



Roj: **STS 1026/2001** - ECLI: **ES:TS:2001:1026**

Id Cendoj: **28079110012001101377**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/02/2001**

Nº de Recurso: **175/1996**

Nº de Resolución: **142/2001**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Febrero 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 la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número seis de Alicante, cuyo recurso fue interpuesto por el Procurador D. Juan Luis Pérez Mulet y Suárez, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Araceli, D. Matías, D. Pedro Enrique y D. Lucas, defendidos por el Letrado D. Eduardo Pérez Pascual; siendo parte recurrida el Procurador D. Rafael Gamarra Megias, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Carina.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Fernando Jover Sánchez, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Carina, interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía frente a D. Esteban, D<sup>a</sup> Araceli, D. Matías y D. Gaspar y D. Lucas y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia estimando la demanda y declarando: 1º.- Inexistencia de obligación de colacionar de la actora, D<sup>a</sup> Carina, en la herencia de su madre, D<sup>a</sup> Penélope, siendo inválida la cláusula 3º, párrafo segundo del testamento de la causante en que así se establece de 27 de marzo de 1972 y el ológrafo que lo ratifica y confirma, con reconocimiento, por tanto, de sus derechos a la herencia de la referida causante. 2º.- Nulidad de los testamentos ológrafos y abierto de 13 de marzo de 1989 y 27 de marzo de 1972, respectivamente, otorgado por D<sup>a</sup> Penélope en su integridad o, en otro caso, la nulidad de las cláusulas 1ª, 2ª y 3ª de dicho testamento abierto, anulando la institución de herederos efectuada a favor de la demandada D<sup>a</sup> Araceli, con reserva de la validez de los legados en tanto en cuanto no resulten inoficiosos, decretando en todo caso la apertura del reconocimiento de los derechos que corresponden a la actora como hija de la causante y al amparo de los artículos 930 a 932, ambos inclusive. 3º.- La nulidad de la partición de la herencia de la causante y su protocolización otorgada en escritura de 26 de marzo de 1990, autorizada por el Notario de Valencia D. Rafael Gómez Ferrer Sapiña. 4º.- La nulidad de las inscripciones practicadas en los correspondientes Registros de la Propiedad (Alicante nº 1 y Novelda) y derivadas de las adjudicaciones llevada a efecto de la mencionada escritura de partición, división y adjudicación de la herencia de D<sup>o</sup> Penélope, con las correspondientes cancelación. 5º.- Condenando a los demandados al pago de las costas del presente proceso.

2.- El Procurador D. José Antonio Saura Ruiz, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Araceli, D. Matías, D. Pedro Enrique y D. Lucas, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia desestimando íntegramente la demanda presentada, absolviendo de ella a mis mandantes y condenando en las costas procesales a la parte demandante.

3.- El Procurador D. Manuel Calvo Sebastián, en nombre y representación de D. Esteban, presentó escrito formulando allanamiento a la demanda.



4.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las mismas partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus escritos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Alicante, dictó sentencia con fecha 11 de julio de 1.994, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por la representación procesal de D<sup>a</sup> Carina contra Esteban , Araceli , Matías y Gaspar y Lucas debo declarar y declaro: 1.- la inexistencia de obligación de colacionar de la actora, D<sup>a</sup> Carina , en la herencia de su madre, D<sup>a</sup> Penélope . 2.- la nulidad de las cláusulas 1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup> y 3<sup>a</sup> párrafo primero, del testamento abierto de fecha 27 de marzo de 1972, anulando la institución de heredero hecha a favor de D<sup>a</sup> Araceli , con reserva de la validez de los legados en cuanto no resulten inoficiosos, decretándose la apertura de la sucesión intestada; 3.- La nulidad de la partición de la herencia de la causante y su protocolización otorgada en escritura de 26 de marzo de 1990, autorizada por el Notario de Valencia D. Rafael Gómez Ferrer Sapiña. 4<sup>o</sup>.- La nulidad de las inscripciones practicadas y derivadas de las adjudicaciones llevadas a efecto en la mencionada escritura de partición, división y de adjudicación de la herencia de D<sup>a</sup> Penélope ., con las correspondientes cancelaciones; todo ello sin hacer expresa condena en costas.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de el Procurador D. José Antonio Saura Ruiz, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Araceli , D. Matías D. Pedro Enrique y D. Lucas , la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó sentencia con fecha 19 de diciembre de 1.995, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación formulado por el Procurador Sr. Saura Ruiz, en nombre y representación de Araceli , Matías y Pedro Enrique y Lucas , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Alicante, con fecha 11-7-94, en las actuaciones de que dimana el presente rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución; imponiendo a la parte apelante el pago de las costas causadas en esta alzada.

TERCERO.- 1.- El Procurador D. Juan Luis Pérez Mulet y Suárez, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Araceli , D. Matías , D. Pedro Enrique y D. Lucas , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Infracción por interpretación errónea del artículo 1042 del Código civil, al amparo del número 4<sup>o</sup> del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción de las normas del ordenamiento jurídico. SEGUNDO.- Infracción por no aplicación, del primer párrafo del artículo 819 del Código civil, al amparo del número 4<sup>o</sup> del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción de las normas del ordenamiento jurídico. TERCERO.- Al amparo del número 4<sup>o</sup> del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate. CUARTO.- Infracción por no aplicación, del artículo 675 del Código civil, al amparo del número 4<sup>o</sup> del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. QUINTO.- Infracción, por aplicación indebida, del artículo 813 del Código civil, Infracción por no aplicación, del primer párrafo del artículo 819 del Código civil, al amparo del número 4<sup>o</sup> del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. SEXTO.- Infracción por interpretación errónea del artículo 851 del Código civil, al amparo del número 4<sup>o</sup> del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Rafael Gamarra Megias, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Carina , presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 6 de febrero del 2001, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión jurídica esencial que se ha planteado en la presente litis y que ha llegado hasta el mismo recurso de casación es atinente a la siguiente cláusula testamentaria del último testamento abierto, de 27 de marzo de 1972, ratificado por uno posterior ológrafo, de 13 de marzo de 1989, de la causante, madre de los hermanos Carina (demandante en la instancia y parte recurrida en casación), Esteban y Araceli , del siguiente tenor: "Tercera: Nada deja por testamento a sus otros dos hijos, Esteban y Carina por haberles dado en vida sobradamente: al referido Esteban le hizo donación de la mitad ganancial que correspondió a la testadora en el negocio que tuvo con su difunto esposo, bajo el nombre de " DIRECCION000 "; asimismo le adeuda el referido Esteban a la testadora las cantidades que se comprometió a abonar a ésta por la cesión que le hizo del usufructo de la otra mitad del negocio, cantidades que ha dejado de abonar desde hace más de dos años y que la testadora le condona, ordenando se imputen, como la otra donación a cuenta de la herencia, y con las cuales queda más que satisfecho de sus derechos como heredero forzoso. Y en cuanto a Carina , la testadora ha gastado en ella, en estudios y colegios, más de trescientas mil pesetas, y en ajuar, cuando se casó, más de cien mil pesetas, cuyas cantidades cubren con exceso, lo que pudiera corresponderle por su legítima."



El primero de ellos, D. Esteban , ejercitó una acción que prosperó parcialmente en sentencia dictada por esta Sala, de fecha 6 de abril de 1998. La segunda, D<sup>a</sup> Carina ha ejercitado acción en la que interesa que se declare la inexistencia de su obligación de colacionar y la nulidad de los testamentos mencionados o de sus cláusulas 1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup> y 3<sup>a</sup> y la nulidad de la institución de heredero con apertura de la sucesión intestada y, en consecuencia, la nulidad de la partición y de las inscripciones registrales. En sus fundamentos de derecho razona la inexistencia de la obligación de colacionar y estima que se han infringido los artículos 763,2º, 806, 807, 808 y 813 del Código civil por lo que, según afirma: "la infracción de los preceptos legales relativos a las legítimas ya reseñados anteriormente originan la ineficacia de las cláusulas testamentarias en las que se incurre en tal infracción, originando la nulidad de las mismas y del testamento..." y, añade que hay expresión de causa falsa en el testamento y que se puede considerar que hubo preterición o, en su caso, desheredación, infringiéndose los artículos 814,1º, 849 y 851 del Código civil.

Las sentencias de instancia, del Juzgado nº 6 de Alicante y de la Audiencia Provincial, Sección 4<sup>a</sup>, de la misma ciudad, estimaron la demanda. Contra la de esta última se ha interpuesto el presente recurso de casación por los codemandados, todos excepto el hermano de la demandante, D. Esteban , que se había allanado a la demanda, y que él había interpuesto una anteriormente, resuelta por esta Sala, como se ha dicho.

SEGUNDO.- Es preciso aclarar una serie de conceptos jurídicos aplicados al caso presente, pues en éste se han producido una serie de errores que parten de la demanda inicial y han llegado a las sentencias de instancia.

Ante todo hay que partir del concepto de la colación, utilizado en el Código civil para el cálculo de la legítima en el artículo 819 y para la determinación, en consecuencia, de si existe inoficiosidad en las donaciones hechas por el causante ( artículos 636 y 654), y más específicamente en los artículos 1035 y siguientes como operación particional. Como operación distinta ha de considerarse la imputación de las donaciones a la cuota del legitimario previo cómputo con arreglo al artículo 818 para hallar dicha cuota (artículo 819). Estrictamente la colación es una operación particional, cuya finalidad no es la protección de las legítimas, sino de determinar lo que ha de recibir el heredero forzoso por su participación en la herencia, que puede ser mayor que la que le corresponde por su legítima, si el causante le ha dejado más. En suma, la colación se refiere a la cuenta de participación de heredero forzoso en la herencia. Por otra parte, en nuestro sistema legitimario el testador puede dejar la legítima "por cualquier título", sin excluir ninguno, por tanto inter vivos o mortis causa. Así lo dispone el artículo 815 del Código civil. La sentencia de esta Sala de 20 de febrero de 1981 declaró que el heredero forzoso, a quien en vida haya hecho alguna donación su causante, no puede considerarse desheredado ni preterido, y sólo puede reclamar que se complete su legítima, al amparo del artículo 815.

La testadora, en la cláusula transcrita del testamento antes referenciado, hace referencia a dos atribuciones a título gratuito; los gastos para una carrera profesional (de magisterio en el presente caso) y los regalos de boda (el "ajuar, cuando se casó", dice el testamento). La primera, según el artículo 1402 del Código civil no es colacionable "sino cuando el padre (la madre en el presente caso) lo disponga", en cuyo caso, se calculará el mayor gasto de tal carrera profesional, respecto a si se hubiera limitado a vivir en la casa de sus padres, como dispone su último inciso. La segunda sí es colacionable y el artículo 1044 del Código civil le da un trato de favor a efectos, exclusivamente, de reducción por inoficiosidad.

En dicha cláusula, cuando la testadora dispone que no le deja nada por testamento, porque ya se lo dio en vida, está imponiendo la obligación de colacionar ambas donaciones: la de gastos de carrera profesional, artículo 1042, y la de regalos de boda, artículo 1044. Existen, pues, dos atribuciones a título gratuito colacionables, que se computan para la fijación de la legítima, se imputan a la legitimaria demandante en su legítima y constituyeron una atribución en pago de la legítima.

TERCERO.- En consecuencia, la demandante D<sup>a</sup> Carina recibió como legítima dos atribuciones a título gratuito que sí son colacionables por disposición expresa de la testadora la primera y por imperativo legal la segunda. El primer pedimento que hace la demanda es, pues, inaceptable ya que sí hay existencia de obligación de colacionar: las sentencias de instancia no llegan a justificar jurídicamente (salvo una remisión a otra sentencia dictada en proceso distinto, la de primera instancia y una remisión global a heterogéneos artículos del código civil, la de segunda) la declaración de inexistencia de obligación de colacionar. Y, en todo caso, si no hay obligación de colacionar, podrá reclamar la legítima pero no provocar la nulidad del testamento ni de la institución de heredero; si hay obligación de colacionar, podrá ejercer la acción de suplemento de legítima, que contempla el artículo 815 del Código civil pero sin dar lugar a nulidad alguna.

No es baldío hacer una referencia a la acción que ejercitó el hermano del demandante, D. Esteban , semejante a la de ésta y que fue estimada parcialmente por la sentencia de esta Sala, que casa la de la Audiencia Provincial, de 6 de abril de 1998.

En dicho proceso hay un supuesto fáctico distinto: se declaró probado que el demandante D. Esteban no había recibido donación alguna de la testadora, sino que ésta había celebrado con él un negocio jurídico



a título oneroso respecto al negocio de destilería; por tanto, había sido excluido totalmente de la legítima, apreciándose, aplicando el principio *iura novit curia*, una preterición intencional que da lugar a la nulidad (*rectius*, rescisión) de la institución de heredero en cuanto perjudica la legítima de aquél. Sin embargo, en el presente proceso, la demandante, hermana del anterior, D<sup>a</sup> Carina , sí había percibido atribuciones a título gratuito colacionables que se imputan a la legítima.

CUARTO.- Tras las consideraciones anteriores se hace preciso analizar el recurso de casación, articulado en seis motivos, todos ellos formulados al amparo del n<sup>o</sup> 4<sup>o</sup> del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En primer lugar, los motivos primero y segundo denuncian la infracción de los artículos 1042 y 819, respectivamente, del Código civil y han de estimarse, conforme lo expuesto en los fundamentos anteriores. Las dos atribuciones a título gratuito que declara la testadora haber hecho a su hija, la demandante D<sup>a</sup> Carina , son colacionables; al no haberlo considerado así, las sentencias de instancia han infringido el artículo 1402; asimismo, tales atribuciones a título gratuito, con la naturaleza de donaciones, se imputan a la legítima de la misma y al no considerarlo así, las sentencias de instancia infringen el artículo 819 del Código civil. En estos extremos, la sentencia de la Audiencia Provincial yerra también al hacer aplicación de los artículos 1045 que se refiere al valor, que no se plantea en la acción ejercitada, sino que se discute la existencia o no de colación, y del artículo 1044 que se refiere a la reducción por inoficiosas de ciertas donaciones, no a la colación.

En segundo lugar, los motivos quinto y sexto alegan infracción de los artículos 813 y 851 del Código civil e igualmente se estiman. Tal como se ha apuntado anteriormente, la reclamación de la legítima no da lugar a la nulidad del testamento o de algunas de las cláusulas ni a la nulidad de la institución de heredero; tan solo la preterición intencional puede dar lugar a su rescisión y la desheredación injusta, lo mismo. Pero la sentencia de instancia aplica el artículo 813, no aplica el 814 sobre la preterición y hace una extraña referencia a una "encubierta desheredación" olvidando que ésta debe ser nominal y expresa, llegando a la conclusión de anular parte del testamento y la institución de heredero, con lo cual infringe efectivamente los citados artículos.

En tercer lugar, los motivos tercero y cuarto no tienen interés pues habiéndose estimado las anteriores, carece de sentido entrar en el análisis de éstos, ya que el tercero se refiere a infracción de jurisprudencia, que no la hay que pueda considerarse efectivamente infringida y el cuarto alega infracción del artículo 675 del Código civil sobre interpretación del testamento, lo que nada tiene que ver con el presente caso, en que se discute el cumplimiento del deber de disponer de parte del patrimonio que constituye la legítima al legitimario, lo que está integrado por normas de derecho cogente, indisponibles por la voluntad del causante.

QUINTO.- Estimándose cuatro de los motivos de casación comprendidos en el n<sup>o</sup> 4<sup>o</sup> del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil esta Sala debe resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, tal como dispone el artículo 1715.1.3<sup>o</sup> de la misma ley. El debate viene determinado por el suplico de la demanda: el primer pedimento interesa la declaración de inexistencia de la obligación de colacionar, que está claro se desestima; el segundo, nulidad de testamento o de cláusulas determinadas y nulidad de la institución de heredero y apertura de la sucesión intestada, igualmente debe ser desestimado, pues ningún fundamento jurídico abona tales nulidades; los restantes pedimentos son accesorios y subordinados a los anteriores -nulidad de la partición y de las inscripciones en el Registro de la propiedad- que, por ello, se desestiman igualmente. En el suplico de la demanda, determinando el objeto del debate, no reclama la legítima o su complemento, por lo cual, se deberá desestimar la demanda tal como ha sido planteada.

En cuanto a las costas, según el artículo 1715.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se imponen a la parte demandante las de primera instancia, aplicando el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; no se hace imposición de las costas causadas en segunda instancia y, en las de este recurso de casación, no se hace condena y cada parte satisfará las suyas. Se deberá devolver el depósito constituido, a la parte recurrente.

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

## FALLAMOS

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION, formulado por el Procurador D. Juan Luis Pérez Mulet y Suárez, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Araceli , D. Matías , D. Pedro Enrique y D. Lucas , respecto a la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante, con fecha 19 de diciembre de 1.995, que CASAMOS y ANULAMOS y, en su lugar, desestimamos la demanda interpuesta por la representación procesal de D<sup>a</sup> Carina .

En cuanto a las costas, imponemos las de primera instancia a dicha demandante. No se hace condena en costas en segunda instancia. Tampoco en las de este recurso de casación, en que cada parte satisfará las suyas. Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido.



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 .- IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA.- XAVIER OCALLAGHAN MUÑOZ.- FRANCISCO MARIN CASTAN.- 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ