

Roj: **STS 5678/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5678**Id Cendoj: **28079110012012100451**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/07/2012**Nº de Recurso: **271/2010**Nº de Resolución: **524/2012**Procedimiento: **Casación**Ponente: **MARIA ENCARNACION ROCA TRIAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP SA 739/2009,**
STS 5678/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Julio de dos mil doce.

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 Salamanca, por D. Nicolas y D^a Angelina , representados por la Procuradora de los Tribunales D.^a Elena Jiménez Ridruejo Ayuso, y por D^a. Manuela y D^a María Cristina , representados por la Procuradora D^a Pilar Hernández Simón, contra la Sentencia dictada, el día 7 de diciembre de 2009, por la referida Audiencia y Sección en el rollo de apelación nº 496/2009 , que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Peñaranda de Bracamonte en el procedimiento ordinario nº 27/2008. Ante esta Sala comparecen la Procuradora Dña. YOLANDA ORTIZ ALFONSO, en nombre y representación de Dña. Manuela y Dña. María Cristina , personándose en concepto de parte recurrente/recurrida. El Procurador D. ÁLVARO JOSÉ DE LUIS OTERO, en nombre y representación de D. Nicolas y Dña. Angelina , se personó en concepto de parte recurrente/recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Peñaranda de Bracamonte, interpusieron demanda de juicio ordinario D^a Manuela y D^a María Cristina , contra D.^a Angelina y D. Nicolas , sobre impugnación de la partición de la herencia de D^a Petra . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... *dictar sentencia en virtud de la cual, estimando la demanda, se declare nula e ineficaz o, en su caso, se anule y deje sin efecto, la partición de la herencia de D^a Petra que se contiene en la Escritura Pública otorgada el día 25 de abril de 2007 ante el Notario de Salamanca D. Angel Gómez Rodulfo Delgado con el núm. 1242 de orden de su protocolo, como así mismo la cancelación de cualquier inscripción registral de los bienes a que la misma se refiere que se encuentre vigente a nombre de los adjudicatarios demandados y se hayan practicado en virtud de dicha Escritura Pública y operaciones particionales que contiene, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros de buena fe, y con las demás consecuencias legales inherentes a tales pronunciamientos, condenando a los demandados a estar y pasar por todo ello; y subsidiariamente, para el supuesto de que no se considere la concurrencia de causa de nulidad o anulabilidad alguna, se rescinda, por lesión a las herederas demandantes, la citada partición hereditaria con las consecuencias legales que lo son inherentes, condenando a los demandados a estar y pasar por dicho pronunciamiento; y, en cualquiera de los casos, con expresa condena en costas a los demandados*".

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de D. Nicolas y D^a Angelina , los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... *se dicte en su día sentencia por la que se desestime íntegramente esta demanda se absuelva*



a mi representado de todos los pedimentos que respecto de él se contienen en la demanda, con imposición de costas a la actora".

Asimismo, formuló demanda reconvenzional alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "... se dicte en su día sentencia por la que estimando esta demanda en su totalidad;

1. Declare aprobadas y conforme a derecho las operaciones particionales y las adjudicaciones de haberes resultantes efectuadas por la albacea contador partidador D^a Vicenta instrumentalizadas en la escritura de manifestación y adjudicación de herencia de la causante: D.^a Petra ante el Notario D. Ángel Gómez Rodulfo Delgado con el número 1242 de su protocolo.

2. De forma subsidiaria al anterior pedimento y de resultar otra la valoración de los bienes según el resultado probatorio de las actuaciones, declare aprobadas y conforme a derecho las operaciones particionales y las adjudicaciones de haberes en la forma efectuada por la albacea contador partidador D^a. Vicenta modificando con arreglo a los nuevos valores económicos fijados por el perito Don Luis Angel resultando así el haber hereditario de los actores la cantidad de CINCUENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO EUROS CON SESENTA Y DOS CÉNTIMOS DE EUROS (58.588,62 Euros) s.e.u.o a razón de VEINTINUEVE MIL DOSCIENTAS NOVENTA Y CUATRO EUROS CON TREINTA Y UN CÉNTIMOS DE EURO (29.294,31 Euros) s.e.u.o cada una, o cualesquiera otros que se asignen y resulten probados en el presente procedimiento a los bienes integrantes del caudal relicto en el procedimiento principal, abonando en metálico la diferencia los Sres. Nicolas y Angelina .

3. Declare aprobados e imputables a la herencia los gastos relacionados en el fundamento cuarto de la presente reconvección consistente en gastos de entierro y funeral, peritación de los bienes por D. Eugenio y Notaria de Angel-Gómez Rodoulofo y que ascienden a un total de CINCO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES EUROS CON NUEVE CÉNTIMOS DE EURO (5.243,09 Euros) s.e.u.o declarando que dicha cantidad habrá de descontarse del caudal hereditario y por consiguiente haber lugar a la reducción del haber hereditario de las actoras en la proporción que les corresponda contribuir a sufragar citados gastos conforme a su partición hereditaria.

4. Condene a las demandadas a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

5. Se condene a la demandada al pago de las costas que se deriven del presente procedimiento".

Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de las pruebas propuestas por las partes, previamente admitidas y declaradas pertinentes, el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Peñaranda de Bracamonte, con fecha 11 de junio de 2009 dictó sentencia , y con la siguiente parte dispositiva: " FALLO: Desestimo en parte la demanda principal presentada por el Procurador D. Manuel Gómez Sánchez, en nombre y representación de D^a Manuela y D^a María Cristina y demanda reconvenzional promovida por el Procurador D. Ángel Gómez Tabernero en representación de D^a Angelina y D. Nicolas , y en su virtud declaro aprobadas y conforme a derecho las operaciones particionales y las adjudicaciones de haberes resultantes efectada por la albacea contador partidador D^a Vicenta , modificado con arreglo a los nuevos valores fijados en el fundamento de derecho séptimo, abonando en metálico estas cantidades a las actoras D^a Angelina y D. Nicolas en el plazo de un mes, así como el usufructo viudal a favor de D. Luis Carlos sobre el tercio destinado a mejora. Todo ello sin hacer expresa condena en costas ninguna de las partes".

La representación de D. Nicolas y D^a Angelina , presentó escrito solicitando aclaración de sentencia, dictándose con fecha 19 de junio de 2009, auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "SE RECTIFICA la sentencia, de fecha 11 de Junio de 2009 , en el sentido de que en su parte dispositiva donde se dice "abonando en metálico estas cantidades a las actoras D^a Angelina y D. Nicolas en el plazo de un mes", debe decir "abonándose en metálico estas cantidades a las actoras D^a Manuela y D^a María Cristina , por los demandados D^a Angelina y D. Nicolas ".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpusieron recursos de apelación D.^a Manuela y D.^a María Cristina , representadas por el Procurador D. Manuel Gómez Sanchez y D. Nicolas y D^a Angelina , representados por el Procurador D. Angel Gómez Tabernero. Sustanciada la apelación, la Audiencia Provincial de Salamanca, dictó Sentencia, con fecha 7 de diciembre de 2009 , con el siguiente fallo: "1º.- DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por Doña Manuela y Doña María Cristina -demandantes- representadas por la Procuradora Doña Pilar Hernández Simón, contra la sentencia dictada por la Sra. Jueza del Juzgado de Peñaranda de Bracamonte el 11 de junio de 2009 que se confirma en los extremos que han sido recurridos; 2º ESTIMAR en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Nicolas Y DOÑA Angelina -demandados-, representados por la Procuradora Doña Elena Jiménez Ridruejo, y en consecuencia, REVOCAMOS la sentencia apelada, con los siguientes pronunciamientos: a) condenar a la parte demandante al pago de las costas de la 1ª Instancia del juicio; b) incluir en el conjunto de los gastos de la partición, como gastos de la misma la cantidad de 1.740 euros (que se sumará a la cantidad establecida en la sentencia, de 3.503,09 euros), que han sido abonados



por la parte demandada; c) dejar sin efecto el pronunciamiento de la sentencia en cuanto expresa "como el usufructo viudal a favor de D. Luis Carlos sobre el tercio de libre disposición", que debe quedar excluido de las operaciones parciales. En todos los demás pronunciamientos, se confirma la sentencia.

Las costas del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de los apelantes Doña Manuela y Doña María Cristina , se imponen a las mismas.

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas del recurso de apelación interpuesto por D. Nicolas y Doña Angelina " .

TERCERO. Anunciado recurso de casación por D. Nicolas y D^a Angelina , el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representada por la Procuradora D^a Elena Jimenez Ridruejo Ayuso lo interpuso, con fundamento en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción de los arts. 818 y 847 del Código Civil al no respetarse, al fijarse el valor económico de los bienes integrantes de la sucesión, las reglas de valoración de los bienes integrantes del caudal relicto.

Segundo.- Infracción de los arts. 348 y 340 de la LEC en relación con los arts. 1242 y 1243 del Código Civil por infracción de las reglas de valoración de la prueba pericial practicada en relación con los informe periciales presentados.

Tercero.- Infracción de los arts. 216 y 218.1 de la LEC , al incurrir la sentencia dictada en incongruencia.

La Procuradora D^a Pilar Hernández Simón, interpuso en nombre y representación de D^a Manuela y D^a María Cristina , recurso de casación articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción de los arts. 659 , 661 , 1056 y 1057 del Código Civil , en relación con sus arts. 1261.2, 1344, 1379, 1392 y 1396 y con la doctrina jurisprudencial contenida entre otras en sentencias de TS de 20.10.1952 , 7.12.1988 , 8.03.1995 , 22.02.1997 y 17.10.2002 .

Segundo.- Infracción de los arts. 806 , 813 , 1056 , 1057 , 1075 y 1079 del Código Civil en relación con la doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en sentencias de TS 20.11.90 , 16.05.97 , 15.11.2004 y las que en ellas se citan.

Tecero.- Infracción de los arts. 1074 , 1075 , 1077 y 1079 del Código Civil .

Cuarto.- Infracción de los arts. 841 , 842 , 843 y 844 del Código Civil y subsiguiente infracción de los arts.1056, 1061 y doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en sentencias del TS de 14.12.1957 , 31.03.1970 , 5.06.1985 , 7.12.1988 , 8.05.1989 , 18.03.1991 , 22.02.1997 y 26.04.1997 .

Quinto.- Infracción del art. 1064 del Código Civil .

Sexto.- Infracción del art. 847 del Código Civil .

Séptimo.- Infracción del art. 394.1 y 2 de la LEC .

Por resolución de fecha 5 de febrero de 2010, 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 la Procuradora Dña. YOLANDA ORTIZ ALFONSO, en nombre y representación de Dña. Manuela y Dña. María Cristina , personándose en concepto de parte recurrente/recurrida. El Procurador D. ÁLVARO JOSÉ DE LUIS OTERO, en nombre y representación de D. Nicolas y Dña. Angelina , se personó en concepto de parte recurrente/recurrido.

Con fecha 23 de noviembre de 2010, la Sala dicto auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "LA SALA ACUERDA: 1º) INADMITIR el RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D. Nicolas y Dña. Angelina .

2º) ADMITIR parcialmente el RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de Dña Manuela y Dña María Cristina respecto de los motivos primero a sexto, contra la Sentencia 7 de Diciembre de 2009, por la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 496/2009 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 27/2008 del Juzgado de Primera Instancia de Peñaranda de Bracamonte.

Evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Alvaro de Luis Otero, en nombre y representación de D. Nicolas y D^a Angelina , impugnó el recurso formulado de contrario, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el once de julio de dos mil doce, en que el acto tuvo lugar.

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



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º D^a Petra falleció el 8 diciembre de 2005. De su matrimonio con D. Luis Carlos tuvo tres hijos, D^a Angelina y D. Nicolas . El otro hijo, D. Jacinto , había ya fallecido en el momento de la muerte de su madre, dejando dos hijas, D^a Manuela y D^a María Cristina .

2º En su testamento, D^a Petra estableció las siguientes cláusulas: "PRIMERO. - Deshereda a su esposo por las causas prevenidas en el número 4, del Artículo 855 del Código Civil . SEGUNDO. - Lega a sus hijos Nicolas y Angelina , por parte iguales, los tercios de mejora y de libre disposición de su herencia. TERCERO. - Sin perjuicio del legado anterior, instituye herederos por partes iguales a sus dos citados hijos Nicolas y Angelina , y a sus dos nombradas nietas Manuela y María Cristina , heredando los dos primeros por cabezas, y las dos últimas por stirpe, si bien, el pago del haber que corresponda a éstas podrá hacerse en metálico". Finalmente, nombró albaceas, contadores partidores.

3º El patrimonio de la causante estaba formado por una participación ganancial en un solar situado en el casco urbano de Peñaranda de Bracamonte y dos fincas privativas en la misma ciudad.

4º El 25 abril 2007, D^a Angelina y la albacea otorgaron escritura de división y adjudicación de los bienes hereditarios, en la que se atribuyó al hijo D. Nicolas , en pago de sus derechos hereditarios "una mitad indivisa de los derechos gananciales que pertenezcan a la causante en la finca inventariada bajo el número NUM000 Y una mitad indivisa de las fincas inventariadas bajo el número NUM001 y NUM002 ". Se producía un exceso de adjudicación de 26.460,78?, que debería abonar en metálico a las nietas y herederas, D^a Manuela y D^a María Cristina . Se hacían las mismas adjudicaciones a la otra hija y heredera D^a Angelina , con el mismo exceso y la obligación de pagar la misma cantidad a las nietas.

5º D^a Manuela y D^a María Cristina demandaron a D^a Angelina y D. Nicolas , tíos suyos. Pidieron: a) que se declarase la nulidad e ineficacia de la partición de la herencia de su abuela, D^a Petra , por entender que antes de efectuar la partición, debía haberse procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales y que la legítima no debía abonarse con metálico ajeno a la herencia; (b) subsidiariamente y para el caso de que no se considerase que concurrían las causas de nulidad, se procediera a la rescisión por lesión de la partición.

Los demandados contestaron oponiéndose y al mismo tiempo formularon reconvenición, en la que pidieron: (a) que se aprobasen las operaciones particionales; (b) de forma subsidiaria, que se modificaran los valores asignados a los bienes, a los efectos del cálculo de la legítima; (c) que se declarasen imputables a la herencia los gastos de entierro y funeral y peritación de bienes, declarando que dicha cantidad debía descontarse del haber hereditario en la proporción que correspondiera contribuir a los gastos conforme a la partición.

6º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Peñaranda de Bracamonte, de 11 junio 2009 , desestimó en parte la demanda y en parte la reconvenición, con los siguientes argumentos: (a) no procedía declarar que debía haberse liquidado previamente la sociedad de gananciales, porque en la partición no se adjudicó a los herederos la finca ganancial, sino "un derecho abstracto que se materializará cuando se proceda a su liquidación, por lo que la adjudicación consiste en una cuota indivisa en los bienes de la herencia, un derecho abstracto de participación en una comunidad con una cuota ideal sobre dicho bien[...]"; (b) como en el caudal relicto no existía metálico, "[...]dificilmente se puede interpretar que se le abonara a las actoras su parte en dinero de la herencia, sino que lo que la causante quiere expresar al manifestar «el pago del haber que corresponda a estas podrá hacerse en metálico» es que sus hijos abonen de su peculio propio, si es su voluntad, a sus nietas su parte"; (c) entendió que el peritaje más correcto fue el aportado por la parte actora, de acuerdo con el que había que calcular que la legítima estricta alcanza una cantidad de 43.424,05? para cada legitimaria.

7º Ambas partes apelaron la sentencia. La SAP de Salamanca, de 7 diciembre 2009 , revocó en parte la sentencia recurrida. Los argumentos son los siguientes: (a) se confirma el razonamiento de la sentencia recurrida respecto a que no se requería la previa liquidación de los gananciales para poder proceder a la partición; (b) el contador partidador se había limitado a ejecutar la facultad de pago en metálico de la legítima concedida por la causante y permitida por la ley y ello con independencia de que se pagase con metálico extrahereditario; (c) los gastos de entierro y notaría "se integran en los gastos que la normalidad de los actos jurídicos llevados a cabo exigían a las partes desplegar la iniciativa necesaria para el logro de la adjudicación y partición, habiéndose realizado tales gastos en interés de las partes [...]".

8º Ambas partes interpusieron recurso de casación. Fueron admitidos los motivos primero al sexto del formulado por la representación procesal de D^a Manuela y D^a María Cristina y no fue admitido el formulado por la representación de D. Nicolas y D^a Angelina .

Constan las alegaciones de la parte recurrida.

**SEGUNDO** *Liquidación de la sociedad de gananciales y partición de los bienes hereditarios.*

Motivo primero . Infracción de los Arts. 659 , 661, 1.056 y 1.057 del Código Civil , en relación con los artículos 1.261 , 2, 1.344 , 1.379 , 1.392 y 1.396, también del Código Civil , en relación con la jurisprudencia contenida en las STS de 20-10-52 , 7-12-88 , 8- 03-95, 22-02-97 y 17-10-02 . Manifiesta que la sala estima que no es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales porque no se adjudica un bien ganancial, sino los derechos que corresponden a la causante, y que tanto la jurisprudencia citada como los preceptos referidos como infringidos se pronuncian en sentido contrario al decidido, porque no se podrá transmitir más de lo que se tiene.

El motivo se desestima.

La partición tiene como objeto las titularidades de la herencia, aunque no se dividan materialmente; por tanto, se efectúa una división jurídica, que no debe ser necesariamente una división material.

Cuando el matrimonio del causante se había regido por el régimen de gananciales, se suele proceder a la división de la sociedad, lo cual obliga a dividir y liquidar a su vez dos comunidades. La razón se encuentra en que hay que determinar, a los efectos del art. 659 CC , cuál es el objeto de la herencia, es decir, los bienes, derechos y obligaciones del causante que no se extingan con la muerte. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que entre las titularidades que integran el caudal relicto se encuentra la cuota que el causante casado ostentaba en la sociedad que se ha extinguido con su muerte (art. 1392.1 CC), de modo que como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia de esta Sala, cuando se produce el supuesto que determina la disolución de la sociedad, se transforma en una comunidad por cuotas sobre todos y cada uno de los bienes gananciales (SSTS 523/2004, de 10 junio ; 591/1998, de 19 junio , 17 febrero 1992 y 21 noviembre 1987 , entre otras). Por ello, serán dichas cuotas las que formarán parte del patrimonio relicto, a pesar de que no se haya procedido a la disolución de los gananciales.

Esta regla general, sin embargo, no es imperativa, de modo que la no liquidación previa de los gananciales no comporta la nulidad de la partición realizada, cuando de las circunstancias concurrentes pueda identificarse el objeto de la partición, es decir, el caudal relicto. Este supuesto concurre en el presente litigio, ya que:

1º Existe una única finca ganancial. Los derechos que corresponden a la causante sobre esta finca, se han atribuido a los dos hijos, legatarios de los tercios de mejora y libre disposición, con la siguiente fórmula: "*una mitad indivisa de los derechos gananciales que pertenezcan a la causante en la finca inventariada bajo el número 1*".

2º En virtud de la transformación de la comunidad de gananciales en comunidad por cuotas a consecuencia de la finalización de la sociedad, lo único que puede atribuirse es el derecho que la causante ostenta en dicha comunidad, que en el caso litigioso, será el que se determine en la posterior división de la comunidad subsistente entre el cónyuge superviviente y los atributarios de este derecho en la partición.

3º Aunque no se haya partido la sociedad, se cumple con atribuir el derecho que tiene el difunto en los bienes gananciales, porque esto es lo que tiene en su patrimonio.

4º Las disposiciones citadas como infringidas no se refieren a la cuestión que plantea, porque ninguna disposición en el Código civil exige la previa liquidación de los gananciales, que normalmente existirá, pero puede no coincidir con la de la herencia.

5º Las sentencias que se aportan como infringidas no imponen esta liquidación. En efecto, en la STS de 20 octubre 1952 se efectúa al mismo tiempo la partición de ambos patrimonios; en la STS de 7 diciembre 1988 se discutía si unas casas tenían o no el carácter ganancial y no aclarado este extremo, se afirma que nadie puede disponer de lo que no tiene; en las SSTS de 8 marzo 1995 , 120/1997, de 22 febrero y 968/2002 , de 17 octubre se discuten problemas de liquidación de la anterior sociedad de gananciales, ya que el causante habría contraído dos matrimonios y no se había liquidado el régimen correspondiente al primero, de donde la jurisprudencia de esta Sala entiende que no se había determinado el patrimonio del difunto. Ninguna de ellas se ajusta al actual litigio, en el que la albacea contadora partidora se ha limitado a adjudicar la parte correspondiente a los derechos que se ostenten en la sociedad de gananciales, con lo que el caudal hereditario está definido.

TERCERO. *Las operaciones particionales y la lesión de la legítima.*

Motivo segundo . En el motivo segundo las recurrentes alegan la infracción de los artículos 806 , 813, 1.056 , 1.057 , 1.075 y 1.079 del Código Civil en relación con la doctrina del T.S. contenida en las sentencias de 20-11-90 , 16-05-97 , 25-11-04 , entre otras. Defiende la parte recurrente que la modificación del valor de los bienes integrantes del caudal hereditario afecta a la legítima, y que ello supone, conforme a los preceptos



citados, la vulneración de la intangibilidad de la misma, lo que implica la infracción de tales preceptos, siendo la consecuencia de este perjuicio la nulidad o en su caso la anulabilidad de las operaciones particionales.

El motivo se desestima.

1º Se distinguen dos tipos de intangibilidad de la legítima: la cuantitativa y la cualitativa. Con el segundo tipo, la ley impide al testador imponer un gravamen al legitimario, mientras que en virtud de la intangibilidad cuantitativa, se impide otorgar menos de lo que por legítima corresponda. El primer tipo está previsto en el art. 813.2 CC, y su incumplimiento produce la nulación del gravamen, mientras que el segundo se encuentra en el art. 815 CC y da lugar al complemento de la legítima. Por tanto, ninguno de estas lesiones produce la nulidad. Si las recurrentes se están refiriendo a los valores de los bienes de la herencia a los efectos del cálculo de la misma, deberían haber denunciado la inaplicación del art. 815 CC y no del art. 813, por lo que se acaba de decir. Pero en cualquier caso, la intangibilidad afecta al causante, que no puede ni gravar al legitimario, ni dejarle menos de lo que por legítima le corresponda y abre las acciones que éste tiene para corregir las disposiciones que le perjudican. Cuando la lesión la produce la partición, no se puede hablar de intangibilidad, sino de corrección de las operaciones particionales.

2º La atribución de valores que perjudiquen la cuantía debida por legítima es una cuestión referida a su cálculo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 818 CC, pero no a los artículos citados como infringidos, ya que el art. 1056 CC regula la partición hecha por el testador, lo que no ha sucedido en este litigio, y lo mismo debe decirse del art. 1075 CC, que se refiere al mismo supuesto. El art. 1057 CC no contiene ninguna norma referida al cálculo de la legítima, cuando se haya facultado a una persona para ejercer las funciones de contador partidor y el art. 1079 CC obliga a adicionar los objetos o valores omitidos en la partición antes de proceder a su rescisión. De aquí se deduce que las disposiciones citadas como infringidas no tienen ninguna relación con el aparente problema planteado en este motivo.

3º En realidad, la cuestión la centran las recurrentes en la revisión de la prueba pericial, lo que no es posible efectuar en casación. Si la legítima se ha lesionado en las operaciones particionales, se conceden a los legitimarios las acciones de complemento de legítima, sin que ello comporte declarar la nulidad de las operaciones particionales. Así, por ejemplo, la STS de 31 mayo 1980 dijo que "El perjuicio de la legítima en la partición efectuada por el testador (art. 1075) exige la rectificación parcial aunque no excediere de la cuarta parte".

4º Las sentencias que cita la parte recurrente como infringidas no resultan aplicables a este razonamiento. Así, la de 20 noviembre 1990 resolvió un caso en el que la legitimaria denunció la omisión de determinados bienes y la infravaloración de los demás, manteniendo la sentencia citada la nulidad por los defectos detectados; la STS 1115/2004, de 21 noviembre trataba de "[...]la determinación de si, a los efectos de la nulidad solicitada en la demanda, en la confección de la partición de la herencia de doña Rocío, donde no intervinieron los actores como legatarios de parte alícuota bajo condición, se quebrantó o no la proporcionalidad de los lotes y se incurrió o no en error sustancial del contador partidor en la valoración de los bienes", por tanto, se trataba de un legado de parte alícuota, distinto también del actual. Finalmente, la STS 410/1997, de 16 mayo es un caso de liquidación de la sociedad de gananciales.

Por los mismos argumentos, si bien referidos a la rescisión, debe desestimarse también el motivo tercero, planteado como subsidiario del anterior. En el motivo las recurrentes alegan la infracción de los artículos 1.074, 1.075, 1.077 y 1.079 todos ellos del Código Civil. Defiende que si el perjuicio a la legítima no es considerado como causa de nulidad ha de ser considerado como causa de rescisión.

CUARTO. *Pago de la legítima en dinero.*

En el motivo cuarto alegan la infracción de los arts. 841, 842, 843 y 844 del Código Civil, y de los artículos 1.056, 1.061 y la doctrina del T.S. contenida en las Sentencias de 14-12-57, 31-03-70, 5-06-85, 7-12-88, 8-05-89, 18-03-91, 22-02-97 y 26-04-97. Matizan las recurrentes que se infringen los preceptos referidos al imponer a los herederos que liquiden el exceso de adjudicación con bienes propios, no provenientes de lo heredado.

En realidad, el motivo está dividido en dos submotivos: el primero se refiere a la infracción de los Arts. 841, 842, 843 y 844 CC, en relación con el pago en metálico de las legítimas autorizado por la causante. No se ha efectuado el pago, ni ha habido consignación y además no se ha aprobado judicialmente la partición, por lo que la petición de aprobación de las operaciones particionales era extemporánea. En el segundo submotivo se preguntan las recurrentes si la contadora partidora podía pagar con efectivo metálico ajeno a la herencia, por ser la legítima una *pars hereditatis* y no una *pars valoris*. La asignación de todos los bienes de la herencia a uno de los interesados, con la obligación de pagar las legítimas a los demás, transforma la condición de estos en la de titulares de un derecho de crédito. Esta decisión vulnera asimismo el Art. 1061 CC, porque habiendo



tres inmuebles en la herencia pudo respetarse el principio de equidad. No se dieron los requisitos que el Art. 841 CC posibilita el pago de la legítima en metálico.

El motivo cuarto, con sus dos submotivos, se desestima.

1º *La naturaleza del pago de las legítimas en dinero.* Aunque se citan como infringidos diversos artículos reguladores del pago de la legítima en dinero, en la redacción actual que fue introducida por la ley 11/1981, de 13 mayo, en realidad la argumentación se centra en la vulneración del art. 841 CC . El art. 841 CC permite al testador autorizar al contador partidador o a los demás herederos efectuar el pago en metálico de las legítimas y ello cuando adjudique los bienes relictos a uno o varios de los descendientes, supuesto que concurre en el presente litigio. Hay que tener en cuenta que el testador solo atribuye una facultad a quienes reciben el caudal hereditario frente a quienes no lo reciben. Para que esta opción sea eficaz, se requiere que la partición en que se ejecute la opción autorizada por el testador, sea aprobada por los hijos o descendientes y en su defecto, debe concurrir aprobación judicial (art. 843 CC).

La autorización del pago de las legítimas en dinero permite al hijo obligado a pagar a optar por atribuir bienes en lugar del dinero; esta posibilidad no se puede ejercer por los legitimarios afectados por la opción, ya que el art. 842 CC , cuya infracción se ha denunciado, establece que "cualquiera de los hijos o descendientes obligados a pagar en metálico la cuota hereditaria de sus hermanos podrá exigir que dicha cuota sea satisfecha en bienes de la herencia", lo cual excluye la denunciada infracción, porque las recurrentes pretenden que se declare que son ellas quienes están capacitadas para efectuar esta elección.

En consecuencia y para resumir lo dicho hasta aquí, los requisitos para que se produzca un pago en dinero de las legítimas son:

- a) que el testador lo haya autorizado;
- b) que estén de acuerdo en la conmutación o que se autorice judicialmente;
- c) que se atribuya a los autorizados el patrimonio relicto.

Estos requisitos concurren por lo que es válida la cláusula que atribuye la opción a los hijos descendientes, para pagar a las otras legitimarias su legítima en dinero.

2º *La posición del legitimario afectado por la autorización de conmutar .* Las recurrentes entienden que esta autorización convierte en un crédito la legítima *pars hereditatis* . Y desde el análisis puramente teórico llevan razón, porque según la doctrina, dicha autorización convierte al legitimario en un acreedor, que recibe la condición de legatario de crédito en la herencia donde esta posibilidad se ha establecido. Esta consecuencia es la que deriva de las normas que permiten esta conmutación. La configuración legal de la legítima en este caso impide la infracción del art. 841 CC , porque es la propia ley la que produce el cambio de naturaleza de la posición del legitimario en la herencia.

3º *El objeto de la conmutación .* El heredero o contador partidador autorizado para pagar las legítimas en dinero, puede hacerlo con dinero no hereditario. Es evidente que cuando el testador ha previsto la posibilidad de conmutación, ha tenido presente un interés más general que el pago de las correspondientes legítimas, como ocurre, por ejemplo, en el supuesto del art. 1056 CC . Preservando este interés, la ley permite cambiar la cualidad con que el legitimario va a participar en la sucesión y por ello autoriza este legado de crédito. Al ser un acreedor, no se requiere que el dinero que sirve para pagar la legítima forme parte del caudal relicto, teniendo en cuenta, además, el carácter fungible del dinero.

Como conclusión de lo dicho hasta aquí, debe declararse que no se han infringido las normas que encabezan el motivo que se está examinando. Respecto a las sentencias alegadas en el fundamento de este motivo, tratan cuestiones no relacionadas con la problemática del pago en dinero, por lo que no son aplicables al caso.

QUINTO. *El pago en metálico .*

De acuerdo con el art. 844 CC , los autorizados para efectuar el pago de las legítimas en dinero, deben comunicarlo a los afectados en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión y a partir de aquí, tienen otro año de plazo para realizar el pago.

Las recurrentes dicen que este pago no se ha realizado de acuerdo con las reglas del art 844 CC , puesto que no ha habido consignación de las cantidades ofrecidas. La prueba obrante en autos determina lo siguiente:

1º Una vez realizada la partición, se ofreció a las nietas de la causante, ahora recurrentes, el pago de las cantidades resultantes, de acuerdo con las operaciones de cálculo llevadas a cabo por la contadora partidadora y que este pago fue rechazado.

2º Como consecuencia de la sentencia de la 1ª instancia, se modificaron las cantidades a abonar, pero la sentencia aun no es firme porque las nietas han seguido recurriendo. Solo en el momento en que sea firme la sentencia que condena al pago de la cantidad de 43.424,05? a cada legitimaria, empezará a contar el segundo plazo de un año para el pago en metálico de la legítima.

SEXTO. *Los gastos efectuados en interés común.*

El *Motivo quinto* alega la infracción del art. 1.064 del Código Civil, con carácter subsidiario a la inadmisión de los anteriores. Dicen que no pueden estimarse gastos deducibles de la herencia los notariales. Con ello se infringe el Art. 1064 CC porque solo pueden deducirse los gastos de la partición hechos en el interés común, no los hechos en el interés particular de uno de los herederos.

El motivo se desestima.

El art. 1064 CC recoge una regla general en todo este tipo de operaciones particionales: los gastos generados en interés común deben correr a cargo de los beneficiados por dicho interés. La parte recurrente entiende que los gastos notariales no son deducibles, porque no era necesario el otorgamiento del cuaderno particional en escritura pública, pero esta alegación es demasiado simple, puesto que la escritura no favoreció solo a los herederos que la otorgaron, sino a todos los interesados en la herencia, de donde debe deducirse que no se trata de un gasto generado en interés particular de uno de los herederos. Lo mismo debe concluirse en relación con el peritaje realizado para la valoración de los bienes, que era necesario para fijar la cuantía de las legítimas.

SÉPTIMO. *Los intereses de la legítima.*

En el *motivo sexto* alegan las recurrentes la infracción del art. 847 CC, también con carácter subsidiario. Manifiestan que los intereses aplicables, conforme al precepto citado, han de ser los legales.

El motivo se desestima.

Es cierto que el art. 847 CC establece que desde la liquidación, el crédito de la legítima devengará el interés legal y ello es lo que ahora piden las recurrentes, que no pidieron los intereses en la demanda rectora de este pleito. Se trata, por tanto, de una nueva petición, que como tal, no puede aceptarse en casación, teniendo en cuenta, además, que las legitimarias recurrentes rechazaron en su momento el pago que les fue ofrecido, cuya aceptación no les impedía pedir el complemento de legítima, si como ocurrió, las valoraciones llevadas a cabo arrojaban un importe superior de la cantidad a percibir.

OCTAVO. *Desestimación del recurso de casación y costas.*

La desestimación de todos los motivos admitidos del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Dª Manuela y Dª María Cristina contra la SAP de Salamanca, de 7 diciembre 2009, determina la de su recurso.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 398.1 LEC, procede imponer a las recurrentes las costas de su recurso de casación.

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

FALLAMOS

1º Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Dª Manuela y Dª María Cristina contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 7 diciembre 2009, dictada en el rollo de apelación 496/2009.

2º No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3º Se imponen a las recurrentes las costas de su recurso de casación.

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 Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller .-Encarnacion Roca Trias.- Ignacio Sancho Gargallo .-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Rubricados.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. 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.