



Roj: **STS 144/2023 - ECLI:ES:TS:2023:144**

Id Cendoj: **28079110012023100056**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/01/2023**

Nº de Recurso: **1084/2019**

Nº de Resolución: **59/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 59/2023

Fecha de sentencia: 23/01/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1084/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/01/2023

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE. SECCIÓN 6.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1084/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 59/2023

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 23 de enero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a Aurelia y Berta , representadas por la procuradora D.^a Pilar Fuentes Tomás y bajo la dirección letrada de D. Fabián Villena Pastor, contra la sentencia n.º 288/2018, de 28 de noviembre, dictada por la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Alicante en el recurso de apelación n.º 387/2018, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 938/2015 del Juzgado de Primera Instancia



n.º 12 de Alicante, sobre división judicial de patrimonio. Ha sido parte recurrida D.ª Celsa , representada por la procuradora D.ª Cayetana de Zulueta Luchsinger que fue sustituida por D.ª Elena Guardiola Devesa y bajo la dirección letrada de D. Ignacio Miguel Congost Cano.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. D.ª Celsa interpuso demanda de juicio ordinario contra D.ª Aurelia y D.ª Berta , en la que solicitaba se dictara sentencia por la que declare:

"la obligación de las demandadas de aceptar o repudiar la herencia de su padre don Evelio , y, en caso de aceptación, que ejecuten el **legado** a través del Notario D. Pablo Madrid Navarro designado por el testador como Albacea-Contador-Partidor, entregando a mi mandante, como **legado**, la cantidad de 6.000 € mensuales de forma vitalicia, más las cantidades devengadas desde el 3 de noviembre de 2014, más una tercera parte de la nuda propiedad de la explotación de la " FINCA000 " más la nuda propiedad de los enseres y muebles de la Casa Cortijo sita en la FINCA000 , y el usufructo de dicha vivienda y su piscina, más los intereses legales devengados desde el 3 de noviembre de 2014, con condena en costas a la demandada".

2. La demanda fue presentada el 8 de mayo de 2015 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Alicante, fue registrada con el n.º 938/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. D.ª Aurelia y D.ª Berta contestaron a la demanda mediante escrito en el que solicitaban la desestimación de las pretensiones de la actora por nulidad del **legado**, sin perjuicio posteriormente, de aceptar o repudiar la herencia, con imposición de costas a la demandante.

En dicho escrito interpusieron demanda reconvenional en la que solicitaban se dictara sentencia:

"por la que ha de estar y pasar por la declaración de NULIDAD del testamento otorgado por don Evelio en fecha 31 de octubre de 2014, ante el Notario D. Augusto Pérez-Coca Crespo, en el domicilio del testador, y consecuentemente, declare la validez del testamento de fecha de 22 de julio de 2010 otorgado por el Notario D. Pablo Madrid Navarro, con expresa imposición de costas a la parte demandante reconvenida".

4. D.ª Celsa contestó a la demanda reconvenional mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda reconvenional con la consiguiente declaración de validez del testamento último realizado por don Evelio el día 31 de octubre de 2014, todo ello con imposición de las costas a la parte demandada-actora reconvenional.

5. Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Alicante dictó sentencia de fecha 9 de abril de 2018, con el siguiente fallo:

"ESTIMO la demanda interpuesta por Celsa frente a Aurelia y Berta y, en consecuencia, CONDENO a Aurelia y Berta a que manifiesten en el plazo de treinta días desde la firmeza de la presente a manifestar si aceptan o repudian la herencia de su padre Don Evelio con los apercibimientos del artículo 1005 del Código Civil y, en caso de aceptación, CONDENO a las demandadas Aurelia y Berta a que ejecuten el **legado** dispuesto a favor de la actora Celsa en la estipulación segunda del testamento abierto otorgado por Don Evelio ante el Notario de la ciudad de Alicante Don Augusto Pérez-Coca Crespo, a las 13:45 horas del día 31 de octubre de 2014, número 2.144 de su protocolo a través del Notario Don Porfirio designado por el testador como Albacea- Contador-Partidor, en los términos que constan en dicha disposición testamentaria.

"Se imponen las costas a la parte demandada.

"DESESTIMO la demanda reconvenional interpuesta por Aurelia y Berta frente a Celsa y, en consecuencia, ABSUELVO a la demandada de los pedimentos efectuados en su contra.

"Se imponen las costas a la parte reconviniente".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª Berta y D.ª Aurelia .

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, que lo tramitó con el número de rollo 387/2018 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 28 de noviembre de 2018, con el siguiente fallo:



"Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el/la Procurador/ra Don/ña Pilar Fuentes Tomás en representación de Don/ña Berta y Doña Aurelia contra la sentencia n.º 90/18 dictada por el Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º Doce de la ciudad de Alicante en fecha 9 de abril de 2018 y en los autos de los que dimana el presente rollo, y en su consecuencia CONFIRMAR COMO CONFIRMAMOS íntegramente la misma al estar ajustada a **derecho**, con imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente al ser preceptivas".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación*

1. D.ª Berta y D.ª Aurelia interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo del número 2.º del artículo 469,1 de la LEC: Por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.

"Segundo.- Al amparo del número 2.º del artículo 469,1 de la LEC: Por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al infringirse también los números 1 y 3 del artículo 218 de la LEC.

"Tercero.- Al amparo del número 4.º del artículo 469,1 de la LEC: Por vulneración de **derechos** fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución".

El motivo del recurso de casación fue:

"Único.- Al amparo del número 1 del artículo 477 de la LEC: Por infracción del artículo 862 del Código Civil aplicable para la resolución del objeto del proceso, por cuanto el testador ignoraba que lo **legado** no era de su propiedad y por lo tanto dicho **legado** es nulo".

2. Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 14 de julio de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir los motivos primero y segundo del recurso por infracción procesal, e inadmitir el motivo tercero de dicho recurso, y admitir el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Dña. Aurelia y Dña. Berta contra la sentencia dictada con fecha veintiocho de noviembre de 2018 por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Sexta, en el rollo de apelación núm. 387/2018, dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 938/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Alicante".

3. Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación e infracción procesal, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4. Por providencia de 1 de diciembre de 2022 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 17 de enero de 2023, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Objeto del recurso y resumen de antecedentes*

La legataria ejerce una acción contra las hijas del causante, instituidas herederas en su testamento, por la que solicita la entrega del **legado** que le fue deferido por quien era su pareja. Las demandadas se oponen alegando la nulidad del testamento por falta de capacidad del testador y la nulidad del **legado** por ser de cosa ajena, ignorándolo el testador. Las demandadas también formularon reconvencción por la que interesaron la declaración de nulidad del testamento por falta de capacidad mental del testador.

El juzgado estima la demanda y condena a las demandadas a que manifiesten si aceptan o repudian la herencia y, para el caso de que acepten, que entreguen el **legado**. La Audiencia Provincial confirma la sentencia del juzgado y desestima el recurso de apelación de las demandadas sin pronunciarse sobre la nulidad del **legado** al entender que se trata de una petición incongruente con la de nulidad del testamento. Las herederas demandadas interponen recurso por infracción procesal que va a ser estimado, con devolución de las actuaciones a fin de que la Audiencia Provincial dicte una nueva sentencia en la que se pronuncie sobre todas las cuestiones planteadas en la apelación.

Son antecedentes necesarios los siguientes.



1. El 31 de octubre de 2014, el Sr. Evelio otorgó testamento abierto en el que instituyó herederas universales a sus hijas Aurelia y Berta e instituyó un **legado** con cargo al tercio de libre disposición a favor de Celsa .

En concreto, eran disposiciones del testamento:

"Primero.- Que ratifico la liquidación de sociedad de gananciales de fechas 14 de septiembre de 1992 y su adición de 5 de octubre de 2005, imponiendo la carga de la prueba a mis hijas y herederas.

"Segundo.- Lego a mi compañera D.^a Celsa , con DNI NUM000 con cargo al tercio de libre disposición de mi herencia: a) Una renta vitalicia de seis mil euros mensuales (como compensación a los treinta y seis años de vidas en común y por los cuidados que he recibido en mi última enfermedad). En su cálculo he atendido a su contribución en la formación de mi patrimonio inclusive el ganancial, así como a nuestra posición social. b) Una tercera parte en pleno dominio de la explotación agrícola " FINCA000 ", conocida por " DIRECCION000 " en la Puerta del Segura (Jaén), con casa-cortijo y piscina. Durante su indivisión (que no podrá superar los cuatro años); y cesación de la misma (por venta, extinción de condominio con abono del justiprecio a la legataria, etc.) todos los gastos correrán de cuenta de mis herederas. c) El usufructo vitalicio de la casa-cortijo con piscina de la finca FINCA000 ", excepto su mobiliario y enseres (que será en pleno dominio).

"Correrán de cuenta de mis herederas D.^a Aurelia y Berta todos los gastos notariales, fiscales, registrales, etc. que conlleven la ejecución de los **legados** precedentes.

"Segundo (sic).- Instituyo herederas universales de todos mis bienes, **derechos**, créditos, acciones presentes y futuros a mis hijas Aurelia y Berta , sustituyéndolos vulgarmente, para los casos de premoriencia e incapacidad, por sus respectivos descendientes.

"Tercero (sic).- Nombro Albacea-Contador-Partidor al Notario Porfirio por la relación de amistad que me une con él y con su difunto hermano -el también Notario- Epifanio . Sus facultades serán universales, a título meramente enunciativo (interpretar el testamento; entregar **legados**; conmutar legítimas, con facultades dispositivas -respetando las legítimas- sobre fincas rústicas con prórroga de plazo legal por un año a contar desde que fueron requeridos sus servicios).

"Cuarto (sic).- Es mi deseo que herederas y legataria presten su consentimiento a la "Partición" formulada por el Albacea en el plazo de seis meses a contar desde mi fallecimiento.

"Quinto (sic).- Prohíbo la intervención judicial en mi testamentaría. Si alguno de mis herederos interpusiere demanda en este sentido, su participación en mi herencia quedaría reducida a la legítima estricta.

"Sexto (sic).- Y por el presente testamento revoco cualquier otro otorgado anteriormente".

El 3 de noviembre de 2014 falleció el Sr. Evelio .

2. El 6 de mayo de 2015, Celsa interpuso demanda de juicio ordinario contra las hermanas Sofía con la finalidad de que aceptaran o repudiaran la herencia y, en caso de aceptación, le hicieran efectiva la entrega del **legado** instituido a su favor.

3. Las demandadas contestaron a la demanda argumentando que el testamento era nulo por falta de capacidad del testador, por lo que recobraba virtualidad el testamento otorgado el 22 de julio de 2010. También alegaron que el **legado** era nulo por fundarse en un vicio del consentimiento y ser de imposible cumplimiento, ya que no solo se trataba de cosa ajena, sino que el testador ignoraba esa circunstancia. Las demandadas también formularon reconvenición por la que interesaron la declaración de nulidad del testamento de 31 de octubre de 2014 por falta de capacidad mental del testador.

En el testamento de 22 de julio de 2010 se hacía la misma institución de herederas a favor de las hijas y se legaba a Celsa el usufructo vitalicio de un local comercial sito en Benidorm, calle Almería, n.º 5, Edificio Payma, en el que existe un negocio comercial de cafetería en arrendamiento. En el testamento se facultaba expresamente a la legataria para tomar posesión por sí misma del **legado**.

4. El Juzgado de Primera Instancia, en primer lugar, desestimó la reconvenición y declaró la validez del testamento otorgado el 31 de octubre de 2014. A continuación, estimó la demanda. Declaró que, por aplicación del art. 1005 CC en su redacción anterior a la reforma por la Ley 15/2015, de 2 de julio, las instituidas herederas debían manifestar en el plazo de treinta días desde la firmeza de la sentencia si aceptaban o repudiaban la herencia de su padre con los apercibimientos del art. 1005 CC. Luego añadió que, caso de aceptación, condenaba a las demandadas a que ejecutasen el **legado** dispuesto a favor de la actora en testamento abierto otorgado por el Sr. Evelio el día 31 de octubre de 2014.

Por lo que se refiere al **legado**, el razonamiento de la sentencia del juzgado es el siguiente:



"Lo primero que debe quedar sentado es que la ejecución del mismo ha sido encomendada por el testador a un albacea contador-partidor, el notario D. Porfirio, en virtud de la estipulación tercera, a quien se le encomiendan facultades universales que incluyen la entrega de **legados**, por lo que deberá estarse a su propuesta de cuaderno particional en los términos previstos por el testamento en las estipulaciones tercera y cuarta.

"Y lo segundo, contrariamente a lo manifestado por las demandadas en su contestación, donde alegan la nulidad del **legado** por que el Sr. Evelio desconocía unas donaciones efectuadas por él mismo a sus hijas, las propias demandadas, de conformidad con las escrituras de 4 y 20 de junio de 2014, en las que se constituye la sociedad ENROMA 2014 SL, con aportación a su capital social de numerosas fincas, la posterior donación de las participaciones sociales a las demandadas, la ampliación del capital social con otras fincas y su posterior donación igualmente a las demandadas, se considera que no resulta de aplicación lo dispuesto por el artículo 862 del Código Civil en su primer inciso ("Si el testador ignoraba que la cosa que legaba era ajena, será nulo el **legado**"), pues el precepto a aplicar es el artículo 863 del Código Civil, a cuyo tenor "Será válido el **legado** hecho a un tercero de una cosa propia del heredero o de un legatario, quienes, al aceptar la **sucesión**, deberán entregar la cosa legada o su justa estimación, con la limitación establecida en el artículo siguiente". Aun cuando las fincas figuran en el Registro de la Propiedad a nombre de una sociedad, ENROMA 2014 S.L., la misma se encuentra en la actualidad participada por las hoy demandadas, Sras. Sofía, por lo que los bienes que integran el capital social de la misma, realmente son de su propiedad, obtenida por título de donación ordenada por el finado, no directamente, sino mediante el uso de una escritura de apoderamiento general de fecha 18 de marzo de 2014 ante Notario de Alicante D.ª Diamar Mata Botella, número 299 de su protocolo.

"Por tanto, el motivo de oposición de las demandadas debe ser rechazado, si bien este Juzgador, a los efectos de mera constancia en el presente proceso, ha de significar que el pretendido "desconocimiento" del testador de la donación ha venido propiciado por dos circunstancias, que son el hecho de haberse otorgado las escrituras sin su participación personal y haciendo uso de un poder (su contenido no consta en autos, pero fue declarado bastante por el notario) y que en la primera de las escrituras, la de constitución de ENROMA 2014 SL, de 4 de junio de 2014, número 839 del protocolo del Notario de Alicante D. Abelardo Lloret Rives, en su página 36 se dice de forma taxativa que "las partes me solicitan que NO presente telemáticamente ni por fax la presente escritura ni en el Registro Mercantil ni en el de la propiedad", lo cual explica que las aportaciones de las fincas registrales cuyas notas simples se han aportado con la demanda, se hayan llevado e inscrito en el Registro de la propiedad con posterioridad al fallecimiento de Evelio, ya que todas ellas fueron inscritas el 12 de diciembre de 2014, por lo que la fe pública registral en el momento del óbito todavía protegía la titularidad a favor del Sr. Evelio "

5. Las hermanas Sofía recurren en apelación. En su recurso argumentan, en primer lugar, que el juzgado debió aplicar el art. 862 CC, por tratarse de un **legado** nulo, por ser de cosa que no era propiedad del testador e ignorar el testador que la cosa no le pertenecía. En segundo lugar, argumentan que el testador carecía de la capacidad necesaria para testar el día que otorgó testamento.

Terminan suplicando que se dicte nueva sentencia por la que, revocando la del juzgado, se absuelva a las demandadas de los pedimentos, con condena en costas y, estimando la demanda reconvenicional, se declare nulo el testamento autorizado el 31 de octubre de 2014, con condena en costas a la demandada en la reconvenición.

6. La Audiencia desestima el recurso de apelación y confirma íntegramente la sentencia del juzgado. Su decisión se basa en las siguientes consideraciones.

En primer lugar, la Audiencia afirma lo siguiente:

"El suplico del escrito de interposición del recurso de apelación que se formaliza por la parte demandada contiene una doble petición: una primera, en la que se argumenta la nulidad del **legado** por aplicación del artículo 862 del Código Civil, esto es, nulidad del **legado** de cosa ajena, pero con la petición de que se desestime la demanda; y otra segunda, en la que se pide la estimación de la reconvenición.

"Estima la sala que ambas peticiones, en sí mismas, son incongruentes, ya que si se estimara la nulidad del **legado** la consecuencia es que el testamento tendría validez, pero sin la virtualidad de la "manda", como si el **legado** no existiera; mientras que de estimar la reconvenición llevaría consigo la nulidad del testamento y recobraría validez el otorgado con anterioridad, esto es, el de 22 de julio de 2010. Y, por otra parte, atendiendo a la construcción de la relación jurídico material sustentada en la litis, esta ha versado únicamente en el planteamiento de la nulidad del testamento por falta de capacidad del testador ya que es lo único que se suplica en la demanda reconvenicional".



A continuación, la Audiencia analiza y se pronuncia sobre la invocada nulidad del testamento por falta de capacidad del testador, para rechazarla y, sin más, desestima el recurso de apelación y confirma íntegramente la sentencia del juzgado.

7. Las hermanas Sofía interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

SEGUNDO.- Planteamiento de los recursos

1. El recurso extraordinario por infracción procesal se funda en tres motivos, de los que solo han sido admitidos los dos primeros.

En el primer motivo, al amparo del art. 469.1.2.º LEC, se denuncia la infracción del art. 209.3 y 4 LEC y de los arts. 465.5 y 218.2 LEC. En su desarrollo se explica que la sentencia recurrida no se ha pronunciado sobre todas las cuestiones que se debatieron en primera y segunda instancia, en particular sobre el desconocimiento del testador acerca de que los bienes que legaba ya no eran de su propiedad.

En el segundo motivo, al amparo del art. 469.1.2.º LEC, se denuncia la infracción del art. 218.1 y 3 LEC y, por remisión a lo expuesto en el motivo primero, alega que la falta de resolución sobre la cuestión planteada en la apelación sobre la nulidad del **legado** da lugar a la falta de congruencia de la sentencia.

2. El recurso de casación se funda en un único motivo en el que, por la vía del art. 477.2.2.º LEC, se denuncia la infracción del art. 862 CC, por cuanto el testador ignoraba que lo **legado** no era de su propiedad y, por tanto, el **legado** es nulo.

3. En el suplico de su recurso, las hermanas Sofía solicitan que se dicte nueva sentencia que:

"A.- Estimando los motivos del Recurso Extraordinario por Infracción Procesal, ANULE la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial y reponga los autos al momento anterior a su dictado, con las consecuencias procesales a que haya lugar en **derecho**, y condenando en costas a la Parte Contraria si a ello se opusiera.

"B.- Y, en el supuesto de no estimar el citado recurso por infracción procesal, estime el motivo del Recurso de Casación, dicte Sentencia en la que, CASANDO la Sentencia apelada, desestime la Demanda iniciadora de la presente litis y absuelva íntegramente a mis Mandantes de todos los pedimentos deducidos contra ellas, con expresa condena en las costas de primera instancia a la Parte Actora, y, costas del Recurso de Casación a dicha Parte si se opusieran al mismo".

TERCERO.- Decisión de la sala. Estimación del recurso por infracción procesal

Abordaremos de manera conjunta el análisis de los dos motivos del recurso por infracción procesal porque en los dos se denuncia lo mismo con argumentos complementarios. Lo que la parte recurrente denuncia es que la sentencia recurrida no analiza la cuestión de la validez del **legado** y no ofrece motivos y razones sobre lo planteado sobre este particular en el recurso de apelación. Se argumenta que, contra lo que dice la Audiencia, no hay incongruencia entre las peticiones del suplico de apelación, pues el testamento puede ser válido y el **legado** nulo y, sin embargo, la sentencia se limita a afirmar esa supuesta incongruencia, deja sin motivar la invocada nulidad del **legado** y confirma la sentencia del juzgado, que sí valoró y analizó el motivo de oposición a la demanda principal basado en la nulidad del **legado** por infracción del art. 862 CC.

El recurso debe ser estimado. Tienen razón las recurrentes en que, en el orden lógico de las cuestiones planteadas, rechazada la nulidad del testamento, debió analizarse la invocada nulidad del **legado**. Si el testamento hubiera sido declarado nulo por falta de capacidad del testador no valdría ninguna de sus disposiciones y no sería necesario analizar si el **legado** era o no de cosa ajena ni posteriormente si, considerando que lo **legado** no le pertenecía al testador, era válido de acuerdo con el régimen establecido en los arts. 861 a 863 CC. Pero, rechazada la nulidad del testamento por considerar que el testador gozaba de capacidad testamentaria, la Audiencia debió dar respuesta expresa a la cuestión de la validez o falta de validez del **legado** reclamado, tal como invocaron las demandadas en su contestación a la demanda y plantearon después de manera expresa en su recurso de apelación, pues la validez del **legado** era presupuesto de la pretensión ejercitada por la demandante y la nulidad motivo de su desestimación.

El juzgado analizó este asunto y declaró la validez del **legado** por considerar que se trataba de cosa propia de las herederas, supuesto que cuenta con una regulación específica en el art. 863 CC. La sentencia de la Audiencia, que confirma la del juzgado, no se remite a la motivación de la sentencia del juzgado sobre la validez del **legado**, ni rebate las alegaciones de las demandadas apelantes, sino que considera innecesario realizar un análisis de este punto porque considera erróneamente que la petición de nulidad del **legado** es incongruente con la de nulidad del testamento.

De esta forma, la sentencia recurrida omite dar respuesta a una cuestión controvertida porque erróneamente cree que no debe entrar en ello, con lo que infringe los arts. 209.3.ª, 218.1 y 465.5 LEC. No resultaba exigible



a la parte recurrente pedir complemento de una sentencia cuya omisión no se debió a un olvido del tribunal sentenciador, sino a una equivocada comprensión de la compatibilidad de las pretensiones y argumentos que respaldaban las posturas de las partes y del orden lógico en el que debió estructurar su razonamiento para dar respuesta a las cuestiones controvertidas que se sometieron a su decisión.

Por todo ello, el recurso por infracción procesal debe ser estimado.

CUARTO.- *Consecuencias de la estimación del recurso por infracción procesal*

De acuerdo con lo solicitado por la parte recurrente en aras de no ser privada de una instancia, se devuelven las actuaciones a la Audiencia Provincial para que dicte la resolución procedente en la que dé respuesta a la cuestión debatida entre las partes y planteada en el recurso de apelación acerca de la validez o la falta de validez del **legado**.

Por aplicación del principio de conservación de los actos procesales, en el ulterior desarrollo del proceso deberán respetarse las pruebas obrantes en autos, e igualmente deben mantenerse los pronunciamientos efectuados con carácter vinculante sobre las demás cuestiones planteadas y decididas por la sentencia recurrida.

No procede entrar, en consecuencia, en el recurso de casación.

QUINTO.- *Costas*

La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva que no se haga expresa imposición de las costas causadas de conformidad con el art. 398 LEC. Al decretar la nulidad de actuaciones y no entrar a analizar el recurso de casación formulado, no procede realizar pronunciamiento sobre las costas procesales devengadas por el mismo.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

- 1.º- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Aurelia y Berta contra la sentencia dictada con fecha veintiocho de noviembre de 2018 por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Sexta, en el rollo de apelación núm. 387/2018, dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 938/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Alicante.
- 2.º- Anular la mencionada sentencia y ordenar la reposición de las actuaciones al momento anterior al dictado de la sentencia de apelación con el fin de que la Audiencia Provincial dicte una nueva sentencia en la que resuelva el recurso de apelación interpuesto en los términos indicados.
- 3.º- No hacer expresa imposición de costas y devolver a la parte recurrente los depósitos constituidos para formular los recursos extraordinarios interpuestos.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.