

Roj: **STS 546/1997** - ECLI: **ES:TS:1997:546**Id Cendoj: **28079110011997101272**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **30/01/1997**Nº de Recurso: **2630/1993**Nº de Resolución: **24/1996**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **EDUARDO FERNANDEZ-CID DE TEMES**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Enero de mil novecientos noventa y siete.

VISTO, por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Palencia, como consecuencia de Juicio Declarativo Ordinario de Menor Cuantía, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de dicha capital, sobre nulidad de cláusula testamentaria e institución de heredero, cuyo recurso fue interpuesto por D. Gabino, DÑA Concepción, DÑA. Gabriela Y D. Jose Miguel, representados por el Procurador D. Isacio Calleja García, y defendidos por el Letrado D. Ramón D. Lerma, en el que son recurridos D. Francisco, representado por el Procurador D. Juan Carlos Estevez Fernández-Novoa, y DÑA. Remedios, representada por la Procuradora Dña. Montserrat Sorribes Calle, y asistida del Letrado D. Ernesto Madrigal Pérez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Luis Gonzalo Alvarez Albarrán, en nombre y representación de D. Gabino, Dña. Concepción, Dña. Gabriela y D. Jose Miguel, formuló demanda de menor cuantía contra D. Francisco y D. Eugenio y Dña. Marta y Dña. Sonia, en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia declarando la nulidad de la cláusula segunda del **testamento** otorgado por D. Eloy ante el Notario de Palencia D. Julio Herrero Ruíz en fecha 13 de febrero de 1991, dejando subsistentes las demás, así como declarando a la vez como únicos y universales herederos de aquel a D. Gabino, Dña. Concepción, Dña. Gabriela y D. Jose Miguel, por partes iguales, con los demás pronunciamientos inherentes e imposición de las costas a quien se opusiere. Tal demanda dió origen a los autos nº 142/91 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Palencia.

2.- Por el Procurador D. José Carlos Hidalgo Martín, en nombre y representación de Dña. Remedios, se presentó escrito de demanda que originó el Juicio de Menor Cuantía núm. 208/91 del propio Juzgado, dirigida contra D. Gabino, Dña. Concepción, Dña. Gabriela y D. Jose Miguel, contra D. Francisco y D. Eugenio y Dña. Marta, contra la herencia yacente y contra las personas desconocidas e inciertas que pudieren tener interés en dicha herencia, en ella se solicitaba: A) Declarar la nulidad parcial de la cláusula del **testamento** otorgado por D. Eloy, el día 13 de febrero de 1991, a fe del Notario de Palencia D. Julio herrero Ruiz, es decir, declarar la nulidad de la institución de heredero constituida a favor de D. Francisco y D. Eugenio y Dña. Marta. B) Declarar única y universal heredera de dicho causante D. Eloy, a la actora y prima del mismo, Dña. Remedios, conocida por Flaca, por ser tal persona a quien se refirió aquel decuius en la cláusula de institución de heredero contenida en el **testamento** a que se refiere el pedimento anterior, y acrecer a ella la parte de las demás personas designadas en el **testamento**. C) Alternativamente, para el supuesto de ser declarado o considerado heredero cualquiera de los demandados, o todos ellos, declarar heredera de D. Eloy, a la demandante, Dña. Remedios - Flaca, en la proporción, parte o cuota que le correspondiera y se fije en la sentencia. D) Y en cualquiera de los precedentes supuestos condenar a los accionados al pago de las costas del proceso que se insta.



3.- Por Auto del Juzgado de fecha 15 de junio de 1991, se estimó la acumulación solicitada de los autos seguidos con el nº 208/91 a los que ya se seguían con el 142/91. Se tiene por parte en ellos a los Procuradores Sres. Albarrán e Hidalgo Martín, en las representaciones que ostentan. Se decreta en rebeldía a Francisco , Marta , herencia yacente de Eloy y desconocidas personas con interés.

4.- Para mejor proveer se ordenó oír a D. Francisco y después se dictó Auto de 6 de febrero de 1992, por el que se decretó la nulidad de lo actuado a partir de la diligencia de ordenación de fecha 3 de julio de 1991, y en su consecuencia emplazar en calidad de demandado a D. Francisco , dándosele traslado de ambas demandas formuladas a fin de que comparezca y conteste.

5.- El Procurador Sr. Herrero Ruiz, en nombre y representación de D. Francisco , presentó escrito contestando a las demandas y formulando reconvenición, y terminaba suplicando se dice sentencia desestimatoria de ambas demandas, estimatoria de la reconvenición, y, en consecuencia, absolviendo de aquellas a su representado y declarando que D. Francisco , es el único heredero cierto y reconocido, designado por el lltmo. Sr. D. Eloy en su último **testamento** de 13 de febrero de 1991, otorgado en esta ciudad, ante el Notario D. Julio Herrero Ruiz, concretamente en la cláusula segunda del mismo, con imposición de todas las costas a los demandantes.

6.- Por los Procuradores Sres. Alvarez Albarrán, e Hidalgo Martín, en la representación que ostentan , se evacuó el tramite de contestación a la reconvenición, suplicando se declare no haber lugar a a la misma.

7.- Tramitado el procedimiento, el Juez de Primera Instancia núm. 3 de los de Palencia, dictó sentencia el 19 de abril de 1993, que contenía el siguiente FALLO: "Que estimando íntegramente la demanda reconvenicional formulada por el Procurador Sr. Herrero, debo declarar y declaro que D. Francisco es el único heredero testamentario de D. Eloy , declarando la nulidad parcial de la cláusula segunda del **testamento** otorgado por dicho causante en fecha 13 de febrero de 1991 otorgado ante el notario de Palencia D. Julio Herrero Ruiz por inciertas las personas que en la misma se hacen constar como " Eugenio , Marta y Sonia ", y con imposición de las costas devengadas por esta parte a los demandados de la reconvenición. Asimismo, desestimando las demandas formuladas por el Procurador Sr. Alvarez en nombre de D. Gabino , Dña. Concepción , Dña. Gabriela y D. Jose Miguel y por el Procurador Sr. Hidalgo en nombre de Dña. Remedios , debo absolver y absuelvo a los respectivos demandados de las pretensiones contenidas en las misma, debiendo abonar cada parte las costas causadas a su instancia."

SEGUNDO.- Apelada la anterior sentencia por la representación de las actoras, hermanos Gabriela Jose Miguel Concepción Gabino y Dña. Remedios , y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Audiencia Provincial de Palencia, dictó sentencia el 25 de septiembre de 1993, que contenía la siguiente Parte dispositiva: "Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Jose Miguel , D. Gabino , Doña. Concepción y Dña. Gabriela , y estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Dña. Remedios , contra la sentencia dictada el día 19 de abril de 1993, por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Palencia, en los autos de que estese rollo de Sala dimana, debemos revocar, como revocamos parcialmente mencionada resolución, en el sentido de estimar parcialmente la demanda presentada por la representación de Doña. Remedios y la reconvenición formulada por la representación de D. Francisco , declarando la nulidad parcial de la cláusula segunda del **testamento** otorgado por D. Eloy el día 13 de febrero de 1991, ante el Notario de Palencia D. Julio Herrero Ruiz, declarando la nulidad de la institución de heredero constituida en favor de D. Eugenio y Dña. Marta , declarando herederos por partes iguales de dicho causante, a Dña. Remedios y a Don. Francisco , sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas causadas por tal demanda y reconvenición en ninguna de las dos instancias. Confirmando la resolución recurrida en cuanto desestima la demanda formulada por la representación procesal de los hermanos Sres. Gabriela Jose Miguel Concepción Gabino , e imponiendo a tal parte las costas causadas por tal demanda en ambas instancias."

TERCERO.- 1. Notificada la resolución anterior a las partes se interpuso recurso de casación por el Procurador D. Isacio Calleja García, en la representación que ostenta, de los tan repetidos hermanos Gabriela Jose Miguel Concepción Gabino , con apoyo en los siguientes motivos: Cuarto del art., 1692 de la LEC: infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Primero.- Infracción del art. 675 del Código Civil y de su jurisprudencia. Segundo,- Infracción del art. 773 del C. Civil y de su jurisprudencia,. Tercero.- Que resume los anteriores.

2.- Conferidos los preceptivos traslados para impugnación, por las representaciones de D. Francisco y de Dña. Remedios , se presentaron sendos escritos suplicando se tuviera por impugnado el recurso de casación interpuesto, con imposición de costas a la recurrente.

3.- Examinadas las actuaciones, se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 13 de los corrientes, fecha en que ha tenido lugar.



Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. EDUARDO FERNÁNDEZ-CID DE TEMES

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Eloy , mayor de edad, soltero, Magistrado jubilado, natural y vecino de Palencia, falleció en dicha ciudad el día 16 de febrero de 1991, habiendo otorgado **testamento** abierto el día 13 de los propios mes y año, en el que, revocando cualquier **testamento** anterior y tras declararse católico y encomendar a sus herederos los sufragios que determinasen, estableció la siguiente cláusula: "Instituye herederos, por partes iguales, a sus primos Francisco y Eugenio , y Marta y Sonia ", obrando en la propia cláusula segunda y entre paréntesis, esta advertencia "Yo, el Notario, hago, constar la posibilidad de algún ligero error en alguno de estos nombres o apellidos, debido a la dificultad de pronunciación que tiene el testador".

El 9 de abril de 1991, el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de Palencia, a virtud de demanda presentada por D. Gabino , Dña. Concepción , Dña. Gabriela y D. Jose Miguel , parientes colaterales en cuarto grado del testador, incoó procedimiento de menor cuantía nº 142/91, dirigido contra los instituidos, que fueron citados por edictos, en el que, con alegación de los arts. 750, 751, 773, 675 y 912-1º del C. civil, interesaban se les declarase como únicos y universales herederos, previa declaración de la nulidad de la cláusula segunda del **testamento**, dejando subsistentes las demás.

El 16 de mayo de 1991, el propio Juzgado incoó el menor cuantía nº 208/91, en virtud de demanda de Dña. Remedios dirigida contra demandantes y demandados en el proceso anterior, salvo Dña. Sonia , herencia yacente de D. Eloy y personas desconocidas e inciertas que pudieran tener interés en dicha herencia, pues que, entendiendo ser la prima del testador llamada como Melones -al ser conocida como tal- Sonia , interesó la nulidad parcial de la propia cláusula testamentaria y que se la declarase única y universal heredera o, alternativamente, en la cuota que le correspondiere de ser considerados herederos cualquiera de los demandados o todos ellos.

Accediendo a lo solicitado, se acumularon dichos procesos.

En fase probatoria se llevo a los autos oficio de la policía, parece ser que producido en prevención del juicio por el Juzgado de Primera Instancia nº 1, sobre búsqueda de los posibles herederos de D. Eloy , en el que se hacia referencia, junto a Remedios , llamada Flaca , a quien, diciéndose primo, se llamaba D. Francisco . Para mejor proveer se recibió declaración a este último y después de ello se anularon las actuaciones (resolución que alcanzó firmeza), dándole traslado de las demandas que contestó, reconviniendo e interesando, junto a la desestimación de las demandas, que se le declarase único heredero cierto y conocido, declarandose inciertas a las demás personas designadas.

El Juzgado dictó sentencia, en 19 de abril de 1993, declarando a D. Francisco único heredero testamentario de D. Eloy y la nulidad parcial de la cláusula segunda del **testamento**, por ser inciertas las personas que en la misma se hacen constar como " Eugenio , Marta y Sonia ", destacando que tanto Dña. Remedios como D. Francisco eran parientes del testador en concepto de primos en grado lejano, manteniendo D. Eloy relaciones con ellos , lo que no ocurría con los hermanos Gabriela Jose Miguel Concepción Gabino , que solo podrían suceder en el supuesto de que se declarase nulo el **testamento**, pero entendiendo que aunque a Dña. Remedios se la conocía con el nombre de " Flaca " la falta de relación de los apellidos impedía su nombramiento, lo que no ocurría con D. Francisco , al coincidir el nombre y uno de los apellidos, tomando además en cuenta el carácter solitario y poco dado a la vida social de D. Eloy y el trato frecuente y afectuoso entre el mismo y su primo Francisco , derivado quizá del hecho de la residencia de ambos en la misma capital.

Apelaron los hermanos Gabriela Jose Miguel Concepción Gabino y Dña. Remedios y la Audiencia revocó parcialmente la sentencia del Juzgado, pues que, declarando la nulidad parcial de la cláusula segunda del **testamento** de D. Eloy en cuanto instituía herederos a D. Eugenio y Dña. Marta , declaró "herederos por partes iguales de dicho causante a Dña. Remedios y a D. Francisco ." Para llegar a tal fallo, comparte la Audiencia el criterio del Juzgado en cuanto a la institución de D. Francisco y sienta que "es innegable que la voluntad de D. Félix el día que otorgó el **testamento** era la de que sus bienes fueran a parar, a su fallecimiento, a algunos de sus primos lejanos, distintos de sus únicos primos carnales (Sres. Gabriela Jose Miguel Concepción Gabino ), ya que caso de ser su deseo que fueran éstos sus sucesores no era necesario hacer nuevo **testamento** y se hubiesen referido todos los nombres a los dos mismos apellidos", de manera que había de interpretarse la cláusula a la luz del art. 773 del C. civil, incluyendo como instituida a Dña. Remedios , conocida como Melones , a pesar de no coincidir los apellidos, por las siguientes razones: a) ser la única prima conocida por el hipocorístico de " Flaca " , llamándose así incluso en la tarjeta de invitación de su boda (f. 211); b) La falta de afecto de D. Eloy con otras personas, mientras que con " Melones " se cruzaban tarjetas de Navidad como primos, acudió a su boda, se trataban de "queridísimos primos, hablaba de cariño...., confirmándolo la doncella ó asistenta que había estado muchos años al servicio de D. Eloy , al afirmar que mantenía una fuerte amistad



con su prima Melones , que era el familiar al que mas apreciaba, mentaba y quería (folios 301, 320 y 321, preguntas 7ª, 8ª y 9ª); c) no ser extraño que se equivocara en la cita de sus apellidos, por el estado en que se encontraba, la dificultad respecto a primos lejanos, cuando no coincidan con los de uno mismo, máxime cuando las cartas se las remitían con el nombre y apellidos del marido de Melones .

Recurren en casación los hermanos Gabriela Jose Miguel Concepción Gabino .

SEGUNDO.- Aunque se formulan tres motivos, todos discurren por el nº 4º el art., 1692 de la LEC, pero el tercero no es mas que un resumen del contenido de los que le preceden, que denuncian, respectivamente, infracción de los arts. 675 y 773 del C. Civil, al entender que no existen datos suficientemente esclarecedores de que la voluntad del testador fuera designar herederos a quienes la sentencia recurrida les concede tal gracia, pues quiso designar cuatro herederos y no dos, siendo todos inciertos, careciendo el procedimiento de prueba suficiente al respecto, por lo que entienden que la sentencia recurrida soslaya las mas elementales normas de hermenéutica, con deducciones arbitrarias y subjetivismos exacerbados.

El decaimiento de los motivos podría producirse con el simple alegato de que hacen supuesto de la cuestión, es decir, parten de que son hechos probados extremos ajenos al factum sentado por la Audiencia, pretendiendo sustituir su criterio objetivo e imparcial por el interesado de los propios recurrentes; y ello a pesar de que dicen ser conscientes de que en nuestro derecho es principio fundamental el que la voluntad del testador es ley de la sucesión y que es abrumadora la jurisprudencia acerca de que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al juzgador de instancia; así es ( SS 5-6-78; 8-2-80; 8-6-82; 29-2 y 9-3-84; 29-1-85) y esa facultad soberana del Tribunal de instancia solo tiene acceso a la casación de modo excepcional (S 4-11-61), cuando su interpretación cae en lo "arbitrario" (S 25-4-63), contiene un "muy manifiesto error" (S.11-7-64 y 18-12-65) es "desorbitada" (S 19-11-64) o patentiza ese manifiesto error ( SS 10-6-64; 31-3 y 18-12-65) ya que en otro caso prevalece la interpretación de la instancia ( SS 30-4-81 y 17-5-88), sin que la realizada en el supuesto que nos ocupa pueda merecer ninguno de dichos calificativos, cual se desprende de la simple lectura del fundamento anterior, ocurriendo que la pretensión de los recurrentes busca apoyo en la circunstancia de ser cuatro hermanos, dos varones y dos hembras, pero sin ningún otro apoyo, pues es cierto que ni tuvieron relación alguna de cariño con el testador y éste, de querer que hacia ellos transitase la herencia, podía haberse limitado a no testar.

Este Tribunal Supremo tiene declarado que merece tanto respe

to la voluntad del que ordena la distribución de los bienes para después de su muerte, que constituiría grave transgresión a esa ley tan sagrada torcerla por fútiles motivos cuando éstos no afectan a la esencia ni originan los casos de nulidad previstos por el legislador, a los que no debe darse más extensión que la por el mismo señalada, entre los cuales no se halla, por cierto, el error en los apellidos del favorecido cuando pueda saberse ciertamente cual sea la persona nombrada, como así lo expresa claramente el art., 773 del C. Civil, que en su relación con el 675, tampoco anula la voluntad del testador por la disconformidad que pueda haber a veces entre el sentido literal de sus palabras y la verdadera intención, lo que da margen a la función interpretativa, que ha de ejercitarse, en buena regla de hermeneutica, a favor de la eficacia de la disposición siempre que sea posible, que es lo realizado por la sentencia recurrida haciendo primar la voluntad del testador mediante la indagación acuciante de su voluntad de modo lógico, sistemático y teleológico o finalista, mediante el empleo de un canon de la totalidad de tales medios con otros extrínsecos o circunstancias exteriores , dirigido todo a la búsqueda armónica de esta última voluntad que se interpreta, criterios subjetivista y de medios extrínsecos plenamente sancionado por la jurisprudencia ( SS de 4-11-61; 18-12-65; 5-6-78; 8-2-80; 5-4-81; 9-3-84; 9-6 y 2-9-87), debiendo tenerse en cuenta, en el caso que nos ocupa, la voluntad declara y decidida del causante de testar, incluso superando sus padecimientos físicos, sin que nadie haya puesto en tela de juicio su capacidad para hacerlo, ni la validez del **testamento** en cuanto a sus formalidades, por lo que ha de mantenerse en su integridad una vez salvados los errores padecidos y habida cuenta de que llama a sus primos, los designados, "por partes iguales", expresión utilizada por el art. 983, párrafo segundo, del C. Civil, que ni siquiera se cita como infringido.

El recurso , pues, ha de perecer.

TERCERO.- Por imperativo legal ( art. 1715, párrafo último, LEC) las costas han de imponerse a los recurrentes, sin pronunciamiento alguno sobre deposito, no constituido por ser disconformes las sentencias de instancia.

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. Isacio Calleja García, en nombre y representación de D. Gabino , DÑA. Concepción , DÑA.



Gabriela Y D. Jose Miguel , contra sentencia dictada, en 25 de septiembre de 1993, por la Itma. Audiencia Provincial de Palencia (R. 186/93); condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas; y a su tiempo, comuníquese esta resolución a expresada Audiencia, devolviéndole los autos y rollo de Sala que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- A. Barcala trillo-figueroa.- E. Fernandez-Cid de Temes.- Xavier OCallaghan Muñoz.- rubricados.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ