



Roj: **STS 9612/1988 - ECLI:ES:TS:1988:9612**

Id Cendoj: **28079110011988101188**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/1988**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **MANUEL GONZALEZ-ALEGRE BERNARDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Núm. 989.- Sentencia de 19 de diciembre de 1988

PONENTE: Excmo. Sr. don Manuel González Alegre y Bernardo.

PROCEDIMIENTO: Juicio declarativo ordinario de menor cuantía.

MATERIA: Proceso. Sentencia. Congruencia. Costas procesales. Imposición en caso de reconveniones distintas. Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio. Reconvenición. Desheredación. Simulación. Prueba de la misma por presunción.

NORMAS APLICADAS: Art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Art. 523 de la misma. Núm. 3 del art. 1.692 y art. 1.693 de la misma . Arts. 540 y 542 de la misma . Arts. 852 y 853 del Código Civil . Arts. 1.218 , 1.249 y 1.253 del mismo Código .

DOCTRINA: Se plantea como incongruencia que el fallo de primera instancia, aceptado por la Sentencia de apelación, utilice el concepto "admisión parcial de la demanda" cuando debió decir "estimación o desestimación" (total o parcial), así como que se hable de estimar "parcialmente" la demanda cuando se está acogiendo totalmente. Aunque quizá más ortodoxo el término "estimar", que no cabe entender pueda dar lugar a la incongruencia, pues en verdad el fallo resulta claro y preciso sin poder decir que dicho término o vocablo induzca a la confusión.

Se argumenta que la imposición de costas debiera existir y producirse de forma separada o distinta para los (puntos litigiosos) de la demanda de un lado y de otra parte para cada una de las reconveniones. La reconvenición explícita no determina necesariamente la condena en costas ya que la misma norma legal (art. 523) permite al juzgador eludir tal imposición en atención a circunstancias excepcionales que concurren en este caso, y en cuanto a las (reconveniones) implícitas, sería el propio recurrente quien sería condenado al pago de las costas de tales reconveniones. Por todo ello no cabe entender se infrinja el artículo citado, puesto que estimada en parte la demanda y aquella existencia de circunstancias justificativas de la no imposición de las costas en reconvenición, así como la estimación parcial de la apelación, el acuerdo de no hacer imposición de costas causadas en ambas instancias es conforme a derecho.

La infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales ha de producir indefensión para la parte, y como el vicio denunciado en forma alguna i produce tal indefensión para el recurrente, el motivo ha de ser desestimado. Si bien es cierto que toda pretensión que no se reduzca a pedir o solicitar la absolución de la demanda constituye una verdadera reconvenición, no ha de dársele este valor absoluto cuando en verdad no hay un ánimo o voluntad de reconvenir, sino de meramente morigerar o modificar determinada súplica o petición que no supone una incompatibilidad de acciones. El motivo (de desheredación) en que se basa el testador no es ninguno de los que se establecen en los arts. 852 y 853 en relación con el 756 del Código Civil . El documento público no tiene un valor superior al de las demás probanzas, incluidas las presunciones, dado el sistema de apreciación libre en que se inspiran nuestras leyes. Ante la dificultad que plantea la prueba de simulación en la que la prueba directa apenas puede tener lugar, necesariamente ha de recurrirse a la indirecta



de las presunciones, siempre apoyadas sobre hechos básicos claramente acreditados que permiten sentar la deducción lógica correspondiente.

En la villa de Madrid, a diecinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho

Vistos por la Sala del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados que al final se relacionan, los recursos de casación contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, como consecuencia de juicio ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de San Sebastián, sobre simulación contrato de compraventa, cuyos recursos fueron interpuestos por don Mariano , representado por el Procurador de los Tribunales Sr. don Ignacio Corujo Pita y asistido del Letrado Sr. don Hilario Salvador Bullón y por doña Consuelo , don Esteban y doña Gabriela , representados por el Procurador de los Tribunales Sr. don Manuel Ayuso Tejerizo y asistidos del Letrado Sr. don José María Redondo Rivero, en los que también fue demandada doña Marisol que no compareció ante este Tribunal Supremo.

Antecedentes de hecho

Primero: Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 decano de San Sebastián, se vieron los autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos entre partes de la una como demandante don Mariano , y de la otra como demandados don Esteban y su esposa doña Gabriela , y doña Consuelo y doña Marisol , sobre simulación de contrato de compraventa de inmuebles, así como de la nulidad de cuantas transmisiones de los mismos bienes contenidos en la escritura pública de 24 de julio de 1974, núm. 1.777 de protocolo del Notario que fue de esta ciudad don José Madrdejos Sarasola puedan haber hecho con posterioridad por alguno de sus pretendidos adhirientes, digo, adquirientes, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho se alegaban, terminaba suplicando se dicte Sentencia haciendo constar las siguientes declaraciones: A) Que se declare la validez y plena eficacia jurídica del testamento otorgado por don Jose Ramón el día 8 de marzo de 1980, número de protocolo 1.038 del Notario de San Sebastián, Sr don José María Segura Zurbano, por ser el último otorgado por el causante, según consta a través de la certificación de actos de última voluntad otorgada por la Dirección General de los Registros y del Notariado y que se acompaña con esta demanda. B) La de inexistencia o simulación del contrato de compraventa de inmuebles contenido en la escritura pública de 24 de julio de 1974, número 1.777 de protocolo del Notario anteriormente Sr. don José Madrdejos Sarasola (documento núm. 1 adjunto. C) La de nulidad, por falta de legitimación o propiedad del transmitente de la escritura de adjudicación por liquidación de la Sociedad de gananciales entre ellos, pactada contractualmente entre don Esteban y doña Gabriela , de fecha 23 de septiembre de 1982, ante el Notario de San Sebastián Sr. don Francisco Javier Roig. Y a que se ha hecho referencia en el hecho sexto y fundamento de Derecho sexto de esta demanda. D) Que en consecuencia, los bienes referidos comprendidos en la escritura de 24 de julio de 1974 (documento núm. 1 adjunto y que también aparece en la indicada en la letra B), procedente continúan siendo de la propiedad del difunto don Jose Ramón y han de comprenderse en el caudal relicto por dicho señor con el régimen de su transmisión hereditaria establecida en el testamento del referido causante (documento núm. 18 adjunto). Condenando a los cuatro demandados a estar y pasar por dichas declaraciones, en su integridad, así como el otorgamiento de cuantos actos y documentos puedan ser precisos para llevar a efecto todos los pronunciamientos que la Sentencia contenga al respecto; sin perjuicio de las facultades del Juez para la ejecución plena de la misma. Imponiendo a los demandados las costas procesales en su integridad, con arreglo al art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Admitida a trámite la demanda se acordó emplazar a los demandados para que dentro del término de veinte días improrrogables comparecieran en autos y contestaran la demanda. Lo que verificaron en forma legal, oponiéndose todos ellos á las pretensiones de la parte actora en base a los hechos y fundamentos de derecho que exponían.

Por el Juzgado se dictó Sentencia con fecha 30 de julio de 1986, cuyo fallo es como sigue: "Fallo: que admitiendo parcialmente la demanda formulada por la Procuradora Sra. doña María Dolores Coca Loza, en nombre y representación de don Mariano , contra doña Consuelo y don Esteban , doña Gabriela y doña Marisol , representados por el Procurador Sr. don Ramón Calparsoro Bandrés, así como también parcialmente las reconveniones formuladas, debo declarar y declaro: 1.º Válido el testamento de don Jose Ramón otorgado el 8 de marzo de 1980, número de protocolo 1.038, ante el Notario de San Sebastián Sr don José María Segura Zurbano, por ser el último otorgado por el causante, según consta en la certificación de actos de última voluntad emitida por la Dirección General de Registros y del Notariado, a excepción de su cláusula 4 D-E, relativa a la desheredación de doña Consuelo y don Esteban . 2.º La inexistencia del contrato de venta de inmuebles contenido en la escritura pública de 24 de julio de 1974, número de protocolo 1.777 del Notario Sr. don José Madrdejos Sarasola. 3.º La nulidad por ende de la escritura de adjudicación por



liquidación de la Sociedad de gananciales pactada contractualmente entre don Esteban y doña Gabriela , de 23 de septiembre de 1982, ante el Notario Sr don Francisco Javier Roig. 4.º Que en consecuencia los bienes referidos en la escritura de 24 de julio de 1974 continúan siendo propiedad del difunto don Jose Ramón , y han de comprenderse en el caudal relicto con el régimen de transmisión establecido en el testamento del referido causante. Debiendo pasar los litigantes por estas declaraciones en su integridad y cumplimentar cuantos actos y documentos sean precisos para llevar a efecto los indicados pronunciamientos; todo ello sin expresa imposición de costas."

Segundo: Interpuesto recurso de apelación fue resuelto por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona en Sentencia de 6 de marzo de 1987 , cuya parte dispositiva es como sigue: "Fallo: desestimando los recursos de apelación formulados a nombre de don Mariano , doña Consuelo y don Esteban y su esposa doña Gabriela , debemos confirmar y confirmamos la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia núm. 2 de San Sebastián, en los autos de juicio declarativo de menor cuantía núm. 739 del año 1985, si bien modificando su pronunciamiento quinto, a modo de aclaración en el sentido de que los bienes referidos en la escritura de 24 de julio de 1974 continúan siendo propiedad del difunto don Jose Ramón y su esposa doña Marisol en concepto de bienes gananciales, por lo que habrá de ser en esta condición en la que deberán ser incluidos en el caudal relicto del expresado señor; todo ello sin imposición expresa de las costas ocasionadas en ambas instancias".

Tercero: El Procurador Sr. don Ignacio Corujo Pita, en nombre de don Mariano formalizó recurso de casación en base a los siguientes motivos:

1.º 1. Amparado en el núm. 3 del art. 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas reguladoras de la Sentencia. 2. Con invocación expresa del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , como precepto infringido. 3. La pertinencia del motivo resulta de que la Sentencia recurrida confirma la de primera instancia sin decidir con la debida separación sobre todos los puntos litigiosos objeto de debate: De una parte respecto a la demanda, y por otro lado, en cuanto a las reconvencciones articuladas por los demandados, incluso las excepciones procesales articuladas sobre ellas por nuestra parte.

2.º 1. Encauzado, como el anterior, por el núm. 3, del art. 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción de las normas reguladoras de la Sentencia. 2. Con invocación también del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como precepto infringido especialmente su párrafo segundo. 3. Es pertinente el motivo por mezclarse de manera informe en el fallo de las Sentencias: El tema de validez del testamento en su integridad que postulaba la letra A) del suplico de la demanda, y el de la nulidad de la cláusula de desheredación que solicitaban las peticiones reconconvencionales del suplico de las contestaciones de doña Consuelo y don Esteban y la esposa de éste

3.º 1. Formalizado asimismo por el núm. 3, del art. 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas reguladoras de la Sentencia. 2. Invocamos el art. 523, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil como precepto principal violado; en cuanto impone que "en los juicios declarativos las costas de primera instancia se impondrán a la parte cuyas pretensiones hubieren sido totalmente rechazadas salvo que el Juez, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su imposición". En relación con el art. 359. párrafo segundo de igual Ley, según luego detallaremos.

4.º 1. Articulado por el cauce del núm. 3, del art. 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

5.º 1. Amparado en el núm. 5, del art. 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil . 2. Invocamos aplicación indebida al caso, por la Sentencia, de los arts. 988 . 990 . 991 y 997 del Código Civil , que la misma cita conjuntamente. 3. La pertinencia de este motivo radica en que, no habiéndose suscitado cuestión o punto litigioso sobre la repudiación o renuncia de la herencia, por los que la hicieron y resultan ahora perjudicados por ella carecen de aplicación en este asunto los referidos preceptos citados en su final por el fundamento de derecho 3.º de la referida Sentencia recurrida.

6.º 1. Interpuesto o formalizado por la vía del núm. 5 del art. 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil . 2. Por violación de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, establecida por las numerosas Sentencias a que en el razonamiento del motivo nos referimos en el sentido de que la reconvección tiene sustantividad propia, y por ende no es admisible su articulación con carácter alternativo y subsidiario de la estimación de la demanda principal.

7.º 1. Amparado en el núm. 5, del art. 1.692, vigente de la Ley de Enjuiciamiento Civil . 2. Por violación conjunta de la doctrina legal reiterada de esta digna Sala sobre el litisconsorcio pasivo necesario, su imperatividad y contenido, así como de lo preceptuado por el art. 850 del Código Civil . 3. La pertinencia de este motivo deriva de que, al plantear de adverso la impugnación de su desheredación como reconvección a la demanda y por ende como cuestión litigiosa sólo entre dichos demandados y la parte única demandante no se llamó al litigio



como partes en dicha cuestión litigiosa concreta de la desheredación a todos los herederos, como resulta preciso según el sentido o espíritu del art. 850 del Código Civil .

8.º 1. Articulado por la vía del núm. 3, del art. 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil . 2. Por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, con infracción concreta y específica del párrafo segundo, inciso primero, del texto vigente del art. 306 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que establece: "Transcurrido un plazo procesal se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate".

9.º 1. Amparado en el núm. 5, del art. 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil . 2. Por aplicación indebida al caso de los arts. 848 , 852 y 853 (en relación con el art. 756) y 851 del Código Civil .

Cuarto: El Procurador Sr. don Manuel Ayuso Tejerizo, en nombre de don Esteban y doña Consuelo y doña Valentina interpuso recurso de casación por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia en base a los siguientes motivos:

1.º Al amparo del motivo 5.º del art. 1.692. de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denuncia la infracción del art. 1.218 del Código Civil y de la reiterada doctrina establecida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1943 .

2.º Al amparo del motivo 5.º, del art. 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denuncia la infracción de los arts. 1.250 en relación con el 1.218 del Código Civil y de la reiterada doctrina jurisprudencial contenida en Sentencia como la ya citada, del T.S. de 20 de febrero de 1943 .

3.º Al amparo del motivo 5.º, del art. 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia la infracción del art. 1.249 del Código Civil .

4.º Al amparo del motivo 4.º, del art. 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , error en, la apreciación de la prueba basado en los testamentos que doña Marisol documentos públicos, de fechas 24 de diciembre de 1981 y 12 de junio de 1984 , otorgó, con posterioridad al 18 de marzo de 1980. Todos figuran en autos.

5.º Fundado en el motivo 5.º, del art. 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del art. 1.253 del Código Civil , interpretado erróneamente.

Quinto: Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción se señaló para la vista el día 7 de diciembre en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. don Manuel González Alegre y Bernardo.

Fundamentos de Derecho

Primero: Antes de entrar en el examen de los recursos, y como cuestión aparte, no puede silenciarse el comportamiento del Letrado firmante del escrito formalizando el recurso de casación interpuesto por don Mariano , el que al acusar de incongruente la recurrida Sentencia en el primero de los motivos se afirma "La Sentencia recurrida al confirmar la de primera instancia sin más matices, viene a aceptar lo que la misma dice en las primeras líneas de su fallo: que admitiendo parcialmente la demanda...". En la Sentencia lo que procede es la estimación o desestimación (total o parcial) de la demanda, no su admisión". "La incongruencia no puede ser más evidente, e intolerable que un Magistrado-Juez de Primera Instancia, y de ciudad tan notable como San Sebastián, diga, estar admitiendo una demanda cuando dicta Sentencia sobre ella"; y si bien es cierto que no resulta muy ortodoxa "el admitir" en lugar de "estimar", la cuestión no debe llegar a más, pues dicha recriminación amparada en un escrito procesal, falta al respeto que le es debido a los Juzgados y Tribunales prevista en el art. 433 de la Ley Procesal Civil ; dígase al Letrado Sr. don Hilario Salvador Bullón que en lo sucesivo cuide en los escritos procesales, guardar el respeto debido a los Tribunales.

Segundo: En el recurso del actor, amparados en la causa tercera del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil los motivos primero y segundo denuncian la infracción del art. 359 de dicha Ley , aquél en cuanto la Sentencia decide sin la debida separación dos puntos litigiosos incluso las reconvencciones articuladas por los demandados y excepciones procesales; y en el segundo al mezclarse de manera informe en el fallo de la Sentencia el tema de la validez del testamento en su integridad y el de la nulidad de la cláusula de desheredación que solicitaban las peticiones reconvenzionales del suplico de las contestaciones de los hermanos Esteban Consuelo Mariano y la esposa de uno de éstos; se advierte por el recurrente en el primero de estos motivos que la fundamentación no se hará de una manera total, dejando para los dos siguientes la exposición detallada, dedicando el motivo a plantear como cuestiones de incongruencia el que la Sentencia de primera instancia, aceptado por la de apelación utilice el concepto de "admisión parcial de la demanda" cuando debió decir "estimación o desestimación (total o parcial), así como que se hable de estimar "parcialmente" la demanda cuando se está acogiendo totalmente los pedimentos de la misma; respecto al primer argumento



que cabe calificar baladí, es lo cierto que aunque quizá más ortodoxo el término "estiman", lo que no cabe entender pueda dar lugar a la incongruencia, pues en verdad el fallo resulta claro y preciso sin poder decir que dicho término o vocablo induzca a la confusión; la Sentencia podrá ser ejecutada, en este aspecto en su día, sin la menor dificultad, que es, en definitiva, la última razón, del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que por tanto no resulta infringido; igualmente ha de decaer el segundo de los argumentos, puesto que la Sentencia de primera instancia, confirmada, salvo en un particular, por la de apelación, no admite la totalidad o integridad de cada una de las peticiones y así respecto a la validez del testamento otorgado por don Jose Ramón , declara su validez a excepción de su cláusula 4 D-E, relativa a la desheredación de los hermanos Esteban Consuelo Mariano que justifica esa parcial estimación; por todo ello el motivo ha de ser desestimado.

Tercero: El motivo tercero, con el mismo amparo, que los anteriores, denuncia la infracción del art. 523, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil interpuesto qué según la normativa vigente resulta preceptiva la imposición de costas en los términos prescritos en el invocado precepto, si cómo en él caso de autos son varios los puntos litigiosos objeto de debate que han de ser resueltos con separación (art. 359) también la imposición de costas debiera existir y producirse en esa forma separada o distinta, para los de la demanda de un lado y de otra parte para cada una de las reconvenções; en este orden es de tener en cuenta que respecto a la propia y explícita reconvenção (art. 542 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) así calificada por el propio actor y demandado en dicha reconvenção, desestimada en primera instancia al no ser recurrida por la parte a la que afectaba quedó firme y fuera del ámbito jurisdiccional del Tribunal de Apelación y si en efecto no se hace por el de instancia una específica declaración sobre las costas causadas en la misma, dicho posible defecto quedó subsanado al declarar la recurrida Sentencia que "si bien es cierto que se desestima íntegramente la reconvenção formulada por doña Marisol , no lo es menos que tal desestimación no determina necesariamente la condena en costas, ni aun en ese aspecto parcial ya que la misma norma legal citada (art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) permite al Juzgador eludir tal imposición en atención a circunstancias excepcionales que, en opinión de esta Sala, concurren en este caso, dada la complejidad y aun la relativa confusión de las cuestiones planteadas en el litigio"; y si tenemos en cuenta que concurriendo con ésta existen las denominadas por el actor "implícitas" provocadas por doña Consuelo y por don Esteban , solicitando que de declararse la validez del testamento no lo sea la de su cláusula d) referente a la desheredación que debiere ser nula, es lo cierto que al ser estimados, y en su caso se les reconociera esa propia sustantividad de toda reconvenção, sería el recurrente como demandado reconvençional el que sería condenado al pago de las costas de tales reconvenções por lo que en verdad carece de sentido tal argumento en cuanto a esta segunda parte de la cuestión se refiere, independientemente de que no se trate propiamente de una voluntad clara de reconvenir y una súplica que proponiendo una cuestión nueva exige una especial declaración, cuando cabe embeberla en la propia declaración en cuanto al pedimento de la demanda sobre la validez del testamento; por todo ello no cabe entender se infrinja el art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , puesto que estimada en parte la demanda, justificada aquella existencia de circunstancias justificativas de la no imposición de las costas en reconvenção, así como la estimación parcial de la apelación (sobre concepto ganancial de los bienes referidos en la compraventa) el acuerdo de no hacer imposición de costas causadas en ambas instancias es conforme a derecho, por lo que procede la desestimación del motivo.

Cuarto: También bajo el mismo amparo de sus anteriores, el motivo cuarto, denuncia la infracción del aforismo ne procedat index ex officio, que define el principio dispositivo que impera en nuestro procedimiento civil (art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), afirmándose que la pertinencia de este motivo radica en que la Sentencia recurrida, la de apelación, en la última parte de su fundamento de derecho cuarto entra a resolver sobre la validez de la renuncia a la herencia de los hijos demandados (don Esteban y doña Consuelo) sin estar planteado por los mismos, dicho tema en ninguna de sus contestaciones; pero no tiene en cuenta el recurrente, no obstante reconocer en el motivo que "mantuvo que, carecían de derecho o acción", para suscitar la nulidad de la cláusula testamentaria de desheredación, que ante tal alegación se ve el Juzgador de apelación obligado a cuestionar el valor y el cauce de tal renuncia, y tras su análisis llegar a la conclusión de haberse rechazado en función de su idea de que no eran herederos de su progenitor por haber incumplido unas condiciones, incumplimiento que determinaba su desheredación de acuerdo con la cláusula cuya validez ahora impugnan para, de acuerdo con lo establecido en el art. 991 del Código Civil , al no reconocerles esa certeza determinar su legitimación, luego si estudiaba a esos solos efectos y sin reflejo directo en el fallo, no es de entender, que el Juzgador incurriere en la infracción de dicho principio de derecho, cuyo sentido y alcance es muy otro, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

Quinto: El motivo octavo al ampararse al igual que los anteriores en la causa- tercera del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , aconseja alterar el orden numérico y examinarlo con preferencia a sus tres: anteriores: denuncia, "el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, con infracción concreta y específica del párrafo segundo, inciso primero del art. 306 de la Ley de Enjuiciamiento Civil " "Transcurrido un plazo procesal se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate"; se afirma que la



pertinencia del motivo resulta de que una vez concedido en comparecencia de 27 de febrero de 1986 el plazo legal de diez días a los demandados para que concreten si plantean o no reconvencción, a lo que contestaron por medio de escrito, no era admisible la nueva concesión de otro plazo de diez días, a los mismos efectos; solicitada la nulidad recayó Auto denegatorio, repitiéndose la petición en la segunda instancia; es de tener en cuenta en primer lugar, cual afirma la recurrida Sentencia que al no ser en su día recurrida ha de considerarse subsanada, pues lo que no cabe es el entender que contra ello quepa el recurso de casación, y en segundo lugar cabe argüir que aparte esa petición de nulidad y reproducción en segunda instancia cual requiere el art. 1.693, conforme al apartado tercero del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, han de producir indefensión para la parte, y como el vicio denunciado, en forma alguna produce tal indefensión para el recurrente, que no ve limitado derecho alguno relativo a su defensa el motivo ha de ser desestimado.

Sexto: El quinto de los motivos, amparado en la causa quinta del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, está íntimamente ligado al cuarto ya examinado, pues en él se denuncia la infracción por aplicación indebida de los arts. 988, 990, 999 y 997 del Código Civil, cuya pertinencia radica, según se dice "en que no habiéndose suscitado cuestión o punto litigioso sobre la repudiación o renuncia de la herencia, por los que la hicieron, y resultan ahora perjudicados por ella, carecen de aplicación en este asunto los referidos preceptos"; el examen del motivo no significaría sino volver a lo expuesto en dicho motivo cuarto, y como la conclusión a la que se llegó en aquél sería la propia de éste, resulta ocioso volver sobre lo mismo; lo razonado en el motivo cuarto, es bastante para provocar la desestimación de este quinto motivo.

Séptimo: El motivo sexto amparado en la causa quinta del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción de la doctrina de esta Sala, en el sentido de que la reconvencción tiene sustantividad propia, y por ende no es admisible su articulación con carácter alternativo y subsidiario de la estimación o desestimación de la demanda principal; cabe también relacionarlo con el motivo tercero, ya examinado; en este orden, parece procedente insistir en que, en relación a la de doña Marisol, quedó fuera del ámbito de la jurisdicción del tribunal de apelación; respecto a las formuladas por don Esteban y su esposa, doña Gabriela, si bien es cierto que toda pretensión que no se reduzca a pedir o solicitar la absolución de la demanda constituye una verdadera reconvencción, no ha de dársele este valor absoluto cuando en verdad no hay un ánimo o voluntad de reconvenir, sino de meramente morigerar, o modificar determinada súplica o petición que no supone una incompatibilidad de acciones, hasta el punto, cual ocurre en el caso de autos, en el que ya es el propio recurrente el que denomina a estas reconvencciones como implícitas, no se manifiestan, sino en el suplico de la contestación, sin acudir en su planteamiento al formalismo propio tal como la contempla el art. 542 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el 540 de la propia Ley, porque en verdad no se trata del ejercicio de una acción propia que se dirige contra la misma persona que promovió el pleito, que no cabe entender cuando es en el propio suplico de la contestación se presenta como alternativa a la estimación total de un concreto pedimento lo que no ha de significar, como no significa, sino una estimación parcial del mismo y de ahí que quepa admitir esa alternativa y entender que de haberse estimado la pretensión sobre la validez del testamento en su integridad habría de suponer la desestimación de esa otra pretensión, sobre estimación parcial, sin necesidad de una declaración expresa en la parte dispositiva de la Sentencia, en este sentido, al entenderlo así el juzgador no ha infringido, aquella doctrina puesto que no estamos en ninguna situación semejante a la contemplada en las Sentencias que se citan, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

Octavo: El motivo séptimo, amparado en la causa quinta del art. 1.642 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la "violación conjunta de la doctrina legal reiterada de esta digna Sala sobre el litis consorcio pasivo necesario, su imperatividad y contenido"; así como lo preceptuado por el art. 850 del Código Civil; se relaciona con el planteamiento en reconvencción de la desheredación, al no llamarse al litigio como partes en dicha cuestión concreta a todos los herederos, puesto que no sólo son los hijos del testador, sino también la esposa doña Marisol, a la que deja el tercio de libre disposición de su herencia sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria; con su referencia al art. 850 del Código Civil parece referirlo a la falta de traslado de las reconvencciones que se vienen calificando de "implícitas" a la expresa viuda del testador para deducir que al no ser posible dicho traslado ello apareja el que debiera haber sido objeto de una acción aparte; todo ello ha quedado suficientemente claro en el ponderado razonamiento de la recurrida Sentencia, conforme al cual "dicha cuestión no es de apreciar, no sólo porque en el litigio están presentes todos los herederos del citado señor (se refiere al testador) sino además porque dada la coincidencia existente en las posiciones de todos ellos, con excepción del actor, demandado reconvenicional, es evidente que tales pretensiones coincidentes no tenían por que dirigirse contra los que, aun con distinta defensa en la primera instancia y siempre con la misma representación procesal, mantienen igual postura, siendo además de advertir que la pretensión aceptada en la Sentencia de primera instancia, de nulidad de una cláusula de desheredación, no afecta a la demandada doña Silvia Larrea y sí sólo a los reconvinientes y al reconvenido"; a éstos efectos y como apoyo a lo expresado, es de traer a colación lo alegado como fundamento de derecho en la contestación a la demanda de doña



Marisol en relación al testamento de su difunto esposo, al calificar de sospechoso que no se cite (se refiere a la demanda) un solo fundamento de derecho en relación con la petición primera A) del suplico de la demanda. "Suponemos que pretenden que al declarar que la desheredación que contiene su cláusula d), vaya incluida en esa validez solicitada, como que no tiene trascendencia. Por lo que esta petición de validez y plena eficacia jurídica, sin más matizaciones sobre la desheredación al menos, no pueda prosperar y deba ser rechazada por no dar alternativa en el suplico"; para por último que basándose la nulidad de la cláusula de la desheredación en que se trata de causa que no es de las establecidas por el legislador, no se da supuesto del art. 850 del Código Civil determinante de la pretensión del recurrente; por todo ello el motivo ha de ser desestimado.

Noveno: El motivo noveno, último del recurso, denuncia la aplicación indebida de los arts. 848 , 852 y 853 (en relación con el 756) y 851 del Código Civil ; contienen dichos preceptos reglas generales sobre la desheredación y tipificación de la desheredación injusta, pues bien se dice en la Sentencia de primera instancia, que basta la lectura de los arts. 848 , 852 , 853 y 756 del Código Civil "para establecer que el motivo en el que se basa el testador no es ninguno de los que nuestro legislador establece, por lo que tal cláusula (de desheredación) deberá estimarse por no puesta; pronunciamiento que se mantiene en la Sentencia de apelación, conforme a la que, "condicionada (dicha desheredación) a la aceptación y cumplimiento por éstos (los hijos desheredados) de determinados actos para incluir en la masa hereditaria, bienes anteriormente transferidos a su nombre, en cuanto tal desheredación no se atiene a las causas concretas que se establecen en los arts. 852 y 853 en relación con el 756, por lo que en esa disposición testamentaria se infringe lo determinado en el art. 848, cita como los anteriores del Código Civil , y en consecuencia, art. 851, ha de ser declarada nula"; en ese orden dicha aplicación indebida lo sería de triunfar la labor interpretativa, meritoria a sus fines, que realiza el recurrente para llegar a ese poder "casi feudal" del testador, frente a la del Juzgador, máxime sin atacarla frontalmente y como ha de fracasar, pues ha de mantenerse la declaración que hace en la recurrida Sentencia, el motivo no puede prosperar.

Décimo: Desestimados los nueve motivos procede declarar no haber lugar al recurso con imposición de costas a la parte recurrente conforme preceptúa el art. 1.715 de la Ley Procesal Civil .

Undécimo: En el cuarto de los motivos del recurso formalizado por los demandados don Esteban y doña Consuelo , de examen preferente al de sus anteriores por afectar a la questio facti, amparado en la causa cuarta del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia error en la apreciación de la prueba "basado en los testamentos que doña Marisol , otorgó con posterioridad al 8 de marzo de 1980", que figuran en autos; se afirma que de éstos documentos, "a nuestro entender", no puede deducirse que las manifestaciones de la expresada, vertidos en el testamento de 8 de marzo de 1980 puedan tener valor probatorio alguno; aparte de que no expresarse en qué consiste el error, no parece sino que lo que pretenden los recurrentes, es desvelar y valorar que el ánimo de la demandada, madre de los demandados, era contraria a toda declaración de voluntad anterior a la indicada fecha, lo que no encaja ni en la letra ni en la finalidad de dicha causa de amparo, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

Duodécimo: Los motivos, primero y segundo por la vía del núm. quinto del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , respectivamente, denuncian la infracción de los arts. 1.218 y 1.250, en relación con el 1.218, y en ambos la doctrina contenida en la Sentencia de esta Sala de 20 de febrero de 1943 , y sobre la base de que tanto el Juzgador de primera instancia como el de apelación se han servido de las pruebas de presunciones para constituir los hechos básicos de los que deducen la simulación absoluta, se afirma que con ello se infringen los precitados preceptos y doctrina jurisprudencial, puesto que la prueba del precio, entrega y recepción en cuanto a los demandados está demostrado y debe presumirse del propio documento, arts. 1.218 y 1.250 del Código Civil , mas frente a ello cabe argüir que el documento público no tiene un valor superior al de las demás probanzas, incluidas claro está las de presunciones, dado el sistema de apreciación libre en el que se inspiran nuestras leyes, su alcance probatorio está en función de esa libre apreciación por el Juzgador, entonces nos encontramos ante una contrastación valorativa frente a unos hechos declarados probados precisa de la cita de los correspondientes preceptos vinculantes en cuanto a la eficacia del documento público se refiere, no sin olvidar que si los documentos públicos hacen prueba contra los contratantes en cuanto a las declaraciones en ellos vertidas, sin embargo, no es menos cierto que las mismas carecen de fe pública en cuanto a su veracidad pudiendo ser desvirtuados por los demás medios probatorios, en este último sentido es como debe considerarse la entrega del precio, de la cosa y su recepción, sujetas por tanto al resultado de las pruebas que en contra se hayan practicado y que al Juzgador le toca valorar, y en este aspecto de la cuestión al igual que en el anteriormente considerado ambos motivos deben ser desestimados.

Decimotercero: Los motivos tercero y quinto, últimos por examinar, amparados en la causa quinta del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , tratan de combatir el resultado de la prueba de presunciones a las que llega el Juzgador, mediante la denuncia de la infracción del art. 1.249 del Código Civil en el primero de ellos y la del art. 1.253, del propio cuerpo legal en el último; se dice respecto al primero que falta una



precisión y claridad en los hechos de los que debe deducirse lo presumido, pero siendo lo cierto que conforme declara la recurrida Sentencia "de acuerdo con el resultado de las pruebas practicadas, el contrato de referencia carece de uno de sus elementos esenciales cual es el precio"; razonando que ante la dificultad que plantea la prueba de simulación, en la que la prueba directa apenas puede tener lugar por lo que necesariamente ha de recurrirse a la indirecta de las presunciones, siempre apoyadas sobre hechos básicos claramente acreditados que permiten sentar la deducción lógica correspondiente, admitiendo y aceptando todas las apreciaciones esenciales que se contienen en los fundamentos de derecho de la recurrida Sentencia, debe destacarse que concurren prácticamente en su integridad, los datos que generalmente se estiman precisos para llegar a la mentada conclusión, a los que cabe añadir otros un tanto atípicos que la refuerzan; negocio que se desarrolla en el ámbito familiar más próximo; falta de necesidad de los padres de vender; conveniencia, motivo éste en el que están conformes las tres partes demandadas, de que los bienes salieran formalmente del patrimonio de los padres, al tener avaladas varias deudas del demandante; falta de acreditamiento de la entrega del precio; precio reducido en relación con el valor real de los bienes (1.500.000 pesetas frente a más de 23.000.000 de pesetas); el que el comprador no entrara en el disfrute y posesión de los bienes; y aun añadiendo las reiteradas manifestaciones del padre, la posición de los albaceas y la prueba testifical y documental analizada en la Sentencia discutida, es indudable que hay en los autos razones más que suficientes para concluir que el contrato es simulado; ante todo ello no parece quepa decir se haya infringido el art. 1.249 del Código Civil; respecto al quinto, como el recurrente no hace sino negar la existencia de aquellos lazos fácticos tenido en cuenta por el Juzgador, como la falta de entrega del precio, ni que sea reducido y demás, negativa que carece de todo fundamento al haber fracasado el tercero y cuarto de los motivos, por todo ello hace procedente la desestimación de dichos motivos tercero y quinto.

Decimocuarto: Desestimados los cinco motivos procede declarar no haber lugar al recurso con imposición de costas a la parte recurrente por preceptiva del art. 1.715 de la Ley Procesal Civil al que le será devuelto el depósito innecesariamente constituido.

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 a los recursos de casación, interpuestos por la representación de don Mariano y doña Consuelo, don Esteban y doña Gabriela, contra la Sentencia de fecha 6 de marzo de 1987, que dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona; condenando a dichas partes recurrentes al pago de las costas de este recurso; y devolución del depósito constituido por los segundos recurrentes; y 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.- Juan Latour Brotóns.- Antonio Carretero Pérez.- Ramón López Vilas.- Alfonso Barcala Trillo Figueroa. - Manuel González Alegre y Bernardo.

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo don Manuel González Alegre y Bernardo, y Ponente que ha sido en estos autos, estando la misma celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.