

Roj: **STS 2026/2011 - ECLI:ES:TS:2011:2026**Id Cendoj: **28079110012011100210**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **14/04/2011**Nº de Recurso: **1404/2007**Nº de Resolución: **289/2011**Procedimiento: **Casación**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP O 755/2007,**
STS 2026/2011

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Abril de dos mil once.

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 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Mieres, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personaron en concepto de parte recurrente el Procurador Don Nicolás Álvarez Real, en nombre y representación de DOÑA Patricia , DON Alvaro , DOÑA María Esther , DON Demetrio , DOÑA Covadonga , DON Guillermo , DOÑA Leocadia , DON Marino , DOÑA Santiago , DOÑA Angelina DOÑA Esmeralda , DON Virgilio Y DOÑA Modesta ; siendo parte recurrida la Procuradora Dª Begoña Fernández Pérez Zabalgoitia, en nombre y representación de DON Agapito , DOÑA María Rosa , DON Clemente Y DOÑA Dulce .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El Procurador D. Sergio Alvarez Tirador, en nombre y representación de DOÑA Patricia , DON Alvaro , DOÑA María Esther , DON Demetrio , DOÑA Covadonga , DON Guillermo , DOÑA Leocadia , DON Marino , DOÑA Santiago , DOÑA Angelina DOÑA Esmeralda , DON Virgilio Y DOÑA Modesta , interpuso demanda de juicio ordinario contra DON Agapito , DOÑA Dulce , DOÑA María Rosa , DON Clemente , DOÑA Sagrario y DOÑA Ascension y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare 1º.- *Herederos ab intestado de DON Segismundo a mis representados y a los codemandados, como herederos en cuarto grado colateral, además de todos aquellos que acrediten dicha condición.* 2º.- *Que el haber hereditario de Segismundo está constituido por 5/6 partes del metálico existente a fecha 19 de agosto del 2.000, en las cuentas abiertas en la CAJA DE AHORROS DE ASTURIAS, sucursal de Turón, n NUM000 y NUM001 respectivamente, más 2/3 del valor de la casa sita en Cortina, Figaredo, Mieres, a la misma fecha 19 de agosto del 2.000, señalada como finca registral n° NUM002 . tomo NUM003 , libro NUM004 del Registro de la Propiedad de Mieres.* 3º.- *Se proceda a la partición de la herencia conforme los peticiones anteriores, condenado a los demandados a estar y pasar por dichas declaraciones.*

2.- La Procuradora Dª Nuria Alvarez Rueda, en nombre y representación de DOÑA Dulce , DOÑA María Rosa y DON Clemente y DON Agapito , 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 por la que se *desestime la demanda sin entrar en el fondo del asunto, por estimación de las excepciones invocadas y de entrar en el fondo desestime igualmente la demanda, por los motivos expuestos, con imposición de costas a los demandantes.*



3.- Se declaró en rebeldía a D^a Sagrario y D^a Ascension por haber transcurrido el plazo sin haber comparecido en autos.

4.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Il^{tre}. Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Mieres, dictó sentencia con fecha 25 de julio de 2006, cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** *Desestimar íntegramente la demanda interpuesta por DOÑA Patricia, DON Alvaro, DOÑA María Esther, DON Demetrio, DOÑA Covadonga, DON Guillermo, DOÑA Leocadia, DON Marino, DOÑA Santiago, DOÑA Angelina DOÑA Esmeralda, DON Virgilio Y DOÑA Modesta frente a DOÑA Dulce, DOÑA María Rosa y DON Clemente y DON Agapito y frente a D^a Sagrario Y D^a Ascension ambas en rebeldía procesal, debiendo imponerse las costas de este procedimiento a los demandantes*

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de la parte demandante, la Sección 5^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó sentencia con fecha 23 de abril de 2007, cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** *Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Patricia, DON Alvaro, DOÑA María Esther, DON Demetrio, DOÑA Covadonga, DON Guillermo, DOÑA Leocadia, DON Marino, DOÑA Santiago, DOÑA Angelina DOÑA Esmeralda, DON Virgilio Y DOÑA Modesta contra la sentencia dictada en fecha veinticinco de julio de dos mil seis por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mieres, en los autos de los que el presente rollo dimana, REVOCANDÓLA en el único sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento condenatorio en costas, acordando en su lugar su no imposición. Se confirma en lo demás la recurrida. No procede expresa condena en las costas de la presente alzada*

TERCERO.- 1.- La Procuradora D^a Carmen Cervero Junquera, en nombre y representación de DOÑA Patricia, DON Alvaro, DOÑA María Esther, DON Demetrio, DOÑA Covadonga, DON Guillermo, DOÑA Leocadia, DON Marino, DOÑA Santiago, DOÑA Angelina DOÑA Esmeralda, DON Virgilio Y DOÑA Modesta, interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: PRIMERO**.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1 de la L.E.C. se denuncia la infracción de los artículos 753, 759, 776, 777, 782, 783, 786, 806, 807, 808, 813, 814, 912, 916 y 954, 995 y concordantes del Código civil **SEGUNDO**.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1 de la L.E.C. se denuncia la infracción del artículo 759 del Código civil.

2.- Por Auto de fecha 22 de septiembre de 2009, se acordó ADMITIR EL RECURSO 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 D^a Begoña Fernández Pérez Zabalgoitia, en nombre y representación de DON Agapito, DOÑA María Rosa, DON Clemente Y DOÑA Dulce, presentó escrito de impugnación al recurso interpuesto.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de abril del 2011, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El motivo primero del recurso de casación formulado al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil considera infringidos los artículos 753, 759, 776, 777, 782, 783, 786, 806, 807, 808, 813, 814, 912, 916 y 954, 995 y concordantes del Código civil. El primer argumento para rechazar este motivo es la citación como infringidos de un conjunto heterogéneo de preceptos, desde la sucesión testada los primeros, hasta la intestada los últimos, pasando por los relativos a la sucesión forzosa. Lo cual no procede en el recurso de casación, en el que debe alegarse la infracción de las normas aplicables al caso, no de un amplio conjunto en que la Sala deba averiguar cuál de las normas (en este caso, de todo el Derecho de sucesiones) puede haber sido infringida, quedando bajo la causa de inadmisión del artículo 483.2.2º, que en este trámite deviene de desestimación. Así lo han expresado, entre otras, las sentencias de 2 de julio de 2009, 19 de julio de 2010 y 24 de septiembre de 2010.

En el desarrollo del motivo lo que se impugna es simplemente el contenido de la **sustitución** ejemplar, que había impuesto doña Berta en su testamento de 7 de junio de 1994 en estos términos literales:

"De conformidad a lo dispuesto en el artículo 776 del Código civil sustituye ejemplarmente a su hijo Segismundo por sus primos don Clemente, don Agapito, doña Dulce y doña María Rosa sustituyéndolos vulgarmente, en los casos prevenidos por el Código civil, por los descendientes que dejaren y si alguno falleciese sin sucesión acrecerá su porción a los supervivientes".



Se mantiene que ésta se limita a los bienes que la sustituyente D^a Berta haya transmitido al sustituido don Segismundo , únicos que reciben los sustitutos, los demandados. Es la teoría restringida que se había mantenido antaño y que una sola sentencia (que, como única, no forma jurisprudencia) la ha mantenido, de 20 de marzo de 1967 .

No es así. La **sustitución** tanto **pupilar** como ejemplar, comprende el patrimonio entero de sustituido -hijo menor o incapaz- y no sólo el recibido del sustituyente, lo cual podría hacerse sencillamente mediante la **sustitución** fideicomisaria. El alcance amplio del contenido de la **sustitución** ejemplar ha sido mantenido por la sentencia, la primera, de 6 de febrero de 1907 , que es reiterada por la de 26 de mayo de 1997 que dice:

*" Esta Sala tiene declarado desde la sentencia de 6 de febrero de 1907 que la **sustitución** ejemplar consiste en un nombramiento de heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquél..."*

La anterior sentencia plantea directamente la cuestión del contenido y se pronuncia a favor del amplio, que comprende todo el patrimonio del sustituido incapaz. Lo que es reiterado por la sentencia de 7 de noviembre de 2008 que plantea el problema en estos términos:

*"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. "*

Y lo resuelve en los mismos términos que la sentencia anterior, de 26 de mayo de 1997, a la que se remite y afirma que comprende todo el patrimonio del sustituido y, así, los sustitutos heredan a éste, no al sustituyente.

La sentencia de 20 de mayo de 1972 , dice explícitamente que la **sustitución** tanto **pupilar** como ejemplar, *constituyen una excepción al artículo 670 del Código civil* que proclama, con carácter general, el carácter personalísimo del testamento y reitera lo ya declarado por las sentencias anteriores de 2 de diciembre de 1915 , 10 de diciembre de 1929 y 10 de junio de 1941 .

Así, los herederos sustitutos heredan todos los bienes del causante, incapacitado, don Segismundo , porque son sus herederos, no son herederos de doña Berta (abstracción hecha de la **sustitución** fideicomisaria de residuo). Ésta otorgó testamento en lugar de su hijo don Segismundo , incapacitado, exactamente como prevé y lo menciona en su testamento, el artículo 776 del Código civil .

Reiterando esta concepción amplia del contenido de la **sustitución** ejemplar, debe ser rechazado este motivo del recurso de casación .

TERCERO .- El motivo segundo del recurso de casación considera infringido el artículo 759 del Código civil , basándose en que los herederos sustitutos -demandados- no cumplieron la condición que les había impuesto la testadora en estos términos:

"...condicionando la institución a que los herederos nombrados auxilien a su hijo y le presten servicios asistenciales y de alimentos durante toda su vida, y si alguno no lo hiciere acrecerá su parte a los demás".

En el desarrollo del motivo se mantiene que aquellos herederos sustitutos no cumplieron la condición, ni tampoco probaron que se había cumplido. Lo cual es contrario a lo que las sentencias de instancia declaran probado. La sentencia recurrida, de la Audiencia Provincial, después de razonarlo con detalle, concluye, literalmente:

"En este sentido, la prueba obrante en autos y a la que se hizo referencia por la Sra. Juez demuestra que así fue, sin que en ningún modo D. Segismundo se viese desamparado por dichos familiares, llegando incluso en determinados momentos álgidos a pernoctar con él, habiendo además D. Clemente , por entonces su tutor por designación testamentaria, cumplido escrupulosamente sus obligaciones."

El discutir esta cuestión no es otra cosa que pretender llevar a la casación a una tercera instancia, lo que no es así y no se trata de una valoración de la prueba sino que la mención de la misma es el control de la correcta y adecuada aplicación del ordenamiento jurídico a la cuestión fáctica, incuestionable en casación: así, sentencias de 15 de junio de 2009 , 30 de septiembre de 2009 , 25 de junio de 2010 .

En el presente caso, en este motivo se pretende hacer supuesto de la cuestión, es decir, partir de hechos que no sólo no se han probado, sino que se han probado los contrarios, como dicen las sentencias de 2 de julio de 2009 , 20 de noviembre de 2009 , 13 de octubre de 2010 , lo que llevan a la desestimación del motivo y, con la desestimación también del anterior, procede rechazar el recurso y confirmar la sentencia recurrida, con la condena en costas que impone el artículo 398.1 en su remisión al 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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



FALLAMOS

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por la representación procesal de DOÑA Patricia , DON Alvaro , DOÑA María Esther , DON Demetrio , DOÑA Covadonga , DON Guillermo , DOÑA Leocadia , DON Marino , DOÑA Santiago , DOÑA Angelina DOÑA Esmeralda , DON Virgilio Y DOÑA Modesta , respecto a la sentencia dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, en fecha 23 de abril de 2007 , que SE CONFIRMA.

Segundo .- Se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas de su recurso.

Tercero .- 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.-Francisco Marin Castan.- Jose Antonio Seijas Quintana.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- 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.