



Roj: **STS 289/1952 - ECLI:ES:TS:1952:289**

Id Cendoj: **28079110011952100290**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/12/1952**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación en interés de ley**

Ponente: **CELESTINO VALLEDOR Y SUAREZ OTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Núm. 365.- Sentencia de 6 de diciembre de 1952.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.-Derecho de representación.-Declarando no haber lugar al recurso interpuesto por don Julián contra la pronunciada por la Audiencia Territorial de Pamplona, en autos de mayor cuantía sobre rectificación de partición de herencia.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que el derecho de representación, tal como lo define el artículo 927 del Código Civil, es claramente restrictivo, en punto a la facultad de sustituir los nietos a su padre premuerto e instituido nominativamente en la porción libre de la herencia del abuelo de aquéllos.

Que puede coexistir en una persona la doble cualidad de heredero forzoso y voluntario.

En la villa de Madrid, a 6 de diciembre de 1952, en el juicio declarativo de mayor cuantía seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de San Sebastián y ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona por D. Julián , D.^a Gregoria y D.^a Marisa , propietarios, vecinos de Madrid, contra D. Nazario , Agente de Seguros, vecino de San Sebastián, Contador-Partidor de bienes relictos en la defunción de la Excma. Sra. Da Manuela , Duquesa de DIRECCION000 , y contra los demás herederos de dicha señora, Excma. señora D.^a Purificacion ; Duquesa de DIRECCION001 , asistida de su esposo, propietaria y vecina de Madrid D.^a Andrea , Da Clara y D.^a Evangelina , sin profesión especial, vecinas de Madrid, en representación de su finado padre, hijo de la causante, D. Benjamín ; D.^a Enma , D. Eliseo , D. Casimiro y D. Apolonio , en representación de su finado padre D. Evelio , sin profesión especial la primera, vecinos de Madrid; D. Fernando , empleado, vecino de Madrid, en representación de su finado padre D. Germán ; versando sobre procedencia del derecho de representación y rectificación de partición de herencia; pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por D. Julián , D.^a Gregoria y D.^a Marisa , bajo la representación del Procurador D. Manuel del Valle Lozano, con la dirección del Letrado D Nicolás Pérez Serrano; habiendo comparecido Da Purificacion y D. Fernando bajo la representación del Procurador D. Julián Zapata y con la dirección del Letrado D. José María Muguza:

Antecedentes de hecho

RESULTANDO que con escrito de fecha 14 de mayo de 1945 el Procurador D. Bernardo Elio Zubizarreta formuló la demanda, alegando:

Primero. Que en 11 de diciembre de 1943 falleció en San Sebastián la Excma. Sra. D.^a Manuela , Duquesa de DIRECCION000 , viuda del Excmo. Sr. D. Amadeo , Conde de DIRECCION002 .

Segundo. Que el último testamento otorgado por dicha señora es el que autorizó en 15 de febrero de 1941.

Tercero. Que en el testamento aludido ordena en su cláusula catorce que en el remanente de los tercios de libre disposición y de mejora de su herencia, después de deducir los legados que anteriormente hace, heredarán en partes iguales sus hijos Da Purificacion y D. Guillermo .



Cuarto. Que, en 2 de julio de 1943, o sea en fecha posterior a la del testamento, pero anterior al fallecimiento de la testadora, falleció en Madrid el citado D. Guillermo, heredero de la mitad del remanente de los tercios de libre disposición y mejora.

Quinto. Que D. Guillermo falleció abintestato hallándose casado con la Excm. Sra. Da Catalina, Marquesa de la DIRECCION003, dejando tres hijos legítimos, los demandantes, declarados herederos abintestato.

Sexto. Que en junio de 1944 el Contador-Partidor de los bienes de la causante invitó a los demandantes a una diligencia de sorteo de bienes hereditarios que había de ser practicada en la Notaría del señor Barrueta en San Sebastián. Que no intervinieron los demandantes, pero supieron que el Contador al formar los lotes aludidos entendía que el haber de ellos había de quedar limitado al percibo, por estirpes, del tercio de la legítima estricta. Que se hizo saber al señor Nazario que discrepaban de su opinión y se proponían recabar una resolución judicial que decidiese acerca de la cuestión. Que fué requerido el señor Nazario en 28 de junio de 1944 en acta notarial a fin de que se abstuviera de pronunciarse respecto a la resolución del mencionado problema y procediese a formar, con arreglo estricto al testamento de su comitente, una hijuela en favor de quien tuviese los derechos de D. Guillermo, o aplazando toda operación de fijación de haberes y adjudicación de bienes hasta que los Tribunales resolviesen acerca de la reclamación que plantean.

Séptimo. Que el día 23 de octubre de 1944 D. Nazario compareció ante el Notario de San Sebastián D. Luis Barrueta entregándole, a efectos de protocolización, el cuaderno particional de los bienes relictos a la defunción de D.^a Manuela

Octavo. Que, como se ve en el documento a que se refiere el hecho anterior, el Contador-Partidor accede en cierto modo al requerimiento de los demandantes y, aunque con reserva, deja pendiente de resolución judicial la forma y términos en que deben ser aplicados los tercios de mejora y de libre disposición de los bienes, de su comitente, aunque no ocultan la extrañeza de que haya expuesto su opinión contraria a la de los demandantes.

Noveno. Que el Contador sabe que la señora causante, de modo expreso, una vez conocida por ella la defunción de su hijo D. Guillermo, manifestó su deseo de que recayera en los hijos de dicho señor las participaciones que en el tercio de mejora y en el de libre disposición de sus bienes estableció en favor de su mencionado hijo.

Décimo. Que el Partidor, sin aludir a estas manifestaciones de su comitente y sin dejar constancia en su labor particional de tal deseo, consignó su criterio, en virtud del cual los demandantes deben quedar reducidos a representar a su padre en la parte que le hubiese correspondido en el tercio de legítima rigurosa o estricta, debiendo acrecer a su coheredera D.^a Purificación, la partición que según disposición testamentaria había de corresponder en el tercio libre a D. Guillermo y debiendo incorporarse a la porción legítimamente estricta la parte que corresponde a D. Guillermo en el tercio de mejora. Citó los fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando que en su día se dictare sentencia declarando que los demandantes tienen estirpes, y en representación de su padre D. Guillermo derecho a la porción del tercio de mejora y del tercio de libre disposición de los bienes de su abuela la Excm. Sra. D.^a Manuela en la forma y términos previsto» en favor de su mencionado padre en la cláusula catorce del testamento otorgado en 15 de febrero de 1945, y en su virtud ordenar al Contador-Partidor rectifique y ultime las operaciones de partición, con arreglo a la declaración mencionada y a los demás herederos que pasen por ella, condenando al pago de las costas a quien se opusiese a estas pretensiones:

RESULTANDO que emplazados los demandados comparecieron D.^a Purificación, Da Andrea, Da Clara y D.^a Evangelina; D.^a Enma y D. Nazario, bajo la representación del Procurador D. Luciano Ormaechea, y D. Fernando, bajo la del señor Iraizoz, y declarados en rebeldía por auto de 20 de septiembre de 1945 D. Eliseo, D. Casimiro y D. Apolonio, contestaron a la demanda los seis primeros alegando sustancialmente: Ciertos los seis primeros de la demanda. Que es cierto que a pesar del requerimiento de que habla en el número sexto de la demanda, el Contador-Partidor D. Nazario protocolizó, una primera parte de las operaciones particionales y reservó incluso el derecho de terminarlas en el momento en que lo considerase conveniente a los intereses generales eje la testamentaria. Que estimaba el Contador, para evitar en lo posible una contienda judicial, que su inhibición hubiera hecho absolutamente necesaria marcar su criterio en cuanto a los derechos respectivos de cada uno de los herederos. Que es perfectamente cierto que en una de las conversaciones del señor Nazario con la causante, a raíz del fallecimiento del hijo de aquella, D. Guillermo, le expresó la testadora su deseo de que las disposiciones testamentarias que había hecho en favor del fallecido se extendieran en beneficio de sus hijos, nietos de la testadora y actores de este pleito; que D. Nazario expuso la duda de que tal como estaba redactado el testamento pudieran éstos beneficiarse de estas disposiciones, por lo que encargó al señor Nazario, entonces su Administrador, elevara consulta al Letrado de la Casa sobre este particular, el que fué categórico: el testamento, tal como estaba redactado, no beneficiaba en lo más mínimo a los hijos de D. Guillermo, los cuales, de no ser aquél modificado en forma solemne, quedarían en la misma condición que el resto de los nietos de la testadora. Que el señor Nazario se apresuró a comunicar a la Duquesa el resultado,



ofreciéndose a llevarle un Notario, sin que a pesar de haber transcurrido año y medio entre la muerte de su hijo y la de ella lo hiciese. Que el Contador, en estas condiciones¹, no podía atenerse a otra cosa que al testamento solemne bajo el que en diciembre de 1943 fallecía D.^a Manuela . Citó como fundamentos de derecho los que estimó pertinentes y terminó suplicando que en su día se dictase sentencia desestimando en todas sus partes la demanda presentada, con expresa condena en costas a los demandantes:

RESULTANDO que el Procurador D. Salustiano Iraizoz, en nombre de D. Fernando , contestó a la demanda, alegando en primer término la excepción de falta de personalidad en el demandado D. Nazario , por no tener ya, ni cuando se formuló la demanda, el carácter de Contador- Partidor con que se le ha demandado, y la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, basándolas sustancialmente en los siguientes hechos¹ Que de los propios términos de la demanda se desprende que el señor Nazario es demandado en estos autos como Contador-Partidor de la señora Duquesa de DIRECCION000 . Que se da la inconsecuencia que supone seguirle considerando como Contador-Partidor y demandar al propio tiempo a los herederos. Que lo consecuente hubiera sido o demandar sólo al señor Nazario , si le seguía considerando con tal carácter, ya que en la partición no pueden intervenir los herederos, o demandar sólo a éstos, si se estimaba que la contaduría había terminado. Que frente a este artificio opone que el señor Nazario no ostenta ya tal cargo, ni lo ostentó cuando se formuló la demanda, ya que compareció en 9 de mayo de 1845 ante el Notario señor Barrueta como Albacea Contador-Partidor; y como en las operaciones divisorias¹ que practicó y protocolizó en la misma Notaría el 26 de octubre de 1944 se reservó el derecho de distribuir entre los herederos los bienes de la sucesión que quedaron pendientes de adjudicación, en el momento en que así lo estimara conveniente para el mejor desempeño de su función, el señor Nazario ha completado la adjudicación haciéndolo constar en el nuevo cuaderno que entregó al Notario para su protocolización y el que se encabezaba con las palabras "final de las operaciones divisorias, etcétera"; y al final, "dar por definitivamente terminadas, etcétera"; que como se ve por su propia confesión, manifestada en documento público y solemne, dio por definitivamente terminadas las Operaciones en 9 de mayo de 1945, por lo menos cinco días¹ antes de la presentación de la demanda. Que, en cuanto a la segunda excepción, se refería al artificio que se le ha buscado para atraer una competencia improcedente de demandar ante los Juzgados de San Sebastián al Partidor-Contador, que tiene su domicilio en dicha capital, juntamente con los herederos que lo tienen en Madrid. Que no se abordó clara y abiertamente la, cuestión para que los demandados ejercitaran sus derechos. Que la demanda no se ha formulado con los requisitos que exige el artículo 524 de la Ley procesal, porque se falta a lo que establece el párrafo segundo de dicho artículo y no se expresa la clase de acción que se ejercita, cuando ello era necesario para determinar la competencia. Que no sólo no se especifica la clase de acción que se ejercita, sino que se sustrae el problema de la competencia, invocando sencillamente los artículos 62 y 63 de la Ley procesal, sin: expresarse en qué, regla o reglas concretas de tales preceptos se apoya; y como tales preceptos comprenden en total treinta y una reglas de competencia, se encuentra con un defecto formal de grandes consecuencias procesales. Exponía fundamentos legales y contestaba a la demanda reconociendo su conformidad con los hechos; primero, segundo, cuarto, quinto y sexto del escrito de demanda. Reconoce el tercero, si bien llamaba la atención sobre que el remanente de libre disposición y de mejora lo deja la testadora a sus hijos, sin hablar para nada de los hijos de éstos. Reconoce el séptimo y niega el octavo, por no ser cierto que el señor Nazario dejase pendiente de resolución judicial la forma y término en que debían ser aplicados los tercios de mejora y de libre disposición, porque la propia parte actora da otra versión en el hecho séptimo, y es que el cuaderno particional protocolizado en 23 de diciembre de 1944, lo que dice el señor Nazario es que sólo existe aplazamiento momentáneo y una reserva para completar la adjudicación en el momento que lo creyera oportuno, cuyo momento llegó con la protocolización del segundo cuaderno el 9 de mayo de 1945. Que lo único que estableció el señor Nazario fué un aplazamiento que ha; durado siete meses por si los interesados podían llegar a una inteligencia, o a una transacción en caso de litigio, o los Tribunales hubiesen resuelto sobre el caso, si se hubieran planteado. Niega el noveno ya que ninguno de los cuadernos alude a tal hecho; y la señora Duquesa de DIRECCION000 , que tan asesorada estuvo siempre y que según la certificación del Registro de Actos de Ultima Voluntad tenía otorgados nada menos que cinco testamentos, pudo acudir de nuevo al Notario para expresar su nueva voluntad, que, es el único modo de expresarla. Negaba el décimo, dando por¹ reproducido cuanto se consigna en el hecho anterior, negando igualmente la afirmación de que el señor Nazario aplazase la total eficacia de la partición hasta conocer la resolución judicial, aceptando únicamente la última parte en cuanto se refiere al criterio del Contador-Partidor de que la parte que, en su caso, hubiera correspondido en el tercio de libre disposición a D. Guillermo , acreció a su hermana, la señora Duquesa de DIRECCION001 , y que la parte que al mismo señor hubiera correspondido en el tercio de mejora, se incorporaba a la porción legitimaria, para distribuirse entre todos los herederos. Once. Que a los efectos que se dirá manifestaba que todos o parte de los inmuebles adjudicados se hallaban inscritos en el Registro de la Propiedad. Citó los fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando que en su día se dictase sentencia estimando las excepciones articuladas, absteniéndose de entrar en el fondo de la cuestión planteada en la demanda, y en el



caso hipotético de no estimarse dichas excepciones, o alguna de ellas se le absolviese de la demanda, con expresa imposición de costas a los demandantes:

RESULTANDO que en réplica y duplica insistieron los litigantes en sus respectivas alegaciones y pretensiones:

RESULTANDO que seguido el pleito por sus trámites restantes, en 5 de noviembre de 1946, el señor Juez de primera instancia del número 1 de San Sebastián dictó sentencia por la que desestimando las excepciones de falta de personalidad en el demandado D. Nazario por no tener el carácter con que se le demanda, y de defecto legal en el modo de proponer la demanda, desestimaba la demanda promovida en estos autos, absolviendo a los demandados, sin hacer especial imposición de costas:

RESULTANDO que apelada dicha sentencia por los demandantes y admitida en ambos efectos la apelación, se remitieron los autos a la Audiencia Territorial de Pamplona ante la que comparecieron las partes, y sustanciada en forma la apelación, en 11 de febrero de 1948 la Sala de lo Civil de dicha Audiencia Territorial dictó sentencia confirmando la pronunciada por el Juez de primera instancia del número 1 de San Sebastián en todas sus partes, sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de ambas instancias:

RESULTANDO que el Procurador D. Manuel del Valle Lozano, a nombre de D. Julián, D.^a Gregoria y D.^a Marisa, ha interpuesto recurso de casación por infracción de Ley, fundado en el número primero del artículo 1.292 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por los siguientes motivos:

Primero. Fundado en el número primero de dicho artículo. Infracción por interpretación errónea de los artículos 924, 925 y 766 del Código Civil. El derecho de representación no está excluido de la sucesión testada. La colocación de los artículos 924 y 925 del Código Civil, en el capítulo tercero del libro tercero, que trata de la sucesión intestada, es evidentemente un defecto de sistema, pero resulta excesivo atribuirle el efecto de excluir el derecho de representación en la sucesión testada. Esta tesis se comprueba con los artículos 929 y 1.038 del propio Código Civil, el primero al disponer que no podrá representarse a una persona viva más que en dos casos, uno de ellos el de desheredación, la que sólo puede hacerse por testamento. El segundo propone el derecho de representación en la sucesión testada con ocasión de las disposiciones que contiene sobre la obligación de colacionar. El artículo 766 del Código Civil se refiere a los supuestos de premoriencia de herederos voluntarios de herederos incapaces y de herederos renunciantes. Estos supuestos son distintos y su redacción permite distinguir que los dos últimos pueden referirse tanto a los herederos forzosos (los del artículo 807) como a los herederos voluntarios. Lo confirma las salvedades de lo dispuesto en los artículos 761 y 857, que precisan que los efectos de la incapacidad y desheredación no alcanzarán a la legítima de los descendientes de los incapaces o desheredados.

Segundo. Infracción por interpretación errónea del artículo 17-dos (sic) de la Ley de 6 de noviembre de 1940. Aunque el derecho de los recurrentes no se basa en el precepto citado, importa demostrar que su contenido sirve más de apoyo que de obstáculo a sus pretensiones. Este precepto se refiere, como reconoce la sentencia recurrida, a los herederos voluntarios, ya que el contemplado supuesto de haberse otorgado nuevo testamento válido a favor de terceras personas no puede darse en el caso de herederos forzosos. Al establecerse, pues, en casos excepcionales el derecho de representación a favor de los herederos legítimos del heredero voluntario premuerto al causante, y no mencionar a los herederos legítimos del heredero forzoso se reconoce implícitamente que éstos no tenían necesidad de tal declaración.

Tercero. Infracción por violación de los artículos 675 y 1.282 del Código Civil. El Código Civil no contiene normas para la interpretación de los negocios jurídicos que podrían ser comunes a los testamentos y a los contratos, y por ello las normas del artículo 675 han de ser completadas con las del 1.282, permitiendo de este modo que los actos de la testadora posteriores al testamento sirvan de elemento interpretativo de su voluntad. Estos actos consintieron, como reconoce la sentencia recurrida, en la manifestación hecha por la testadora, a raíz del fallecimiento de su hijo D. Guillermo; a su Administrador, nombrado Contador-Partidor, de su deseo de que las disposiciones testamentarias que había hecho en favor del fallecido se extendieran en beneficio de los recurrentes. La conjetura más razonable es ésta, porque, como dice el quinto Considerando de la sentencia recurrida, el derecho de representación tiene, por ministerio de la Ley, la finalidad de interpretar del modo más lógico la presunta voluntad del causante. Mucho más podría añadirse si esta voluntad fué declarada, aunque no lo fuera en forma solemne, y que, si las normas de la sucesión intestada suplen por ministerio de la Ley la ausencia de voluntad, con mucha mayor razón han de suplir las posibles lagunas de la voluntad declarada. Espera la parte que con la estimación de los motivos de casación se pondrán de acuerdo las soluciones del problema jurídico y las del problema de conciencia a que se refiere el segundo Considerando de "la" sentencia recurrida, cuyo conflicto no debe ser atribuido a las leyes, sino a la errónea interpretación de las mismas o a su defectuosa inteligencia por parte de sus intérpretes:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Celestino Valledor:



Fundamentos de derecho

CONSIDERANDO que por haber quedado firme en primera instancia el pronunciamiento desestimatorio de las excepciones de falta de personalidad de uno de los demandados y de defecto legal en el modo de proponer la demanda, ha venido únicamente a este recurso extraordinario el tema fundamental del litigio sobre procedencia del derecho de representación que han invocado los actores para heredar a su abuela en el tercio de mejora y en el de libre disposición, en los que, juntamente y por iguales partes, otra heredera, había sido instituido el padre de aquéllos, premuerto a la testadora, ya que en cuanto al tercio de legítima estricta nadie ha puesto en duda que, dado el evento de la premoriencia, los nietos deben recibir la participación que les corresponde como herederos forzosos:

CONSIDERANDO que en campo de amplio horizonte jurídico, contemplado a través de muy autorizada doctrina científica y de alguna de las legislaciones extranjeras más modernas, se advierte una decidida tendencia expansiva del impropriamente llamado derecho de representación, en particular acogiendo con naturales reducidas limitaciones su encaje en la sucesión testamentaria, tanto por razón de la presunta voluntad del testador, como por motivos de equidad y de sentido familiar, social y humanitario, de tan-notoria relevancia en el caso concreto de premoriencia del hijo instituido heredero, que seguramente inspiraron las reglas clásicas "in locus patris sui" y "filii appellatione Omnes liberos intelligimus", que daban franca entrada a los nietos en la herencia de abuelo por presunto llamamiento, siquiera estas reglas hayan perdido su originaria pureza en el Derecho intermedio que las cercenó aplicándolas solamente al supuesto de que, en régimen de sustituciones, los hijos llamados a la herencia fueran designados genéricamente, y no si el llamamiento se hizo en forma nominativa:

CONSIDERANDO que esta tendencia doctrinal, legislativa e histórica, de rango preponderante en vías de interpretación de normas legales dudosas, han de ceder ante preceptos que la contradigan en nuestro Derecho positivo, al que se deben los Tribunales en actuación al margen de la función legislativa, por lo que importa averiguar la "mens legis" del Código Civil en punto a la admisión o repulsa del derecho de sustitución en la esfera de la parte libre de la herencia testamentaria:

CONSIDERANDO que en trance de decidir este problema se ha de estimar que, si bien la sistemática de un Cuerpo legal no es decisiva en ponderada hermenéutica, y no obstante los términos excesivamente amplios en alguno de sus aspectos del derecho de representación, tal como lo define el artículo 927 del Código Civil, el pensamiento del legislador es claramente restrictivo en punto a la facultad de sustituir los nietos a su padre premuerto e instituido nominativamente en la porción libre de la herencia del abuelo de aquéllos, porque el hecho de haber sido regulado el derecho de representación en el capítulo que gobierna la sucesión intestada, pudiendo haberlo incluido en el grupo de disposiciones comunes a la herencia por testamento o sin él, revela el designio de que aquel derecho no tenga cabida en la porción libre de la herencia testada, sobre todo si se tiene en cuenta que el Código no ofrece base de argumentación convincente en contrario sentido por posible error de encuadramiento motivado por defectuosa copia de otros Códigos latinos que el legislador español haya tenido o la vista:

CONSIDERANDO que este designio del legislador lo confirma el artículo 17 de la Ley de 5 de noviembre de 1940, interpretado por la Dirección General de Registros con fecha 28 de mayo y 27 de julio de 1943, pues si, en atención a especiales circunstancias propias del derecho de emergencia originado por la guerra civil, se extendió el derecho de representación a los hijos y nietos de todo heredero testamentario premuerto, voluntario o legitimario, esta regla excepcional y transitoria afianza el criterio legislativo normal y excluyente de la sustitución en la parte libre de la herencia, ya que la regla excepcional no hubiera sido precisa si las disposiciones del Código Civil concediesen a los descendientes del heredero voluntario premuerto el derecho de situarse en el puesto que a éste correspondería si no hubiera fallecido antes que el testador:

CONSIDERANDO que el artículo 166 del Código Civil no ofrece base segura para la decisión del pleito, aunque más bien parece que, en supuestos de premoriencia, ratifica el criterio excluyente ya expresado, porque si de una parte alude al "ius transmissionis", propio de herencia ya diferida, y no al derecho de representación, que se da por vocación legal sucesoria en favor de la estirpe del instituido que premuere al testador y, por ello, no pudo heredar, y en otro aspecto se refiere el precepto legal al "heredero voluntario" y no al forzoso, bien puede entenderse, de acuerdo con criterio comúnmente admitido, que se ha querido aludir al "ius representationis", pues para no admitir en los supuestos que prevé el derecho de transmisión sería estéril o innecesario decir que no transmite derechos quien no los ha adquirido, y en cuanto a la expresión "herederos voluntarios", la doctrina legal tiene declarado que puede coexistir en una misma persona la doble cualidad de heredero forzoso y voluntario, en casos, como el de autos en que algunos de los hijos del causante hayan sido instituidos en la porción libre hereditaria- sentencias de 8 de julio de 1924 y 27 de diciembre de 1935-, entendiéndose incluido en dicha partición libre el tercio de mejora, que surge de la voluntad del testador aunque sea con libertad restringida en favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, en cuyo caso la legítima lata de los dos



tercios de la herencia queda reducida a legítima estricta de un sólo tercio; por lo que, y en atención además a que por opinión, común se asigna a la mejora carácter personalísimo y expreso, cabe concluir que el artículo 766 no contradice, sino que confirma, la tesis expuesta de que en nuestro Derecho constituido no se da acceso al derecho de representación en la porción libre de la que ha dispuesto el testador en favor de un hijo que le ha premuerto y ha dejado descendencia, procediendo, en consecuencia, la desestimación de los dos primeros motivos del recurso, ya que la sentencia de instancia no infringe los artículos 924, 925 y 766, ni pugna con las normas de los artículos 929 y 1.038 del Código Civil, que, respectivamente, permiten la representación de persona viva, con limitación a la legítima en los casos de desheredación e incapacidad-artículos 761 y 857-y regula la obligación de colacionar que impone a los nietos, pero sin atribuirles derecho de representación en lo que atañe a la parte libre en que haya sido instituido su padre prematuramente muerto:

CONSIDERANDO que ha sido objeto de alegación en el pleito el hecho de que al ocurrir el fallecimiento del padre de los recurrentes, coheredero instituido en los tercios de mejora y de libre disposición, la testadora manifestó a su Administrador, designado también Contador-Partidor, que era deseo suyo extender a los hijos de aquél los derechos que en su último testamento había concedido al premuerto, y si bien este hecho, de ser cierto en casación, pudiera ofrecer basé, con algún esfuerzo dialéctico, en orden a la investigación de la voluntad real de la testadora, para estimar incorporado al testamento, por medios de prueba extrínseca, el llamamiento de los nietos en vía de sustitución vulgar, como aclaración o complemento de una disposición testamentaria deficientemente expresada por imprevisión del posible fallecimiento del hijo viviendo su madre, es el caso que la Sala sentenciadora da por probado el hecho respecto de uno solo de los demandados, que lo confesó, pero no en cuanto a sus colitigantes, y esto sería suficiente para desestimar el tercer motivo del recurso, en el que, al amparo del número primero y no del séptimo del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil, se parte de un supuesto de hecho que el juzgador de instancia no estima probado en los témanos que el recurrente alega:

CONSIDERANDO, además, que la sentencia recurrida, no sólo limita a uno de los demandados, ciertamente no heredero, la probanza del hecho, sino que completa la versión atribuida a la testadora declarando que fué advertida de que, según informes técnicos recibidos, era necesaria nueva disposición testamentaria para que los hijos del premuerto heredasen la porción libre de la herencia, y con conocimiento de que su deseo carecería de eficacia sin la nueva declaración solemne, la testadora, que falleció después de los cinco meses de haber muerto su hijo, se abstuvo de disponer su última voluntad en la forma aconsejada, y como este hecho complementario tampoco se combate por el cauce expresado del número séptimo del artículo 1.692, a él será preciso atenerse en casación sin el aditamento expuesto en el acto de la vista en punto a que también se hizo saber a la testadora el criterio del Notario autorizante del último testamento en sentido distinto del de los Letrados consultados:

CONSIDERANDO que, en trance de valorar, jurídicamente el silencio de la testadora al abstenerse de dar forma ritualista a una nueva declaración de voluntad que permitiera la entrada de los nietos en la porción libre atribuida en el testamento al padre de éstos se ha de estimar, según pauta marcada en sentencia de 24 de noviembre de 1943, que sí pudo y debió de hablar, ajustándose a los informes que se le facilitaron, y no lo hizo, su silencio significa falta de persistencia en el primer propósito de que los nietos heredasen en toda la extensión en que había sido llamado a la herencia el hijo premuerto, y se avino a que se cumpliera el testamento en los términos anunciados por los informantes, que son a los que se atuvo el Contador-Partidor, por lo que tampoco es viable el tercero y último motivo del recurso;

Fallo

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto a nombre de D. Julián , D.^a Gregoria y D.^a Marisa , contra la sentencia que en 11 de febrero de 1948 dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona; se condena a dichos recurrentes al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará la aplicación prevenida en la ley; y líbrese a la citada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.

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.-Mariano Miguel.-Celestino Valledor.- Saturnino López Peces.-Acacio Charrín y Martín-Veña.-Manrique Mariscal de Gante (rubricados),).

Publicación.-Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Celestino Valledor, Ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo en el día de hoy, de que certifico como Secretario de la misma.

Madrid, 6 de diciembre de 1952.-Bonifacio de Echegaray (rubricado).