

Roj: **STS 4680/2009 - ECLI:ES:TS:2009:4680**Id Cendoj: **28079110012009100522**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **13/07/2009**Nº de Recurso: **768/2005**Nº de Resolución: **534/2009**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **MARIA ENCARNACION ROCA TRIAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP, Bilbao, Sección 5ª, 10-01-2005,
STS 4680/2009**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Julio de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección 5º, por Dª. Camila , representada por el Procurador de los Tribunales D. Alfonso-José Bartau Rojas, contra la Sentencia dictada, el día 10 de enero de 2005, por la referida Audiencia, en el rollo de apelación nº 542/03, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Bilbao, en el juicio de menor cuantía nº 574/00. Ante esta Sala comparece el Procurador de los Tribunales D. Roberto Granizo Palomeque, en nombre y representación de Dª. Camila , en calidad de parte recurrente. Asimismo comparece el Procurador D. Isacio Calleja García, en nombre y representación de Dª. Mercedes , en calidad e parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Bilbao, interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía, Dª. Camila , contra Dª. Mercedes El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... dicte sentencia por la que se declare la nulidad ya absoluta o, en su defecto, relativa, de la partición efectuada por el contador-partidor D. Enrique en los autos de juicio de abintestato seguidos bajo el número 405/97 o, en otro supuesto, su rescisión, disponiendo que se proceda a una nueva y correcta partición -con la correspondiente relación de bienes, avalúo, división y adjudicación y entrega de los mismos a quienes corresponda- respecto a la herencia del causante D. Maximiliano , que sea realizada por otro contador-partidor, siendo de cargo de la demandada los gastos originados por aquella y los que en la misma se contienen e imponiéndole las costas de este procedimiento".

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de Dª. Mercedes los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... se dicte en su día y en definitiva, Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, aprobando definitivamente el Cuaderno particional redactado por el Contador partidor D. Enrique en sus propios e idénticos términos que constan en el expresado cuaderno y que no fue aprobado en el Juicio Abintestato del que trae causa el presente, y con expresa imposición de costas a la actora".

Contestada la demanda y dado el oportuno traslado, se acordó convocar a las partes a la Comparecencia prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil, celebrándose en el día y hora señalado, y con asistencia de las partes y habiéndose solicitado el recibimiento a prueba del pleito, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.



El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Bilbao dictó Sentencia, con fecha 2 de mayo de 2003 y con la siguiente parte dispositiva: " *FALLO: Estimar en parte la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. ALFONSO BARTAU ROJAS, en nombre y representación de Dña. Camila , contra Dña. Enrique declarando que en la partición de la herencia de D. Maximiliano , efectuada por el contador partidor D. Enrique en cuaderno particional de fecha 11 de abril de 2000, se produjo lesión en más de la cuarta parte a la demandante y por ello se rescinde la partición de la citada herencia efectuada por el mencionado contador partidor en el expresado cuaderno por lesión a los herederos acordando se realice una nueva partición en la que se tomen en cuenta los valores de los bienes inmuebles fijados por la perito judicial Sra. Cayetano , manteniendo la valoración del resto de bienes inventariados. Asimismo en cuanto a la vivienda conyugal se tendrá en cuenta que privativamente pertenece al Sr. Maximiliano un porcentaje del 25% al Sr. Maximiliano , un 3% a la Sra. Mercedes y un 72 a la sociedad de gananciales. Sin condena en costas*".

La representación de D^a Mercedes presentó escrito solicitando aclaración de Sentencia, dictándose con fecha 30 de mayo de 2003 , Auto que contiene los particulares del tenor literal siguiente: " *RAZONAMIENTOS JURÍDICOS.- ÚNICO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 267 y siguientes de la LOPJ procede aclarar la sentencia en los términos siguientes: que la lesión significativa se obtiene de la valoración por exceso verificada por el tasador que actuó en el abintestato en unión con las adjudicaciones concretas verificadas a ambas partes donde se ha de tener en cuenta que el piso que fue domicilio conyugal se atribuye a la solicitante de aclaración y su valor es superior al tenido en cuenta por el contador partidor, además de estar en comunidad con la sociedad de gananciales y cada uno de los copartícipes. En razón a lo expuesto, PARTE DISPOSITIVA: Debo aclarar y aclaro la resolución en los términos contenidos en el anterior razonamiento*".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D^a. Camila . Sustanciada la apelación, la Sección 5^a de la Audiencia Provincial de Bizkaia dictó Sentencia, con fecha 10 de enero de 2005 , con el siguiente fallo: " *Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a Camila y desestimando íntegramente la impugnación deducida por la representación de D^a Mercedes contra la sentencia dictada el día 2 de mayo de 2003 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Bilbao en el Juicio de menor cuantía nº 574/00, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución, y en su virtud dictar otra en que, con parcial estimación de las pretensiones de la demanda, se acuerda se realice nuevo Cuaderno Particional tomando en cuenta, además de los valores de los bienes inmuebles fijados por la perito judicial Don. Cayetano , lo establecido en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta resolución sobre participación de cada uno de los cónyuges y sociedad de gananciales en la vivienda conyugal y exclusión de fincas del inventario, absolviendo a la demandada de los restantes pedimentos de la demanda, todo ello sin especial pronunciamiento respecto de las costas devengadas en primera instancia, ni en esta alzada por el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a Camila e imponiendo a la parte impugnante D^a Mercedes las causadas con su impugnación*".

La representación de D^a Camila , presentó escrito solicitando aclaración de sentencia, dictándose con fecha 27 de enero de 2005, por dicha Sala Auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: " *No ha lugar a la aclaración de la sentencia dictada en fecha 10 de enero de 2005 interesada por el Procurador de los Tribunales D. Alfonso José Bartau Rojas en nombre y representación de D^a Camila "*.

TERCERO. Anunciado recurso extraordinario por infracción procesal y de casación por dicha demandante-apelante contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representada por el Procurador D. Alfonso- José Bartau Rojas, interpuso el recurso extraordinario por infracción procesal articulándolo en los siguientes motivos:

Primero: Al amparo de lo prevenido en el artículo 469.1.3^a y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción por inaplicación del artículo 270.2^o, en relación al 460,2,3^o de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Segundo: Al amparo de lo prevenido en el artículo 460, 2, 3^o, así como 270,1^o, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del mismo.

Tercero: Al amparo de lo prevenido en el artículo 469,1,3^o y 2 de la vigente Ley Procesal por infracción, por inaplicación, del artículo 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 .

Cuarto: Al amparo de lo prevenidos en el artículo 469,1, 3^o y 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al haber conculcado el artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Quinto: Al amparo de lo prevenido en el artículo 469, 1, 3^o y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 386 de la LEC .

Sexto: Al amparo de lo prevenido en el artículo 469,1,3^o y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 217 de la ante dicha Ley Procesal .



Séptimo: Al amparo de lo prevenido en el artículo 479, 1, 3º y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 218 de la referida Ley .

El recurso de casación se interpuso articulándolo en los siguientes motivos:

Primero: Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción por inaplicación de los arts. 84, 2º y 3º de la Ley de Contrato de Seguro, 935 y 931 del Código Civil, artículos 1354, 1357, 21, 1261, 2º y 1273 , todos del Código Civil.

Segundo: Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción por interpretación errónea del artículo 839 del Código Civil .

Tercero: al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de los artículos 910, 1057 y 1104, incluso el 1077, todos del Código Civil .

Por resolución de fecha 21 de marzo de 2005, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó el Procurador D. Roberto Granizo Palomeque en nombre y representación de D^a Camila en concepto de parte recurrente. Asimismo se personó el Procurador D. Isacio Calleja García, en nombre y representación de D^a Mercedes , en concepto de parte recurrida. Admitido el recurso por Auto de fecha 20 de mayo de 2008 , y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Isacio Calleja Garcia, en la representación por el mismo acreditada, impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el veinticuatro de junio de dos mil nueve, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Los hechos probados son los que se resumen a continuación.

1º D. Maximiliano falleció de accidente; estaba casado con D^a Mercedes . Su heredera universal fue su madre, que a su vez murió poco después, dejando una hija, D^a Camila , única heredera de su madre.

2º D^a Mercedes promovió un procedimiento de abintestato para el inventario de los bienes relictos. La heredera se opuso a la relación de los bienes contenida en el inventario, la adjudicación propuesta y sus valoraciones. De acuerdo con el entonces vigente Art. 1088 LEC , convirtió en contencioso el procedimiento de jurisdicción voluntaria y demandó a D^a Mercedes pidiendo: a) la nulidad absoluta de la partición efectuada por el contador-partidor en los autos del juicio de abintestato y b) subsidiariamente, la rescisión para que se procediera a efectuar una nueva partición.

3º El Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Bilbao dictó sentencia el 2 mayo 2003 . Rechazó la acción de nulidad al no darse los presupuestos para la misma y analizó los distintos bienes del inventario, aplicando el Art. 1357 CC respecto a la vivienda; la presunción de ganancialidad del Art. 1361 CC en lo que se refiere a las cuentas corrientes a nombre del marido fallecido y, finalmente, adoptó las valoraciones de los bienes dadas por el perito judicial. En consecuencia, entendió que *"se ha producido una lesión significativa, por lo que procede la estimación de la petición subsidiaria de la demanda"* .

4º La sección 5ª de la Audiencia Provincial de Bilbao, en fecha 10 enero 2005 estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandante D^a Camila y desestimó el interpuesto por D^a Mercedes , en base a los siguientes argumentos: a) en contra de la alegación de que las cuentas del Sr. Maximiliano eran comunes con su madre y hermana, se reputan privativas del causante algunas de dichas cuentas corrientes, mientras que otras se consideran gananciales *"ante la falta de prueba que pudiera desvirtuar la presunción de ganancialidad contenida en el Art. 1361 CC , en que se asienta la sentencia apelada, cuando ni tan siquiera la propia apelante puede concretar precisamente por esta carencia probatoria, tal y como reconoce en este recurso, el porcentaje correspondiente a[l marido]"* ; b) La vivienda fue adquirida por el marido aun soltero, pero una parte importante del plazo de amortización de la hipoteca fue pagado por la sociedad de gananciales y por la viuda. En consecuencia, en relación a la vivienda, *"la cuota de la sociedad de gananciales vendrá determinada por el porcentaje que sobre el precio del inmueble representa su contribución a la amortización del capital. El porcentaje restante con respecto al 3% reconocido a la Sra. Mercedes , constituye participación privativa del difunto Sr. Maximiliano "* ; c) se excluyeron del inventario unas fincas, cuya realidad física no constaba. La conclusión de la sentencia recurrida fue que debía realizarse un nuevo cuaderno particional y que no podía rescindirse por lesión el efectuado porque no había habido adjudicación.



D^a Camila interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, que fueron admitidos por el Auto de esta Sala, de 20 mayo 2008 .

SEGUNDO. Antes de entrar en el examen de los dos recursos interpuestos por D^a Camila debe advertirse que nos hallamos ante un proceso en el que se ventila fundamentalmente la partición de los gananciales previa a la adjudicación a la heredera de la madre de los bienes que corresponden a la mitad del fallecido, así como sus bienes privativos. Debe tenerse en cuenta, al mismo tiempo, que la sentencia ahora recurrida declaró la necesidad de que se realizase un nuevo inventario, debido a los defectos que concurrían en el presentado e impugnado. Con esta metodología deberá afrontarse el estudio de los recursos presentados por la demandante.

A) RECURSO EXTRARODINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

TERCERO. Se van a agrupar, para su examen conjunto, los motivos primero y segundo.

El primer motivo , en base a lo dispuesto en el Art. 469,1, 3º y 2 LEC , denuncia infracción por inaplicación del Art. 270,2 LEC al no haberse admitido en segunda instancia una copia de un seguro concertado por el fallecido, que al modo de ver de la recurrente, demuestra su carácter de heredera única del beneficiario de dicha póliza. Se aportó a los autos la copia de una única hoja de dicha póliza. La recurrente no pudo alegar nada porque no conocía este hecho y al negársele en segunda instancia dicha prueba, se le produjo un perjuicio.

El motivo segundo, al amparo del Art. 460,2, 3º , del Art. 270.1 LEC , por infracción de este último, al no admitirse documentos que les habían sido entregados por otros Juzgados de 1ª Instancia para acreditar la forma de actuar de la contraparte.

Ambos motivos se desestiman.

En el primer motivo se dice que se ha vulnerado el artículo 270, 2º LECiv , que permite en casos determinados, presentar documentos en un momento posterior al inicial del proceso, cuyo párrafo segundo lo admite cuando la parte que los presente justifique no haber tenido antes conocimiento de los mismos. El contrato al que se refiere la recurrente consiste en un seguro contratado por su hermano en garantía del pago del préstamo concedido para la adquisición de la vivienda. Dicho documento no fue objeto de debate en el litigio, porque no se presentó ninguna cuestión en torno al mismo, por lo que no se ve qué influencia puede tener en este procedimiento y más cuando, como ya se ha dicho al resumir la sentencia recurrida, debe procederse a efectuar un nuevo inventario. Por ello no puede decirse que dicho documento se encontrase en alguno de los supuestos del artículo 270 CC y al no ser determinante para la solución del litigio, su no admisión no ha producido ninguna indefensión a la recurrente.

El segundo motivo, que reproduce los mismos argumentos que el primero, debe considerarse desestimado por las mismas razones antes expuestas.

CUARTO. *El tercer motivo* denuncia la infracción, por inaplicación, del Art. 506 LEC/1881 , al amparo de lo prevenido en el Art. 469,1,3º LEC/2000, por haber presentado la contraparte de modo sorpresivo 74 documentos en periodo probatorio que fueron admitidos indebidamente.

El motivo se desestima.

Las razones de la desestimación son claras, ya que la admisión de los documentos propuestos por una de las partes no puede ser objeto de recurso; otra cosa distinta es la valoración que haga el juez de los documentos presentados, en virtud de sus facultades, por lo que no puede ni tan solo insinuarse que esta admisión produjera indefensión a la recurrente, al poder examinarlos y rebatirlos por encontrarse en el proceso.

QUINTO. Se van a examinar también conjuntamente los motivos cuarto y quinto. *El cuarto motivo* se presenta al amparo del Art. 469.1, 3º y 2 LEC , al haberse vulnerado el Art. 459 LEC, habiéndose producido indefensión, por haber sido denegadas unas pruebas presentadas en 1ª instancia, habiendo recurrido en apelación, lo que ha limitado el derecho de defensa. Estas pruebas se referían a las cuentas bancarias y acciones del causante, que entiende que pertenecen a la recurrente, así como a la acreditación del valor de las acciones. *El quinto motivo*, con fundamento en el Art. 469, 1, 3º y 2 LEC , denuncia la infracción de las presunciones judiciales, porque se declaran bienes privativos del causante unas cuentas corrientes que la recurrente considera que no lo son.

Se desestiman los motivos cuarto y quinto.

Se insiste en estos motivos en la admisión o no de unas pruebas, que han sido rechazadas en virtud de la norma contenida en el artículo 285.1 LECiv , habiendo tenido la recurrente la posibilidad de recurrir, como realmente efectuó.



No se puede deducir que en este caso se haya producido una vulneración de las presunciones con relación a la consideración como bienes privativos unas cuentas corrientes y determinadas inversiones, que la sentencia recurrida ha considerado como gananciales, puesto que a falta de prueba concreta, la Sala ha aplicado la presunción del artículo 1361 CC, que correspondía destruir a la recurrente.

SEXTO. Con esta argumentación, se desestima también el *sexto motivo* del recurso extraordinario por infracción procesal, que fundado en el Art. 469, 1,3 y 2 LEC, que se formula subsidiariamente, para el caso de que no se hayan admitido los anteriores. En él se denuncia la infracción del Art. 217 LEC en cuanto a la aplicación de las reglas de la carga de la prueba, porque se insiste en que no solo no hay prueba alguna de que el causante fuera el único propietario de las cuentas y valores antedichos, sino que la demandada tampoco ha demostrado que el dinero no fuera de la madre y hermana del fallecido, añadiendo que no puede operar una inversión de la carga de la prueba.

Solo debe añadirse que quien debía destruir la presunción era la propia recurrente que afirmó durante todo el procedimiento que las cuentas corrientes eran bienes privativos del difunto hermano fallecido. Por ello, no se ha infringido el artículo 217 LECiv, que recoge el principio de la carga de la prueba por el que se determina que corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda según las normas jurídicas que se deban aplicar a cada uno de ellos, *"el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y la reconvenición, y al demandado y al actor reconvenido la de aquellos hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de aquellos"*. Por ello afirma la sentencia de 21 mayo 2009, que dicho principio opera después de la valoración de la prueba practicada y *"ante la duda de la realidad de un hecho relevante"* porque cuando dicha duda no existe por haber llegado el juez a la convicción sobre la existencia o no de los hechos, *"no procedería imponer las consecuencias negativas de la carga de la prueba para quien no ha acreditado suficientemente su derecho"* (asimismo, SSTs 11 marzo y 27 diciembre 2004, 20 julio 2006 y 9 mayo 2007). En definitiva, para que se considere que se ha infringido la carga de la prueba *"es preciso que la sentencia estime que no se ha probado un hecho básico y atribuya las consecuencias de la falta de prueba a la parte a quien no le correspondía el onus probandi según las reglas aplicables para su imputación a una u otra de las partes, sin que pueda entenderse producida la infracción cuando un hecho se declara probado, cualquiera que sea el elemento probatorio tomado en consideración, y sin que importe, en virtud del principio de adquisición procesal, quién aportó la prueba"*.

En el presente supuesto ya se ha dicho antes que quien debió probar la titularidad de las cuentas discutidas era la demandante y al no hacerlo, se aplicó la presunción del Art. 1361 CC, considerando que se trataba de bienes gananciales, por lo que al no destruirse la presunción, no se alteró dicho principio y la Audiencia Provincial actuó correctamente.

SÉPTIMO. El *séptimo motivo* del recurso presentado por D^a Camila denuncia la infracción del Art. 218 LEC por incongruencia omisiva, al faltar el pronunciamiento respecto a las interesadas de la pertenencia de una indemnización consecuencia de una póliza de seguros de vida suscrita por el fallecido en estado de soltero, como garantía del préstamo hipotecario concertado para la adquisición de la vivienda, tratándose la cantidad que se reclama, del sobrante que resta tras pagar con dicho seguro el crédito pendiente.

El motivo séptimo se desestima

Nos hallamos ante una cuestión nueva debatida por primera vez en este recurso y como es sabido, no pueden introducirse en casación cuestiones que no hayan sido objeto de debate y prueba en las instancias anteriores. Además, esta cuestión se formuló ya en el primer motivo del recurso de casación, a cuya argumentación nos remitimos.

B) RECURSO DE CASACIÓN.

OCTAVO. El *primer motivo del recurso de casación* traslada a la casación el *séptimo motivo* del recurso extraordinario por infracción procesal, alegando infracción por inaplicación de los Arts. 84, 2º y 3º LCS y *"cuantos preceptos del Código civil regulan la herencia, fundamentalmente los 935 (al causante le heredó su madre) y el 931 (a dicha madre la heredó mi representada) sino que consecuentemente con la doctrina contenida en la sentencia recurrida (Arts. 1354, 1357, 21,1261,2º y 1273 CC) y sobre todo, con lo resuelto en la misma, aquella diferencia económica debería haber sido judicialmente entregada a mi poderdante"*.

El motivo se desestima.

El motivo incurren en diversos defectos procesales que hacen imposible su admisión: a) En primer lugar, incurre en una formulación defectuosa de los artículos citados como infringidos, que se han subrayado para no repetir de nuevo, por economía de la sentencia, la forma de cita de todas aquellas disposiciones que tengan que ver con la regulación de la herencia y debe tenerse en cuenta que el Código civil empieza la regulación de la materia sucesoria en el artículo 657 y la acaba en el artículo 1087 CC; ello impide que esta Sala pueda comprender el



significado de la vulneración denunciada, para lo que esta Sala debería integrar el recurso, lo que no es dable en la casación; b) además, la recurrente incurre de nuevo en la introducción de una cuestión nueva porque la reivindicación a favor de la heredera del remanente sobrante de la póliza de Euroseguros BBVA no se ha incluido en los escritos rectores de la demanda y de la contestación y ello se recuerda a la recurrente en la aclaración de sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, efectuada por auto de 27 de enero de 2005, donde se afirma que "no es cuestión que se sometió a esta Sala a través de los escritos rectores del proceso la relativa a la condición de beneficiario de dicha póliza en el exceso de aquello que estaba designada expresamente la entidad bancaria".

NOVENO. El segundo motivo del recurso de casación denuncia la interpretación errónea del Art. 839 CC, en relación a las facultades del contador partidor respecto a las alternativas establecidas legalmente para la capitalización del usufructo, ya que a su modo de ver, el cuaderno particional debería contener todas las alternativas posibles.

El motivo se desestima.

El artículo 839 CC establece que actuando de común acuerdo, los herederos pueden hacer efectivo al cónyuge viudo su parte "asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo" y que a falta de acuerdo, se decidirá judicialmente. La sentencia recurrida, en su fundamento tercero señala que el consenso sobre la forma de pago debe alcanzarse entre los herederos y el cónyuge, por lo que éste debe participar en la decisión, que no consta haya existido en el presente procedimiento. Por ello la sentencia recurrida considera que debe aceptarse la solución de capitalización "cuando ni tan siquiera se ofrece por la recurrente alternativa de las legales sobre ello limitándose a mostrar su disconformidad". Se señala que este derecho corresponde ejercerlo a los herederos, pero con la conformidad del cónyuge viudo, y que cuando falta el acuerdo corresponde a la autoridad judicial la decisión sobre la forma de pagar dicho usufructo (SSTS de 15 septiembre 1982 y 4 octubre 2001). Por ello, no puede afirmarse que se ha vulnerado el Art. 839 CC.

DÉCIMO. El motivo tercero, en base al Art. 477,1 LEC, se formula "por existir un vacío legislativo, en base a la analogía -Art. 4 CC - por infracción de los Arts. 910, 1057 y 1104 incluso el 1077 CC" en relación a la remoción del contador partidor, por entender que su incorrecta actuación debe ser causa de separación.

El motivo se desestima.

Incurre en los mismos defectos señalados al argumentar la desestimación del primero de los motivos del recurso de casación, al cual nos remitimos y que deben tenerse por reproducidos aquí.

UNDÉCIMO. La desestimación de todos los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de D^a Camila determina la de su recurso.

La desestimación de todos los motivos del recurso de casación presentado por la representación procesal de D^a Camila determina la de su recurso de casación.

Con relación a las costas originadas por ambos recursos, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 398.1 LEC/2000, que se remite al Art. 394 LEC, corresponde imponerlas a la recurrente.

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

FALLAMOS

1º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de D^a Camila contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, sección 5ª, de 10 enero 2005, dictada en el rollo de apelación 542/03.

2º Desestimar el recurso de casación presentado por la representación procesal de D^a Camila contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, sección 5ª, de 10 enero 2005, dictada en el rollo de apelación 542/03.

3º No ha lugar a casar la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

4º Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. - Jose Antonio Seijas Quintana.- Encarnacion Roca Trias.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. - Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el



EXCMA. SRA. D^a. Encarnacion Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ