



Roj: **STSJ GAL 2738/2013 - ECLI:ES:TSJGAL:2013:2738**

Id Cendoj: **15030310012013100013**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **13/02/2013**

Nº de Recurso: **22/2012**

Nº de Resolución: **3/2013**

Procedimiento: **Recurso de Casación Autonómico**

Ponente: **MIGUEL ANGEL CADENAS SOBREIRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP OU 363/2012,**
STSJ GAL 2738/2013

T.S.X.GALICIA SALA CIV/PE

A CORUÑA

SENTENCIA: 00003/2013

SENTENCIA Núm. 3

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

Sala de lo Civil y Penal

Excmo. Sr. Presidente:

Don Miguel Angel Cadenas Sobreira

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don Pablo A. Sande García

Don José Antonio Ballesteros Pascual.

A Coruña, trece de febrero de dos mil trece.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los magistrados expresados en el encabezamiento, vio el recurso de casación número 22/2012, interpuesto por doña Catalina y de los hijos de ésta Roman e Evangelina , representados por el procurador don Antonio Pardo Fabeiro, con la asistencia de la letrada doña Eugenia Cabrera Fernández, contra la sentencia dictada el 2 de mayo de 2012 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ourense, en el rollo número 326/2011 , conociendo en segunda instancia de los autos de procedimiento ordinario número 556/2009, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Ourense, sobre nulidad de partición hereditaria, siendo recurrida doña Lourdes y don Gervasio y doña Zaira , representados por el procurador don Juan Pedro Perreau de Pinninck y Zalba, con la asistencia letrada de don Manuel González Adán.

Es ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Angel Cadenas Sobreira.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero .- Con fecha de registro de entrada el 12/5/2009 D^a. Catalina ,y en nombre y representación de sus hijos Roman e Evangelina , representados por el procurador Sr. Marquina Fernández, interpuso demanda de juicio Ordinario ante el juzgado decano de 1ª Instancia de los de Ourense frente a D. Gervasio y D^a Zaira y



D^a Lourdes , correspondiéndole al juzgado de 1^a Instancia nº 5 (antes mixto nº 8) de los de Ourense, que lo tramitó con el nº 556/09. En ella, tras las alegaciones de hecho y de derecho correspondientes, se terminaba suplicando se dictase sentencia "por la que: 1. Se declare nula, de pleno derecho y carente de eficacia la partición hereditaria de bienes, efectuada por el propio testador, D. Pedro Francisco , por medio de testamento abierto otorgado en Ourense, en fecha 18 de enero de 2007, ante el notario Sr. Calatayud Sempere, bajo el núm. 199 de su protocolo. 2. Que se ordene la práctica de la partición judicial de la herencia de Don Pedro Francisco , con formación de inventario, avalúo, división y liquidación de los bienes; operaciones, que se llevarán a efecto en ejecución de sentencia; ordenando la exclusión de los bienes asignados a los nietos del testador bajo los epígrafes B.2 y B.3 del cupo correspondiente, es decir, "el piso NUM000 , de la CALLE000 , de esta ciudad de Ourense" y "el solar de DIRECCION000 , municipio de Pereiro de Aguiar", por ser privativos de los propios nietos". 3. Que, con carácter subsidiario y admitiendo que la asignación de lotes realizada por el propio testador en el testamento expresa su voluntad al menos en la correspondiente asignación de valores, se proceda - en ejecución de sentencia- a realizar un nuevo reparto por el valor proporcional equivalente a los lotes asignados en el testamento, previa corrección de los errores de inclusión asignados en el testamento, previa corrección de los errores de inclusión habidos en el mismo, en relación con los bienes asignados a los nietos del testador bajo los epígrafes B.2 y B.3 del cupo correspondiente, es decir, "el piso NUM000 , de la CALLE000 , de esta ciudad de Ourense" y "el solar DIRECCION000 ", municipio de Pereira de Aguiar", detrayéndolos del caudal por ser privativos de los propios nietos. Habría, en consecuencia, que complementar el lote asignado a los nietos, sustituyendo tales bienes privativos por otros similares o, en su caso, por el valor equivalente, que se detraerían del caudal asignado a los demás herederos. 4. Que, en todo caso y subsidiariamente también, se ordene la práctica judicial de una nueva partición de la herencia de D. Pedro Francisco , procediéndose - en ejecución de sentencia- a la formación del cuerpo general de bienes mediante el oportuno inventario, del que deberán excluirse los bienes asignados a los nietos del testador bajo los epígrafes B.2 y B.3 del cupo correspondiente, es decir, "el piso NUM000 , de la CALLE000 , de esta ciudad de Ourense" y "el solar de DIRECCION000 , municipio de Pereiro de Aguiar", por ser privativos de los propios nietos, y realizando las adjudicaciones que en derecho fueran pertinentes en orden a respetar la legítima que le corresponde por Ley a mis mandantes. 5. Que se condena a los demandados por estar y pasar por las anteriores declaraciones, así como al pago de las costas procesales causadas".

Segundo - Mediante auto de 22/5/2009 se admitió a trámite la demanda, se emplazó a los demandados y contestada que fue la demanda, tuvo lugar la audiencia previa el 10/2/10, en que las partes se ratificaron en sus respectivos escritos. Recibido el proceso a prueba, por los actores se propuso la documental y testifical y por la parte demandada documental y testifical. Admitida la correspondiente, se celebró el juicio el 12/5/10, continuando el 16/9/10, con la práctica de la prueba y conclusiones, quedando los autos vistos para sentencia.

Tercero - Con fecha 22/10/2010 el juzgado dictó sentencia con la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda interpuesta por el procurador D. Jesús Marquina Fernández, en nombre y representación de Catalina , contra D. Gervasio , Zaira y Lourdes , absuelvo a éstos de los pedimentos efectuados en su contra, sin expresa imposición de costas.

Cuarto - Frente a la referida sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora, dando lugar al Rollo de apelación nº 326/11, Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Ourense .

El recurso fue impugnado por la parte apelada, los demandados D. Gervasio y D^a Zaira y D^a Lourdes , representados por el procurador Sr. Soto Pérez. Tras los trámites oportunos, la Audiencia Provincial dictó sentencia el día 2/5/2012 con la siguiente parte dispositiva: "Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a Catalina (en nombre propio y en representación de sus hijos Roman e Evangelina), el procurador de los tribunales D. Jesús Marquina Fernández, y estimando la impugnación formulada por la representación procesal de D^a Lourdes , D. Gervasio y D^a Zaira , el procurador de los tribunales D. Ángel Soto Pérez, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 (antes mixto nº 8) de los de Ourense, en autos de juicio ordinario nº 556/09, Rollo de Sala nº 326/11, el 22 de octubre de 2010, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el único extremo de imponer las costas de la instancia a la parte actora, a la que se imponen también las costas correspondientes a su recurso, sin expresa condena respecto a las restantes de la alzada".

Quinto - Con fecha 31/5/12 el procurador D. Jesús Marquina interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, articulando los siguientes motivos:

1 - Por infracción procesal: A) Infracción de las normas reguladoras de la sentencia (art. 469.1.2º en relación con el art. 218 LEC). B) Error en la valoración de la prueba que demuestra desconocimiento por parte del juzgador de Hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre (vulneración del art. 2.1 de la Ley 5/2005, de 25 de abril , en relación con los arts. 216 de la LEC).



2 - De casación: 1º Vulneración por aplicación indebida del artículo 276 de la Ley 2/2006 , de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (LDCG). 2º Vulneración por aplicación errónea del art. 275 de la Ley 2/2006 , de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (LDCG). 3º Vulneración por inaplicación del artículo 273 y aplicación errónea del artículo 244, ambos de la Ley 2/2006 , de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (LDCG).

Y 4º Vulneración por inaplicación del artículo 247 de la Ley 2/2006 , de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (LDCG).

El recurso suplicaba lo siguiente: "... dicte sentencia: - *Estimatoria del recurso extraordinario por infracción procesal y proceda a anular la resolución recurrida y la de la instancia, dictando sentencia congruente con todas las peticiones de esta parte realizando una valoración correcta de la prueba practicada.*

O, en el caso de desestimarse el recurso extraordinario por infracción procesal,

- Dicte sentencia estimatoria del recurso de casación y de conformidad con los motivos expuestos case la sentencia citada."

Sexto - La Audiencia Provincial tuvo por interpuesto el recurso dicho por diligencia de ordenación de 4/6/12, acordando su remisión a la Sala de lo Civil y Penal del TSJ Galicia.

Por diligencia de ordenación de 28/6/12 la Sala de lo Civil y Penal del TSJG dio por recibido el proceso y le dio trámite. En fecha 13/6/12 se personó la parte recurrente en casación, demandante y apelante, a través del procurador Sr. Pardo Fabeiro, y con fecha 15/6/12 lo hizo la parte demandada a través del procurador Sr. Perreau de Pinnink y Zalba.

Séptimo - Con fecha 18/9/2012 la Sala dictó auto acordando " *inadmitir el motivo letra B) de infracción procesal formulado por el procurador Sr. Marquina Fernández en la representación que ostenta al interponer recurso de casación frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ourense en el Rollo de Apelación 326/2011 . Sin perjuicio de ello, se admite el recurso de casación respecto de los restantes motivos que asimismo contiene (de infracción procesal y de casación) "*

Tras haberse opuesto al recurso como obra en autos la parte demandada recurrida el 19/11/12, por providencia de 23/11/12 se señaló para deliberación, votación y fallo del recurso el día 10/1/2013, pospuesto -diligencia de ordenación de 9/1/2013- para el día 17 siguiente, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero - Frente a la sentencia que dictó la Audiencia Provincial de Ourense, Rollo de apelación nº 326/11 , confirmatoria de la dictada en su día por el juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Ourense en el juicio Ordinario nº 556/09, en cuanto que desestima la demanda e imponiendo las costas de primera instancia a la parte actora, interpone recurso de casación y extraordinario por infracción procesal la parte demandante con la siguiente literal suplica: "... *que dicte sentencia:*

- Estimatoria del recurso extraordinario por infracción procesal y proceda a anular la resolución recurrida y la de instancia, dictando sentencia congruente con todas las peticiones de esta parte realizando una valoración correcta de la prueba practicada.

O, en el caso de desestimarse el recurso extraordinario por infracción procesal,

- Dicte sentencia estimatoria del recurso de casación y de conformidad con los motivos expuestos case la sentencia citada".

La parte articula en su recurso los siguientes motivos de infracción procesal:

A) *Infracción de las normas reguladoras de la sentencia (art. 469.1.2º en relación con el art. 218 LEC). B) Error en la valoración de la prueba que demuestra desconocimiento por parte del juzgador de Hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre (vulneración del art. 2.1 de la Ley 5/2005, de 25 de abril , en relación con los arts. 216 de la LEC).*

De ambos motivos, solo cabe el examen del apartado A) puesto que el contenido en el apartado B) ha sido inadmitido por la Sala mediante auto de 18/9/12, cuyas razones al efecto se dan aquí por reproducidas.

El recurso de casación se articula en razón de los cuatro motivos siguiente: 1º Vulneración por aplicación indebida del art. 276 LDCG 2/2006.

2º Vulneración por aplicación errónea del art. 275 LDCG 2/2006. 3º. Vulneración por inaplicación del art. 273 y aplicación errónea del art. 244, ambos LDCG 2/2006. Y 4º. Vulneración por inaplicación del art. 247 de la LDCG 2/2006.



Segundo - En el único motivo de infracción procesal cuyo examen procede, el contenido en el apartado A) correspondiente a aquella infracción, la parte argumenta que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial incurre en incongruencia interna y, también, omisiva. En concreto, la parte afirma la denunciada incongruencia interna, en esencia, dado que la sentencia de apelación sostiene "apartándose de la de instancia, que el testamento contiene, no una verdadera partición, sino solo normas particionales" y que, por tanto, el efecto de esta declaración sería "la consideración, en todo caso, de cualquiera de las dos peticiones subsidiarias, peticiones a las que no da paso la sentencia de apelación. Se evidencia, pues, la incongruencia interna de tal sentencia...".

Y al hilo de denunciar incongruencia omisiva, insiste en el planteamiento, y concluye afirmando "... y partiendo de un fundamento jurídico diferente e incompatible con el de instancia -estimando que el testamento constituye solo un supuesto de normas particionales- aunque sin pronunciarse sobre las demás peticiones de esta parte, las cuales serían sin duda una consecuencia jurídica derivada de tal posicionamiento: todo ello nos hace concluir que en dicho sentido la sentencia en cuestión incurre en la incongruencia omisiva denunciada".

Tercero - La previsión de congruencia de las sentencias que contiene el art. 218 de la LEC impone -según reiterada jurisprudencia- la racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos objeto de las mismas, aun sin implicar la absoluta concordancia, de manera que, con el debido respeto al componente jurídico de la acción y al soporte fáctico ofrecido por los litigantes, el juzgador está facultado para establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada. En palabras de la STS de 14/4/2011, el deber de congruencia, consistente en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, existe allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada.

No se pueden confundir los límites que impone la *causa petendi* con los demás elementos de decisión que se introducen en el asunto, una vez formulada la demanda, ni la compatibilidad de la congruencia con el principio *iura novit curia*, puesto que los órganos judiciales, en razón de oficio, no tienen que ajustar los razonamientos que motivan la respuesta judicial a las alegaciones de carácter jurídico que aduzcan las partes, por lo que pueden basar sus decisiones en Fundamentos jurídicos distintos. Así, la jurisprudencia sostiene que no se produce incongruencia por el cambio de punto de vista del Tribunal respecto al mantenido los interesados siempre que se observe absoluto respeto para los hechos, que son los únicos elementos que pertenecen a la exclusiva disposición de las partes, si bien con la facultad del juzgador de fijar los alegados de modo definitivo según el resultado de las pruebas (STS 9/2/98). En este contexto, la denominada incongruencia interna alude de modo más específico a la adecuada relación entre el suplico de demanda y el fallo de la sentencia, pero también se extiende al caso de que se contradigan fundamentos de derecho y fallo o, incluso, pronunciamientos del propio fallo (STS de 23/2/2000).

Por otra parte, la incongruencia omisiva aparecerá cuando se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita, lo que impone un proceso comparativo entre el suplico del escrito de demanda y la parte resolutive de las sentencias que deciden los litigios (STS de 5/11/1997). Y respecto de la incongruencia ultra petita, fuera de lo pedido, la STS de 1/10/2010 indica que se produce cuando la sentencia resuelve sobre pretensiones o excepciones no formuladas por las partes alterando con ello la causa de pedir (entendida como conjunto de hechos decisivos y concretos, en suma relevantes, que fundamenta la pretensión y es susceptible, por tanto, de recibir por parte del órgano jurisdiccional competente la tutela jurídica solicitada...), fuera de lo que permite el principio *iura novit curia* ..., que no autoriza a alterar los hechos fundamentales en que las partes basan sus pretensiones.

Finalmente, la dimensión constitucional de la congruencia ha sido puesta de relieve en muy diversas ocasiones por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. En concreto, la STCo. 49/1992 dejó dicho que una resolución judicial que altera de modo decisivo los términos en que se desarrolla la contienda, sustrayendo a las partes el verdadero debate contradictorio propuesto por ellas, con merma de sus posibilidades y derecho de defensa y que ocasione un fallo o parte dispositiva no adecuado o ajustado sustancialmente a las recíprocas pretensiones de las partes, incurre en la vulneración del derecho a la congruencia amparado por el art. 24.1 de la Constitución (SSTC 29/1987 [RTC 1987, 29] y 211/1988).

Cuarto - No incurre la sentencia que dictó la Audiencia Provincial en la incongruencia pretendida en casación. El pronunciamiento de esta sentencia ha sido confirmatorio de la dictada por el juzgado en cuanto desestima íntegramente la demanda, de tal modo que se pronuncia sobre todas las pretensiones que en esta se formulan, tanto principal como subsidiariamente. Y lo hace también motivadamente en sus fundamentos de derecho, que además son congruentes entre sí y con el pronunciamiento desestimatorio, ajustándose a las previsiones del art. 218 LEC, por tanto no infringido.



Considera la sentencia de la Audiencia Provincial en su Fundamento 3º que el testamento otorgado por D. Pedro Francisco , en torno al que gira la demanda y peticiones de su suplico, no contiene una partición sino "normas particionales"; a partir de lo cual, la Audiencia argumenta que "... mal puede admitirse la demanda donde se pide precisamente, la nulidad de la partición testamentaria. Si ésta no medió, no cabe hablar de la partija conjunta contemplada en el art. 276...". Asimismo, en el fundamento 4º de su sentencia la Audiencia complementa la decisión argumentando: "En cualquier caso, no concurren las causas de nulidad invocadas en la demanda ni se probó lesión en la legítima de los nietos del causante, cuestiones que vuelven a plantearse en el recurso de modo contradictorio con la alegación de inexistencia de partición. Como ya se razonó no ha mediado disposición de bienes ajenos... En cuanto a la legítima, la demanda no precisa el valor de los bienes para efectuar el correspondiente cálculo... Por último, no daría lugar a la nulidad la insuficiencia de los bienes adjudicados para satisfacer la legítima porque...".

Por consiguiente, por un lado, la Audiencia Provincial, si bien separándose de la sentencia del juzgado, considera que en el caso no hay partición y que ello obsta, por las razones que dice, a la viabilidad de las peticiones principales de la demanda (puntos 1 y 2 del suplico); pronunciamiento que al margen de su impugnación como cuestión sustantiva, no por infracción procesal, y de fondo, a tratar del modo que proceda en función y en el contexto de las infracciones legales denunciadas vía motivo de casación, no puede ser tildada de incongruente, pues al margen de las consideraciones de las partes, sin mutar la causa de pedir ni los hechos propios del proceso, meramente y vía *iura novit curia* hace una calificación jurídica del contenido testamentario en juego diferente del de instancia; cambio de punto de vista jurídico del tribunal de apelación dentro de sus facultades al efecto, sin modificar hechos o la cuestión litigiosa planteada; por encima, y así lo consigna la sentencia de la Audiencia en su fundamento 3º, la propia parte actora-recurrente "sostiene ahora que no existe partición (página 3 del recurso, párrafo 3º y página 5, *in fine*)...".

Por otro lado, a partir de que la conclusión precedente no conlleva por y en sí misma una admisión de lo pedido subsidiariamente, la Audiencia Provincial también rechaza estas peticiones de la demanda. Si en los fundamentos 2º y 3º de su sentencia la Audiencia dice que sin partición mal puede admitirse la demanda donde se pide, precisamente, la nulidad de la partición testamentaria, en el 4º argumenta -cuestionable en su caso vía motivos de recurso de casación- que en cualquier caso no concurren "las causas de nulidad invocadas en la demanda ni se probó lesión en la legítima de los nietos del causante... Como ya se razonó, no ha mediado disposición de bienes ajenos... En cuanto a la legítima, la demanda no precisa el valor de los bienes...".

En definitiva, no prospera el motivo de infracción procesal a examen, la infracción que del art. 218 LEC en él se contiene, puesto que la sentencia recurrida no padece la argüida incongruencia interna, que no le supone una distinta motivación jurídica propia del principio *iura novit curia* , sin alteración de la causa de pedir ni los hechos sustanciales. Como tampoco presenta incongruencia omisiva al no haber habido, según lo ya razonado, omisión de pronunciamiento en torno a las pretensiones formuladas en el proceso.

Quinto - Los cuatro motivos del recurso de casación e infracciones legales que lo sustentan (las de los arts. 276 , 275 , 273 y 244 , y 247, todos de la LDCG 2/2006), se examinan en función de la argumentación que en ellos se contiene y del suplico de la demanda, atendiendo a que en el recurso de casación la parte interesa para el caso de desestimarse "el recurso extraordinario por infracción procesal", que se dicte sentencia "estimatoria del recurso de casación y de conformidad con los motivos expuestos case la sentencia citada".

En lo sustancial, en el motivo 1º de casación, aplicación indebida del art. 276 LDCG , la parte termina diciendo: "A la vista de lo expuesto, es evidente que no se puede considerar que los dos testamentos abiertos existentes, otorgados separadamente por constituyan la forma de partir conjunta y unitaria, a la que se atiene el art. 276 de la LDCG . Es evidente, en consecuencia, que existe motivación suficiente para anular el testamento otorgado por el causante Don Pedro Francisco , no solo por adjudicar bienes ajenos, sino también por lesionar seriamente los derechos legítimos".

En el motivo 2º, aplicación errónea del art. 275 LDCG , se argumenta que "...lo cierto es que aun suponiendo que se trata de normas particionales, nunca podrá el testador disponer, a través de tales normas, de bienes ajenos al ámbito de su propiedad. Sostiene, sin embargo, erróneamente la sentencia recurrida que el causante... En concreto, consta acreditado en autos, a través de la valoración de la prueba desarrollada en el proceso, que hace el juzgador de instancia... En todo caso y según consta en autos, lo cierto es que el piso 4º..... Y consta asimismo que el solar de DIRECCION000".

En el motivo 3º del recurso, inaplicación del art. 273 y aplicación errónea del art. 244 LDCG , concluye la parte: "Aunque es cierto, según hemos reiterado en apartados anteriores, que esta parte no presentó directamente con la demanda ninguna valoración de los bienes, sí aceptó o asumió la valoración aportada de contrario.... Y según consta en autos, contradiciendo la apreciación de la sentencia recurrida en relación con el art. 244 citado, lo cierto es que la citada valoración viene justificada por los correspondientes documentos de valoración...".



Finalmente, en el motivo 4º, inaplicación del art. 247 LDCG , la parte lo vincula al apartado 3 del suplico y concluye el mismo diciendo: "Habiendo quedado demostrado en autos.... que el testador había adjudicado a mis representados... Tal situación tendría que conducir al reconocimiento, al menos, del derecho que los actores interesan en el apartado 3 del suplico...".

Sexto - En el fundamento jurídico 2º de la sentencia que en su día dictó el juzgado se dejó dicho que había de partirse "...de los siguientes hechos: 1) Don Pedro Francisco , falleció el día 9 de enero de 2008, habiendo otorgado testamento con fecha de 18 de enero de 2007 en virtud del cual:

**- Lega a su esposa Lourdes todos los bienes muebles y el usufructo universal y vitalicio de la herencia.*

**- Procede a realizar la partición de sus bienes con arreglo al capítulo VII de la Ley 2/2006 de derecho civil de Galicia, formando los siguientes cupos o hijuelas:*

A).- A sus hijos Gervasio y Zaira por mitades indivisas la participación y derechos que le corresponden en los siguientes bienes:

- Tres naves con terreno y vivienda sita en parcela NUM001 , calle NUM000 , en el Polígono de San Cibrao das Viñas.

- Nave con dos viviendas, sita en parcela NUM002 , en el Polígono de San Cibrao das Viñas.

- Casa chalet en DIRECCION001 , DIRECCION002 , Nogueira de Ramuín.

- Finca " DIRECCION003 " sita en Valdopereiro Nogueira de Ramuín.

- Participaciones sociales de la empresa CARPINTERÍA DELMIRO FERNÁNDEZ S. L.

B). A sus nietos Roman e Evangelina (hijos del heredero premuerto Ernesto) por mitad e iguales partes indivisas, la participación y derechos que le corresponden en los siguientes bienes:

1).- Dos locales en la calle Monte Medulio, nº 7, Ourense.

2).- Piso NUM000 de la CALLE000 , Ourense.

3).- Solar de DIRECCION000 , Pereiro de Aguiar.

En el remanente de los bienes instituye herederos a sus hijos y nietos por partes iguales.

Doña Lourdes , quien todavía no ha fallecido, otorgó, a su vez, testamento en la misma fecha de 18 de enero de 2007 en el que dispone, mutandis mutandis, las mismas cláusulas que en el testamento de su esposo.

Los bienes adjudicados a los hijos Gervasio Y Zaira y los dos locales en la calle Monte Medulio, nº 7, Ourense adjudicados a Roman e Evangelina , tienen carácter ganancial, sin que se haya procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales.

El solar de DIRECCION000 , Pereiro de Aguiar, también denominado " DIRECCION004 " figura adquirido por Don Ernesto en virtud de escritura pública de compraventa de 11 de abril de 1989, y figura a nombre de sus herederos en el Catastro.

El piso de la CALLE000 NUM001 , NUM003 , figura a nombre de los demandantes en el Catastro. El contrato de suministro de agua de la vivienda se halla a nombre del causante Pedro Francisco " .

La Audiencia Provincial asume lo que dejó consignado el Juzgado de 1ª Instancia con las matizaciones que puedan derivarse de los argumentos de su sentencia al hilo de resolver el recurso de apelación formulado en su día en lo que tengan de declaración fáctica, en especial fundamentos jurídicos 3º y 4º, parte de los cuales han quedado transcritos en el precedente fundamento 4º.

Asimismo y como se dejó consignado anteriormente la Audiencia afirma que el testamento de que aquí se trata no contiene una partición sino "normas particionales". A estos efectos poner de relieve que, al margen de la partición parcial (art. 273 LDCG ; art. 1079 del Código Civil), el art. 275 LDCG establece que podrán ordenarse en testamento disposiciones particulares sobre la partición de la herencia que habrán de observarse al hacer la misma. Por otra parte, también el art. 786.1 LEC dispone que el contador realizará las operaciones divisorias con arreglo a lo dispuesto en la ley aplicable a la sucesión del causante; pero si el testador hubiere establecido reglas distintas para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, se atenderá a lo que resulte de ellas, siempre que no perjudiquen la legítima de los herederos forzosos.

Objeto de pronunciamientos jurisprudenciales diversos (SSTS de 21/7/86 , 4/2/1994 , 7/9/1998 ...), cabe considerar verdadera partición cuando el testador ha distribuido sus bienes practicando expresa o implícitamente las operaciones propias, adjudicando el testador directamente todos los bienes a los herederos. No habrá partición sino normas para la partición - vinculantes en principio en cuanto son manifestación de la



voluntad del causante, y así lo prevé el art. 275 LDCG - si el causante testador se limita a expresar su voluntad de que cuando se parta o a través de una auténtica partición, determinados bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos, cuando aquel se limita a ordenar que uno o varios bienes concretos se incluyan en la cuota o parte de determinados herederos. La STS de 8/3/1989 decía: "...cuando un testador, diciendo hacer uso de la facultad que le confiere el art. 1.056 del Código Civil, se limita en su testamento a adjudicar algunos de sus bienes a sus herederos forzosos, a los que atribuye por partes iguales el remanente de los demás bienes no adjudicados, y reserva la práctica de las operaciones particionales para que la realicen los contadores-partidores por él nombrados expresamente, tales adjudicaciones, aunque siempre respetables dentro de los límites legales, no pueden conceptuarse como una partición, a los efectos prevenidos en el citado precepto, como tiene declarado esta Sala (Sentencias de 9 de marzo de 1961, 25 de enero de 1971 y 15 de febrero de 1988)".

En definitiva, si estamos en términos del art. 275 y demás correspondiente LDCG, la consecuencia es su vinculación a la hora de hacer una partición aún inexistente en la que habrán de respetarse las legítimas (en la hecha por el testador, art. 273 LDCG), previa su fijación correspondiente en el contexto de la misma (de conformidad con los arts. 244 y siguientes LDCG), que en su caso exigirá asimismo, aparte de considerar las previsiones de los arts. 205 y siguientes LDCG en torno a la disposición testamentaria de un bien ganancial, la liquidación de la sociedad de gananciales (entre otras diversas, STS de 17/10/2002).

Séptimo - No resulta acogible la vulneración del art. 276, y tampoco la del art. 275, ambos de la LDCG, que se deduce en los motivos 1º y 2º del recurso de casación. La Audiencia provincial concluye que el testamento otorgado el día 18/1/2007 por D. Pedro Francisco no contiene una partición sino normas o disposiciones particionales, de las contempladas en el artículo 275 LDCG; calificación esta que, aparte de ajustarse al precepto y en lo esencial a lo consignado al efecto en el fundamento anterior, no puede decirse que se combata en el motivo 2º de casación, si bien denuncia aplicación errónea del precepto citado. El motivo no deja de reconocer que "...aun suponiendo que se trata de normas particionales...". Tanto más cuanto que, según hace constar la sentencia de la Audiencia Provincial (fundamento jurídico 3º), "la propia actora sostiene ahora que no existe partición (página 3 del recurso, párrafo 3º, y página 5, in fine)..."; leyéndose, efectivamente, en el recurso de apelación (Folio 258): "Lo cierto es que, ni existe partición hereditaria, ni hay partición conjunta y unitaria...". En todo caso, el motivo se dirige (fundamento precedente 5º) a discutir una valoración probatoria (el testador habría dispuesto de bienes ajenos), lo que, con aquel contexto, es causa suficiente de desestimación.

El hecho de encontrarnos, así, ante normas particionales, y no ante una partición, tiene trascendencia, pues no hay efectiva transmisión de los bienes pretendidamente adjudicados por el testador al momento de su fallecimiento, y será la partición que en su día se realice la que podrá producir el referido efecto. Una partición llevada a cabo por el testador producirá efectos jurídicos reales desde la muerte del causante, no llegando a nacer la comunidad hereditaria por adquirir los herederos, en tal caso, los bienes adjudicados (art. 1068 del Código Civil); pero si se trata de meras disposiciones particulares sobre la forma de llevarse a cabo la partición, se producirán efectos obligacionales, como instrucciones al efecto, vinculantes en la medida que la voluntad del testador es ley fundamental de la sucesión y proceda que sea respetada desde pautas de legalidad imperativa.

La Audiencia Provincial argumenta (fundamentos 3º y 4º de su sentencia) tanto que si bien la literalidad de lo que se anuncia en la cláusula 3ª del testamento, en él el testador "no realiza una adjudicación directa de bienes, se limita a formar los cupos o hijuelas, adjudicando la participación y derechos que le corresponden en los siguientes bienes...", como que tampoco dispone de bienes ajenos, sino en exclusiva de los que pudieran pertenecerle y una vez efectuada la oportuna liquidación de la sociedad de gananciales. Al propio tiempo, también deja constancia la Audiencia de que la propia actora "sostiene ahora que no existe partición (página 3 del recurso, párrafo 3º, y página 5, in fine), afirmación que, además de suponer una alteración de los términos de la litis, inadmisiblemente procesalmente..."

En sus términos, el Sr. Pedro Francisco en el testamento que otorgó el 18/1/2007, por un lado, se limita en la cláusula 2ª del mismo a legar a su esposa el pleno dominio de los bienes muebles y el usufructo universal y vitalicio de su herencia; por otro, en la cláusula 3ª, a pesar de que dice realizar partición, meramente forma cupos o hijuelas para sus hijos por mitad e iguales partes indivisas, la participación y derechos que le corresponden en los concretos bienes que dice, y para sus nietos "por mitad e iguales partes indivisas, la participación y derechos que le corresponden en los siguientes bienes..."; finalmente, en la cláusula 4ª dispone que "en el remanente de sus bienes, instituye herederos, por iguales partes, a sus nombrados hijos y nietos... heredando los primeros por cabezas y estos, por estirpes".

Así pues, como ha concluido la Audiencia Provincial, mantenido en casación, con la postura de la parte actora en apelación y casación que se dejó dicha, el testador no realiza una partición. Sin inventario ni avalúo, sin liquidación de la sociedad de gananciales practicada, aquel solamente viene a ordenar que algunos bienes



concretos, la participación y derechos que en ellos le corresponden se incluyan en los cupos o hijuelas que forma, y que lo hace "por mitad e iguales partes", sin que tampoco diga hacer esto con todos los bienes, con el íntegro caudal, puesto que en cláusula posterior instituye herederos por iguales partes a hijos y nietos "en el remanente de los bienes".

Según queda establecido, se está en presencia del supuesto del art. 275 LDCG . Que es expresión de la voluntad del testador de que a través de una verdadera partición -la única-, sobre determinados bienes y en la medida en que se haga, y la ley lo permita, se adjudique según dice. Queda obstada, asimismo, toda posible partición conjunta (art. 276 LDCG); tanto más cuanto que en el caso presente no existe documento conjunto alguno, materializador formal del acuerdo particional que posibilita la figura legal mencionada.

Octavo - Por consiguiente, mantenida en casación la inexistencia de partición en el testamento de que aquí se trata, tampoco parcial ex artículo 273 LDCG , rechazada la infracción que de los arts. 276 y 275 LDCG se denuncia, las peticiones contenidas en los apartados 1 y 2 del suplico de la demanda son inviables. No cabe anular una partición que se dice que contiene un testamento cuando legalmente no existe tal, cuando este testamento en realidad no contiene partición, como tampoco cabe, por derivación de lo anterior, condenar judicialmente a hacer una nueva, no habiéndose partido, correcta o incorrectamente. Máxime todo ello cuando resulta que articulándose la demanda sobre la base de la existencia de partición, según se dice en hechos y derecho (gráficamente el apartado "Fondo del asunto" de la demanda anuncia "Nulidad de la partición hereditaria del testador, por razón de su objeto") y se pide en el suplico (ya transcrito), sin embargo ya en apelación -y así lo hace constar la Audiencia- la parte actora y aquí recurrente alega incluso que no existe aquella, en contraposición a la demanda, mutación improcedente que compromete la demanda misma.

Así pues, las peticiones de los apartados 1 y 2 del suplico de demanda, formuladas con carácter principal y en las que se instaba la declaración de nulidad de la partición que se decía efectuada en el testamento que otorgó el día 18/1/2007 el Sr. Pedro Francisco y -por ello- la práctica de nueva partición judicialmente, han sido desestimadas por la Audiencia Provincial sin concurrir las infracciones legales pretendidas en casación.

Noveno - Las peticiones de los apartados 3 y 4 del suplico de la demanda, subsidiarias, transcritas literalmente en el primer antecedente de hecho, han de ser consideradas en el contexto que se dejó expuesto en los fundamentos precedentes y en función de los motivos de casación formulados al efecto.

En la demanda se pide con carácter principal la nulidad de la partición... y la práctica de la partición judicial de la herencia de D. Pedro Francisco , en los íntegros términos que quedaron recogidos en esta propia resolución; y con carácter subsidiario, se pide que sea realizado "un nuevo reparto por el valor proporcional equivalente a los lotes asignados en el testamento..." o se ordenase la práctica judicial "de una nueva partición de la herencia de D. Pedro Francisco ..., procediéndose -en ejecución de sentencia- a la formación del cuerpo general de bienes mediante el oportuno inventario..."

En este contexto y a los efectos del decaimiento de los motivos 3º y 4º de casación, resulta determinante el hecho que quedó establecido de encontrarnos ante normas particionales (artículo 275 LDCG), sin existencia de partición, también y por tanto sin efectiva transmisión de los bienes pretendidamente adjudicados por el testador a su fallecimiento. Sin partición efectuada por el testador, por tanto sin que se pueda afirmar una partición deficiente, con vulneración legal, tampoco liquidada la sociedad de gananciales en su contexto, aparte el no ser acompañada la demanda de ninguna valoración de los bienes del caudal, como dice la sentencia de la Audiencia (fundamento 4º) a los efectos del cálculo de lo oportuno y las legítimas y pretendidamente suplible con una alegación cuestionable de mero reenvío a lo que de contrario y desde otra perspectiva procesal se aportó, será -ahora no cabe serlo- en la partición que en su día se lleve a cabo, que no la hace el testador, en donde se discuta y determine la invulnerabilidad de las legítimas como límite al hacer la misma, o al realizar adjudicaciones de bienes y derechos determinados, lo que tampoco realiza (según quedó consignado anteriormente, el testamento se limita a decir que el cupo de los nietos lo conforman, por mitad e iguales partes indivisas, la participación y derechos que le corresponden en los bienes que dice). En su día, hecha la partición y vulneradas que sean las legítimas, estarán a salvo las acciones de reclamación y de complemento de los legitimarios; pero acciones, en particular la de complemento que dice haber ejercitado la recurrente en casación (y que la recurrida en el apartado cuarto de su impugnación niega que haya hecho, reseñando que la demanda pedía la nulidad de la partición, la práctica de la partición judicial y con carácter subsidiario que se realizase un nuevo reparto o se ordenase la práctica judicial de una nueva partición), que en este momento resulta extemporánea.

De aquí el fracaso del motivo 3º de casación, que denuncia la infracción del art. 273 y 244 LDCG , y del 4º, en el que se denuncia la inaplicación del art. 247 LDCG . La petición del reparto de valor en relación a los lotes asignados se hace en el contexto de una partición testamentaria cuando no hay tal; lo que hay, por tanto, es comunidad hereditaria (ya se dijo que las normas o disposiciones particulares de partición del art. 275 LDCG



no tienen carácter efectivo transmisivo sino obligacional) y pende de efectuarse aquella partición a través de la cual quedará determinado el caudal hereditario, previa liquidación de la sociedad de gananciales y con los valores legalmente correspondientes, viabilizándose así la concreción de las legítimas (art. 244 LDCG) y los efectos generales de éstas y de la partición.

Se rechazan, pues, los motivos del recurso formulados haciéndose inviable el mismo, como solicitó la parte demandada en la impugnación que articuló ante esta Sala.

Décimo - La indicada desestimación de los motivos en que se basa el recurso comporta la declaración de no haber lugar a la casación y la confirmación de la sentencia recurrida (artículo 487.2 LEC). En lo tocante a las costas del recurso, procede su imposición ex artículos 394.1 y 398.1 LEC .

Se acuerda la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal de conformidad con lo dispuesto en la DA 15, apartado 19 de la LOPJ .

En atención a lo expuesto y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de los demandantes D^a Catalina y de sus hijos Roman e Evangelina contra la sentencia que en grado de apelación y derivado del recurso interpuesto contra la sentencia del juzgado de 1^a Instancia nº 5 de Ourense, de fecha 22/10/2010 , juicio ordinario 556/09, dictó la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ourense con fecha de 2 de mayo de 2012 (rollo de apelación número 326 de 2011), la cual confirmamos, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes en legal forma y hágaseles saber que contra la misma no cabe recurso alguno.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia y devuélvansese las actuaciones que remitió.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se formulará testimonio para su unión al rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.