

Id Cendoj: 28079110012010100761  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1203/2007  
Nº de Resolución: 783/2010  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x LEGADOS x
- x SUCESIÓN MORTIS CAUSA x
- x INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO x
- x LEGÍTIMA x
- x DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA x
- x VALORACIÓN (DICTAMEN DE PERITOS) x
- x DICTAMEN DE PERITOS x

**Resumen:**

Testamentos. Recurso extraordinario por infracción procesal. Incongruencia, prueba pericial y tutela judicial efectiva. Recurso de casación: Interpretación del testamento; legado del único bien de la herencia y pago de las legítimas.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a nueve de Diciembre de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2ª, por D. Cipriano , representado por la Procuradora de los Tribunales Dª. Luisa Goenechea de la Rosa contra la Sentencia dictada por dicha Audiencia y Sección el día 23 de marzo de 2007, en el rollo de apelación nº 264/2006, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número nº 4 de Puerto de Santa María. Ante esta Sala comparece el Procurador D. Luciano Rosch Nadal, en nombre y representación de D. Cipriano , en calidad de parte recurrente; asimismo compareció el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación de D. Paulino , Dª Rocío y Dª María del Pilar , en calidad de parte recurrida.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** Ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 del Puerto de Santa María , interpusieron demanda de juicio ordinario D. Cipriano , Dª Edurne y Dª Marcelina , contra D. Paulino , Dª Rocío y Dª María del Pilar . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... *dictar sentencia por la que:*

*a) Se declare el derecho de mis representados a elevar a escritura pública el cuaderno particional realizado por el contador D. Agustín con fecha 9 de enero de 1995, acordando dicha protocolización para su posterior inscripción en el Registro, debiendo los demandados estar y pasar por tales pronunciamientos, con expresa imposición a los mismos de las costas causadas.*

*b) Subsidiariamente, para el caso de no estimarse la pretensión anterior, se apruebe el referido cuaderno particional, acordando su protocolización e inscripción en el registro, con imposición de costas a los demandados".*

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de D. Paulino , Dª Rocío y Dª María del Pilar , los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al

caso, para terminar suplicando: "...dicte en su día sentencia por la que se desestime la demanda, absolviendo de sus pedimentos al demandado, con expresa imposición de costas a la actora".

Asimismo formuló demanda Reconvencional, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación y terminaron suplicando: "...estime la presente RECONVENCIÓN, declarando:

a) *Caducado el derecho de los actores de la facultad conferida por el testador o contador-partidor de pagar en metálico de la porción hereditaria de mis mandantes y por ende el derecho de mis mandantes a que se reparta la herencia según las disposiciones generales de la partición.*

b) *Acordar la protocolización de cuaderno particional en el que se adjudique el único bien de la herencia FINCA000 Registral NUM000 del Registro de la Propiedad nº 1 de esta ciudad en proindivisión a los actores (proporcionalmente a los tercios prorrateados de mejora, libre disposición, mas la cuarta parte del tercio de legítima prorrateado y demandados (proporcional a las tres cuartas partes del tercio estricto de legítima prorrateada) de conformidad a su cuota hereditaria debiendo los actores reconvenidos a estar y pasar por dicha declaración y si no lo otorgaren se acuerde de oficio a su cargo y subsidiariamente:*

c) 1.- *Si hicieren uso de la facultad u oposición del art. 1062 y procediere, se venda el bien en pública subasta con admisión de licitadores extraños y si no fuere estimada esta acción.*

2.- *Declare el derecho de mis representados a que se les complemente el valor de su cuota hereditaria proporcionalmente de conformidad con el que se determine una vez practicada la valoración perito y en ejecución de sentencia.*

*Y todo ello condenando al pago de las cosas al demandado reconvencional". Contestada la demanda y la reconvención se acordó convocar a las partes a la Audiencia Previa, no llegando las partes a un acuerdo, proponiéndose la prueba que estimaron pertinente, acordándose señalar día y hora para la celebración de Juicio practicándose la prueba que previamente fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.*

El Juzgado de Primera Instancia nº 4 del Puerto de Santa María dictó Sentencia, con fecha 24 de mayo de 2006 , y con la siguiente parte dispositiva: "**FALLO:** *Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador D. Eduardo Terry Martínez en nombre y representación de D. Cipriano , Dña Edurne y Dña. Marcelina contra D. Paulino , Dña Rocío y Dña María del Pilar y desestimando la reconvención planteada por estos contra aquellos, debo declarar y declaro el derecho de la mencionada parte actora a elevar a escritura pública el cuaderno particional realizado por el contador D. Agustín con fecha 9 de enero de 1995, acordando dicha protocolización para su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad, debiendo los demandados estar y pasar por tales pronunciamientos.*

*Todo ello con imposición de las costas procesales de la demanda principal y de la reconvencional a D. Paulino , Dña. Rocío y Dña. María del Pilar "*

**SEGUNDO.** *Contra dicha Sentencia interpusieron recurso de apelación D. Paulino , Dña. Rocío y Dña. María del Pilar . Sustanciada la apelación, la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Cádiz dictó Sentencia, con fecha 23 de Marzo de 2007 , con el siguiente fallo: "**PRIMERO.-** *Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS el Recurso de Apelación sostenido por Don Paulino , Doña Rocío y Doña María del Pilar , y, en consecuencia, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la Sentencia de fecha 24 de Mayo de 2006, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Puerto de Santa María Número Cuatro en el Juicio Ordinario número 677/2004 , sustituyendo sus pronunciamientos por los que luego se dirán. No hacemos especial imposición de las costas procesales causadas en esta alzada.**

**SEGUNDO.-** *Que debemos DESESTIMAR LA DEMANDA interpuesta ante el referido Juzgado por Don Cipriano , Doña Edurne y Doña Marcelina contra sus sobrinos Don Paulino , Doña Rocío y Doña María del Pilar , declarando no haber lugar a declarar el derecho de aquellos a elevar a escritura pública el cuaderno particional realizado por el contador D. Agustín con fecha 9 de enero de 1995, que no se aprueba. Imponemos a los dichos actores el pago de las costas de la primera instancia.*

**TERCERO.-** *Que debemos ESTIMAR LA RECONVENCIÓN formulada en el mismo proceso por Don Paulino , Doña Rocío y Doña María del Pilar , y en consecuencia, estimando caducado el derecho de los actores de pagar en metálico la porción hereditaria de los demandados, acordamos partir la herencia relicta por Doña Leonor , atribuyendo a todos los herederos testamentarios en proindivisión la FINCA000 ", inscrita en el Registro de la Propiedad de Puerto de Santa María Libro NUM001 , folio NUM002 , finca registral NUM000 , único bien que integra el inventario de dicha herencia, confiriendo a cada uno de los comuneros*

las siguientes cuotas de participación en dicho bien, acordes con su derecho hereditario:

1. A Don Cipriano se le atribuye una cuota indivisa de cinco doceavas partes de la referida FINCA000 ", correspondiendo 1 doceava parte a su participación como heredero en el tercio de legítima estricta, 2 doceavas partes a mejora, y otras 2 doceavas partes al legado de tercio de libre disposición.

2. A Doña Edurne se le atribuye una cuota indivisa de cinco doceavas partes de la referida FINCA000 ", correspondiendo 1 doceava parte a su participación como heredera en el tercio de legítima estricta, 2 doceavas partes a la mejora, y otras 2 doceavas partes al legado del tercio de libre disposición.

3. A Doña Marcelina se le atribuye una cuota indivisa de una doceava parte de la referida FINCA000 " correspondiendo a su participación como heredera en el tercio de legítima estricta.

4. A Don Paulino se le atribuye una cuota indivisa de una treinta y seisava parte de la referida FINCA000 " correspondiendo a su participación en el tercio de legítima estricta, por derecho de representación de su padre Don Juan.

5. A Doña Rocío se le atribuye una cuota indivisa de una treinta y seisava parte de la referida FINCA000 " correspondiente a su participación en el tercio de legítima estricta, por derecho de representación de su padre Don Juan.

6. A Doña María del Pilar se le atribuye una cuota indivisa de una treinta y seisava parte de la referida FINCA000 " correspondiente a su participación en el tercio de legítima estricta, por derecho de representación de su padre Don Juan.

CUARTO.- Mandamos inscribir esta partición después de la última inscripción practicada de la expresada FINCA000 ", que consta en el Libro NUM001 , Folio NUM002 , finca registral NUM000 , en el Registro de la Propiedad de El Puerto de Santa María".

**TERCERO.** Anunciados recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, por D. Cipriano contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia los tuvo por preparados y dicha parte representada por la Procuradora D<sup>a</sup> María Luisa Goenechea de la Rosa, interpuso el recurso extraordinario por infracción procesal articulándolo en los siguientes motivos:

Primero: Al amparo de lo previsto en el ordinal 2º del art. 469.1 de la LEC , por infracción de los arts. 209, 216, 217 y 218 , en relación con el art. 465.4 de la LEC .

Segundo: Al amparo de lo previsto en el ordinal 3º del art. 469.1 de la LEC , por infracción de los arts. 282, 347.2 y 348 de la LEC.

Tercero: Al amparo de lo previsto en el art. 469.1.4º de la LEC , por vulnerar el derecho a tutela judicial efectiva sin indefensión (motivación y congruencia), y a un proceso con todas las garantías.

El recurso de casación se interpuso articulándolo en los siguientes motivos:

ÚNICO: Al amparo del art. 477.2.2º por infracción de los arts. 768, 821, 828, 829, 845, 846, 1056 (redacción vigente al tiempo del fallecimiento) y 1057 en relación con el art. 675, todos ellos del Código Civil , habiéndose aplicado indebidamente los arts. 841, 843 y 844 del mismo texto legal.

Por resolución de fecha 25 de mayo de 2007, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

**CUARTO.** Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó el Procurador D. Luciano Rosch Nadal, en nombre y representación de D. Cipriano , en calidad de parte recurrente; asimismo compareció el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación de D. Paulino , D<sup>a</sup> Rocío y D<sup>a</sup> María del Pilar , en calidad de parte recurrida. Admitido el recurso por Auto de fecha 17 de marzo de 2009 , y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación de D. Paulino , D<sup>a</sup> María del Pilar y D<sup>a</sup> Rocío , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

**QUINTO.** Se señaló como día para la Vista solicitada el once de noviembre de dos mil diez, a las diez treinta horas de su mañana, en que la misma tuvo lugar, compareciendo la Letrada de la parte recurrente D<sup>a</sup> Carmen Balbontin Pérez, acompañada del Procurador D. Luciano Rosch Nadal, en representación de D.

Cipriano . Asimismo comparece el Letrado de la parte recurrida D. José Miguel Oviedo Mesa, acompañado del Procurador D. Cesareo Hidalgo Senen, en sustitución de su compañero D. Alberto Hidalgo, en representación de D. Paulino , D<sup>a</sup> María del Pilar y D<sup>a</sup> Rocío .

Ha sido Ponente el Magistrado Excma. Sra. D<sup>a</sup>. Encarnacion Roca Trias,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º. D<sup>a</sup> Leonor falleció el 20 julio 1994. Había otorgado testamento en el año 1978. Doña María del Pilar tuvo cinco hijos, Cipriano , Edurne , Marcelina , Genoveva y Juan; los dos últimos habían fallecido en el momento de la muerte de su madre. Don Juan falleció dejando tres hijos, Paulino , Rocío , y María del Pilar , demandados en este pleito.

2º. En el testamento de doña Leonor figuran las siguientes cláusulas: "*Segunda: lega y mejora la totalidad de los 2/3 de libre disposición y de mejora en pleno dominio, a sus tres hijos, don Cipriano , doña Genoveva y doña Edurne , por partes iguales, con sustitución a favor de sus respectivos descendientes o derecho de acrecer en su caso*". "*Tercera: en el remanente instituye y nombra por sus únicos y universales herederos a sus citados cinco hijos, por partes iguales, con sustitución a favor de sus descendientes o derecho de acrecer en su caso*". Cuarta "*La finca de campo que posee en este término el pago Palomar [...], se adjudique, por considerarla indivisible a sus tres hijos que son los que la llevan, llamados don Cipriano , doña Genoveva y doña Edurne , por partes iguales, y bien a ellos o a sus respectivos descendientes si es que existieran, o en su caso al o los que les sobrevivan de ellos si es que los que premuriesen no dejaran descendencia. Esto es, en la misma forma que ha dejado establecido el anterior legado y mejora a favor de los mismos, y a los cuales se les hará esta adjudicación en pago de todo o parte de los derechos que tienen en la sucesión, compensando a los restantes herederos en efectivo con la cantidad suficiente para cubrir la legítima estricta de los mismos*". Nombró comisario contador partididor de su herencia, concediéndole un plazo de cinco años para desempeñar el encargo.

3º. El contador partididor realizó el cuaderno particional en 1995. Declaró que el único bien existente en la herencia era la FINCA000 ", que valoró en la cantidad de 61.880, 21 #. Esta finca se adjudicaba en pago de legado y mejora a D. Cipriano y a D<sup>a</sup> Edurne . Estableció un valor para la parte correspondiente a la hija D<sup>a</sup> Marcelina , así como para la parte correspondiente a los nietos, hijos de su hijo premuerto D. Juan.

4º. El contador partididor una vez realizadas las operaciones divisorias solicitó del juzgado del Puerto de Santa María la autorización judicial, a la que se opusieron los hijos de don Juan demandados en este pleito.

5º. Los herederos D. Cipriano , D<sup>a</sup> Edurne y D<sup>a</sup> Marcelina presentaron demanda contra su sobrinos, en la que pidieron que se declarara su derecho a elevar escritura pública el cuaderno particional, acordando su protocolización, y subsidiariamente que se aprobara el cuaderno particional, caso de no estimarse la anterior pretensión.

Los demandados se opusieron a la demanda, alegando básicamente el *art. 844 CC* y, por tanto, la caducidad de la facultad atribuida a los hijos para pagar en metálico las legítimas. Al mismo tiempo formularon reconvencción en la que pidieron lo siguiente: a) que se declarara caducado el derecho de los actores de la facultad concedida por el testador de pagar en metálico la porción hereditaria de los reconvinientes; b) acordar la protocolización de cuaderno particional en el que se adjudique el único bien de la herencia en proindivisión con los actores y proporcionalmente a los tercios de legítima y mejora, prorrateados entre demandantes y demandados; c) si se hiciera uso de la facultad u opción del *art. 1062* y si procediere, que se vendiera el bien en pública subasta, y d) que se declarase el derecho de los reconvinientes a que se complemente el valor de su cuota hereditaria proporcionalmente, de conformidad con lo que se determine una vez practicada la valoración de la finca por el perito.

6º. La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia e instrucción núm. 4 del Puerto de Santa María, estimó la demanda. Señaló lo siguiente: a) nos encontramos ante un caso regulado por el *art. 829 CC* "*en el que el testador realiza la mejora en cosa determinada, recogiendo el testamento lo que establece el Código civil, esto es, en el caso de que el valor de la cosa adjudicada exceda del tercio destinado a la mejora y parte de legítima que le corresponda, debe el mejorado abonar la diferencia en metálico*"; b) "*el testador no realiza una orden de pago en metálico de la legítima, en todo caso, sino que señala la mejora en cosa determinada, indicando que en el caso de que no existieran otros bienes en el momento de su fallecimiento, se procederá de conformidad con el art. 829 , al objeto de respetar la legítima estricta*"; c) no se entiende aplicable el

plazo de caducidad previsto en el art. 844 , "porque no existe una orden de pago en metálico acordada por el testador"; d) "[...] no estando al presupuesto previsto en los arts. 841 y siguientes CC [...], no era precisa la aprobación judicial, no siendo aplicable el art. 843 del texto legal mencionado, sino el art. 1057 CC [...]" , y e) si se consideraba que la valoración no se había efectuado correctamente, "[...] la parte demandada no debió adoptar una postura de inactividad sino ejercer las acciones de rescisión de la partición al amparo de los arts. 1073 CC , lo que no ha verificado".

7º. Apelaron los demandados reconvinentes. La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2ª, de 23 marzo 2007 , estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia de primera instancia, desestimó la demanda y estimó la reconvención. Los argumentos son los que siguen: a) aplica el art. 841 CC porque "[...] en todos los casos en los que algunos de los descendientes con derecho a la legítima, herederos directos o por sustitución, mejorados o no, se ven privados de percibir su haber con cargo a los bienes dejados por el causante, habrán de prestar su asentimiento a la partición hecha por contador, siendo precisa en otro caso la autorización judicial" ; b) "la valoración que el contador partidor ha realizado de los bienes relictos, constituidos por el solo inmueble ya referido, no era de recibo al no tener en cuenta las posibilidades derivadas del planeamiento urbanístico, [...] debiendo llamarse la atención acerca del hecho de que el plan de ordenación vigente desde 1996, como indicó el perito actuante, pese a lo cual se trataba de suelo urbanizado consolidados desde mucho antes, lo que elevaba con mucho su valor como rústico ya en 1994, cuando se produce el fallecimiento de la causante" ; c) este extremo de por sí solo, es bastante para no aprobar la partición que proponen los actores, por producir un perjuicio a los demandados y porque la valoración realizada por contador partidor contiene una "notable desviación de su valor real" .

8º. D. Cipriano presenta recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Ambos recursos fueron admitidos por auto de esta sala de 17 marzo 2009 .

#### **A) RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.**

##### **SEGUNDO. Incongruencia.**

*Motivo primero* . Infracción de los arts. 209, 216, 217 y 218, en relación con el 465.4 LEC. Se denuncia en este motivo que la sentencia entra a conocer y decide sobre pretensiones que no fueron ni formuladas ni sometidas a su enjuiciamiento en la alzada. La parte apelada había pretendido que se declarara su derecho a elevar a escritura pública el cuaderno particional y los demandados nunca atacaron dicho cuaderno, sino que se limitaron a pedir que se declarara la caducidad del derecho de los actores, por lo que al declarar la sentencia recurrida que no podía aprobarse la partición realizada por el contador partidor, ha incurrido en un vicio de incongruencia.

*El motivo no se estima .*

Como ya se ha dicho reiteradamente por esta Sala (entre las más recientes, ver SSTS de 20 y 23 octubre y 30 septiembre 2010 ), la incongruencia debe ser el resultado, entre otras circunstancias, de la comparación entre lo que ha sido objeto de la demanda o la reconvención y la decisión del Tribunal. Como afirma la sentencia de 22 julio 2010 , "La congruencia constituye un límite para la jurisdicción que exige que la decisión judicial mantenga la debida correlación con los términos en los que las partes han definido el litigio al formular sus pretensiones, de manera que la sentencia desde la perspectiva interna debe dar respuesta a todas las cuestiones que las partes han sometido a su decisión, y desde la perspectiva externa no puede pronunciarse sobre aquellas que las partes no plantearon" . El punto 2 de la reconvención presentada por los ahora recurridos pedía que se declarase el derecho de los reconvinentes a que se complementase el valor de su cuota hereditaria proporcionalmente, de conformidad con lo que se determinara una vez practicada la valoración de la finca por el perito. Por ello, no procede declarar que la sentencia recurrida ha incurrido en vicio de incongruencia porque, con independencia de lo que luego se dirá, se ajusta a las peticiones formuladas por la parte demandada en la reconvención, que estimó.

##### **TERCERO. La prueba de peritos.**

*Motivo segundo.* Infracción de los arts. 282, 347. 2 y 348 LEC , porque el tribunal tomó la iniciativa de hecho en la prueba, sin estar permitido legalmente y actuando de esta forma, realizó después una valoración contraria a las reglas de la sana crítica. El objeto de la prueba no alcanzaba a determinar si 11 años antes la finca en cuestión tenía o no expectativas urbanísticas. La sala entró a examinar el valor de la finca en el año 1995 y esto no había sido objeto de la pericia por no haber sido discutido; además el tribunal realizó una serie de preguntas al perito que no eran objeto de dictamen, no estando el propio tribunal autorizado para ampliar de oficio la pericia. Una vez efectuado esto, interpretó la prueba de forma arbitraria, afirmando la sentencia cosas totalmente contrarias a las manifestadas por el perito.

En las alegaciones presentadas, los recurridos consideran que el tribunal estaba autorizado para pedir las aclaraciones que entendiera más convenientes.

*El motivo segundo no se estima.*

Debe rechazarse la infracción del *art. 282 EC*, porque simplemente establece que el juez puede pedir de oficio que se practiquen determinadas pruebas, lo que no ocurrió en el presente caso.

Respecto de la pretendida intrusión del Tribunal en el acto de la celebración de la prueba pericial, debe recordarse que el *art. 347.2 LEC* autoriza al tribunal a "formular preguntas a los peritos y requerir de ellos explicaciones", sin que en ningún caso se permita acordar de oficio que se amplíe la pericia. En este caso, no consta que el tribunal se excediera de sus atribuciones, porque simplemente pidió aclaraciones lo que entra dentro de sus funciones.

El mismo rechazo produce la alegación de la infracción del *art. 348 LEC*, que obliga al juzgador a valorar los dictámenes periciales "de acuerdo con las reglas de la sana crítica". Los argumentos del recurrente no demuestran que esta regla fuese vulnerada, puesto que no aporta ningún tipo de razones que permitan llegar a esta conclusión.

**CUARTO.** *Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.*

*Motivo tercero.* Se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías, de acuerdo con el *art. 24 CE*. Al revocar la sentencia dictada en la primera instancia, la sentencia recurrida se apoya en razonamientos que contienen una fundamentación errónea y carentes de cualquier mínimo fundamento jurídico, además de caer en incongruencia y una errónea y arbitraria valoración de la prueba. La verdadera cuestión de debate es solamente interpretar las disposiciones testamentarias de la causante y aplicar el régimen legal correspondiente; en cambio no se ha examinado si resultaban de aplicación los *arts. 841, 844 CC*. *El motivo tercero se desestima.*

El recurrente introduce aquí elementos relacionados no con la tutela judicial efectiva, sino con la corrección de la argumentación utilizada por la sentencia. La tutela judicial exige que las sentencias estén motivadas, pero como ya se ha dicho por el Tribunal Constitucional y por esta Sala, ello no exige la corrección de la argumentación en el sentido que reconozca el derecho reclamado por el recurrente. El *art. 24 CE* debe interpretarse en el sentido que el justiciable debe poder obtener una resolución fundada en derecho en cuanto a los hechos y a los fundamentos, aunque no exige que el juez dé cuenta del proceso mental que le ha llevado a la conclusión, sino que esto debe poder constatarse a partir de la suficiencia de la motivación.

**B) RECURSO DE CASACIÓN.**

**QUINTO.** *Planteamiento del recurso.*

*Motivo único.* Se consideran infringidos los *arts. 768, 821, 829, 845, 846, 1056 (redacción vigente al tiempo del fallecimiento) y 1057 CC*, en relación con el *art. 675*, habiéndose aplicado indebidamente los *arts. 841, 843 y 844 CC*. Acusa el recurrente a la sentencia recurrida de no contener un auténtico razonamiento jurídico con relación al fondo de la cuestión planteada. La sentencia traslada el problema a la partición y no se atuvo a la naturaleza de la disposición testamentaria. No está el recurrente conforme que en todos los casos previstos en los *arts. 842 y ss CC* se aplique lo dispuesto para el *art. 841 CC*, que no puede ser interpretado de forma extensiva, como lo ha hecho la sentencia recurrida. Fue la voluntad de la testadora que la FINCA000 pasara a su muerte a sus tres hijos, a los que llamaba en la cláusula en cuestión y para ello no dudó en obligar a compensar a los demás herederos en la cantidad en efectivo suficiente para cubrir la legítima de los mismos.

*El motivo se estima.*

**SEXTO.** *Legado del único bien de la herencia y pago de las legítimas.*

Señala el recurrente como infringido el *art. 675 CC*, es decir, las reglas relativas a la interpretación de la voluntad de la testadora, que relaciona con normas sobre institución de heredero en cosa cierta (*art. 768 CC*), legítimas (*arts. 821, 829, 845 y 846 CC*), y partición (*arts. 1056 y 1057 CC*). La cuestión más importante en este recurso es, precisamente, la interpretación de esta voluntad, por lo que debemos detenernos en estudiar la concreta disposición testamentaria.

La situación que deriva del testamento de la causante D<sup>a</sup> Leonor es la que sigue: unos legitimarios, tres de los hijos, resultan favorecidos con el legado de la única finca existente en la herencia, al parecer, el único bien de la testadora y son obligados a pagar a los demás legitimarios su legítima estricta en dinero. La problemática se plantea en el litigio sobre la base de la corrección o incorrección de la partición efectuada por el contador-partidor, dadas las expectativas de valor que afectan a la finca objeto del legado. A este extremo hay que limitar la argumentación, porque es lo que se ha venido discutiendo en el litigio.

La cláusula contenida en el testamento de D<sup>a</sup> Leonor podía dar lugar a dos posibles soluciones:

1<sup>a</sup> La aplicación de los *arts. 841 ss CC*, porque se ha producido la adjudicación del único bien de la herencia y se obligó a los legatarios-adjudicatarios a pagar la legítima de los demás en dinero. Esta solución sería en principio correcta, pero tropieza con una dificultad y es que la norma del *art. 844 CC* no parece que deba ser aplicable a aquellos casos en que el testador imponga a sus herederos o legatarios la carga de pagar las legítimas en dinero, puesto que entonces el legatario no está autorizado para actuar de una forma distinta, ni en consecuencia, es titular de ninguna facultad de optar, ya que al pagar las legítimas en dinero, está cumpliendo la voluntad testamentaria que no puede infringir.

2<sup>a</sup> Aplicar el *art. 1056 CC*, único vigente en el momento en que la causante otorgó su testamento. Esta solución tropieza asimismo con diversas dificultades, tales como que la norma que rige la sucesión es la vigente en el momento del fallecimiento del causante, no la del otorgamiento del testamento y D<sup>a</sup> Leonor falleció estando vigentes los *arts. 841 ss CC*, así como que en realidad el *art. 1056 CC* resulta difícil de aplicar por no tratarse de una partición en sentido estricto.

La sucesión creó una comunidad hereditaria que no se extendió al único bien inmueble, que quedó excluido al haberse legado a los hijos que se dedicaban a su explotación y que adquirieron su propiedad desde la muerte del causante, según dispone el *art. 822.1 CC*. Este legado estaba gravado con la carga del pago de las legítimas a los demás legitimarios, entre los que se encuentran los recurridos, función que se encomendó al contador-partidor, quien realizó el encargo dentro del plazo fijado por la testadora, valorando la finca de acuerdo con los precios del momento en que se estaba efectuando la así llamada "partición", con la finalidad de cumplir la carga del pago en dinero impuesta por la testadora. La solución que permite la interpretación de la voluntad testamentaria resulta más cercana a lo dispuesto en el *art. 1056.1 CC*, en su anterior redacción, que en las reglas de los *arts. 841 ss CC*, que si bien son aplicables por lo dicho anteriormente, no pudieron ser tenidas en cuenta por la testadora en el momento de la redacción de su testamento, debido a que se introdujeron en el *Código en la reforma de 1981*.

La interpretación de la voluntad testamentaria nos lleva a concluir que la testadora actuó teniendo en cuenta el *art. 1056 CC* que le permitía: a) conservar indivisa su explotación agrícola; b) adjudicarla a quienes consideraba más aptos para gestionarla; c) usar la facultad del propio *art. 1056 CC*, mandando que se pagaran las legítimas de los demás en metálico. Esta interpretación razonable de la voluntad testamentaria ha sido desnaturalizada por las expectativas urbanísticas de la única finca de la herencia, pero la exclusión de dicha finca de la comunidad hereditaria, hizo que de acuerdo con lo establecido en el *art. 822.2 CC*, deba ser el legatario quien sufra su pérdida o deterioro, así como que también se aproveche de sus aumentos y mejoras. Otra cosa sería tanto como la consagración de la inseguridad jurídica, puesto que en cualquier momento, los legitimarios tendrían derecho a pedir la revisión de las valoraciones y de la correspondiente partición.

En consecuencia de todo lo anterior, debe concluirse que el cuaderno particional llevado a cabo por el contador-partidor es válido y debe ser elevado a escritura pública.

#### **SÉPTIMO.** *Desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal.*

La desestimación de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de D. Cipriano contra la sentencia de la Audiencia provincial de Cádiz, sección 2<sup>a</sup>, de 23 marzo 2007, determina la del propio recurso.

#### **OCTAVO.** *Estimación del recurso de casación*

La estimación del único motivo del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Cipriano contra la sentencia de la Audiencia provincial de Cádiz, sección 2<sup>a</sup>, de 23 marzo 2007, determina la del propio recurso.

La Sala debe asumir la instancia y, en consecuencia, acuerda reponer la sentencia dictada por el

Juzgado de 1ª Instancia e instrucción nº 4 de El Puerto de Santa María, de 24 mayo 2006 , que estimó la demanda y desestimó la reconvencción.

#### **NOVENO. Costas**

No se imponen las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación a ninguna de las partes.

Se imponen a los recurrentes en apelación D. Paulino , Dª Rocío y Dª María del Pilar , las costas de su recurso de apelación.

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

#### **FALLAMOS**

1º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de D. Teofilo contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2ª, de 23 de marzo de 2007, dictada en el rollo de apelación nº 264/2006 .

2º Estimar el recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Teofilo contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2ª, de 23 de marzo de 2007, dictada en el rollo de apelación nº 264/2006 .

3º Se casa y anula la sentencia recurrida.

4º En su lugar se repone la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Puerto de Santa María, de 24 de mayo de 2006 , cuyo FALLO dice: " *Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador D. Eduardo Terry Martínez en nombre y representación de D. Cipriano , Dña Edurne y Dña. Marcelina contra D. Paulino , Dña Rocío y Dña María del Pilar y desestimando la reconvencción planteada por estos contra aquellos, debo declarar y declaro el derecho de la mencionada parte actora a elevar a escritura pública el cuaderno particional realizado por el contador D. Agustín con fecha 9 de enero de 1995, acordando dicha protocolización para su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad, debiendo los demandados estar y pasar por tales pronunciamientos.*

*Todo ello con imposición de las costas procesales de la demanda principal y de la reconvenccional a D. Paulino , Dña. Rocío y Dña. María del Pilar "*

5º No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes.

6º Se imponen a los apelantes D. Paulino , Dª Rocío y Dª María del Pilar las costas del recurso de apelación.

Líbrense a la mencionada Audiencia la 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 .- **Francisco Marin Castan.- Encarnacion Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion Roca Trias, 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.