

Id Cendoj: 28079110012008100544
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2954/2001
Nº de Resolución: 668/2008
Procedimiento: Casación
Ponente: ANTONIO GULLON BALLESTEROS
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x OPERACIONES DIVISORIAS (DIVISIÓN DE LA HERENCIA) x
- x LEGADO DE COSA GANANCIAL x
- x OPOSICIÓN (RECURSO DE CASACIÓN CIVIL) x
- x LIQUIDACIÓN (SOCIEDAD DE GANANCIALES) x
- x NULIDAD (PARTICIÓN) x

Resumen:

Previsto por el testador que lega a su hija los tercios de disposición y mejora para ser satisfechos, junto con los derechos hereditarios que correspondan a dicha hija en la sucesión de la esposa del causante, ello no significa que el testador ha hecho por sí la partición parcial de sus bienes sino que manifiesta su voluntad de que al hacer la partición se adjudique a uno de sus herederos el bien que designa. Esta norma del testador tiene como límite el respeto a las legítimas, pero, además, en la medida en que el bien sobre el que ha dispuesto pertenece a la sociedad de gananciales, la eficacia de ello depende de que el bien se adjudique al causante en la liquidación de gananciales pendiente, ya que sólo puede disponer sobre sus propios bienes. La previsión legal sobre liquidación de gananciales producida la disolución del matrimonio no obliga a que se realice de modo inmediato ni dentro de un determinado plazo. Las alegaciones sobre irrecurribilidad en casación de la sentencia son extemporáneas, ya que debieron formularse al comparecer ante el tribunal de casación, no lo hicieron los recurridos, las alegaciones contra la admisibilidad del recurso que pueden hacerse en el escrito de impugnación del recurso son las que no han sido rechazadas por el tribunal de casación, requisito esencial que no se da por culpa exclusiva de la parte recurrida ya que no las formuló tal como era su carga procesal al comparecer ante el tribunal de casación.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Julio de dos mil ocho.

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 Tercera de la Audiencia Provincial de Bilbao con fecha 28 de Mayo de 2.000, como consecuencia de los autos de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado nº 7 de Bilbao, sobre nulidad de escritura de partición de herencia; cuyo recurso ha sido interpuesto por D^a. Cecilia, representada por el Procurador D. Germán Ors Simón, posteriormente sustituido por el Procurador D. Francisco Javier Rodríguez Tadey; siendo parte recurrida D. Agustín, D^a. María, D^a. Silvia y D. Jose María, asimismo representados por el Procurador D. Jorge Laguna Alonso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Bilbao, fueron vistos los autos de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, instados por D. Agustín, D^a. María, D^a. Silvia y D. Jose María, contra D^a. Cecilia, sobre nulidad de escritura de partición de herencia.

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 "por la que se

declarase la nulidad de las operaciones particionales llevadas a cabo por el Sr. Alejandro, contador partidor, con fecha de 30/11/98, se procediese a la liquidación de la sociedad de gananciales de los causantes fallecidos antes de realizar las operaciones particionales, se proceda a practicar las particiones de los bienes componentes de las herencias, conforme a las disposiciones testamentarias de la madre, y los derechos legitimarios de los hijos respecto de la del padre, declarando nula la disposición relativa al legado de cosa ajena si perjudica los derechos de los herederos, se declarase la nulidad de las inscripciones registrales que hubiesen operado en virtud de la partición efectuada, haciendo expresa condena en las costas a la parte demandada".

Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, 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 "por la que: 1º. Sin entrar a conocer del fondo del asunto se desestimase la demanda por acogimiento de las excepciones invocadas en su escrito consistente en falta de legitimación pasiva y defecto en el modo de proponer la demanda.- 2º. Subsidiariamente y para el caso de entrar en el fondo del asunto, dictar sentencia por la que se desestimase íntegramente la demanda, declarando la validez del cuaderno particional realizado por el Albacea Contador Partidor al no concurrir motivos de impugnación.- 3º. Subsidiariamente y para el supuesto de no desestimar íntegramente la demanda, desestimar parcialmente la demanda, declarando que los motivos de nulidad que afectan al cuaderno particional son subsanables por el propio Albacea Contador Partidor".

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 3 de julio de 2.000 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO.- Debo declarar y declaro desestimar la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Zabalegui, en nombre y representación de D. Agustín, D. Jose María, Dª. María y Dª. Silvia, contra Dª. Cecilia, absolviendo a esta última de las pretensiones de la actora todo ello con expresa condena en las costas a la parte demandante".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de 1ª Instancia por la representación de D. Agustín y D. Jose María, Dª. Silvia y D. Jose María y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bilbao con fecha 28 de Mayo de 2.000 , dictó sentencia con la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS.- Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dª. Patricia Zabalegui Andonegui en nombre y representación de D. Agustín y D. Jose María, Dª. Silvia y D. Jose María contra la sentencia de fecha 3 de julio de 2.000 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Bilbao , en los autos de juicio de menor cuantía nº 570/99 a que este Rollo se refiere, debemos revocar dicha sentencia, y en su lugar dictar otra por la que estimando la demanda promovida por la representación de la parte actora debemos declarar y declaramos la nulidad de las operaciones particionales realizadas por el contador-partidor D. Alejandro en fecha 30 de noviembre de 1.998 en escritura otorgada por el Notario de Bilbao D. José Eduardo García Pérez, bajo el nº 1.713 de su protocolo, debiéndose proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales regente en el matrimonio de los causantes Dª. Inés y D. Constantino, con carácter previo a la práctica de las operaciones particionales de los bienes componentes de la herencia de Dª. Inés, conforme a las disposiciones testamentarias de dicha causante, así como a practicar las operaciones particionales de los bienes componentes de la herencia de D. Constantino, conforme a los derechos legitimarios que los actores tienen en ésta y a los derechos que mantienen en la herencia de su madre, declarándose nula la disposición relativa al legado de cosa ajena si perjudicara los derechos legitimarios de los herederos, y declarándose igualmente la nulidad de las inscripciones registrales que hayan operado a virtud de la escritura de partición, en su caso; con expresa condena a la parte demandada de las costas correspondientes a la primera instancia; y sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada".

TERCERO.- El Procurador D. Germán Ors Simón, posteriormente sustituido por el Procurador D. Francisco Javier Rodríguez Tadey, en nombre y representación de Dª. Cecilia, ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bilbao con fecha 28 de Mayo de 2.000, con apoyo en los siguientes motivos, conforme al *art. 477.2.2º LEC* : El primero acusa infracción de los *arts. 1.396 y 1.410 del Código civil* por su indebida aplicación, y se refiere al pronunciamiento relativo a la nulidad de la partición por falta de liquidación previa de la sociedad de gananciales.- El motivo segundo alega infracción por aplicación indebida del *art. 1.380 Cód . civ.* relativa a la validez de la disposición testamentaria de un bien perteneciente a la comunidad postganancial, citándose al efecto la sentencia de esta Sala de 11 de mayo de 2.000 .- El motivo tercero acusa indebida aplicación de los *arts. 668 y 1.380* , en relación con los *arts. 861, 863 y 864, todos del Código civil* , por la declaración de nulidad de la *disposición relativa al legado de cosa ajena por tratarse de una cláusula inexistente*.- El motivo cuarto alega infracción de los *arts. 1.056, 1.075 y 890 Cód . civ.* por falta de la debida aplicación, contenida en el pronunciamiento de la sentencia relativo a la nulidad de la disposición testamentaria del legado de cosa ajena, ante la existencia y validez de la norma particional

efectivamente contenida en el testamento.- El motivo quinto alega infracción de los *arts. 813, 863, 864, 878 y 1.056 del Código civil* . En él se sostiene la eficacia del legado, si el valor de la cosa legada no supera la partición del testador en el patrimonio común, y si excede de ese límite es ineficaz. Todo ello en aplicación del *art. 864* .

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido para impugnación, el Procurador D. Jorge Laguna Alonso, en representación de la parte recurrida presentó escrito con oposición al mismo.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 23 de junio de 2.008, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- D^a. María, D^a. Silvia, D. Agustín y D. Jose María, demandaron por las reglas del juicio declarativo de menor cuantía a su hermana D^a. Cecilia, solicitando que: se declarara nula la escritura de partición de la herencia del padre y de la madre de todos los litigantes [premuerta a su esposo]; se procediese previamente a la liquidación de la sociedad de gananciales que existió entre ellos [pues, si bien se disolvió por la muerte de la madre, no se liquidó y en ese estado se encontraba al fallecer el padre], se procediese a la liquidación de la herencia de la madre y del padre; se declarase nulo el legado dispuesto por este último en favor de la demandada, si perjudicara a los derechos legitimarios de los herederos.

La demanda se basaba en que el contador-partidor designado tanto en el testamento de la madre como en el del padre no había realizado la liquidación de la sociedad de gananciales. La nulidad del legado, en que recaía sobre un bien inmueble que era ganancial.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, por considerar bien hecha la partición, en tanto reflejaba la voluntad de los testadores.

Los actores apelaron la sentencia expuesta, siendo estimado su recurso por la Audiencia, que revocó la apelada y estimó la demanda.

Contra la sentencia de la Audiencia ha interpuesto recurso de casación la demandada, conforme al *art. 477.2.2º LEC* .

En el escrito de impugnación del recurso se han opuesto los actores a su admisión, alegando que el litigio se siguió por cuantía indeterminada, por lo que no podía ampararse en el precepto procesal antedicho.

Han de rechazarse estas alegaciones por extemporáneas, ya que debieron formularse al comparecer ante el tribunal de casación (*art. 480.2 LEC*), y no lo hicieron los recurridos. Las alegaciones contra la admisibilidad del recurso, que cabe en el escrito de impugnación (*art. 485, párrafo segundo, LEC*), no han de ser rechazadas por el tribunal de casación, Requisito esencial que aquí no puede verificarse por culpa exclusiva de los recurridos, que no las formularon como era su carga procesal al comparecer ante este Tribunal.

PRIMERO.- El motivo primero acusa infracción de los *arts. 1.396 y 1.410 del Código civil* por su indebida aplicación, y se refiere al pronunciamiento relativo a la nulidad de la partición por falta de liquidación previa de la sociedad de gananciales. La recurrente sostiene, en contra, que la misma ha sido liquidada por el contador-partidor dentro de las operaciones realizadas dentro de la misma escritura particional. En ella se practica en un mismo tiempo aquella liquidación y la partición de las herencias de ambos cónyuges.

El motivo se desestima. No existe infracción del *art. 1.396* , pues no ordena otra cosa que la disolución de la sociedad de gananciales ha de procederse a su liquidación, pero en modo alguno obliga a que ello se haga de inmediato, ni dentro de un determinado plazo. Por otra parte, el *art. 1.410* no es más que una norma genérica de remisión a los preceptos sobre la partición de herencia para suplir las lagunas de la normativa sobre la partición de gananciales, y no se concretan qué *preceptos atinentes a la primera* se han infringido.

SEGUNDO.- El motivo segundo alega infracción por aplicación indebida del *art. 1.380 Cód . civ.*, pues el legado ordenado por el testador, en el caso de que fuera tal legado y no una norma particional, sería de

cosa perteneciente a la sociedad de gananciales no disuelta, que no una cosa ajena, citando al efecto la sentencia de esta Sala de 11 de mayo de 2.000 . Se combate, por tanto, el calificativo que le da la sentencia recurrida de legado de cosa ajena al ordenado por el testador.

El motivo se desestima por su inutilidad para casar la sentencia recurrida, ya que en los siguientes, tercero y cuarto, niega la recurrente que existiese un legado de cosa, ni propia ni ajena.

TERCERO.- El motivo tercero acusa indebida aplicación de los *arts. 668 y 1.380* , en relación con los *arts. 861, 863 y 864, todos del Código civil* . Se fundamenta en que el testamento del padre de la recurrente dispuso en su favor de un legado de cuota del tercio de libre disposición y de mejora de su herencia, no un legado de cosa determinada ajena. Sin embargo, la sentencia recurrida declara la nulidad de la disposición relativa al legado de cosa ajena, cuando dicha disposición ni tan siquiera existe en el testamento.

El motivo se estima, ya que, como veremos a continuación, el testador no dispuso un legado de cosa determinada en favor de D^a. Cecilia, sino un legado de cuota del tercio de libre disposición y de mejora de su herencia, en suma un legado de parte alícuota de la misma. El legatario forma parte de la comunidad hereditaria, estando legitimado para instar su división judicial (*art. 782.1 LEC*), posición claramente diferente a la del legatario de cosa ajena según el *art. 861 Cód. civ.*

CUARTO.- El motivo cuarto alega infracción de los *arts. 1.056, 1.075 y 890 Cód. civ.* por falta de la debida aplicación. Se basa en que el testador no hizo más que adjudicar un bien inmueble en pago del legado que hacía a la recurrente, teniendo por tanto el carácter de norma particional la disposición testamentaria, y así la calificó el mismo. Tal norma particional no sería susceptible de anulación más que en el supuesto de que perjudicase las legítimas de los demás herederos, quedando siempre a salvo la cláusula del testamento relativa al legado de los tercios de libre disposición y de mejora. Por otra parte, la cuestión relativa a aquel perjuicio a las legítimas no se ha planteado en la litis, ni mucho menos se ha demostrado que la disposición testamentaria fuera reducible por inoficiosa.

Para la debida resolución de este motivo han de tenerse presente las siguientes cláusulas del testamento notarial abierto de D. Constantino.

SEGUNDA.- Lega a su hija D^a. Cecilia, en pleno dominio, los tercios de libre disposición y de mejora, de su herencia, y en su defecto, sustituida con carácter vulgar por sus descendientes, conforme a las normas del derecho de representación.

TERCERA.- Y en el remanente de su herencia. Instituye herederos por iguales partes, de todos sus bienes, derechos y acciones, presentes y futuros, a sus cinco citados hijos D. Agustín, D^a. María, D^a. Silvia, D^a. Cecilia y D. Jose María, y en su defecto, sustituidos por carácter vulgar por sus respectivos descendientes, conforme a las normas del derecho de representación, dándose en otro caso el derecho de acrecer entre ellos.

CUARTA.- NORMA PARTICIONAL.- El testador hace constar y así lo desea y ordena (haciendo constar que al hacerlo, es consciente de que está disponiendo de cosa ajena), que para hacer pago a su hija D^a. Cecilia, tanto del legado dispuesto a su favor, como de los derechos que le correspondan en su herencia, así como también, de sus derechos hereditarios en la sucesión de la esposa del testador y madre de ésta, aún pendiente de su correspondiente formalización, se le adjudique en primer término e imprescindiblemente, la participación que al testador, y a su finada esposa, le corresponden en la casa al sitio del "ALMACEN000", señalada con el número NUM000, antes conocido con el nombre de "DIRECCION000" con su garaje, lonja o pabellón de huerta, todo ello adosado y perteneciente a dicha casa, en Agüera de Montija (Burgos), con cuanto le sea anejo o accesorio, y con cuantos bienes muebles y enseres en ella se hallen instalados, facultándole, para su caso, pagar en metálico, a los demás hijos y herederos del testador, el exceso que pudiera resultar de tal adjudicación".

A la vista de ello, puede afirmarse que el testador no ha hecho por sí la partición parcial de sus bienes, sino que se ha limitado a manifestar su voluntad de que al hacer la partición de su herencia se adjudiquen a D^a. Cecilia el bien que designa en pago de sus derechos, lo cual es válido según jurisprudencia de esta Sala (sentencia de 7 de septiembre de 1.998).

Sin embargo, esta "norma particional" tiene unos límites intrínsecos de validez y eficacia, además, claro está, del respeto a las legítimas. En efecto, dicha eficacia es plena con relación a su herencia, y no tiene alguna sobre la de su mujer, que nada estableció en su testamento. En suma, el testador no puede ordenar más que sobre la suerte de sus propios bienes, siguiéndose de ello que la norma particional queda supeditada en su eficacia a que el bien inmueble se atribuya al testador en la división de la sociedad de

gananciales.

QUINTO.- El motivo quinto alega infracción de los arts. 813, 863, 864, 878 y 1.056 del Código civil . En él se sostiene la eficacia del legado, si el valor de la cosa legada no supera la participación del testador en el patrimonio común, y, si excede de ese límite, es ineficaz. Todo ello en aplicación del art. 864 .

El motivo se desestima porque en ningún momento se ha puesto en duda que el legado hubiese sobrepasado los límites legales.

SEXTO.- La estimación de los motivos tercero y cuarto del recurso obliga a casar y anular parcialmente el fallo de la sentencia recurrida, concretamente en la que se refiere a lo llamado por ella "legado de cosa ajena". En su lugar, procede declarar que D. Constantino dispuso en su testamento notarial abierto el 4 de noviembre de 1.994, de un legado del tercio de mejora y de libre disposición de su herencia en favor de su hija D^a. Cecilia, y que es válida y eficaz la llamada "norma particional" que en la *cláusula cuarta* del calendario testamento dejó dispuesta el testador en relación con su propia herencia.

Respecto de las costas, no procede su imposición en las de primera instancia a ninguna de las partes (art. 394. 1 y 2 LEC), ni tampoco las de las partes ni las de este recurso (art. 398.2 LEC).

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

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR EN PARTE al recurso de casación interpuesto por interpuesto por D^a. Cecilia, representada por el Procurador D. Germán Ors Simón, posteriormente sustituido por el Procurador D. Francisco Javier Rodríguez Tadey contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bilbao con fecha 28 de Mayo de 2.000, casándola y anulándola parcialmente, en concreto, la declaración del fallo sobre el legado dispuesto en su testamento notarial abierto de 4/11/94 por D. Constantino en favor de su hija D^a. Cecilia, que queda sustituida por los siguientes pronunciamientos:

1º. Se declara la validez y eficacia de dicho legado de cuota, abarcando los tercios de mejora y libre disposición de la herencia de D. Constantino.

2º. Se declara la validez y eficacia de la *cláusula cuarta* del testamento, llamada por el testador "norma particional", en cuanto a su herencia.

Sin condena en costas a ninguna de las partes en primera instancia, apelación y en este recurso.

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.- Antonio Salas Carceller.- Antonio Gullón Ballesteros.- 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.