

Roj: STS 5097/2011
 Id Cendoj: 28079110012011100507
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 1230/2008
 Nº de Resolución: 561/2011
 Procedimiento: Casación
 Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x AVALÚO (PARTICIÓN) x
- x PARTICIÓN POR CONTADOR-PARTIDOR x
- x LEGADO DE COSA ESPECÍFICA x
- x LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA x
- x PARTICIÓN POR EL TESTADOR x

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Julio de dos mil once.

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 Bizkaia, sección 4ª, por D. Erasmo , representado por el Procurador de los Tribunales, D. Antonio Hernández Urbarri, contra la Sentencia dictada, el día 1 de febrero de 2008, por la referida Audiencia y Sección en el rollo de apelación nº 623/06 , que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Bilbao, en los autos L2 1/06, sobre cuestión incidental. Ante esta Sala comparece el Procurador D. Antonio García Martínez, en nombre y representación de D. Erasmo , en calidad de recurrente. No compareciendo la parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Bilbao, se presentó por la letrada contador partidor Dª Carina , cuaderno particional comprensivo de las operaciones de inventario, avalúo, liquidación, división y adjudicación de bienes integrantes de la herencia de D. Plácido .

De dichas operaciones particionales, se acordó dar traslado a las partes, compareciendo Dª María Milagros , representada por el Procurador D. Rafael Eguidazu Buerba, y mediante el oportuno escrito, alegando lo que estimó pertinente, y solicitando : *"...se tenga por formulada en tiempo y forma oposición al cuaderno particional presentado por la Contadora- Partidora, dando a los autos el curso que la Ley previene"*.

Por resolución de fecha 23 de enero de 2006, se acordó tener por formulada por Dª María Milagros , oposición a las operaciones divisorias y convocar al contador y a las partes a la Comparecencia, prevista en el *art. 783.3 de la LEC* , compareciendo D. Erasmo , representado por el Procurador D. J.A. Hernández Urbarri; la representación legal de Dª María Milagros y la contadora-partidora Dª Carina , alegando en dicho acto por cada una de las partes lo que estimaron pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Bilbao, dictó Sentencia con fecha 16 de mayo de 2006 , y con la siguiente parte dispositiva: *"FALLO: Desestimo la oposición a las operaciones particionales planteada, confirmando íntegramente las mismas.*

Condeno a la representación de María Milagros al pago de las costas".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación Dª María Milagros . Sustanciada

la apelación, la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia dictó sentencia con fecha 1 de febrero de 2008 , que contiene el fallo del tenor literal siguiente : *"Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por Dª María Milagros contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de los de Bilbao en el procedimiento sobre división de herencia nº 1/06, del que este rollo dimana, revocamos parcialmente dicha resolución en el sentido de haber lugar a la impugnación parcial del cuaderno particional redactado por la contadora partidora Dª Carina , con fecha 1 de Diciembre de 2005, que debe ser rectificado en cuanto que atribuimos al inmueble señalado como nº 1 del activo de la herencia de D. Plácido y que se adjudica a virtud de legado de dicho causante a la indicada recurrente, el valor de 96.161,94 euros en lugar de los 174.293,51 euros que se establecen en el cuaderno impugnado. No se efectúa una singular imposición de las costas de ambas instancias a ninguna de las partes"*.

TERCERO. Anunciados recurso de casación por D. Plácido contra la Sentencia de apelación el Procurador de los Tribunales D. José Antonio Hernández Uribarri, lo interpuso ante dicha Audiencia, con fundamento en los siguientes motivos:

Único.- Infracción de los *artículos 882 y 1380 del CC* , por aplicación indebida, en relación con la infracción de los *artículos 847, 1045, 1074 del Código Civil* , por no aplicación de los mismos, así como en la oposición a la Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Por resolución de fecha 26 de mayo de 2008 la Audiencia Provincial acordó la remisión de las actuaciones originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó el Procurador D. Antonio García Martínez, en nombre y representación de D. Erasmo , en calidad de recurrente. No compareciendo la parte recurrida. Por Auto de fecha 22 de septiembre de 2009 , fue admitido el recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el treinta de junio de dos mil once, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. Dª. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º El causante, D. Plácido , había legado a su esposa, Dª María Milagros , el tercio de libre disposición de su herencia con la siguiente cláusula: *"Lega el tercio de libre disposición libre de cargas e impuestos, a su esposa la Excmo. Sra. Dª María Milagros ; siendo su expresa voluntad que dentro de dicho legado se incluya el departamento propiedad del testador, sito en Salou (Tarragona) Cala de Llenguadets, sin número, letra K [...]"*.

2º En la partición que ahora se discute, la contadora partidora atribuyó dicha vivienda a la esposa del testador, valorándola en 174.293,51#.

3º La viuda-legataria, Dª María Milagros , impugnó algunos extremos de la partición, de los que solo llega a casación la cuestión relativa al momento en que debe valorarse el inmueble de Salou. Dª María Milagros sostiene que la atribución del apartamento constituye un legado de cosa cierta, propia del testador y al adquirir la propiedad en el momento de la apertura de la sucesión, deja de estar en la herencia, por lo que debe valorarse en el momento de la muerte del causante. Los herederos sostienen, por el contrario, que debe valorarse en el momento de la partición.

4º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Bilbao, de 16 mayo 2006 , desestimó la oposición a las operaciones particionales llevada a cabo por D María Milagros .

5º Dª María Milagros apeló la anterior sentencia, que fue revocada, al estimarse la apelación por la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 4ª, de 1 febrero 2008 . Los argumentos son los que se resumen: a) no es preciso hacer la partición para que el legado atribuido por el testador sea efectivo; b) la recurrente ostenta la posesión del bien desde la muerte del causante dado que el objeto legado es una cosa propia del testador; c) el bien debe ser valorado en el momento de la muerte del causante y no en la fecha de la partición, como entiende la sentencia recurrida y ello al contrario de lo que ocurre con los demás bienes de la herencia, y d) *"[...] el legatario se beneficia,[...], del posible incremento del valor que el bien ostente a partir de cuando accede a su propiedad, lo que implica que el resto de los herederos son ajenos a ese beneficio, como lo son de los frutos, rentas, etc. que el bien pudiera producir"*.

6º El heredero D. Erasmo presenta recurso de casación, al amparo del *Art. 477, 1, 2 LEC*, que fue admitido por Auto de esta Sala de 22 septiembre 2009.

SEGUNDO. *Motivo único.* Infracción de los *Arts. 882 y 1380 CC*, por aplicación indebida, en relación con la infracción de los *Arts. 847, 1045 y 1074 CC*, por no aplicación, así como en la oposición a la doctrina jurisprudencial según la cual la valoración de los bienes sujetos a una operación particional debe referirse al momento de la liquidación. Asimismo entiende el recurrente que no nos encontramos ante un legado directo puro y simple, sino ante un legado de parte alícuota, para cuyo pago el testador quiere que se adjudique un bien concreto, de modo que el causante, está trasladando al momento de la partición la valoración de dicho bien, pues solo en este momento puede llevarse a cabo la valoración del tercio de libre disposición.

El motivo se estima.

La partición puede ser efectuada por el testador, cuando atribuye bienes concretos a porciones concretas. Pero el presente supuesto no constituye ni un legado de cosa cierta propia del testador, ni un caso de partición realizada por el testador.

1º No se trata de un legado de cosa propia del testador porque la correcta interpretación de la cláusula en la que se efectúa el legado del tercio de libre disposición a la viuda lo impide. El testador legó a su viuda dicho tercio, con lo que le atribuyó una parte alícuota de la herencia y estableció que uno de los bienes de su patrimonio debía incluirse en esta porción cuando dijo: "[...] *siendo su expresa voluntad que dentro de dicho legado se incluya el departamento propiedad del testador, sito en Salou[...]*". De aquí que no puede admitirse que D^a María Milagros, adquiriese dos legados, el de parte alícuota y el del apartamento, sino uno solo, el de parte alícuota al que se imputó un bien, que debe integrarse en la cuota a que tiene derecho la viuda como legataria de parte alícuota.

2º El testador no efectuó ni tan siquiera un acto particional, sino que se limitó a hacer una asignación de un bien a una cuota. Como ha venido diciendo la jurisprudencia de esta Sala, cuando el testador se limita a adjudicar algún objeto en la cuota que atribuye y al mismo tiempo nombra un contador partidor, como ha ocurrido en este caso, no nos hallamos ante una partición propiamente dicha, sino ante una adjudicación de un bien hereditario (SSTS de 25 enero 1971, 15 febrero 1988). La STS de 8 marzo 1989 dijo "[...] *cuando un testador, diciendo hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 1.056 CC, se limita en su testamento a adjudicar algunos de sus bienes a sus herederos forzosos, a los que atribuye por partes iguales el remanente de los demás bienes no adjudicados, y reserva la práctica de las operaciones particionales para que la realicen los contadores- partidores por él nombrados expresamente, tales adjudicaciones, aunque siempre respetables dentro de los límites legales, no pueden conceptuarse como una partición, a los efectos prevenidos en el citado precepto, como tiene declarado esta Sala (Sentencias de 9 de marzo de 1961, 25 de enero de 1971 y 15 de febrero de 1988)*".

TERCERO. La consecuencia de lo anterior es que no tratándose de un legado de cosa propia del testador, ni de ningún otro tipo, sino de una adjudicación en la cuota de parte alícuota, el inmueble que el propio causante atribuyó en dicha cuota legada debe valorarse de acuerdo con lo dispuesto en el *art. 1074 CC*, es decir, con el valor que tienen cuando las cosas fueron adjudicadas. Una solución distinta produciría una absoluta desigualdad entre los diferentes herederos (STS 956/2005, de 21 octubre).

CUARTO. La estimación del único motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. D. Erasmo contra sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 4ª, de 1 febrero 2008 determina la de su recurso de casación.

En consecuencia, esta Sala asume la instancia y repone la sentencia pronunciada por el Juzgado de 1ª instancia nº 2 de Bilbao, de 16 mayo 2006, que desestimó la oposición a las operaciones particionales por parte de D^a María Milagros y cuyo Fallo dice: "**FALLO:** *Desestimo la oposición a las operaciones particionales planteada, confirmando íntegramente las mismas. Condeno a la representación de María Milagros al pago de las costas*".

No se imponen las costas de este recurso de casación a ninguno de los litigantes.

Se imponen a la parte recurrente en apelación, D^a María Milagros, las costas del recurso de apelación.

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

FALLAMOS

1º Estimar el recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Erasmo contra sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 4ª, de 1 febrero 2008, dictada en el rollo de apelación nº 623/06 .

2º Se casa y anula la sentencia recurrida.

3º Se repone la sentencia pronunciada por el Juzgado de 1ª instancia nº 2 de Bilbao, de 16 mayo 2006 , cuyo FALLO dice: "*FALLO: Desestimo la oposición a las operaciones particionales planteada, confirmando íntegramente las mismas. Condeno a la representación de María Milagros al pago de las costas*".

4º No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes litigantes.

5º. Se imponen a la recurrente en apelación Dª María Milagros , las costas del recurso de apelación.

Líbrese 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 .-Jesus Corbal Fernandez.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.-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.