



Roj: **STS 2126/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2126**

Id Cendoj: **28079110012014100234**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/04/2014**

Nº de Recurso: **2105/2011**

Nº de Resolución: **624/2013**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 3706/2011,**
STS 2126/2014

SENTENCIA

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

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación e infracción procesal interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 138/2010 por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm 926/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Torremolinos, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el procurador don Alejandro Ignacio Salvador Torres en nombre y representación de doña Nieves, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Jaime Pérez de Sevilla Guitard en calidad de recurrente y la procuradora doña Susana García Abascal en nombre y representación de doña Ariadna en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El procurador don Alejandro Ignacio Salvador Torres, en nombre y representación de doña Nieves interpuso demanda de juicio ordinario, contra don Agustín, doña Ariadna, doña Luz, doña María Virtudes, doña Fidela y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: "... I.- Declare la nulidad de la escritura de manifestación y adjudicación de la herencia de don Pablo suscrita el 25 de julio de 2006, ante el Notario de Málaga Fernando Agustino Rueda, Protocolo 2535.

II.- Declare que procede restituir al caudal hereditario de don Pablo, para su posterior partición y adjudicación, la totalidad de los bienes objeto de la manifestación y adjudicación de herencia suscrita el 25 de julio de 2006, ante el Notario de Málaga Fernando Agustino Rueda, Protocolo 2535.

III.- Condene a los demandados a estar y pasar por las anteriores manifestaciones y al pago de costas".

2.- Por el procurador don Félix García Agüera, en nombre y representación de doña Fidela, se presentó escrito allanándose a la demanda interpuesta.

Por la procuradora doña Rosario Escobar León, en nombre y representación de doña María Virtudes, se presentó escrito allanándose a la demanda interpuesta.

El procurador don Martín Guijarro Hernández, en nombre y representación de doña Ariadna, 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 interpuesta contra mi principal, absolviéndola de las pretensiones contra ella mantenidas y con expresa condena en costas a la actora".



El procurador don José Antonio López Espinosa Plaza, en nombre y representación de don Agustín , 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: "...desestimando íntegramente la demanda y con declaración expresa de temeridad y mala fe se condene a la actora al pago de las costas causadas con motivo de este procedimiento".

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Torremolinos, dictó sentencia con fecha 31 de julio de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: ..." QUE ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por doña. Nieves , representada por el Procurador don Alejandro Ignacio Salvador Torres y asistida del Letrado don Manuel Iglesias Fernández contra don Agustín , representado por el Procurador don José A. López-Espinosa Plaza y asistido de la Letrada doña Silvia Arena Gibilaro; doña Ariadna , representada por el Procurador don Martín Guijarro Hernández y asistida del Letrado don Salvador Jiménez Óliver; doña Luz , que ha permanecido en situación de rebeldía; doña María Virtudes , representada por la Procuradora doña Rosario Escobar León y asistida del Letrado D. Ignacio Jiménez Mayordomo; y doña Fidela , representada por el Procurador don Félix García Agüera y asistida del Letrado don José Luis Ortega:

1) DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la escritura de manifestación y adjudicación de herencia de don Pablo suscrita el 25 de julio de 2006 ante el Notario de Málaga don Fernando Agustino Rueda, protocolo 2535.

2) DEBO DECLARAR Y DECLARO que procede restituir al caudal hereditario de don Pablo para su posterior partición y adjudicación, la totalidad de los bienes objeto de la manifestación y adjudicación de herencia suscrita el 25 de julio de 2006 ante el Notario de Málaga don Fernando Agustino Rueda, protocolo 2535.

3) DEBO CONDENAR Y CONDENO a los demandados a estar y pasar por dichas declaraciones.

4) DEBO CONDENAR Y CONDENO solidariamente a los demandados don Agustín , doña Ariadna y doña Luz al pago de las costas generadas en este procedimiento, sin especial condena en costas respecto de las codemandadas allanadas doña Fidela y doña María Virtudes " .

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Ariadna , la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó sentencia con fecha 22 de junio de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: "...Que **estimándose** el recurso de apelación formulado por doña Ariadna , representada en esta alzada por el procurador Sr. Osuna Jiménez, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Torremolinos, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, en consecuencia, dejando sin efecto la misma, debemos desestimar y desestimamos la demanda entablada por doña Nieves contra don Agustín , doña Ariadna , doña Luz , doña María Virtudes y doña Fidela , absolviendo a los demandados de las pretensiones ejercitadas en su contra. Todo ello con imposición a la actora del pago de las costas ocasionadas en la instancia, salvo las relativas a las demandadas allanadas, que no son objeto de especial pronunciamiento, al igual que las ocasionadas en esta alzada".

TERCERO .- **1.-** Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de doña Nieves con apoyo en los siguientes **MOTIVOS** :

Primero.- Infracción de los artículos 9.1 , 9.2 , 9.3 , 9.8 , 13 y 13 del CC .

Segundo.- Infracción de los artículos 814 , 816 , 837 , 838 Y 851 CC , en relación con el artículo 9.8 del CC .

Tercero.- Infracción, del artículo 1.7 CC , artículos 9.3 y 24.1 CE , 5.4 LOPJ y artículos 394 , 397 y 398 LEC .

CUARTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 18 de septiembre de 2012 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. La procuradora doña Susana García Abascal, en nombre y representación de doña Ariadna presentó escrito de impugnación al mismo.

QUINTO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 2 de octubre del 2013, en que tuvo lugar, no habiéndose dictado la sentencia en el plazo establecido debido a la excesiva carga de trabajo que pesa sobre el ponente y la complejidad del asunto.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- **1.** El presente caso, en el contexto de las normas de derecho internacional privado, plantea, como cuestión de fondo, el alcance e interpretación de la regla octava del artículo noveno del Código Civil ,



particularmente de su último párrafo en orden a la redacción dada por la reforma operada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo: "Los derechos que por ministerio de la Ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes".

2. Antecedentes.

La parte actora en este procedimiento ejercita acción de impugnación de escritura de manifestación y adjudicación de herencia de fecha 25 de julio de 2006 solicitando en su virtud la restitución de los bienes para realización de nueva partición, y ello en atención a las siguientes consideraciones. El causante, D. Pablo era de nacionalidad italiana y con residencia legal en España, falleciendo en fecha de 26 de enero de 2006 en Benalmádena, en estado de casado con Dña. Ariadna, era de nacionalidad española, y habiendo otorgado testamento en fecha de 2 de marzo de 1973, en el que instituía herederos a sus hermanos D. Teresa y D. Agustín. El causante vivió desde sus primeros años en Benalmádena, donde desarrolló toda su actividad personal y empresarial con sus hermanos encontrándose en este país toda su masa hereditaria. Se casó con la Sra. Ariadna en fecha de 18 de febrero de 2014 que residía igualmente en España. El matrimonio se contrajo bajo el régimen de separación de bienes, en virtud de capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad al mismo, en fecha de 17 de febrero de 2004, documento en que los cónyuges de forma expresa someten su matrimonio a la legislación española, al hacer constar que su residencia habitual común inmediatamente posterior al matrimonio va a ser la que consta en la comparecencia y de acuerdo con el art. 9.2 del Código civil la ley que rija los efectos del matrimonio sea la del derecho común. La demandante y las codemandadas Dña. Fidela, Dña. Luz y Dña. María Virtudes son hijas y herederas universales del hermano fallecido del causante, D. Teresa. El día 25 de julio de 2006 esta parte es citada, junto al resto de los litigantes, a firmar la aceptación y adjudicación de herencia de su tío, don Pablo, ante el Notario de Málaga, D. Fernando Agustino Rueda, sometiendo en dicho documento los derechos del cónyuge superviviente Dña. Ariadna a la legislación italiana, cuando resulta que el art. 9.8 del Código Civil en su inciso final establece que los derechos que por ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio a salvo siempre de las legítimas de los descendientes, habiéndose sometido como se ha visto el matrimonio a la legislación española. El art. 12.6 del Código civil exige a los tribunales y autoridades la aplicación de oficio de las normas de conflicto del derecho español, entre ellas el citado art. 9;8. La alusión intencionada y/o negligente de la norma de conflicto que imperativamente debería ser aplicable genera un evidente detrimento al resto de los herederos testamentarios frente a la viuda ya que utilizando dicha legislación italiana para determinar los derechos del cónyuge superviviente ésta tendría derecho a la mitad de la herencia en plena propiedad y aplicando la legislación española para determinar los derechos del cónyuge superviviente la viuda tendría derecho exclusivamente al usufructo de 2/3 partes de la herencia (art. 838 del Código Civil). Por todo ello se interesa la nulidad de la escritura de manifestación y adjudicación de herencia referida por indebida aplicación de la ley italiana a los derechos del Cónyuge viudo.

Frente a esta pretensión los codemandados Dña. Fidela y Dña. María Virtudes se allanaron íntegramente a la demanda, permaneciendo la codemandada Dña. Luz en situación de rebeldía.

Por su parte la codemandada Dña. Ariadna se opuso a la demanda de contrario formulada en base a las siguientes consideraciones. Primeramente señala que en el testamento de 1973 del Sr. Agustín Simpático concurre la preterición no intencional de la viuda Sra. Ariadna, en tanto cuando se otorgó no se había contraído matrimonio. Resulta cierto que el causante vivió muchos años en España pero también en Italia y en Francia y lo que es un hecho es que nunca renunció a su nacionalidad italiana a favor de la española. En cuanto a la relación del causante con esta parte, mantuvieron aunque se silencie de contrario, relación de convivencia desde el año 1990. Respecto a las capitulaciones matrimoniales ha de matizarse lo señalado de contrario puesto que en dicho documento los otorgantes se someten no ya directamente a la legislación española sino al derecho común. Sería por tanto sólo por efecto de los criterios subsidiarios del art. 9.2 del Código Civil por lo que resultara de aplicación la ley española a los efectos del matrimonio pero no por elección directa de los otorgantes. Reconociendo como ciertos los hechos cuarto y quinto de la demanda respecto del sexto se alega que al ser preterida de forma no intencional la viuda en el testamento otorgado en el año 1973 la consecuencia es la prevista en el artículo 814 del Código Civil, esto es, al haberse preterido un heredero forzoso se anula la institución de heredero del testamento con lo que se abriría la sucesión intestada y por aplicación tanto de la ley española como de la italiana, al no existir otros herederos forzosos que esta parte, sería la única heredera del fallecido (acción de nulidad de la institución de heredero que se reserva esta parte para posterior litis). En cuanto a la firma de la escritura cuya nulidad se pretende destaca de inicio esta parte que con carácter previo a la misma se mantuvieron numerosas reuniones entre los herederos para decidir libremente la forma en que se iba a practicar la partición hereditaria, reuniones en las que las partes estaban debidamente asesoradas y asistidas por sus letrados, y por todos los herederos libremente se decidió hacerla en la forma y con las consecuencias de la legislación italiana resultare de aplicación o no y ello en base al principio de libertad de



distribución de la herencia del art. 1058 del Código civil , comportándose la actora en contra de sus propios actos puesto que en dicha escritura de aceptación y adjudicación de herencia declaró estar conforme con las adjudicaciones realizadas. Y ello se muestra igualmente en el hecho de que la actora ha procedido a vender determinados bienes que conformaban la herencia partida y adjudicada en dicha escritura. Finalmente en cuanto a la pretendida nulidad de la citada escritura pública se opone esta parte en razón a la inaplicación del art. 9.8 inciso final del Código civil , doctrina de los actos propios, principio del favor partitionis.

Por su parte el codemandado D. Agustín se opuso a la demanda planteada, destacando el inicio de la enemistad entre la hoy actora y la viuda del causante, Sra. Ariadna así como la larga convivencia marital mantenida con ambos con carácter previo a la celebración de su matrimonio el día 26 de febrero de 2005. Respecto a la escritura cuya nulidad se insta señala esta parte que tanto la actora como el resto de parientes participaron por sí o por medio de sus maridos y/o abogados en todos los actos, concernientes a la herencia, especialmente en las reuniones previas en que se trató expresamente el punto sobre la ley aplicable y el reparto de bienes relictos, con intervención de letrados como D. Francisco Javier Fernández Ruíz (en representación de Dña. Pablo) y don Ramón Ramírez Luna (en representación de Dña. Luz y Dña. Pablo), don Salvador Martín Jiménez Oliver por Dña. Ariadna y la letrada suscribiente de esta contestación por don Agustín , manifestando la codemandada Dña. Fidela estar asesorada por el letrado D. José Luis Ortega. La escritura se firmó ante el Notario D. Fernando Agustino Rueda y ante el asesor fiscal D. Franco . Todos ellos asesoraron a las partes para finalmente firmarse la escritura, solicitándose una prórroga para la presentación del impuesto sucesorio por todos los herederos de común acuerdo. También se constituyó tras la firma de la escritura la comunidad de bienes "herederos de Pablo " para la gestión y administración de la herencia, habiéndose celebrado en estos años posteriores y hasta la fecha numerosas reuniones con asistencia y votación de todos los hoy litigantes (se aportan las actas como documento 5). Se apunta por esta parte que la actora, a espaldas de esta parte, ha vendido participaciones en algunas sociedades y otros bienes derivados de la herencia repartida, en los términos expuestos en su hecho séptimo y octavo. En cuanto a la invocación del último inciso del art. 9.8 del Código civil , esta parte considera que para resolver este tema ha de partirse de los principios de universalidad y unidad de la sucesión, sin que la reforma de 1990 que introdujo tal inciso pretendiera, según esta parte, romper los citados criterios informadores de la sucesión hereditaria en nuestro ordenamiento. Se afirma además que este inciso sería solo aplicable la ley italiana número 218 de 31 de mayo de 1995 y Códice Italiano Ley número 151 de 19 de mayo de 1975 en los términos que explica en su hecho noveno. Y finalmente esta parte se opone a la demanda presentada en base a la teoría de los actos propios.

3. Prueba practicada .

A la vista de la prueba practicada han quedado acreditados los siguientes hechos:

D. Pablo , de nacionalidad italiana, falleció en fecha de 26 de enero de 2006 en la localidad de Benalmádena, en estado de casado con Dña. Ariadna , de nacionalidad española, con la que había mantenido previa convivencia marital durante años, residiendo ambos en Benalmádena, contrayendo matrimonio en fecha de 18 de febrero de 2004, y habiendo otorgado capitulaciones matrimoniales por las que acordaban el régimen económico matrimonial de separación de bienes mediante escritura pública de fecha 17 de febrero de 2004 en los términos recogidos en el documento 7 de la demanda.

En fecha de 2 de marzo de 1973 D. Pablo había otorgado testamento ante el Notario de Fuengirola D. Juan Carlos Gutiérrez Espada, en los términos recogidos en el documento 4 de la demanda.

El hermano de D. Pablo , D. Teresa falleció en fecha de 29 de diciembre de 1989, contando con tres hijas, Dña. Fidela , Dña. Luz y Dña. María Virtudes .

Tras numerosas reuniones entre los herederos de D. Pablo , a la que concurrieron diversos abogados en representación y asesoramiento de las partes, finalmente se firmó por D. Agustín , Dña. Ariadna , Dña. Fidela , Dña. Luz , Dña. Nieves y doña María Virtudes la escritura de aceptación, partición y adjudicación de herencia de don Pablo , en fecha de 25 de julio de 2006, en la Notaria de D. Fernando Agustino Rueda, firmando todas las partes con pleno conocimiento y con consentimiento del contenido de la escritura, en los términos recogidos en el documento 14 de la demanda.

Se creó con posterioridad a la firma de la escritura la comunidad de bienes " DIRECCION000 " el día 6 de noviembre de 2006 (en los términos del documento 4 de la contestación de D. Agustín).

Con posterioridad a la firma de dicha escritura, doña Nieves ha vendido parte de los bienes que se le adjudicaron en la misma procedentes de la herencia de su tío D. Pablo .

4. La Sentencia de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda declarando la nulidad de la escritura de manifestación y adjudicación de herencia y restituyendo al caudal hereditario los bienes que configuraron la



misma. Y ello por entender que la ley aplicable es la española por ser la que rige los efectos del matrimonio conforme al artículo 9.8 del Código Civil .

La Sentencia de Segunda Instancia estimó el recurso de apelación interpuesto por los demandados, desestimó la demanda y absolvió a los demandados. En suma esta Sentencia entiende que el artículo 9.8 del Código Civil conduce a aplicar la ley del causante en el momento del fallecimiento incluyendo en su ámbito los derechos correspondientes al cónyuge supérstite.

Recurso de casación.

Derecho internacional privado. Artículo 9.8, in fine, del Código Civil : ley reguladora de los "efectos del matrimonio". Doctrina jurisprudencial aplicable. Improcedencia de la doctrina de los actos propios.

SEGUNDO .- 1. La parte demandante, al amparo del ordinal segundo del artículo 477.2 LEC , interpone recurso de casación que articula en tres motivos, inadmitiéndose el motivo tercero, relativo a la imposición de costas, por exceder del ámbito del recurso de casación. *En el primero* de ellos por infracción de los artículos 9.1 , 9.2 , 9.3 , 9.8 , 12 y 13 del Código civil en relación con los artículos 3 y 7 del citado Cuerpo legal . Y ello por cuanto la Sentencia recurrida mantiene que el contrato de partición y adjudicación que los herederos testamentarios y legítimos de D. Pablo suscribieron, el 25 de julio de 2006, debe reputarse válido y eficaz en tanto se ajustó al derecho italiano al fijar los derechos sucesorios que por ministerio de la ley corresponden al cónyuge supérstite en virtud de matrimonio contraído al amparo del derecho español, y ello produce la vulneración de los preceptos anteriormente citados en tanto que el derecho aplicable debe ser el español por ser el que regula los efectos del matrimonio de acuerdo con el inciso final del artículo 9.8 del Código Civil en su redacción dada por la Ley 11/1990 de 15 de octubre. El *segundo motivo* por infracción de los artículos 814 , 816 , 837 , 838 y 851 del Código Civil en relación con el artículo 9.8 del Código Civil por cuanto a la cónyuge supérstite se le reconocen unas cuotas hereditarias a título de propiedad no coincidentes con las usufructuarias que la legislación española tiene establecidas y ello iría incluso en detrimento de los demás herederos.

2. En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos planteados deben ser estimados.

3. En efecto, contrariamente a la fundamentación técnica seguida por la Audiencia, y conforme a lo desarrollado por la doctrina científica al respecto, se debe puntualizar que la regla del artículo 9.8, in fine, del Código Civil , que determina que "los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes" *opera como una excepción a la regla general de la "lex successionis"* previamente contemplada en el número primero del propio artículo nueve y reiterada en el párrafo primero de su número o apartado octavo (la Ley nacional del causante como criterio de determinación de la ordenación sucesoria).

En este sentido, la norma aplicable resulta plenamente determinada con la remisión que cabe efectuar en relación a los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil , reguladores de los efectos del matrimonio como criterio de determinación. Esta excepción o regla especial, no puede considerarse como una quiebra a los principios de unidad y universalidad sucesoria que nuestro Código, como se ha señalado, no recoge como una regla de determinación absoluta, ya que responde, mas bien, a un criterio técnico o de adaptación para facilitar el ajuste entre la ley aplicable a la sucesión del cónyuge supérstite y la ley aplicable a la disolución del correspondiente régimen económico matrimonial: solución, además, armónica con los instrumentos internacionales vigentes, aun no habiéndose ratificado por el Reino de España, caso de las Convenciones de la Haya de 14 de marzo de 1978 y de 1 de agosto de 1989.

Desde esta perspectiva se comprende que no quepa una interpretación de lo que deba entenderse por " *efectos del matrimonio* " que, en definitiva, modifique o restrinja el ámbito de aplicación de la regla especial reconocida y querida como tal, no sólo porque la propia norma no albergue distinción alguna a estos efectos entre las relaciones personales del vínculo matrimonial, ya generales o morales como los deberes de fidelidad o convivencia, o bien ligadas a un estatuto primario tales como el año de luto, ajuar doméstico, etc, y las relaciones patrimoniales, propiamente dichas, sino por la consideración de los "efectos del matrimonio" como término o calificación jurídica que conceptualmente comporta un conjunto de derechos y deberes de contenido y proyección económica de innegable transcendencia, también en el ámbito sucesorio de los cónyuges.

4. En el presente caso, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, la aplicación sistemática de los artículos 9.2 y 9.8, in fine, del Código Civil lleva a que los derechos sucesorios de doña Ariadna , como cónyuge supérstite, deban ser regulados de acuerdo con el sistema sucesorio español. Así se desprende de la escritura pública de capitulaciones prenupciales, de 17 de febrero de 2004, en donde los otorgantes, para el caso



de celebración del proyectado matrimonio, hicieron constar su residencia habitual común en Benalmádena (Málaga) y la determinación del derecho común como norma aplicable para regular los efectos del matrimonio.

Por otra parte, y dentro del debate planteado, también debe señalarse que, en el presente caso, no resulta aplicable la doctrina de los actos propios, (*STS de 15 de junio de 2012* , núm. 399/2012), pues la mera disposición de algunos derechos o bienes de la herencia, por la aquí recurrente, no constituyen actos inequívocos y concluyentes en orden a la renuncia de los derechos hereditarios que legalmente le corresponden; de la misma forma que la aceptación o conformidad prestada, en su momento, en la escritura de manifestación y adjudicación de la herencia de don Pablo , el 25 de julio de 2006, no condiciona o desacredita el "interés jurídicamente atendible" de la pretensión ejercitada, máxime cuando se sustenta en la correcta aplicación de una regla imperativa dispuesta por la norma y, en donde, por lo demás, la parte recurrente resulta totalmente ajena a la causa de nulidad observada. (*STS de 29 de octubre de 2012* , núm. 619/2012).

TERCERO .- Estimación del recurso y costas.

1. La estimación de los motivos planteados comporta la estimación del recurso de casación interpuesto.
2. Por aplicación del artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación.
3. Por aplicación del artículo 398.1 y 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede hacer expresa imposición de costas de Primera y Segunda Instancia a la parte demandada, aquí recurrida.

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

FALLAMOS

1. Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Nieves contra la sentencia dictada, con fecha de 22 de junio de 2011, por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5ª, en el rollo de apelación nº 138/2010 , que casamos y anulamos, confirmando en su lugar los pronunciamientos de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, nº 1 de Torremolinos, de 31 de julio de 2009 , relativa a los autos de juicio ordinario nº 926/2008.
2. No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación interpuesto.
3. Procede hacer expresa imposición de costas de Primera y Segunda instancia a la parte demandada, aquí recurrida.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** , 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.