



Roj: **STS 9482/2001 - ECLI:ES:TS:2001:9482**

Id Cendoj: **28079110012001101661**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/12/2001**

Nº de Recurso: **2384/1996**

Nº de Resolución: **1132/2001**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **ANTONIO GULLON BALLESTEROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Diciembre de dos mil uno.

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 Cuarta de lo Civil de la Audiencia Provincial de Vizcaya con fecha 10 de mayo de 1.996, como consecuencia de los autos de juicio de menor cuantía seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Bilbao, sobre determinados extremos; cuyo recurso ha sido interpuesto por D^a. Lidia , representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Olga Rodríguez Herranz; siendo parte recurrida D^a. Sonia , no comparecida en estos autos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Bilbao, fueron vistos los autos de juicio declarativo de menor cuantía, instados por D^a. Lidia , contra D^a. Sonia y D. Armando , sobre testataría.

Por la parte actora se formuló demanda con arreglo a las prescripciones legales, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando se dictase sentencia "que condenase al demandado en los términos contenidos en su escrito de demanda, con imposición de costas a los demandados".- Admitida a trámite la demanda y emplazadas las mencionadas partes demandadas, su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando se dictase sentencia "desestimando la demanda y con imposición de costas a la parte actora".

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 28 de mayo de 1.994, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO.- Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora D^a. María Begoña Perea de la Tajada, en representación de D^a. Lidia , contra D^a. Sonia y D. Armando , debo absolver y absuelvo a los demandados de la demanda contra ellos interpuesta, condenando a la actora al pago de las costas del juicio".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de 1^a Instancia por la representación de D^a. Lidia y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sección Cuarta de lo Civil de la Audiencia Provincial de Vizcaya con fecha 10 de mayo de 1.996, dictó sentencia con la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS.- Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D^a. Lidia contra sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Bilbao, en autos de menor cuantía nº 25/94, de que el presente rollo dimana, DEBEMOS CONFIRMAR E ÍNTEGRAMENTE CONFIRMAMOS la apelada, imponiendo a la recurrente las costas de esta alzada".

TERCERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. Olga Rodríguez Herranz, en nombre y representación de D^a. Lidia , interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de lo Civil de la Audiencia Provincial de Vizcaya con fecha 10 de mayo de 1.996, con apoyo en el siguiente y único motivo: "Al amparo del art. 1.692.4º LEC, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.- La sentencia recurrida infringe por



aplicación indebida el art. 820-3º Cód. civ., asimismo por aplicación indebida, inaplicación o por violación el art. 813-2º.

CUARTO.- Admitido el recurso, no se dio traslado para impugnación, por no haber comparecido la parte recurrida y no habiéndose solicitado por la parte recurrente la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 19 de noviembre de 2.00, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El fallecido D. Silvio había otorgado con anterioridad a su muerte **testamento** notarial abierto, en el que legó a su esposa D^a. Sonia el **usufructo** universal de su herencia y a los hijos comunes D^a. Lidia y D. Armando los instituyó herederos en la nuda propiedad de la misma herencia. Nombró albacea a su esposa por el plazo legal con prórroga de treinta años, y contadores-partidores a los abogados que denominaba.

D^a. Lidia demandó por los trámites del juicio de menor cuantía a su madre D^a. Sonia y a su hermano D. Armando. Suplicaba en su demanda sustancialmente la declaración de su derecho a participar en la legítima sin gravamen ni carga alguna; en la mejora, con el gravamen del **usufructo**; en el tercio de libre disposición en pleno dominio, por no estimar aplicable el art. 820.3º Cód. civ. al no haber otorgado de modo expreso el testador la facultad de optar.

El Juzgado de 1ª Instancia desestimó la demanda, confirmando su sentencia en grado de apelación la Audiencia.

Contra la sentencia de la Audiencia ha interpuesto la actora el recurso de casación.

SEGUNDO.- El único motivo del recurso acusa a la sentencia recurrida de aplicación indebida de los arts. 820.3º y 813, párrafo 2º, todos del Código civil. De su extensa fundamentación se deduce sustancialmente que lo pretendido por la recurrente es dejar incólumes sus derechos legitimarios "renunciando a lo sumo a recibir la nuda propiedad de la parte de libre disposición", y que "en todo caso renunciará a su cuota de participación en la nuda propiedad de la porción de libre disposición". La exposición, más bien de naturaleza puramente doctrinal sobre la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima en relación con los arts. citados como infringidos, termina con unas páginas dedicadas a exponer la pasividad del albacea y contador-partidor nombrados por la testadora, pasividad en el desempeño de sus cometidos que perjudica a la recurrente como coheredera.

El motivo se desestima pues contiene una absoluta variación de causa petendi de la demanda y de la súplica de la misma, constituyendo una cuestión nueva en casación, que esta Sala veda constantemente, en defensa de los principios de audiencia y contradicción de parte, y por subvertir el orden procedimental, pues si se admitiera esa conducta, el litigio quedaría reducido a una única y definitiva instancia, precisamente ante el Tribunal Supremo.

En efecto, la recurrente instó en su día la ineficacia de la cláusula testamentaria de atribución al cónyuge viudo del **usufructo** de toda la herencia, por oponerse a la intangibilidad de su cuota hereditaria en virtud del art. 813, párrafo 2º del Código civil. Solicitaba por ello su participación en el tercio de legítima estricta sin ninguna carga, en el de mejora gravado con el **usufructo** legal en favor del cónyuge viudo y su participación con su hermano en pleno dominio en el tercio de libre disposición. Estimaba que el **usufructo** universal de su madre requería para su eficacia que el causante hubiese concedido de modo expreso a los legitimarios que habrían de soportar el gravamen su legítima la facultad de optar por cumplir su disposición o ver reducida su participación en la herencia a lo que les corresponda por legítima. En suma, que la aplicación del art. 820.3º Código civil exige concesión expresa de esa facultad, de lo contrario la cláusula estableciendo el **usufructo** universal era nula, por infringir el art. 813, párrafo 2º, Código civil (folio 62 y 63 autos).

Ahora, en el recurso, la participación de la recurrente en el tercio de libre disposición desaparece, está dispuesta a que su parte en la nuda propiedad del mismo se considere renunciada con tal de recibir la legítima tal y como dispone el citado art. 813 Código civil, en suma, está optando por uno de los términos del dilema del art. 820.3 Código civil (entrega al legatario de **usufructo** de la parte libre), y está admitiendo que este último precepto se aplica aunque no haya atribución expresa por el causante de la facultad de opción. Es claro que la recurrente ha construido un nuevo supuesto de hecho, sobre el cual no ha recaído decisión de los órganos de instancia.

Así las cosas, esta Sala no puede pronunciarse sobre una cuestión radicalmente nueva, que altera de raíz el planteamiento de la controversia, ni combatir de oficio las declaraciones y fallos de aquellos órganos, aunque sí puede aclarar que, de acuerdo con el fallo, la cláusula estableciendo el **usufructo** universal es válida, y que el legitimario afectado tiene derecho a hacer la opción del art. 820.3, pues si bien tal facultad no se la concede expresamente el testador, el precepto últimamente citado se la otorga, no condiciona su aplicación



y eficacia a que el causante lo consienta. Por otra parte, en **testamentos** notariales abiertos, en los que se dan consejos y advertencias sobre la legalidad por un profesional tan cualificado como el Notario autorizante, es razonable pensar que el testador no ha querido imponer un gravamen sobre la legítima como el **usufructo** manifiestamente ilegal, sino dejar a voluntad del legitimario gravado cumplir la disposición a cambio de una mayor participación en la herencia, o bien recibir su legítima con arreglo a la ley sin esa participación, lo que equivale a no cumplirla.

En este litigio la recurrente ha creído nulo el **usufructo** porque el testador no le ha concedido expresamente la opción. Declarada la validez de la disposición testamentaria, ha de optar, y no lo puede hacer, como pretende, en un recurso de casación. Como dice acertadamente la sentencia recurrida, "no se puede acceder a las pretensiones de la legitimaria demandante y aplicar de oficio la cautela sociniana que la propia demandante niega sea virtual en su propia demanda, entrañaría incongruencia con sus pretensiones".

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^a. Lidia , representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Olga Rodríguez Herranz contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de lo Civil de la Audiencia Provincial de Vizcaya con fecha 10 de mayo de 1.996. Con condena de las costas causadas en este recurso a la parte recurrente y con la pérdida del depósito constituido. Comuníquese esta resolución con devolución de 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 .-Antonio Gullón Ballesteros.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- José Manuel Martínez- Pereda Rodríguez.- 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.