



Roj: **STS 5801/2008 - ECLI:ES:TS:2008:5801**

Id Cendoj: **28079110012008100981**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/11/2008**

Nº de Recurso: **1793/2003**

Nº de Resolución: **1016/2008**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANTONIO GULLON BALLESTEROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 918/2003,**  
**STS 5801/2008**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a siete de Noviembre de dos mil ocho.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinarios de casación e infracción procesal, contra la sentencia dictada en grado de apelación por Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca con fecha 8 de abril de 2.003, como consecuencia de los autos de juicio ordinario núm. 136/2002, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, nº 5 de Manacor, sobre derecho de sucesiones; cuyos recursos han sido interpuestos por D<sup>a</sup>. Diana , representada ante este Tribunal por el Procurador de los Tribunales D. Pablo Oterino Menéndez, admitido únicamente en su preceptivo trámite el recurso de casación; siendo parte recurrida D. Daniel y D. Miguel , asimismo representados por el Procurador de los Tribunales D. Pedro Antonio González Sánchez; siendo también parte el Ministerio Fiscal; no compareciendo ante esta Sala el resto de los recurridos.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, nº 5 de Manacor, fueron vistos los autos de juicio ordinario núm. 136/2002 , instados por D<sup>a</sup>. Diana contra sus hermanas D<sup>a</sup>. Regina y D<sup>a</sup>. Estela , y contra sus sobrinos D. Juan Manuel y D. Esteban , hijos de su fallecido hermano D. Joaquín , sobre derecho de sucesiones.

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 estimando la demanda:

"A) Se declare que la actora, D<sup>a</sup>. Diana , es heredera legítima y forzosa del causante D. Carlos Alberto .

B) Se declare que dicha heredera legal fue preterida intencionalmente por el causante en su testamento de 3 de julio de 1.969, otorgado ante el Notario con residencia en esta Ciudad, D. Damián Galmés Nadal.

C) Se declare que, en consecuencia, deberá reducir la institución de herederos, y por ende, las adjudicaciones efectuadas a favor de los demás herederos en dicho testamento, en la medida necesaria para poder cubrir la porción que por legítima corresponda a la actora.

D) Se declare que la cuota legitimaria que como heredera forzosa corresponde a la actora equivale a una doceava parte de la herencia de dicho causante, cuota que deberá ser pagada en bienes de la herencia.

E) Se declare que por el fallecimiento ab intestato de D. Salvador , procede declarar y se declaren herederos legales del mismo a sus cinco hermanos D<sup>a</sup>. Regina , D<sup>a</sup>. Estela , D<sup>a</sup>. Diana D. Joaquín y D<sup>a</sup>. Marí Luz , respecto de una quinta parte indivisa, a cada uno de ellos, de la herencia de dicho causante.



F) Se declare que los bienes que deben integrar la herencia de D. Salvador , son como mínimo, los que por legítima le corresponden en la herencia de su difunto padre, D. Carlos Alberto .

G) Se declare que en el caso de que los bienes adjudicados por el expresado testador a dicho heredero forzoso en el testamento de 3 de julio de 1.969, no cubran su legítima, deberá ésta ser completada reduciendo las demás adjudicaciones efectuadas a los restantes coherederos.

H.- Se declare que en trámites de ejecución de sentencia deberán realizarse las siguientes operaciones:

a). En relación a la herencia de D. Carlos Alberto :

1º. El inventario de todos los bienes y derechos, así como de las obligaciones y deudas, integrantes de la herencia del mencionado causante, al tiempo de su fallecimiento.

2º. El avalúo de tales bienes y derechos, a fin de obtener el valor líquido de los mismos en el momento del fallecimiento del causante, designándose a tales efectos los peritos y/o técnicos que, según la naturaleza de dichos bienes y derechos, sean oportunos.

3º. La fijación de las cuotas hereditarias correspondientes a cada heredero, y especialmente la fijación de la cuota que corresponda por legítima a la actora, así como la que corresponda a su otro hijo, D. Salvador .

4º. La adjudicación a la actora, en proporción a su cuota legitimaria, de bienes de la herencia, o caso de no ser suficientes de una participación de los mismos, y en cantidad que cubra tales derechos legitimarios.

5º. La valoración de los bienes y derechos dejados a D. Salvador , y caso de que tales adjudicaciones no cubra su porción legitimaria, se complemente la misma, adjudicándole bienes de la herencia suficientes para colmar tales derechos.

6º. Y en caso de que se asigne a la actora una participación indivisa sobre algún bien de la herencia, junto a otro u otros coherederos, se designe el correspondiente perito para que proceda a la división de dicho bien, o caso de que no sea posible o desmerezca mucho por su división, se inste la venta del mismo en pública subasta, haciendo entrega a mi representada de la cantidad líquida resultante que le corresponda de dicha venta en proporción a su cuota.

b) Y en relación a la herencia de D. Salvador :

1º. El inventario de todos los bienes y derechos, así como de las obligaciones y deudas, integrantes en la herencia del mencionado causante, al tiempo de su fallecimiento.

2º. El avalúo de tales bienes y derechos, a fin de obtener el valor líquido de los mismos en el momento del fallecimiento del causante, designándose a tales efectos los peritos y/o técnicos que, según la naturaleza de dichos bienes y derechos, sean oportunos.

3º. La formación de cinco lotes equivalentes que deberán contener en la medida de lo posible bienes de la misma naturaleza, calidad o especie.

4º. La adjudicación de un lote para cada uno de los herederos legales: D<sup>a</sup>. Estela , D<sup>a</sup>. Regina , D<sup>a</sup>. Diana , D<sup>a</sup>. Marí Luz y D. Joaquín .

5º. Y en caso de que se asigne a la actora una participación indivisa sobre algún bien de la herencia, junto a otro u otros coherederos, se designe el correspondiente perito para que proceda a la división de dicho bien, o caso de que no sea posible o desmerezca mucho por su división, se inste la venta del mismo en pública subasta, haciendo entrega a mi representada de la cantidad líquida resultante que le corresponda de dicha venta en proporción a su cuota.

I) Y se condene a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, así como a otorgar cuantos documentos públicos o privados sean menester para lograr la plena efectividad de las mismas, y a fin de que mi representada pueda inscribir la titularidad que le corresponda sobre las finca/s, o parte de ella/s, en el Registro de la Propiedad, y ello bajo el apercibimiento a dichos demandados de que de no efectuarlo se otorgará de oficio.

Y todo ello, con expresa imposición de costas a quién o quiénes se opusieren a tan justas pretensiones.- Otrosí Digo, que según lo dispuesto en el artículo 251, 12<sup>a</sup>, de la nueva LEC , la cuantía del presente procedimiento es la de ochenta millones de pesetas, valor del conjunto de bienes comprendido en ambas herencias.- Otrosí Digo, que interesa y procede que se de traslado al Ministerio Fiscal, para que se pronuncie únicamente en cuanto se refiere a los extremos relativos a la declaración de herederos legales solicitada".

Admitida a trámite la demanda y emplazadas las mencionadas partes demandadas, comparecieron D. Jesús Manuel y D. Esteban , que mediante 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, desestimando la demanda, absuelva a mis mandantes de los pedimentos formulados en su contra, con expresa imposición de las costas a la parte actora.- D<sup>a</sup>. Regina y D<sup>a</sup>. Estela , fueron declaradas en rebeldía por su incomparecencia. Por la razón expuesta en el antecedente anterior, no se ha tenido en cuenta la contestación del Ministerio Fiscal al ir referida exclusivamente a la declaración de herederos abintestato, no siendo en consecuencia necesaria su intervención".

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 14 de octubre de 2.002 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO.- Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Bartolomé Quetglás Mesquida, actuando en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Diana frente a D<sup>a</sup>. Regina , D<sup>a</sup>. Estela , D. Esteban y D. Juan Manuel .- Condénese en costas a la parte actora".

SEGUNDO.- Preparados e interpuestos recursos de apelación contra la sentencia de 1<sup>a</sup> Instancia por las respectivas representaciones de D<sup>a</sup>. Diana y de D. Esteban y D. Juan Manuel y tramitados los recursos con arreglo a derecho, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, con fecha 8 de abril de 2.003 , dictó sentencia con la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS.- 1º. Se desestiman los recursos de apelación interpuestos por D<sup>a</sup>. Diana y D. Esteban y D. Juan Manuel , contra la sentencia de 14 de octubre de 2.002, dictada por la Ilma. Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Manacor , en los autos de juicio ordinario de los que trae causa la presente alzada, y, en consecuencia, se confirma dicha resolución.- 2º. Sin especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas".

TERCERO.- El Procurador de los Tribunales D. Pablo Oterino Menéndez, en nombre y representación ante este Tribunal de D<sup>a</sup>. Diana , la cual preparó e interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca con fecha 8 de abril de 2.003. Esta Sala por Auto de 6 de marzo de 2.007 , acordó no admitir el recurso extraordinario por infracción procesal, y sí el recurso de casación, formulado al amparado del art. 477.2 LEC , con apoyo en un único motivo, en el que se alega infracción de los artículos 745, 752, 753, 754, 756, 992 y 776 del Código civil .

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido para impugnación, el Procurador D. Pedro Antonio González Sánchez, 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 21 de Octubre de 2.008, en que ha tenido lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- D<sup>a</sup>. Diana demandó a sus hermanas D<sup>a</sup>. Regina y D<sup>a</sup>. Estela , y a sus sobrinos, hijos de su fallecido hermano D. Joaquín , fundándose en su preterición en el testamento de su padre, y suplicaba sentencia en que tal preterición se declarase, y las consecuencias que de ello derivaban, concretas en la súplica de su demanda. En la misma también se solicitaban una serie de pronunciamientos respecto a la herencia de su fallecido hermano D. Salvador , incapacitado judicialmente y que falleció soltero.

La sentencia del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia desestimó la demanda con condena en costas a la actora. El recurso de apelación contra la sentencia fue desestimado por la Audiencia, sin condena en costas en la alzada.

Contra la sentencia preparó e interpuso la actora D<sup>a</sup>. Diana recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, en base al art. 477, apartado 2. nº 2 LEC . Esta Sala por Auto de 6 de marzo de 2.007 , acordó no admitir el recurso extraordinario por infracción procesal, y sí el recurso de casación.

PRIMERO.- El motivo único del recurso de casación consiste en una extensa alegación (así la denomina la recurrente), en la que se citan como infringidos los siguientes artículos del Código civil: 745, 752, 753, 754, 756, 992 y 776.

Se fundamenta en que el padre de la actora D. Carlos Alberto ordenó en su testamento notarial una sustitución ejemplar respecto a su hijo D. Salvador , que se hallaba incapacitado judicialmente. Le asignó en la cláusula quinta el derecho de habitación vitalicia sobre el piso NUM000 de la casa que atribuía a su hija Marí Luz , derecho de habitación compartido con su hija Regina , mientras permaneciesen solteros. En la misma cláusula atribuyó también a su hijo Salvador la finca denominada DIRECCION000 , y el usufructo vitalicio de la mitad del negocio de fabricación de muebles, con el taller, mostradores, maquinarias, género y existencias. En la cláusula séptima dispuso: El testador teniendo en cuenta que su hijo Salvador es incapaz, por tanto, no podrá disponer de sus fincas, le sustituye por sus hermanos Joaquín , Marí Luz , Estela y Diana , por partes iguales, o por los que le sobrevivan.



D. Salvador falleció el 14 de noviembre de 1.994, mucho después de que lo hiciera su padre D. Carlos Alberto , lo que quiere decir que le heredó, no siendo obstáculo para ello su incapacidad, pues la misma no supone más que una restricción a su capacidad de obrar, no a su capacidad jurídica, que deriva de sus atributos como persona.

La sustitución ejemplar ordenada por D. Carlos Alberto significa que dispuso por testamento en lugar del sustituido, por lo que los sustitutos heredaron de éste, no del citado D. Carlos Alberto , y por eso la actora fue preterida intencionalmente, pues si bien la nombró heredera universal, en la partición testamentaria que hizo en el mismo testamento no le atribuyó ningún bien, y a los otros hermanos sí, nombrados también herederos universales.

Antes de la respuesta casacional a este motivo conviene precisar que D. Carlos Alberto fallecido el 5 de mayo de 1.975, y era de vecindad mallorquina, y que al abrirse su sucesión por su muerte regía en Mallorca la Compilación del Derecho civil especial de Baleares, Ley 5/61, de 19 de abril de 1.961 (art. 9.8 y 16 Cód . civ.). Dicha Ley no contenía precepto alguno sobre la preterición, por lo que era de aplicación en esta materia el Código civil, al no haberse demostrado, ni intentado siquiera, que sus preceptos se oponían a la Compilación y a las fuentes jurídicas de general aplicación (Disposición Final 2ª de la Ley 5/61 ). Por otra parte, el art. 814 del Código civil no reconocía entonces la preterición intencional, sólo la preterición.

También conviene resaltar que la sentencia recurrida basa su fallo en la existencia de una sustitución ejemplar contenida en las cláusulas del testamento de D. Carlos Alberto , y que ello no ha sido combatido en este recurso.

El núcleo central del mismo es si en la sustitución ejemplar, el ascendiente hace testamento por el sustituido incapaz, por lo que los sustitutos designados por aquél heredan a dicho sustituido, o heredan al ascendiente respecto de los bienes que deja al sustituido incapaz.

El criterio de la sentencia recurrida es esta última, y por ello declara en su fundamento de derecho cuarto: "Por tanto, al haber recibido bienes de la herencia de su padre, en su condición de sustituta de su hermano Salvador , Dª. Diana no puede considerarse preterida; ello sin perjuicio de su derecho a pedir el complemento de la legítima del artículo 815 del Código civil , si considera que ha recibido menos de lo que le corresponde, al quedar afectada parcialmente la intangibilidad cuantitativa de la legítima, acción que según la doctrina más actual se encuentra sometida a la prescripción de quince años al tratarse de una acción personal".

El criterio acabado de exponer es contrario a la doctrina de esta Sala contenida en la sentencia de 26 de mayo de 1.997 , que dice (fundamento jurídico segundo): "... esta Sala tiene declarado desde la sentencia de 6 de febrero de 1.907 que la sustitución ejemplar consiste en un nombramiento del heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquél; quien opera la sustitución y, por consiguiente, nombra heredero del incapaz, es el sustituyente".

El incapaz D. Salvador sobrevivió a su padre, por lo que tenía capacidad de adquirir los bienes que le dejó, si bien a través del tutor que se le nombró.

Contra todo lo expuesto no puede aducirse que la finca asignada por el padre a su hijo incapaz fue vendida por la actora en documento privado junto con sus demás hermanos, y descendientes de los ya fallecidos, haciéndose constar en aquél que "les pertenecía a título de herencia de D. Carlos Alberto ". Esta Sala tiene declarado que la opinión errónea que pudiera tenerse (por la recurrente en este caso) acerca de su derecho no puede servir de base para atribuir carácter trascendental en perjuicio de su derecho (sentencias de 1 de marzo de 1.904 y 16 de enero de 1.930 ). Por otra parte, el principio "iura novit curia" permite al juzgador la aplicación de la norma jurídica más adecuada a los hechos que se prueben en el procedimiento y sobre los que se hayan fundado las pretensiones ejercitadas.

Por todo ello el motivo se estima.

SEGUNDO.- La estimación del único motivo del recurso implica la de éste, lo que conlleva la casación y anulación de la sentencia recurrida, y esta Sala ha de resolver lo que proceda.

Por todo cuanto se ha expuesto hasta ahora, es evidente que la actora Dª. Diana fue preterida por su padre D. Carlos Alberto , pues en su testamento sólo se limitó a nombrarla heredera universal junto con sus otros cinco hermanos, pero sin dejarle nada en la partición que el propio testador hizo en aquel testamento, ni en él se dice que la causa de esta omisión fue el de que Dª. Diana tenía recibida ya en vida su legítima. No se ha alegado siquiera por los demandados que D. Carlos Alberto no hizo la partición de toda su herencia, en otras palabras, que quedaban otros bienes en indivisión sobre los cuales se hubiera proyectado el llamamiento hereditario de Dª. Diana , evitándose así la preterición.

Con arreglo al art. 814 del Código civil , en su redacción anterior a la que dio la Ley 11/1.981, de 13 de mayo , la preterición de D<sup>a</sup>. Diana anulaba la institución hereditaria, con la consiguiente apertura de la sucesión ab intestato. Sin embargo, la preterida lo único que ha solicitado en su demanda es la reducción en la medida necesaria para cubrir la porción que por legítima le corresponda, y ello es materia que pertenece al ámbito de su autonomía, no es de interés público y de obligatorio cumplimiento que en todo caso de preterición (antes de la Ley 11/1.981 ) se habría de producir, velis nolis, la nulidad de la institución de heredero.

La legítima de la actora D<sup>a</sup>. Diana ha de calcularse, en ejecución de sentencia, de acuerdo con las normas de la Compilación del Derecho Civil de Baleares vigente al fallecimiento del testador D. Carlos Alberto . También en ejecución de sentencia se determinará el alcance de la reducción respecto a las asignaciones particionales testamentarias de los demás herederos.

La actora formuló una serie de peticiones en relación con la herencia de su hermano incapaz D. Salvador , que falleció después de su padre. Sin embargo, se conformó expresamente con la denegación de la acumulación de acciones que contenía su demanda (referentes a la herencia de su padre D. Carlos Alberto y a la herencia de su hermano D. Salvador ). Dicha acumulación ha devenido firme por su aquietamiento. Ello es causa de que no se entre en consideración de lo pedido en la demanda respecto de la herencia de D. Salvador .

Todo ello supone la revocación de la sentencia de primera instancia que la recurrida en casación confirmó.

En cuanto a las costas, dada la índole puramente jurídica de las cuestiones debatidas que admiten lícitamente opiniones diversas, no se imponen a ninguna de las partes la de primera instancia, apelación y en este recurso (art. 398 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 al recurso de casación interpuesto por D<sup>a</sup>. Diana contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca con fecha 8 de abril de 2.003, la cual casamos, y con revocación de la de primera instancia, debemos estimar y estimamos en parte la demanda interpuesta por D<sup>a</sup>. Diana contra sus hermanas D<sup>a</sup>. Regina y D<sup>a</sup> Estela y contra sus sobrinos D. Esteban y D. Juan Manuel , hijos de su hermano fallecido D. Joaquín , haciendo las siguientes declaraciones:

1<sup>a</sup>. D<sup>a</sup>. Diana fue preterida en el testamento de su padre D. Carlos Alberto de 3 de julio de 1.969.

2<sup>a</sup>. Que la preterida D<sup>a</sup>. Diana tiene derecho a la reducción de las instituciones de herederos de sus hermanos en la cuantía suficiente para cubrir su legítima.

3<sup>a</sup>. Que dicha legítima se calculará en ejecución de sentencia con arreglo a las normas de la Compilación de Derecho Civil especial de Baleares, vigentes al abrirse la sucesión de D. Carlos Alberto .

4<sup>a</sup>. Igualmente en ejecución de sentencia se determinará la extensión y alcance de la reducción de las instituciones de herederos respecto de las asignaciones realizadas por D. Carlos Alberto en su testamento, en cuantía suficiente para cubrir la legítima de la actora.

5<sup>a</sup>. No se condena en costas a ninguna de las partes en primera instancia, apelación y en este recurso.

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 .- 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.