

Roj: **STS 43/2010 - ECLI:ES:TS:2010:43**Id Cendoj: **28079110012010100009**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **21/01/2010**Nº de Recurso: **2349/2005**Nº de Resolución: **2/2010**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP, Madrid, Sección 8ª, 22-07-2005,  
STS 43/2010**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Enero de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Colmenar Viejo, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó la Procuradora Dª Mª del Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de D. Enrique y D. Indalecio , siendo parte recurrida la Procuradora Dª Teresa Castro Rodríguez, en nombre y representación de D. Carlos José .

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- **1.-** El Procurador D. Rafael Antonio González de Propios, en nombre y representación de D. Carlos José , interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Enrique , D. Argimiro y D. Indalecio y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la cual *declare la nulidad o ineficacia de las cláusulas del testamento del causante impugnadas, a fin de establecer el derecho a la legítima de mi mandante, que por ley corresponde.*

**2.-** El Procurador D. Juan Manuel Mansilla García, en nombre y representación de D. Indalecio , D. Enrique , D. Argimiro y herencia yacente, 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 que *acogiendo las excepciones y motivos de oposición aducidos, absuelva a mis representados de todas las pretensiones contra ellos formuladas y desestime íntegramente la demanda, con imposición de las costas del litigio a la parte actora.*

**3.-** Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Colmenar Viejo, dictó sentencia con fecha 9 de septiembre de 2003 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por el Procurador Sr. González de Propios, en nombre y representación de D. Carlos José , absolviendo de los pedimentos contenidos en la misma a D. Enrique , D. Argimiro , D. Indalecio y a la herencia yacente de D. Leandro con imposición al demandante del pago de las costas causadas.*

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de la parte demandante, la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 22 de julio de 2005 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que, estimando en parte el recurso del apelante D. Carlos José contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº*



3 de Colmenar Viejo en juicio ordinario nº 246/02, revocamos la sentencia y declaramos: 1º) Que dicho litigante no era deudor del testador en la cantidad de 2.800.000 ptas. y, por lo mismo, no se imputará ese dinero al pago de su legítima. 2º) Que la donación que hizo el padre testador a favor de su otro hijo, el demandado D. Enrique , consistente en una vivienda, se computará por su valor en el tercio de libre disposición atribuido a este heredero y, al dividirse la herencia, se reducirá dicha donación si es inoficiosa.

**TERCERO .- 1 .-** La Procuradora Dª Mª del Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de D. Enrique y D. Indalecio , interpuso recurso de por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS POR INFRACCION PROCESAL: PRIMERO .-** Al amparo del nº 2 del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al haberse infringido las normas procesales reguladoras de la sentencia señaladas en el art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los arts. 465.4 y 461 y con el art. 120 de la Constitución. **SEGUNDO .-** Al amparo del nº 3 del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al haberse infringido las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso reguladoras de la sentencia señaladas en los arts. 782 y ss. **TERCERO .-** Al amparo del nº 4 del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al haberse vulnerado el art. 24 de la Constitución. **MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION: PRIMERO .-** Al amparo del artículo 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción por violación del artículo 1056 del Código civil , en relación con los arts. 1068, 1972, 1074 y 1075 del Código civil. **SEGUNDO .-** Al amparo del artículo 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción por violación del artículo 1035 del Código civil , en relación con los arts. 818 y 820 del Código civil. **TERCERO .-** Al amparo del artículo 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción por violación del artículo 825 del Código civil , en relación con los arts. 819, 828 y 820.1º del Código civil. **CUARTO .-** Al amparo del artículo 477.2.3º y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- Por Auto de fecha 17 de junio de 2008 , se acordó admitir el recurso por infracción procesal y el de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, la Procuradora Dª Teresa Castro Rodríguez, en nombre y representación de D. Carlos José , presentó escrito de impugnación al mismo.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de enero del 2010, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** Es preciso, ante todo, calificar la acción ejercitada, a la vista de la confusión que aparece en la demanda y que resalta la parte demandada incluso en el actual recurso ante esta Sala. Pese a que en el encabezamiento de la demanda se dice promover "*demanda de juicio ordinario de testamentaría*" con claro error terminológico ya que este término ha desaparecido en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, en el suplico, determinante de la acción, se interesa que se "*declare la nulidad o ineficacia de las cláusulas del testamento del causante impugnadas (la cuarta y la sexta), a fin de establecer el derecho a la legítima de demandante, que por ley le corresponde*" .

Es decir, se trata de una acción de nulidad o ineficacia -no lo aclara la demanda- de dos cláusulas testamentarias, respecto a lo que hay que tener en cuenta sendos preceptos: el artículo 743 que proclama el *favor testamenti* y el 813, ambos del Código civil , la intangibilidad de la legítima.

El testamento referido es abierto, de 5 de noviembre de 1991, y en el mismo reconoce el testador a su hijo Carlos José , demandante en la instancia, la legítima estricta, no más "*por razón de la falta de cariño y afecto y de la desatención que ha mostrado a sus padres desde que contrajo matrimonio*". E instituye heredero universal a su otro hijo Enrique , demandado en la instancia y recurrente en casación, además de haber sido demandados los albaceas.

La acción, como se ha transcrito antes, pretende la nulidad o ineficacia de la cláusula cuarta , cuyo tenor literal es:

*CUARTA.- Ordena que se impute al pago de la legítima estricta o corta de su hijo Carlos José la deuda que éste tiene contraída con el testador, al que debe restituir las cantidades que en diversas ocasiones recibió de él como préstamo para pagar el precio de la compra del piso en la calle duque de Sesto en el que actualmente tiene su piso. Las cantidades entregadas por el testador a su hijo Carlos José ascendieron en total a tres millones ochocientas mil pesetas y de ellas su hijo le ha devuelto un millón, por lo que la deuda asciende en la actualidad a dos millones ochocientas mil pesetas. La legítima de Carlos José se pagará mediante compensación de su deuda con el testador por el importe de ésta al abrirse la sucesión y para reducir el actual importe dicho su hijo*



*Carlos José deberá acreditar de manera plena e indubitada a satisfacción de los albaceas cualquier pago que como restitución de dicho préstamo realice a partir de hoy.*

En ella, hace la atribución de la legítima estricta a su legitimario, su hijo Carlos José , mediante el título (artículo 815 del Código civil ) de legado de liberación (que contempla el artículo 870 del Código civil ).

A su vez, la cláusula sexta dice así:

*SEXTO.- El testador dispone que no se tome en consideración a ningún efecto de su sucesión la donación que efectuó a su hijo Enrique del piso NUM000 letra NUM001 en el edificio número NUM002 moderno de la CALLE000 de Madrid, mediante escritura otorgada ante el notario de Madrid don José Luis García Varcárcel el día 28 de noviembre de 1985 puesto que al realizarla cumplía la voluntad de su padre, don Aureliano , abuelo del hijo del testador y donatario que así lo ha habido manifestado en vida, encargando al efecto al testador el cumplimiento de su voluntad si llegare a fallecer sin haber manifestado en forma su voluntad como así sucedió. Por tanto es su voluntad y así lo ordena que la donación que él hizo a su hijo del referido piso en CALLE000 número NUM002 , de Madrid, valga como hecha por su señor padre y en consecuencia se estime que dicho piso no ha sido nunca de la propiedad del testador y no se tome en cuenta para ningún cómputo en su sucesión.*

En ella no hace una dispensa de colación, que permite el artículo 1036 del Código civil sino que no cabe otra interpretación que la pretensión del causante de que no se compute su valor para fijar la legítima, *relictum* más *donatum*, que exige el artículo 818 del Código civil , norma esencialmente imperativa.

La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 8ª, de Madrid, de 22 de julio de 2005 , revocando la de primera instancia que había desestimado la demanda, declaró, primero, que el demandante no era deudor del testador y, segundo, que la donación debe computarse en el tercio de libre disposición.

**SEGUNDO** .- Los codemandados, el heredero don Enrique hermano del demandante y uno de los albaceas, don Indalecio , han interpuesto los presentes recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia anterior.

Examinando en primer lugar el primero de ellos, y el motivo primero del mismo, formulado al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del art. 218.1 de la misma ley y, en su proyección constitucional, del art. 120 de la Constitución Española. El motivo debe acogerse ya que la incongruencia es clara en su aspecto de incongruencia *extra petita*, entendida, como dice la sentencia del Tribunal Constitucional 194/2005, 18 de julio , *cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones*". Conceptos reiterados por esta Sala en sentencias de 13 de mayo de 2002, 29 de septiembre de 2006 y 17 de noviembre de 2006 .

En el presente caso, la acción va dirigida a la nulidad o ineficacia de sendas cláusulas testamentarias y la sentencia de la Audiencia Provincial no entra en la cuestión, sino que resuelve sobre la existencia de una deuda y sobre la imputación de una donación (en la que, además, yerra porque el que fue donatario es ahora heredero universal), extremos que no fueran objeto de la *litis*.

Por tanto, se ha infringido el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, asimismo, el artículo 120.1 de la Constitución Española y el motivo, como se ha apuntado, se estima.

**TERCERO** .- Al estimar este primer motivo del recurso por infracción procesal, la disposición final decimosexta, 1, regla 7ª , dispone que esta Sala asuma la instancia y dicte *nueva sentencia teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación*. Carece de interés el examen de los restantes motivos del recurso por infracción procesal y no debemos entrar en los motivos del de casación por mor de la norma citada; se tomarán en cuenta, *en su caso*.

Entrando, pues, en el análisis de las acciones ejercitadas, la primera de ellas, relativa a la cláusula cuarta , ésta no es inválida ni ineficaz: no contraviene ninguna norma ni es un caso expresamente prevenido en el Código civil, como dice su artículo 743 . Es un caso de atribución, como pago de la legítima, que se hace mediante el legado de liberación, como antes se ha apuntado y se ha observado el artículo 815 . Que la deuda realmente exista o sea inferior lo contempla el artículo 870 al establecer que tal legado *sólo surtirá efecto en la parte del crédito o de la deuda subsistente al tiempo de morir el testador*. Lo cual no ha sido objeto del presente proceso y , por ello, al resolverlo la sentencia de instancia, se ha declarado incongruente. La deuda existió, lo cual es reconocido por todos: la parte que esté subsistente se puede discutir y asimismo se puede discutir si la legítima estricta del demandante ha sido perjudicada o si es inoficiosa la donación, pero ello se hará en la partición de la herencia, como dicen las sentencias de 8 de marzo de 1989 y 4 de junio de 1991 o en la acción declarativa que corresponda, pero no es objeto de la *litis*. Por ello, la demanda se desestima en este primer extremo.



El segundo punto objeto del proceso es la acción de nulidad de la cláusula sexta en cuanto ordena el testador que *"no se tome en consideración a ningún efecto de su sucesión..."* la donación de un inmueble que le había hecho anteriormente a su hijo heredero universal. Este extremo debe ser estimado, no ya en la forma incongruente que ha hecho la sentencia de instancia, sino como contravención a la indisponibilidad de la legítima y a la norma imperativa de los artículos 818 y 813 del Código civil . La donación *inter vivos* se tomará en consideración, por más que lo quiera evitar el causante, para calcular el *donatum* que, con el *relictum* determina el patrimonio hereditario cuya tercera parte constituye la legítima estricta, que en el presente caso, el demandante percibirá la mitad de este tercio, es decir, una sexta parte, ya que la legítima estricta, como la larga, se divide entre los legitimarios. Es el cómputo de la legítima, como fijación cuantitativa de ésta y al que se refieren, entre otras muchas, las sentencias de esta Sala de 17 de marzo de 1989, 21 de abril de 1990, 23 de octubre de 1992, 15 de febrero de 2001 y 28 de septiembre de 2005 .

La previsión que pretende imponer el causante no es de dispensa de colación, sino de exclusión total del cómputo de la herencia; no cabe otra interpretación: incluso llega a decir que *"valga como hecha por su señor padre"* y, por si cupiera alguna duda, añade: *"no se tome en cuenta para ningún cómputo en su sucesión"*. Incluso si se considerara -lo que no cabe- que es dispensa de colación, hay que recordar que todas las donaciones, colacionables o no, deberán incluirse en el cómputo del *donatum* al efecto de cálculo de la legítima, como han aclarado las sentencias de 21 de abril de 1990, 28 de mayo de 2004, 14 de diciembre de 2005 .

No hay duda, pues, que en el cómputo de la legítima se ha de añadir el valor de las donaciones hechas por el causante: sentencias de 28 de mayo de 2004, 28 de septiembre de 2005, 14 de diciembre de 2005 y la de 24 de enero de 2008 que expresamente dice que *"el causante puede dispensar de la colación a uno o varios de los legitimados, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del artículo 813 del Código civil "* .

En su consecuencia, se debe declarar la ineficacia de la cláusula sexta por la razón esencial de la falta del poder disposición del causante sobre la fijación de la legítima y por la imperatividad de las normas que la regulan y en este único sentido se debe estimar la demanda.

En cuanto a las costas, no se condena a ninguna de las partes en las causadas en este recurso , que se estima, conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Y, conforme al artículo 394.2 no se imponen las costas de la primera instancia al darse una estimación parcial de la demanda. Tampoco en las del recurso de apelación.

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

## FALLAMOS

**Primero** .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO POR INFRACCION PROCESAL interpuesto por la representación procesal de D. Enrique y D. Indalecio , contra la sentencia dictada por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 22 de julio de 2005 , que CASAMOS y ANULAMOS.

**Segundo** .- En su lugar, estimamos parcialmente la demanda interpuesta en su día por la representación procesal de don Carlos José en el sentido de que declaramos la ineficacia de la cláusula sexta del testamento otorgado por don Leandro , el 5 de noviembre de 1991, ante el Notario D. Roberto Blaquer Uberos, en Madrid, número de protocolo 3112; no se da lugar a los demás pedimentos.

**Tercero** .- No se hace condena en costas en este recurso, ni en ambas instancias.

**Cuarto** .- 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 .- **Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- 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.