



Roj: **STS 2290/2010 - ECLI:ES:TS:2010:2290**

Id Cendoj: **28079110012010100274**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/05/2010**

Nº de Recurso: **1502/2006**

Nº de Resolución: **324/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP LO 237/2006,**
STS 2290/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Mayo de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Logroño, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Logroño, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó el Procurador D. Manuel Infante Sánchez, en nombre y representación de D. Justino ; siendo parte recurrida el Procurador D. Jorge Deleito García, en nombre y representación de Dª María Angeles y D. Carlos Daniel .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- **1.-** La Procuradora Dª María Luisa Rivero Francia, en nombre y representación de Dª María Angeles y D. Carlos Daniel , interpuso demanda de juicio especial de división judicial de herencia de D. Cosme , frente a D. Justino y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que *teniendo por promovido procedimiento para la división judicial de la herencia de D. Cosme y citados los herederos, se proceda de conformidad con lo dispuesto en los artículos 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil , para que se acuerde la división, partición y adjudicación de los bienes hereditarios.*

2.- Tras los trámites establecidos por la Ley, el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Logroño dictó sentencia de 19 de noviembre de 2003 por la que, habiendo la parte demandada mostrado su conformidad con la lista presentada por la actora de bienes muebles e inmuebles, declaró el inventario de los bienes de la herencia del fallecido D. Cosme , esposo y padre de los codemandantes y padre asimismo del demandado. A continuación, se convocó a las partes para que se pusieran de acuerdo en la designación del contador para practicar las operaciones divisorias y de los peritos para su avalúo. En dicha Junta las partes se manifestaron de acuerdo con las valoraciones obrantes en los autos y designaron un contador. Este emitió un cuaderno particional, respecto al que presentó escrito de oposición la parte demandada, D. Justino . Señalada la comparecencia que prevé la Ley, se celebró sin alcanzarse conformidad, por lo que continuó por el trámite del juicio verbal.

3.- La Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Logroño, dictó sentencia con fecha 15 de abril de 2005 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Estimando parcialmente la impugnación, acuerdo la aprobación del cuaderno particional de la herencia de D. Cosme elaborado por el contador-partidor D. Luis Pedro , complementándolo en el sentido de hacer constar que queda a salvo el derecho de los herederos de reclamar lo que a su derecho convenga en cuanto a frutos y rentas percibidos y gastos de los bienes hereditarios desde el fallecimiento hasta el momento de practicar la liquidación.*



SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de D. Justino , la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Logroño, dictó sentencia con fecha 18 de abril de 2006 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: 1.- Se desestima el recurso de apelación interpuesto por D. Justino contra la sentencia de fecha 15 de abril de 2005, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número siete de Logroño . 2.- Se imponen las costas de la apelación a la parte recurrente.*

TERCERO .- 1 .- La Procuradora Dª Teresa Zuazo Cereceda, en nombre y representación de D. Justino , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION: SEGUNDO** .- Se funda en el apartado tercero del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los artículos 999, 997, 885 del Código civil .

2 .- Por Auto de fecha 20 de mayo de 2008 , se acordó ADMITIR EL MOTIVO SEGUNDO DEL RECURSO DE CASACIÓN. NO ADMITIR EL MOTIVO PRIMERO DEL RECURSO DE CASACIÓN Y NO ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Jorge Deleito García, en nombre y representación de Dª María Angeles y D. Carlos Daniel , presentó escrito de impugnación al mismo.

4. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 11 de mayo del 2010, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- En el presente recurso de casación, en el único motivo admitido, se plantea una cuestión jurídica muy concreta, se parte de unos hechos declarados probados y se dejan aparte una serie de cuestiones que sí se habían discutido en la instancia. La cuestión jurídica indicada es la *facultad de elección por la legataria en un legado alternativo*, contemplado en el artículo 874 del Código civil . En el testamento otorgado por el causante de la sucesión que ahora se discute, don Cosme , de fecha 27 de enero de 1989, ordena su última voluntad en dos cláusulas:

"1ª.- Lega a su citada esposa, el usufructo universal de su herencia, o el pleno dominio de toda la parte de la misma de libre disposición, más su cuota legitimaría a su elección.

2ª.- Instituye herederos a sus citados hijos".

Se presentó por la esposa doña María Angeles y uno de los hijos don Carlos Daniel demanda en solicitud de división judicial de la herencia del mencionado causante, conforme a los artículos 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la previsión del artículo 1059 del Código civil que se tramitó hasta llegar a la sentencia de 19 de noviembre de 2003 que declaró el inventario de la herencia. Designado contador y hecho por éste el cuaderno particional, se formuló oposición por don Justino , el otro hijo del causante, que fue resuelta por la sentencia de 15 de abril de 2005 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Logroño , confirmada en apelación por la Audiencia Provincial, Sección 1ª, de la misma ciudad, de 18 de abril de 2006 . Respecto a ésta se ha interpuesto el recurso de casación por este último, centrando el recurso en la cuestión jurídica indicada.

SEGUNDO .- La calificación jurídica de la disposición testamentaria relativa a la esposa del causante, hoy viuda, es clara y se ha apuntado ya: es un *legado alternativo* cuyo objeto son varias cosas o derechos y sólo una de ellas debe adquirir el legatario, tal como dispone el artículo 874 del Código civil en su remisión a la normativa de las obligaciones alternativas. La elección corresponde al obligado a entregar una de las cosas o derechos objetos del legado, a no ser que el testador haya dispuesto que sea el legatario, como es el caso presente (*"... a su elección"*).

Dicha elección, como declaración unilateral de voluntad, no exige formalidad alguna ni precisa aceptación por el obligado a la entrega. Puede ser expresa o tácita. La expresa se produjo en el presente caso en documento privado del 3 de mayo de 2004, recogida en el cuaderno particional (base séptima). La tácita alegada por el hijo que ha formulado oposición al mismo, exige hechos concluyentes, *facta concludentia*, que las sentencias de instancia han negado.

En relación con el legado, ya que se ha planteado en casación, es preciso destacar que el legatario deviene titular del legado *ipso iure* en el momento de la apertura de la sucesión producida por la muerte del causante, sin necesidad de una aceptación expresa o tácita, si bien puede renunciar al mismo. Por tanto, no cabe confundir la aceptación del legado por la legataria, con la elección que hizo respecto al legado alternativo; lo que tampoco



tiene nada que ver con la aceptación de los herederos, que sí deben aceptar expresa o tácitamente la herencia, lo que no se ha discutido en la instancia, ni en casación.

TERCERO .- Como se ha apuntado, frente a la sentencia de la Audiencia Provincial que confirma la dictada por la Juez de Primera Instancia, se ha formulado el presente recurso de casación en un solo motivo admitido que se funda en la infracción de los artículos 999, 997 y 885 del Código civil . Todo él se centra en que mantiene que la legataria, madre del recurrente, ya había elegido el usufructo y no pudo, o por mejor decir, carece de eficacia, por ser la elección irrevocable, la que hizo por escrito el 3 de mayo de 2004 optando por el tercio de libre disposición y la cuota viudal legitimaría. El motivo y, por ende, el recurso, se desestima.

En primer lugar, por alegar como motivo del recurso de casación, infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, como dispone el artículo 477 .1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , normas que no son aplicables al presente caso. Los artículos 999 y 997 del Código civil se refieren a la aceptación de la herencia y aquí se trata de elección en un legado alternativo. Y el artículo 885 del mismo código trata de la entrega del legado, que no puede hacerse *motu proprio* por el legatario, lo que es algo que no se ha planteado en ningún momento.

En segundo lugar, porque mantener que la legataria ha elegido -que no aceptado- la primera opción, usufructo universal, del legado alternativo, tácita e irrevocablemente, antes de haber elegido por escrito (de 3 de mayo de 2004) la segunda opción, pleno dominio de la parte de libre disposición, no es otra cosa que hacer supuesto de la cuestión, en el sentido de dar como hecho, alguno que no ha sido probado o que es contrario al que ha sido declarado probado por la sentencia de instancia lo que está proscrito en casación, que no es una tercera instancia y parte de los hechos declarados en la instancia, como han dicho innumerables sentencias de esta Sala, formando una antigua y reiteradísima jurisprudencia, de la que son ejemplo, como sentencias más recientes, las de 2 de julio de 2009, 5 de noviembre de 2009, 20 de noviembre de 2009, 18 de marzo de 2010 . La sentencia de primera instancia analiza con detalle la prueba practicada y afirma, respecto a si había elegido la opción del usufructo:

"no cabe entender realizado por hechos como los indicados, el derecho de elección reconocido en el testamento".

Lo cual se ratifica en la sentencia de la Audiencia Provincial al expresar (aunque al principio confunde elección con aceptación, aunque luego lo salva):

" en todo caso, no cabe entender , con arreglo a lo razonado en la sentencia, que la viuda aceptara el usufructo universal de la herencia, debiendo recordarse al respecto lo dispuesto en el artículo 999 del Código civil , que exige para la existencia de aceptación tácita a actos que necesariamente supongan la voluntad de aceptar, excluyendo los actos de mera conservación o administración provisional. Aparte de ello, la cuestión no es si se ha aceptado o no la herencia, que sí se ha hecho, sino la decisión adoptada sobre la forma de disponer sobre la alternativa planteada en el testamento, particular en el que se ha optado expresamente por la segunda de las fórmulas, el pleno dominio del tercio de libre disposición y la cuota legitimaria".

Incluso, al contemplar los hechos, esta Sala califica igualmente como no elección de los actos de administración del patrimonio, los de disposición para la mínima subsistencia, los de pago de impuestos en cumplimiento de normas fiscales imperativas, que la parte recurrida resalta en su escrito de oposición a la casación. No son, desde luego, la *facta concludentia* (que destaca la sentencia de 28 de septiembre de 1987) o los actos inequívocos (que destaca la de 19 de diciembre de 1990) que permiten dar un determinado sentido -en este caso, la elección de una opción- a la declaración tácita.

CUARTO .- En definitiva, la legataria no eligió tácitamente la opción del usufructo. Por lo cual, la sentencia recurrida, que confirma la de primera instancia, es correcta al aprobar el cuaderno particional que atribuye a la legataria el dominio del tercio de libre disposición y la cuota legitimaría, aceptando la elección expresa que hizo en documento privado.

Sin embargo, no es baldío recordar aquí lo que ya las sentencias de esta sala de 2 de julio de 2007, 3 de julio de 2007, 5 de marzo de 2010 , sobre la mediación. Este caso, propio de una sucesión *mortis causa* , no sólo refleja un problema de atribuciones patrimoniales, sino un enfrentamiento familiar, que se vislumbra claramente en los escritos obrantes en autos, que podría haberse evitado yendo a la solución alternativa de la mediación, si las partes hubieran querido o la ley lo hubiera previsto, que no la hay, pero aparece cada vez más una corriente favorable a la misma, que ha tenido reflejo legal en la Directiva 2008/52 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 , sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en la Ley 15/2009, de 22 de julio, de la Comunidad Autónoma de Cataluña , de mediación en el ámbito del Derecho Privado, y en el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, elevado al Consejo de Ministros por el de Justicia el 19 de febrero de 2010 . En todo caso, puede la mediación, como modalidad alternativa de solución de conflictos, llegar a soluciones menos traumáticas que el dilatado tiempo que se



invierte en el proceso y el acuerdo a que se llega siempre será menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la razonada aplicación de la norma jurídica.

En conclusión, se desestima el recurso de casación y se confirma la sentencia recurrida. Y se imponen las costas a la parte recurrente, tal como establece el artículo 398 .1 en relación con el 394 .1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLAMOS

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION formulado por la representación procesal de D. Justino contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Logroño, en fecha 18 de abril de 2006 , QUE SE CONFIRMA.

Segundo: Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el presente recurso de casación.

Tercero.- Líbrese a la mencionada Audiencia 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 .- **Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.- Rubricados.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , 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.