



Roj: **STS 2270/1999** - ECLI: **ES:TS:1999:2270**

Id Cendoj: **28079110011999102048**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/03/1999**

Nº de Recurso: **2852/1994**

Nº de Resolución: **267/1999**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **ANTONIO GULLON BALLESTEROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Marzo de mil novecientos noventa y nueve.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Segunda de lo Civil de la Audiencia Provincial de Albacete con fecha 5 de mayo de 1.992, como consecuencia de los autos de juicio declarativo de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de esa ciudad, sobre declaración de nulidad de Cuaderno Particional, reclamación de legado y otros extremos; cuyo recurso ha sido interpuesto por D. Inocencio Jio Jose Luis , D. Carlos Alberto , D. Jesús Luis y D<sup>a</sup>. Juana , representados por el Procurador de los Tribunales D. Gabriel Sánchez Malingre; siendo recurridos, de una parte D<sup>a</sup>. Amelia y Doña Clara ; y de otra D<sup>a</sup>. Marcelina y Gaspar , herederos de D. Roberto , representadas ambas partes recurridas, en escritos separados, por el Procurador de los Tribunales D. Tomás Cuevas Villamañán sustituido tras su jubilación por el Procurador D. Manuel Infante Sánchez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Albacete, fueron vistos los autos de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, instados D. Inocencio , D. Jose Luis , D. Carlos Alberto , D. Jesús Luis y D<sup>a</sup>. Juana , contra Roberto , D. Gabino , D<sup>a</sup> Amelia y D<sup>a</sup> Clara y contra Herencia Yacente y herederos desconocidos e inciertos de D<sup>a</sup> Elsa , sobre declaración de nulidad de Cuaderno Particional, reclamación de legado y otros extremos.

Por la parte actora se formuló demanda de anterior mención contra expresados demandados, sobre declaración de nulidad del cuaderno particional efectuado con motivo del fallecimiento de D. Marí Trini , en lo que se refiere a la adjudicación efectuada a D<sup>a</sup>. Elsa de la casa nº NUM000 , antes NUM001 , de la calle DIRECCION000 de Albacete y como consecuencia de ello se declare la procedencia de la cancelación a favor de la misma de la entidad hipotecaria NUM002 y asimismo y resultado de ello la declaración de ineficacia de los legados otorgados por la referida a favor de D<sup>a</sup>. Amelia y D<sup>a</sup>. Clara , estableciendo como finalidad de todo ello la entrega del legado ordenado por D. Marí Trini , de la mitad indivisa de la mencionada casa a los actores.- Admitida a trámite la demanda se emplazó a los demandados para que compareciera a contestarla, lo que verificaron oponiéndose a la demanda en base a las excepciones y hechos que alegaban suplicando sentencia "desestimatoria de la demanda con imposición de costas a la parte actora, y por la representación de las hermanas Amelia Clara se formuló reconvenición solicitando que se dejase sin efecto el legado ordenado en la cláusula sexta apartado I, A) del testamento de D. Marí Trini , como consecuencia de haber incumplido la voluntad del testador al plantear este procedimiento yendo en contra de la expresada prohibición del testador, de cuya demanda reconvenicional se dió traslado a la parte actora que la contestó interesando su desestimación".- Siendo declarados en rebeldía por su incomparecencia, Herencia Yacente y herederos desconocidos e inciertos de D<sup>a</sup> Elsa .

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 23 de octubre de 1.991, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO.- Que estimando la demanda formulada por el Procurador D. Manuel Cuartero Peinado en nombre de



D. Inocencio , D. Jose Luis , D. Carlos Alberto , D. Jesús Luis y D<sup>a</sup> Juana y contra D. Roberto , representado por el Procurador D. Carmelo Gómez Pérez y contra D<sup>a</sup>. Amelia y D<sup>a</sup>. Clara y D. Gabino , representados por el Procurador D. Abelardo López Ruiz y contra la Herencia Yacente y Herederos Desconocidos e Inciertos de D<sup>a</sup>. Elsa , sobre declaración de nulidad por adjudicación de su cuaderno particional, debo absolver y absuelvo a los referidos demandados de las peticiones formuladas contra ellos por la parte actora, y todo ello con imposición a la parte actora de las costas correspondientes a la demanda principal".

SEGUNDO.- Interpuestos recursos de apelación contra la sentencia de 1<sup>a</sup> Instancia por las respectivas representaciones de una parte D. Inocencio , D. Jose Luis , D. Carlos Alberto , D. Jesús Luis y D<sup>a</sup> Juana ; y de la otra D<sup>a</sup>. Amelia y D<sup>a</sup>. Clara y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sección 2<sup>a</sup> de lo Civil de la Audiencia Provincial de Albacete, dictó sentencia con fecha 5 de mayo de 1.992, con la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS.- Que DESESTIMANDO los recursos de apelación interpuestos por las representaciones de D. Inocencio , D. Jose Luis , D. Carlos Alberto , D. Jesús Luis y D<sup>a</sup> Juana (apelantes 1<sup>o</sup>) y D<sup>a</sup>. Amelia y D<sup>a</sup>. Clara (apelantes 2<sup>o</sup>) contra la sentencia dictada por el Juzgado de primera Instancia n<sup>o</sup> 2 de los de esta Capital de fecha 23 de octubre de 1.992, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS ÍNTEGRAMENTE la misma. Y todo ello sin hacer expresa condena de las costas causadas en la presente alzada".

TERCERO.- El Procurador de los Tribunales D. Gabriel Sánchez Malingre en representación de D. Inocencio , D. Jose Luis , D. Carlos Alberto , D. Jesús Luis y D<sup>a</sup>. Juana , contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Segunda de lo Civil de la Audiencia Provincial de Albacete con fecha 5 de mayo de 1.992, con apoyo en los siguientes motivos.- "Primero: Al amparo del art. 1.692.4<sup>o</sup> LEC, por infracción del art. 869, n<sup>o</sup> 1<sup>o</sup> C.c., que se ha aplicado indebidamente, y del art. 883, también del Código civil, que se ha dejado de aplicar cuando debió aplicarse.- Segundo: Al amparo del n<sup>o</sup> 4<sup>o</sup> del art. 1.692 LEC, por infracción del art. 675, párrafo 1<sup>o</sup>, C.c., en relación con el art. 883 del mismo Código, que se ha infringido por falta de aplicación y con el 869 del mismo Código, infringido por aplicación indebida".

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido para impugnación, el Procurador D. Tomás Cuevas Villamañán, sustituido tras su jubilación por el Procurador D. Manuel Infante Sánchez, en representación de las partes recurridas presentó sendos escritos con oposición al mismo.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión central a resolver en el presente recurso es la de si, legada una casa determinada propia del testador, de la que segregó una parte después del otorgamiento del testamento construyendo en ella un edificio, el legado ha de entenderse revocado al haber vendido la finca matriz a terceros, o subsiste en la parte segregada con la edificación.

El Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia desestimó la demanda de los legatarios, y su sentencia fue confirmada por la Audiencia, contra la que aquéllos han interpuesto el presente recurso de casación.

SEGUNDO.- El motivo primero, al amparo del art. 1.692.4 LEC, acusa infracción del art. 869.1<sup>o</sup> C.c. por aplicación indebida, y del art. 883 C.c., que se ha dejado de aplicar. En su extensa fundamentación se sostiene en esencia que el legado se ha de entregar en el estado en que se encuentre la cosa al morir el testador, y no cabe aplicar la regla legal de su revocación por transformación, pues lo ocurrido fue una merma del originario.

El motivo se desestima porque la segregación efectuada por el testador de la casa legada, de un poco más de un tercio de su superficie, para crear un solar y edificar un inmueble de siete plantas, sin ningún vínculo de dependencia, accesoriedad o subordinación con la casa legada, lo que sí tenía el terreno segregado, entraña una transformación del legado incurso en el art. 869.1<sup>o</sup> C.c., que quedó reducido a la finca matriz, la cual en el momento del otorgamiento del testamento era el n<sup>o</sup> NUM001 de la calle DIRECCION000 , de Albacete. El testador expresamente legó la misma, y no por supuesto el edificio levantado sobre el solar segregado posteriormente, aunque su número de policía fue finalmente el n<sup>o</sup> NUM001 , y el antiguo n<sup>o</sup> NUM001 el NUM000 . El legado reducido también se revocó por disposición del art. 869.2<sup>o</sup> C.c. al enajenarse por el testador la finca matriz.

TERCERO.- El motivo segundo y último del recurso se formula al amparo del art. 1.962.4<sup>o</sup> LEC, por infracción del art. 675.1<sup>o</sup> C.c. en relación con los arts. 883 y 869 del mismo Código. En su fundamentación, en esencia, se reduce a afirmar que la voluntad del testador fue la de conservar el edificio para los sobrinos, por eso no vendió los pisos en él ubicados, y no modificó el testamento.



El motivo se desestima, pues si esa hubiera sido la voluntad, nada le hubiera impedido manifestarla en un testamento posterior. Sabía antes de su muerte las modificaciones que se habían originado en la cosa que legó. Pensar que el no hacerlo implica que quiso que el edificio fuese para los legatarios tiene la misma lógica que lo contrario: no modificó porque sabía que la cosa legada ya no existía; la matriz por su venta, la segregada por haberla hecho completamente independiente de aquélla. Especular con los deseos de un testador a los que se atribuye una intención acorde con ellos distinta a la de que los legatarios no sucedan en nada de la cosa legada originariamente, es eso, una pura especulación.

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

### FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por D. Inocencio , D. Jose Luis , D. Carlos Alberto , D. Jesús Luis y D<sup>a</sup>. Juana , contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Segunda de lo Civil de la Audiencia Provincial de Albacete con fecha 5 de mayo de 1.992, Con condena en costas en este recurso a la parte recurrente y a la perdida del depósito constituido. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia enviándoles los autos y rollo que remitió

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- José Almagro Nosete.- Antonio Gullón Ballesteros.- Xavier O'Callaghan Muñoz .- Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Gullón Ballesteros, 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.