

Roj: **STS 6096/1997 - ECLI:ES:TS:1997:6096**Id Cendoj: **28079110011997102055**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **14/10/1997**Nº de Recurso: **2497/1993**Nº de Resolución: **878/1997**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **JESUS MARINA MARTINEZ-PARDO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Octubre de mil novecientos noventa y siete.

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 Audiencia Provincial de Madrid, Sección Dieciocho, como consecuencia de autos de juicio declarativa ordinario de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Dieciséis de Madrid, sobre declaración de nulidad de expediente de declaración de herederos; cuyo recurso fue interpuesto por D. Imanol , representado por el Procurador D. Antonio Rafael Rodríguez Muñóz; siendo parte recurrida D^a. Carmen , fallecida ha sido sustituida por los siguientes recurridos, D. Luis Pedro , D. Carlos , D. Leonardo , D^a. Marí Luz , D^a. Inmaculada y D^a. Jesús Luis , representados por el Procurador D. Leonides Merino Palacios, posteriormente sustituido por D. José Tejedor Moyano, D^a. Blanca , representada por el Procurador D. Víctor Requejo Calvo, D^a. Valentina y D. Ildefonso , representados por la Procuradora D^a. María Montejano Álvarez-Rementería y D^a. Alicia , representada por la Procuradora D^a. Blanca M. Grande Pesquero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Antonio Rafael Rodríguez Muñóz, en nombre y representación de D. Imanol , interpuso demanda de juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia Número Dieciséis de Madrid, sobre declaración de nulidad de expediente de declaración de herederos, siendo parte demandada D^a. Carmen , alegando, en síntesis, los siguientes hechos: Que D^a. Leonor , falleció el día 16 de septiembre de 1973, en estado de viudedad y sin descendencia, otorgó testamento en el año 1962, en el que instituía heredero universal a su marido, también fallecido, sustituido por sus ahijados, entre ellos el demandante; si bien, posteriormente la demandada, madre de la fallecida, manifestó que el testamento adolecía de un error que producía su nulidad radical y que era ella la que tenía que heredar; de todo ello resulta que el demandante no ha recibido aun su parte de la herencia. Alegó a continuación los fundamentos de derecho que consideró oportunos para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "por la que estimando totalmente la demanda, e imponiendo las costas del procedimiento a la demandada, se declare: 1.- La nulidad del expediente de declaración de herederos ab-intestato, de D^a. Leonor , promovido a instancias de D^a. Carmen ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Madrid, autos 42/74, así como del Auto que le dio fin, de fecha 8 de febrero de 1974. 2.- Dejar sin efecto ni validez alguna la declaración judicial de D^a. Carmen , por el citado Auto de fecha 8 de febrero de 1984, nominándola única y universal heredera de D^a. Leonor , en el expediente judicial de declaración de herederos ab-intestato antes citado. 3.- La nulidad de todos los actos realizados por la demandada con posterioridad a su declaración judicial como única y universal heredera de D^a. Leonor , y en especial de cuantas inscripciones registrables de bienes inmuebles halla efectuado la demandada a su favor, que perteneciesen a d^a. Leonor , ello de conformidad al artº. 38 de la Ley Hipotecaria. En su consecuencia declarará la nulidad de las inscripciones registrables de los bienes inmuebles a que se refiere la escritura de aceptación y adjudicación de la herencia de D^a. Leonor , otorgada ante el Notario de Madrid, D. Sergio González Collado el día 27 de junio de 1974, al número 3047 de su protocolo (doc. nº 16 de la demanda) y que no se reproducen en aros a la economía procesal, al igual que la nulidad de la citada escritura de aceptación y



adjudicación de la herencia. 4.- Declarar que la propiedad de los bienes relictos de D^a. Leonor , corresponden al actor y demás herederos nombrados en el testamento, Araceli y D. Jose María , por terceras e iguales partes, y en su consecuencia la extinción de cualquier derecho real ostentado por la demandada sobre los bienes relictos, y nulos los actos de disposición realizados. 5.- Condenar a D^a. Carmen , a restituir a la masa hereditaria y los herederos de D^a. Leonor todos los bienes provenientes de la causante, así como de los frutos y rentas obtenidos, durante el periodo en que han estado bajo su administración. 6.- Se le impongan a la demandada las costas del procedimiento, en caso de oposición a la demanda."

2.- El Procurador D. Leonides Merino Palacios, en nombre y representación de D^a. Carmen , contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "por la que con base en los hechos, excepciones y fundamentos legales invocados por esta parte, se desestime dicha demanda, con absolución de los pedimentos que en la misma se formulan, con expresa imposición de las costas a la parte actora por ser preceptivas."

3.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia número 16 de Madrid dictó sentencia con fecha 20 de mayo de 1988, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que desestimando la demanda formulada por D. Imanol contra D^a. Carmen , hoy fallecida y por tanto contra sus herederos, debo absolver y absuelvo a los mismos de las pretensiones formuladas en su contra. Se condena a las partes a estar y pasar por la presente declaración. Se condena en costas por imperativo al demandante vencido en juicio."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de D. Imanol , la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Dieciocho, dictó sentencia con fecha 14 de junio de 1993, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Antonio-Rafael Rodríguez Muñóz, en nombre y representación de D. Imanol , debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Madrid, en fecha veinte de mayo de mil novecientos ochenta y ocho; todo ello con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante."

TERCERO.- 1.- El Procurador D. Antonio Rafael Rodríguez Muñóz, en nombre y representación de D. Imanol , interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Dieciocho de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 14 de junio de 1993, con apoyo en los siguientes motivos, MOTIVOS DEL RECURSO.- PRIMERO.- Al amparo del número 3º. del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia infracción de los artículos 567, 340 y 9 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. SEGUNDO.- Bajo el mismo ordinal se denuncia infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. TERCERO.- Al amparo del número 4º. del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia infracción de los artículos 912, 705 y 1810 del Código Civil, en redacción anterior a la reforma de 1981, y del artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. CUARTO.- Bajo el mismo ordinal se denuncia infracción de los artículos 3, párrafo primero, 675, 814 y 815 del Código Civil y jurisprudencia que los interpreta.

2.- Admitido el recurso y evacuando el traslado conferido, el Procurador D. Víctor Requejo Calvo, en nombre y representación de D^a. Blanca ; la Procuradora D^a. Blanca Grande Pesquero, en nombre y representación de D^a. Alicia ; el Procurador D. Leonides Merino Palacios, en nombre y representación de D. Luis Pedro , como albacea contador, D^a. Jesús Luis y D^a. Inmaculada y de D^a. Marí Luz , D. Carlos y D. Leonardo y la Procuradora D^a. María Montejano Álvarez-Rementería, en nombre y representación de D^a. Valentina y D. Ildefonso , presentaron respectivos escritos de impugnación al recurso de casación interpuesto de contrario.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes personadas la celebración de vista pública, se señala para votación y fallo el día 26 de septiembre de 1997, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JESÚS MARINA MARTÍNEZ-PARDO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El motivo primero se formula por quebrantamiento de las normas esenciales del juicio con infracción de las que rigen los actos y garantías procesales habiéndose producido indefensión; todo al amparo del número tercero del artículo 1692, y con cita de los artículos 567, 340 y 9 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El cuerpo del motivo razona que se solicitó la prueba testifical, para el recurrente esencial, de D. Jose María , heredero según el testamento litigioso, para cuya práctica se solicitó término extraordinario de prueba por residir en la República Dominicana o que se acordara para mejor proveer, y así se hizo, librando comisión rogatoria cuya práctica se demoró, dándose la circunstancia de que en periodo para dictar sentencia falleció la



demandada D^a. Carmen , y no se dio lugar a la suspensión del plazo para dictarla, aunque se había extinguido el poder del Procurador. Pedida la nulidad en ambas instancias no se accedió.

El motivo no tiene transcendencia por cuanto la demora en el cumplimiento del despacho, entregado a la propia parte interesada, fue imputable solo a ella, y como ya dijo la Audiencia al resolver esta cuestión, había transcurrido más de un año desde que se acordó la diligencia para mejor proveer, era preciso cumplir con la tutela judicial sin dilaciones, y en todo caso era una prueba cuya práctica, supuestamente, beneficiaba a la proponente y supliendo su falta intentó que se practicara el propio órgano judicial, librando el despacho que no devolvió el portador, hoy recurrente, a pesar de que consta que la testifical fue practicada en 13 de noviembre de 1987. Por ello se desestima.

SEGUNDO.- El motivo segundo, al amparo del número tercero del artículo 1692, denuncia infracción de las normas reguladoras de la sentencia y como norma infringida señala el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El cuerpo del motivo señala que la demanda tenía por objeto obtener la nulidad del expediente de declaración de herederos ab-intestato de d^a. Leonor , todo ello por la inexistencia de declaración previa de nulidad del testamento otorgado por la causante y sobre la nulidad nada resuelven las sentencias de instancia, incumpliendo así el artículo 359 que fija, entre otros caracteres de la sentencia, la congruencia.

Sin perjuicio de lo que se razonará al analizar los siguientes motivos, es lo cierto que la sentencia impugnada no puede ser calificada de incongruente, porque la incongruencia se pone de manifiesto comparando los suplicos de los escritos fundamentales del pleito y la parte dispositiva de la sentencia, y en la demanda se pide la nulidad del auto de declaración de herederos, pero en modo alguno se formula petición expresa sobre la validez del testamento, que es un simple soporte utilizado por la demandante para pedir la nulidad de la declaración.

Y en la contestación se pide pura y simplemente la desestimación de la demanda, que es lo concedido. Y sabido es que las sentencias absolutorias son en general congruentes, salvo que se apoyen en fundamentos distintos de los alegados, causando indefensión.

TERCERO.- El motivo tercero, al amparo del número cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia infracción de las normas legales contenidas en los artículos 912, 705 y 1810 del Código Civil (en su redacción anterior a la reforma de 1981) y en el artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Este motivo, aun citando artículo heterogéneos, que no pueden agruparse en un mismo motivo, y entendiendo que el 1810, debe ser el 810 que habla de la legítima de los ascendientes, permite afrontar el verdadero problema suscitado por la sentencia, que exige decidirlo con el estudio conjunto de los motivos tercero y el cuarto, en el que se denuncia la infracción de los artículos 645, 814 y 851 del Código Civil.

La cuestión litigiosa surge porque la causante, al mismo tiempo que su esposo, otorgaron sendos testamentos, estableciendo el de la esposa el llamamiento a su herencia en primer término al esposo, en calidad de heredero de todos sus bienes, derechos y acciones, sin limitación alguna, con facultad de disposición y le sustituye en su condición de heredero con sus tres ahijados, hijos de hermanos de la testadora, Imanol , Araceli y los demás que siendo hijos de hermanos pudieran prohijar en el futuro, como lo hizo con un hijo de D. Ildefonso .

En la comparencia ante notario, además de hacer proclamación de fe y dejar constancia de otros datos, dijo que era hija de D. Ángel Jesús , ya difunto (a la sazón añadimos aquí) y D^a. Carmen (entonces con vida y también a la muerte de la testadora, hacemos patente en este momento).

Los esposos murieron ambos antes que la madre de la otorgante del testamento que ha originado este pleito.

Puesta de manifiesto la **preterición** de la madre, heredera legítima, por la falta de descendientes y legitimaria, conforme a los artículos 935 y 810 del Código Civil, tras gestiones amistosas entre los interesados, acudió la madre de la testadora al Juzgado, instando declaración de herederos y en tal trámite el Juzgado, tras advertir y comprobar con el propio tenor del testamento la **preterición** de D^a. Carmen , afirmando que concurría el supuesto de testamento nulo, entendió que según el artículo 912 tenía que regularse la sucesión por el cauce la sucesión legítima o abintestato (Auto de 8 de febrero de 1974). Transcurridos varios años, ya en 1986, un sobrino llamado como sustituto a la herencia en el testamento, demanda la nulidad de la declaración de herederos y que se restaure el orden fijado en el testamento con las consecuencias inherentes respecto a los bienes.

La cuestión a decidir es, si el testamento es o no válido, si requiere pronunciamiento expreso la declaración de nulidad y si por no haberse obtenido previamente, no cabe instar la declaración de herederos.



La nulidad de la declaración de herederos sería evidente en el supuesto de testamento válido, puesto que deferida la sucesión en ese instrumento público válido, no cabe contrariar su contenido por la apertura de la sucesión legítima y declaración de herederos.

El testamento no puede calificarse de válido, pues aun guardando todas las formalidades legales y por tanto ser inaplicable el artículo 687 del Código Civil, es nulo por preterir a una heredera, como es la madre, que además de ser ascendiente, figura entre los llamados a la sucesión forzosa (artículo 807).

Que formalmente, y como dice la Resolución de la Dirección General (5 de diciembre de 1945), que invoca el recurso, no cabe acudir a la declaración de herederos cuando se sabe que hay testamento, es algo que dijo esa resolución preocupada de que antes de acudir al expediente, se procurara reconstruir el testamento, objeto de las destrucciones de la época. Pero ese no es el caso del presente, en el que se aprecia ostensible y clara nulidad, según el derecho aplicable a la sazón (artículo 814). Entonces el artículo decía "La **preterición** de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, anulará la institución de heredero", y no se dio la circunstancia prevista en el precepto de que los preteridos murieran antes que el testador, porque la madre de la testadora le sobrevivió.

Cierto que bajo la vigencia de este precepto, se distinguía por la doctrina entre **preterición** errónea o involuntaria de legitimarios y la intencional y que a ésta se la equiparaba con la desheredación para salvar el testamento, pero tal doctrina, que inspiró la reforma del precepto, no es aplicable al presente caso, en que se ha declarado por la Sala y su criterio es racional y lógico, que la **preterición** no fue voluntaria, sino producto de la verosímil esperanza de sobrevivir la testadora, joven, a la madre de procreta edad. No permitían tampoco las pruebas apreciar causas de desheredación.

Esto sentado queda como cuestión decidir si puede la Audiencia tener por nulo un testamento sin que medie petición expresa, y la solución afirmativa que es la dada por la sentencia recurrida es la razonable, porque criterios previamente formales no pueden prevalecer sobre los substanciales, porque pedida la nulidad de la declaración de herederos, ese pedimento solo puede tener como razón de fondo para obtenerla, que el testamento fuera válido, y porque la nulidad de éste, no pedida formalmente, ha sido esgrimida como excepción contra la demanda de nulidad del auto de declaración de herederos. Y sabido es que un acto nulo permite ser tenido como tal cuando realmente lo es, incluso de oficio, por los Tribunales, y esgrimirse como excepción, como sucede por ejemplo en las tercerías de dominio, en que los ejecutados demandados pueden oponerse frente a quien demanda la propiedad de un bien con fundamento en contrato nulo.

No se puede hablar de indefensión, porque en el presente litigio están todos los interesados en mantener las respectivas posturas.

En consecuencia, el testamento nulo con arreglo al viejo artículo 814, da paso a la apertura de la sucesión legítima, según el tenor del artículo 912, y no se infringen ninguno de los preceptos invocados.

Procede desestimar los motivos y por ello el recurso.

CUARTO.- Las costas se imponen conforme al artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal.

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

FALLAMOS

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por el Procurador D. Antonio Rafael Rodríguez Muñoz, respecto la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Dieciocho, de fecha 14 de junio de 1993, la que se confirma en todos sus pronunciamientos, condenándose a dicha parte recurrente al pago de las costas, con pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

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 .- IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA.- JESUS MARINA MARTINEZ-PARDO.- ROMAN GARCIA VARELA.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesús Marina Martínez-Pardo, 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.