



Roj: **STS 3630/1990 - ECLI:ES:TS:1990:3630**

Id Cendoj: **28079110011990100232**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/05/1990**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **GUMERSINDO BURGOS PEREZ DE ANDRADE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Núm. 287.-Sentencia de 9 de mayo de 1990

PONENTE: Magistrado Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade

PROCEDIMIENTO: Recurso de casación contra sentencia dictada en Juicio de Menor Cuantía.

MATERIA: Testamento. Nulidad.

Falta de litis consorcio pasivo al no ser demandado el Notario autorizante.

NORMAS APLICADAS: Sustantivas. Artículos 682, 687 y 708 del Código Civil .

JURISPRUDENCIA CITADA: Sentencias de 10 de julio de 1944, 15 de marzo de 1951, 19 de junio de 1958, 27 de septiembre y 15 de noviembre de 1968, 16 de diciembre de 1975, 22 de octubre de 1974, 10 de noviembre de 1979 y 21 de junio de 1986.

DOCTRINA: La excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario al no haber sido demandado el Notario autorizante del testamento cuya nulidad se postula, no concurre, pues precisa la concurrencia de malicia, negligencia o ignorancia del federatario. Se viene inadmitiendo el litis consorcio en los casos de testamento abierto, por defectos en las solemnidades establecidas.

Resulta probado y reconocido que uno de los testigos instrumentales del testamento era pariente, dentro del segundo grado de afinidad, del legatario y heredero recurrente. No se estima el recurso.

En la villa de Madrid, a nueve de mayo de mil novecientos noventa.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados firmantes, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Madrid, como consecuencia de autos de Juicio ordinario de menor cuantía de seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de los de Madrid, sobre declaración de nulidad de testamento, cuyo recurso fue interpuesto por don Salvador y doña María Purificación , representados por el Procurador de los Tribunales don Julián Caballero Aguado y asistidos del Letrado don Luis Eiris Cabeza, siendo parte recurrida don Jesús , doña Concepción y doña Ángeles , representados por el Procurador doña Begoña Fernández Pérez y asistidos del Letrado doña María del Carmen Calleja Plaza.

Antecedentes de hecho

Primero: Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de los de Madrid se tramitaron autos de juicio de menor cuantía nº 1.234/85, seguidos a instancia de don Jesús , doña Concepción y doña Ángeles , representado por la Procuradora doña Begoña Fernández Pérez, contra don Salvador y doña María Purificación , representado por el Procurador señor Caballero Aguado; sobre declaración de nulidad de testamento. La Procuradora doña Begoña Fernández P. Zabalgoitia, en nombre y representación de don Jesús , doña Concepción y doña



Ángeles , formulaba demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra don Salvador y doña María Purificación , ambos mayores de edad, el primero de profesión industrial y la segunda sin ocupación especial, domiciliados respectivamente en Madrid, basando la demanda en los siguientes hechos: Que don Vicente falleció en Madrid el día 27 de marzo de 1985, sobreviviéndole su esposa, doña María Purificación y sus cuatro hijos legítimos Salvador , Jesús , Concepción y Ángeles . El citado causante había otorgado testamento abierto el día 20 de junio de 1984 ante el Notario de Madrid don Arcadio Gil Cortiella, con el núm. de protocolo 436 y en el mismo dispuso: Cláusula 2ª Lega a su hijo Salvador los dos tercios de libre disposición y mejora de su herencia, sin perjuicio de la cuota viudal que corresponde a su esposa en el segundo de ellos. Cláusula 3.ª En el resto de sus bienes instituye herederos por iguales partes a sus cuatro hijos, Salvador , Jesús , Concepción y Ángeles , con sustitución vulgar en favor de sus descendientes. Cláusula 4ª Ordena el testador que a su hijo Salvador se le adjudica la industria de caramelos «El Turco», ya que por él subsiste y no se ha extinguido gracias a su esfuerzo y trabajo constantes. Son testigos instrumentales, mayores de edad y de esta vecindad, oyen, ven y entienden al testador, sin excepción legal para serlo, según lo aseguran don Jose Ángel , doña Trinidad y don Gabino , con DNI nº NUM000 , NUM001 y NUM002 , respectivamente. A los fines de este pleito es esencial consignar que actuó como testigo instrumental del testamento aludido doña Trinidad hermana de doña Amelia , que a su vez es la esposa del legatario y heredero don Salvador , el cual por ello era al tiempo del otorgamiento del susodicho instrumento pariente en segundo grado de afinidad con la expresada testigo instrumental. Los bienes reelectos dejados por el causante, puede decirse que sustancialmente quedan reducidos a la fábrica de caramelos «El Turco», de la cual sólo, según el testamento que ahora se impugna serían partícipes lo demandados don Salvador y su madre, esposa del testador doña María Purificación , la cuantía litigiosa por ahora es indeterminada, alegaba los fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, suplicando al Juzgado se diera traslado de dicha demanda por los trámites de juicio ordinario de menor cuantía dando traslado de dicha demanda a los demandados y previos los trámites legales dictar sentencia en la que alternativamente: a) Se declare nulo y sin ningún valor el testamento otorgado por don Vicente el día 20 de junio de 1984 ante el Notario de Madrid don Arcadio Gil Cortielles. b) Subsidiariamente que se declare nulo también el legado dispuesto a favor de don Salvador en las cláusulas 2ª y 4.ª del testamento antes aludido y asignación en pago de los mismos del negocio si no prosperasen los dos pedimentos anteriores, condenar a don Salvador a la reducción de su citado legado en la cantidad suficiente para que los restantes herederos puedan percibir en su integridad su participación en la legítima, y

Imponer las costas a los demandado y participar la nulidad del testamento al Notario autorizante. Dado traslado de la demanda a las partes demandadas, éstas se opusieron a la misma alegando: a) Falta de litis consorcio pasivo necesario, por no haber demandado al Notario autorizante del testamento; b) Falta de legitimación pasiva de la demandada doña María Purificación ; c) En cuanto al fondo la condición de testigo no vicia rigorista y necesariamente de nulidad el testamento, inadecuación del procedimiento en cuanto a la encubierta petición particional que contiene los pedimentos de la demanda. Terminaron suplicando la libre absolución de los demandados, con la imposición de costas a lo actores. Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Madrid, con fecha 7 de enero de 1986, dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Que estimando en parte la demanda formulada por don Jesús , doña Concepción y doña Ángeles , representados por el Procurador señor Fernández P. Zabalgoitia, contra don Salvador y doña María Purificación , representados por el Procurador señor Caballero Aguado, debo declarar y declaro nulas las disposiciones en calidad de herencia y legado manifestadas por don Vicente en el testamento abierto otorgado con fecha 20 de junio de 1984, con imposición de la costas a las partes, quienes cada una sufragará las por ellas causadas y las comunes por mitad».

Segundo: Apelada la anterior sentencia por la representación de la parte demandada, y sustanciada la alzada con arreglo a derecho, la Sala de lo Civil de la Audiencia de Madrid dictó sentencia con fecha 28 de mayo de 1988 , con la siguiente parte dispositiva: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Salvador y doña María Purificación , representados por el Procurador don Julián Caballero Aguado, contra la sentencia y auto aclaratorio de aquélla dictados en 7 y 22 de enero de 1987, en los autos principales de que el presente rollo se deriva, por el limo. Sr. Magistrado Juez de 1ª Instancia de esta capital, debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente; con expresa imposición de la condena al pago de las costas del recurso a los apelantes.

Tercero: Por el Procurador don Julián Caballero Aguado, en nombre y representación de don Salvador y doña María Purificación , se ha interpuesto recurso de casación al amparo de los siguientes motivos: Primero. Por infracción de norma del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, ya que en la sentencia impugnada se han infringido por interpretación errónea el art. 705 del Código Civil y las normas jurisprudenciales sobre la figura del litis consorcio pasivo necesario. Segundo. Por infracción de normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, al amparo de lo dispuesto en el art. 1.692-5º, ya que se ha infringido por indebida la aplicación del art. 687 del Código Civil . Tercero. Por error en la apreciación de la prueba, al amparo de lo dispuesto en



el art. 1.692-4º de la LEC . Documentos de que resulta el error: 1º Escritura de venta a favor de don Salvador , de las marcas nº 151.851, 560.606 y 560.607 relativas a la industria «El Turco». 2º Facturas de maquinaria, acompañadas a la demanda, que han sido averiguadas en forma en el procedimiento. Cuarto. Por infracción de normas del ordenamiento jurídico al amparo del art. 1.692-4º, ya que la sentencia impugnada se ha infringido por inaplicación al art. 682, párrafo segundo del Código Civil .

Cuarto: Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción, se señaló día para la vista que ha tenido lugar el 20 de abril actual.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade .

Fundamentos de Derecho

Primero: Como cuestión procesal previa, la parte recurrente plantea en el motivo primero de su recurso la excepción de litis consorcio pasivo necesario, al no haber sido demandado el Notario autorizante del testamento cuya nulidad se postula, y ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 705 del Código Civil , que prescribe una responsabilidad por daños y perjuicios sobrevenidos, si la falta productora de la nulidad procediere de la malicia, negligencia o ignorancia inexcusable del funcionario. Es sobradamente conocida la creación jurisprudencial de la figura que aquí se denuncia, fundamentada en la necesidad de integrar en un proceso, dado su carácter indivisible, a todas cuantas personas puedan verse afectadas por razón del derecho discutido, o por el alcance de la resolución que en el mismo haya de dictarse, y ello tanto por el propósito de eliminar la posible indefensión de tales personas, como de evitar sentencias contradictorias; defecto procesal, que por incidir con el orden público adjetivo, puede ser apreciado de oficio por el Tribunal, sin necesidad de su alegación por las partes. Estos requisitos y circunstancias no concurren en el caso de autos, pues la posible responsabilidad del Notario autorizante trae causa directa de su malicia, negligencia o ignorancia, y la presencia del testigo instrumental que aquí se discute, no aparece en los autos directamente relacionados con la conducta del fedatario, por lo que bien pudiera obedecer a la actuación del mismo testador, de los herederos, o del resto de los testigos; causa que elimina el deber de demandar al Notario, al no haberse justificado las circunstancias que especifica el art. 705 del Código Civil , como determinantes de la pretendida nulidad, y todo ello sin perjuicio del ejercicio separado de las acciones que pudieran corresponder en este supuesto. Al ser jurisprudencial el origen de la excepción que se alega, esta misma fuente viene generalmente inadmitiendo el litis consorcio en los casos de nulidad de testamentos abiertos por defectos en las solemnidades establecidas, cuando no se demanda a los fedatarios autorizantes, doctrina claramente establecida en las sentencias de 15 de marzo de 1951, 22 de octubre de 1974 y 10 de noviembre de 1979 que expresamente deniegan la excepción, y en las de 27 de septiembre y 15 de noviembre de 1968; 16 de diciembre de 1975, 21 de junio de 1986, y otras muchas, en las que ésta no fue apreciada de oficio, no obstante haberse postulado la nulidad sin demandar al Notario.

Segundo: Los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso vienen orientados a poner en duda la nulidad testamentaria que establece el art. 687, en relación con el 682, ambos del Código Civil , y subsidiariamente la aplicación del segundo párrafo del último artículo citado, en relación con la disposición a título de legado que contiene la cláusula 2ª del testamento de fecha 20 de junio de 1984. La primera pretensión carece de posibilidad jurídica alguna, ya que, probado y reconocido que uno de los testigos instrumentales del testamento era pariente, dentro del segundo grado de afinidad, del heredero y legatario ahora recurrente, resulta de obligada aplicación la reiterada doctrina de esta Sala cuando establece «que uno de los dogmas fundamentales de la sucesión "mortis causa" es el de que la forma constituye un elemento esencial acto testamentario, el cual, para que tenga existencia jurídica y produzca sus efectos propios, ha de ajustarse rigurosamente a las solemnidades establecidas por la Ley; siendo ineludibles estos requisitos de forma, y no convalidables posteriormente» (sentencias de 10 de julio de 1944, 27 de septiembre de 1968, 8 de marzo y 8 de diciembre de 1975, etc.). Y en cuanto al segundo problema, planteado con carácter subsidiario, está igualmente destinado al fracaso, ya que, en principio, la aplicación de la excepción contenida en el párrafo 2º del art. 682 del Código Civil corresponde a la facultad discrecional del Tribunal de instancia, por hallarse subordinada, en cada caso, a las circunstancias que determinen la importancia del legado hecho al pariente, en relación con el caudal hereditario que configura la sucesión; en el caso que nos ocupa, las partes litigantes tienen reconocido en los autos, que, sustancialmente, los únicos bienes que constituyen el haber hereditario, quedan reducidos a la fábrica de caramelos «El Turco», concreción que no sufre variación conceptual por la alegada circunstancia de haber sido renovada la maquinaria de la misma a costa del recurrente, quien a su vez aduce ser titular de unas marcas comerciales relativas a la industria. Con ello sólo puede llegarse a la conclusión de que el valor de la fábrica es poco cuantioso, pero al ser prácticamente el único bien del caudal relicto, resulta importante como legado, en relación con la totalidad de la herencia, representando los tercios de mejora y libre disposición. La literalidad del precepto legal que el recurrente pretende que sea tenido en cuenta: «algún objeto mueble,



o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario», no permite una interpretación extensiva, hasta el punto de comprender dentro de tal enumeración el bien más importante (casi único) que constituye la herencia, cualquiera que sea su valoración económica, pues ello supondría aplicar un precepto excepcional a supuestos distintos de los expresamente contemplados por el legislador (sentencia de 19 de junio de 1958).

Tercero: Rechazados todos los motivos del recurso, procede la desestimación del mismo en su integridad, con la preceptiva condena en costas del recurrente y la pérdida del depósito que señala el art. 1.715 de la LEC .

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 288 casación interpuesto por don Salvador y doña María Purificación contra la sentencia que con fecha 28 de mayo de 1988, dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia de Madrid , condenamos a dicha parte recurrente al pago de las costas y a la pérdida de la cantidad que por razón de depósito se ha constituido, al que se dará el destino que previene la Ley, y líbrese el Excmo. Sr. Presidente de la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de Sala que remitió.

ASI, por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Alfonso Barcala y Trillo Figueroa.- Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade .- Pedro González Poveda.- Luis Martínez Calcerrada Gómez.- Jaime Santos Briz.- Rubricados.

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade , Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, y Ponente que ha sido en estos autos estando celebrando audiencia pública la misma en el día de la fecha, de que como Secretario, certifico.