



Roj: **STS 5433/1995 - ECLI:ES:TS:1995:5433**

Id Cendoj: **28079110011995102036**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/10/1995**

Nº de Recurso: **1477/1992**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **ANTONIO GULLON BALLESTEROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Octubre de mil novecientos noventa y cinco.

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 Octava de lo Civil de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha a 24 de febrero de 1992, como consecuencia de los autos de juicio declarativo de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Alicante, sobre nulidad de cláusula testamentaria; cuyo recurso ha sido interpuesto por D. Cesar , representado por el Procurador de los Tribunales D. José Granados Weil; siendo parte recurrida Dª Carina , representada por la Procuradora Dª María del Carmen Otero García.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.-Ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Alicante, fueron vistos los autos de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, instados por D. Cesar , contra D. Roberto , declarado en rebeldía por su incomparecencia y Dª Carina y Dª María Esther , sobre nulidad de cláusula testamentaria de desheredación de institución de heredero y otras.

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 "Que se condene a la demandada Dª Carina a que colacione en la herencia del causante D. Arturo , la cantidad de 5.725.353 ptas que el testador anticipó y satisfizo por su cuenta con anterioridad como indemnización al demandante en concepto de responsabilidad civil derivada de delito y a que fue condenada dicha demandada. Que se condene a los demandados a estar y pasar por esas declaraciones, con imposición de las costas".- Admitida a trámite la demanda y emplazado el mencionado demandado, la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente y terminó suplicando "desestimase la demanda y se absolviese a su representada por sí y en la representación de su hija menor de edad, con imposición de las costas a la parte actora".- Convocadas las partes a la comparecencia establecida en el artículo 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta se celebró el día señalado, con asistencia de las partes sin avenencia.- Recibido el pleito a prueba se practicó las que propuestas por las partes fue declarada pertinente.-Unidas a los autos las pruebas se convocó a las partes a comparecencia poniéndolas mientras tanto de manifiesto en secretaría para que hicieran un resumen de las mismas lo que verificaron en tiempo y forma, quedando los autos en poder del Sr. Juez para dictar sentencia.- El Sr. Juez de 1ª Instancia nº 4 de Alicante, dictó sentencia de fecha 26 de junio de 1989, con el siguiente FALLO: "Que estimando como estimo la excepción de litis consorcio pasivo necesario alegado por el Procurador Sr. Ochoa Poveda en nombre y representación de la demandada Dª Carina por sí, y en representación de su hija menor Dª María Esther , debo declarar y declaro que no se entra a conocer sobre el fondo del objeto planteado, en la demanda instada por el Procurador Sr. Saura Ruiz en nombre y representación de D. Roberto . Sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas causadas".

SEGUNDO.-Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de 1ª Instancia por la representación de y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia



con fecha 24 de febrero de 1992, con la siguiente parte dispositiva.- FALLAMOS: "Se desestima el recurso de apelación interpuesto por D. Roberto contra la sentencia dictada el 26 de junio de 1990 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Alicante en juicio de menor cuantía 528/87, y CONFIRMAMOS la citada resolución con imposición al recurrente de las costas causadas en esta alzada".

TERCERO.- El Procurador Don José Granados Weil, en representación de D. Roberto, interpuso recurso de casación contra la Sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia, con apoyo en los siguientes motivos.- PRIMERO: Al amparo del art. 1692.3º LEC, primer inciso. Infracción de los arts. 359, en relación con el art. 710, párrafo primero, LEC y el art. 11, apartado 3 L.O.P.J.- SEGUNDO: Al amparo del art. 1693.3º LEC, aduce quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por aplicación indebida al caso de la doctrina jurisprudencial sobre el litisconsorcio pasivo necesario.- TERCERO: Al amparo del art. 1692.3º LEC. Infracción por no aplicación de los arts. 693, regla tercera LEC, en relación con los 238, regla tercera, inciso primero LOPJ y los arts 11, apartado 3 y 243 de la misma Ley orgánica.- CUARTO: Al amparo del art. 1692.3º LEC. Inaplicación de los arts. 693, regla tercera, LEC, en relación con el art. 240 LOPJ.- SEXTO: Al amparo del art. 1692.3º LEC, aduce infracción del art. 710 LEC.

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la Procuradora Dª Mª del Carmen Otero García, en representación de la parte recurrida presentó escrito con oposición al mismo.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por ninguna de las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 18 de octubre de 1995.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-D. Roberto, debidamente representado, demandó por las normas del juicio declarativo de menor cuantía a D. Roberto, a Dª Carina y a Dª María Esther, en cuya demanda negaba la causa de desheredación invocada por su fallecido padre para apartarle de su herencia, además de otros pedimentos.

El Juzgado de 1ª Instancia desestimó la demanda sin entrar en el fondo de la cuestión, por acoger la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, fundada en que no habían sido demandados los hijos del actor. La Audiencia confirmó el fallo apelado.

Contra la sentencia de la Audiencia ha interpuesto D. Roberto recurso de casación por los motivos que se pasan a examinar.

SEGUNDO.- El motivo primero, al amparo del art. 1692.3º LEC, aduce infracción de las normas reguladoras de la sentencia contenidas en los arts. 359, en relación con el 710, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del art. 11, apartado 3, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En esencia, el recurrente afirma que "la resolución dictada por el Tribunal a quo no ha resuelto todos los puntos y cuestiones suscitadas en la apelación y expuestos en el informe en el acto de la vista y más específicamente que se decretase, en virtud además de los poderes de oficio que reside en los Tribunales, la nulidad de actuaciones para el caso de que se estimase la existencia de la falta de litis consorcio pasivo necesario al no haberse demandado a los hijos del actor y con objeto de que se subsanase la falta de tal presupuesto procesal retro trayéndose las actuaciones al momento de la comparecencia del menor cuantía".

El motivo se desestima en cuanto que es erróneo su planteamiento. En la apelación, el hoy recurrente, según el acta de la vista extendida bajo la fe del Secretario, interpuso "la revocación de la sentencia recurrida, solicitando de la Sala dicte otra que estime que no ha lugar a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, o si la estima necesaria, entender que ha sido subsanada por la comparecencia de la madre y por consiguiente entre en el fondo del asunto y resuelva con arreglo al suplico de la demanda". La lectura de la sentencia recurrida pone de relieve que esas fueron las coordenadas de la vista de la apelación. Por ello está fuera de lugar una supuesta incongruencia de la sentencia.

También se acusa a la sentencia recurrida de no haber decretado de oficio la nulidad de actuaciones para que se subsanase la falta de aquel presupuesto procesal, y esta acusación se rechaza porque la cuestión litigiosa versó sobre si el recurrente había subsanado o no aquella falta, entendiéndola Audiencia que no se había hecho correctamente. No es lógico interpretar que lo procedente hubiera sido, a continuación, retrotraer las actuaciones al momento de la comparecencia señalado en el art. 693 LEC para una nueva posibilidad de subsanación correcta al cabo de los años transcurridos. El precepto es contrario, pues únicamente permite que se dé un corto espacio de tiempo para la subsanación, dentro del cual se ha de verificar necesariamente (núms. 3º y 4º). La interpretación del recurrente, que no se acepta por esta Sala, en resumidas cuentas es que



permite una subsanación de una subsanación errónea, lo que llevaría a una dilación insospechada, caprichosa e intolerable de cualquier procedimiento.

Por último, el recurrente no justifica la indefensión que pueda haber sufrido, requisito imprescindible para la viabilidad de la impugnación casacional que se pretende con el motivo en examen, indefensión que, a juicio de esta Sala, no se ve por parte alguna puesto que ha alegado ante la Audiencia todo lo que le ha parecido conveniente a su derecho e interés sobre la subsanación del defecto procesal tantas veces citado, y la sentencia recurrida únicamente dedica su extenso y denso contenido al examen de sus manifestaciones.

TERCERO.- El motivo segundo, al amparo del art. 1693.3º LEC, aduce quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por aplicación indebida al caso de la doctrina jurisprudencial sobre el litisconsorcio pasivo necesario. En su defensa, prácticamente se hace una remisión a los escritos expositivos del pleito en los que se argumentaba que los hijos del recurrente no debían ser llamados a este pleito.

El motivo se desestima, aparte de por el defecto fundamental de no haber alegado ni justificado indefensión (inexistente, desde luego), por la razón sustantiva y básica de que, impugnando el recurrente la desheredación de que fue objeto en la herencia de su padre según lo dispuesto por éste en su testamento, son sus hijos, nietos del testador, los que ocupan su lugar en la legítima, son legitimarios que participan en aquella herencia por llamamiento que a ellos le hace la ley directa e inmediatamente ( art. 857 C.c.). Ciertamente el desheredado tiene acción para probar que no es cierta la causa de su desheredación, que la prueba de lo contrario corresponde a los herederos del testador ( art. 850 C.c.), pero esta ventaja es de índole procesal, y más concretamente de naturaleza probatoria. No significa que hasta que el desheredado niegue la certeza de la causa para que se produzca una vacante en la titularidad de la cuota de legítima estricta de la que ha sido privado por el testador, de manera que haya que esperar al resultado del proceso para la atribución. Por el contrario, son los hijos del desheredado los que tienen la cualidad de legitimarios (que correspondía al padre y que perdió por la desheredación), por lo que en aquel proceso ostentan indiscutiblemente la posición de parte demandada (junto a los demás herederos, en su caso), y la sentencia les afectará de modo directo e inmediato, pues si es favorable al desheredado perderán su condición de legitimarios y su derecho a la herencia. Otra cosa distinta es que, ya personados como partes en el proceso en que se ventila la causa de desheredación, puedan allanarse a las pretensiones del actor, lo que por supuesto es lícito. Pero, se repite, es esencial para la válida y eficaz constitución de la relación jurídico-procesal su presencia como partes procesales y como interesados directísimos, sin que sea argumento contrario para mantener la innecesaria extensión de los efectos de la cosa juzgada a los sucesores (art. 1252, párrafo 3º), porque en este proceso el derecho del actor es distinto y contrapuesto por esencia al de sus hijos; el resultado de la sentencia expulsará a éstos de la sucesión en la legítima e introducirá a aquél o viceversa.

CUARTO.- El motivo tercero, formulado para el caso de que se estimase la existencia de una falta de litisconsorcio para necesario, denuncia, al amparo del art. 1692.3º LEC, infracción de la regla 3ª del art. 693 LEC, consistente en no tener por subsanado el defecto procesal de la demanda. Se refiere el motivo al escrito presentado en el Juzgado de Primera Instancia que tramitaba el litigio por la madre de los hijos del actor y esposa suya, que entiende el recurrente que subsana el defecto.

El motivo se desestima. Aparte de haber olvidado (una vez más) que ha de manifestarse la indefensión que ha causado la hipotética infracción procesal que denuncia, el susodicho escrito ha sido analizado con todo detalle por la sentencia recurrida, llegando a la conclusión, que esta Sala comparte, de que ni contenía un allanamiento a las pretensiones del actor, ni era una contestación a su demanda, ni solicitaba siquiera que a sus hijos se les tuviera por partes en el proceso. En realidad, no pasa de ser tal extraño escrito una manifestación de juicios y valoraciones que merece a la madre de aquellos menores el proceso entablado por su esposo, mostrándose de acuerdo con él y negando que sus hijos tuviesen que figurar como demandados en el procedimiento. Otra cosa hubiese sido, indudablemente, si contuviese una solicitud de ser parte en el proceso y manifestación simple, escueta y sin la más mínima ambigüedad, de allanamiento (en el que concurren las condiciones legales necesarias por afectar a derechos de hijos menores), figura que no se puede presumir ni deducir de manifestaciones de voluntad no inequívocas de aceptación de las pretensiones de la demanda, dirigida precisamente contra el que se allana.

QUINTO.- Los motivos cuarto y quinto, al amparo del art. 1692.3º LEC, consideran infringidos el art. 693, regla 3ª, LEC, en relación con los arts. 238, regla 3ª, inciso primero, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y los arts 11, apartado 3, 240 y 243 de la misma Ley Orgánica, y la doctrina jurisprudencial sobre el litisconsorcio pasivo necesario. En sus fundamentaciones respectivas, insisten los dos motivos lo que ya el recurrente ha expuesto en otros, a saber; que la falta de litisconsorcio pasivo no originaría más que un defecto subsanable; que hubiera procedido la declaración de nulidad de actuaciones y su reposición al trámite de la comparecencia ordenada en el art. 693 LEC.



Ambos motivos se desestiman. Como ya se ha razonado con profusión a lo largo de esta sentencia, la sentencia de la Audiencia a lo que atiende es a si el defecto procesal se subsanó o no con el escrito de la madre de los hijos menores del actor que no fueron demandados por éste. No estimando que se produjese subsanación, no cabe ninguna nulidad de actuaciones con su reposición al trámite de comparecencia, no cabe en suma, que para lograr una "subsanción de lo mal subsanado" se de lugar a un efecto jurídico tan radical como el de una nulidad de actuaciones, que además de no estar en el espíritu del tan citado art. 693 LEC, no se produciría por ningún vicio del proceder del órgano judicial como erróneamente cree el recurrente, sino por un escrito de la madre de los menores que debían haber sido partes en el proceso.

SEXTO.- El motivo sexto, al amparo del art. 1692.3º LEC, aduce infracción del art. 710 LEC, por cuanto la Sala de Apelación debió tener en cuenta las circunstancias excepcionales expuestas en los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso para no imponer al recurrente las costas al apelante.

El motivo se desestima. Aparte del error de amparar el motivo en el ordinal tercero, siendo así que no es norma que en modo alguno su hipotética infracción produzca indefensión, es doctrina reiterada de esta Sala la de que la apreciación de si concurren o no las circunstancias previstas en la norma para la no imposición de costas pertenece a la soberanía del juzgador de instancia.

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

### FALLAMOS

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por D. Roberto , contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 24 de febrero de 1992. Con condena en costas en este recurso al recurrente y pérdida del depósito constituido. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia con devolución de los autos y rollo que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos 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.