bienes, y atribuir en el último válidamente otorgado, la condición de herederos por terceras partes iguales a los aquí contendientes padre e hijos, presupone una clara voluntad expresa de distribuir igualitariamente su haber, institución que, al implicar una voluntad de mejorar expresa, dable dentro de sus facultades dispositivas de última voluntad, con las que no priva al heredero forzoso demandante de la cuota de legítima estricta, el tercio señalado en el artículo 808 del Código Civil , voluntad de la testadora que es Ley de la sucesión y que ha de



ser mantenida, de acuerdo con el artículo 675 del mismo Código que marca el criterio interpretativo que ha de darse a las cláusulas testamentarias, y que es el que se ha seguido en la antes verificada del testamento de la causante; razonamientos que conducen a la estimación del primer motivo del recurso que se examina, dado que lo razonado anteriormente, corrobora la errónea interpretación que en la sentencia impugnada se hace de las normas sustantivas que se citan como infringidas.

CONSIDERANDO que la acogida de tal motivo es determinante de la casación de la sentencia recurrida, y excluye la necesidad de entrar en el examen de los restantes, sin que proceda hacer pronunciamiento de condena sobre las costas, con devolución a la parte recurrente del depósito constituido.

FALLAMOS

Fallamos que, estimando el recurso de casación interpuesto por doña Patricia por sí y en representación de sus hijos menores ha lugar a la casación y anulación de la sentencia, que con fecha 17 de octubre de 1980 dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete, sin hacer especial imposición de costas y devuélvase el depósito constituido por innecesario; líbrense a la citada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de las actuaciones que remitió.

Así, por esta nuestra sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» e insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Jaime de Castro García. Carlos de la Vega Benayas. José María Gómez de la Barcena y López. Mariano Fernández Martín Granizo. José Luis Albacar López. Rubricados.

Publicación.-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el excelentísimo señor Magistrado Ponente don José María Gómez de la Barcena y López, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo en el día de hoy, de lo que como Secretaría de la misma, certifico.

Madrid, a 18 de junio de 1982.-José María Fernández.-Rubricado.