



Roj: STS 315/1958 - ECLI:ES:TS:1958:315

Id Cendoj: 28079110011958100315

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 19/06/1958

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: Recurso de casación por infracción de Ley

Ponente: FRANCISCO RODRIGUEZ VALCARCE

Tipo de Resolución: Sentencia

**Núm. 456**

En la villa de Madrid, a 19 de junio de 1958; en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de La Coruña, y en grado de apelación ante la Sala segunda de lo Civil de su

Audiencia Territorial por doña María Antonieta, viuda, labradora, vecina de Lorbé, contra don Luis Pedro, empleado, vecino de La Coruña; don Víctor Manuel, pescador; don Juan María perito agrícola, don Alexander, pescador; don Antonio, pescador, Vecino el primero de La Coruña, y los restantes de Oleiras, doña María Purificación, viuda, dedicada a sus labores y como madre y representante legal de sus hijos menores de edad Franco, Antonio y Edurne, y contra doña Lorenza, asistida de su esposo, don Fernando, y don Íñigo, vecinos de Oleiros, sobre nulidad de testamento y operaciones particionales, pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por los demandados don Luis Pedro, don Víctor Manuel, don Alexander, don Antonio y doña María Purificación, ésta por sí y como representante legal de sus hijos menores Franco, Antonio y Edurne, representados por el Procurador don Mauro Fermín García Ochoa y defendidos por el Letrado don Gerardo Abad Conde; no habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo la demandante y recurrida ni los demás demandados en los autos.

**RESULTANDO**

RESULTANDO que mediante escrito de 19 de agosto de 1952, el Procurador don Enrique Torno, en nombre de doña María Antonieta, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de La Coruña, demanda contra doña María Purificación por- sí y en representación de sus hijos menores Franco, Antonio y Edurne, contra don Luis Pedro, don Víctor Manuel, don Antonio, don Alexander, doña Lorenza y don Íñigo, y contra don Juan María, alegando como hechos:

Primero. Que con fecha 22 de febrero del año 1951, falleció en Pejo, Parroquia de Santa María de Dajo, del Ayuntamiento de Oleira-, don Arturo, en estado de viudo de doña Paula, ésta, fallecida a su vez en el mismo lugar el día 13 de marzo de 1891, habiendo contraído matrimonio canónico ambos en la Iglesia de San Julián de Serantes, el día 8 de enero de 1885.

Segundo. Que del antedicho matrimonio nacieron tres hijos, la actora y sus hermanos de doble vínculo, fallecidos don José Leonardo y doña Antonieta, esta última en estado de soltera, sin dejar descendencia alguna.

Tercero. Que el fallecido don Leonardo, hermano de la actora, falleció en Lorbe en 11 de septiembre de 1950, había contraído matrimonio canónico en Dejo, el 13 de octubre del año 1917, con María Purificación, de cuyo matrimonio quedaron ocho hijos, aquéllas y estos demandados.

Cuarto. Que el finado padre de la actora, don Arturo, otorgó en su domicilio de Lorbé, testamento abierto, ante el Notario de La Coruña, señor Otero Peón, el 7 de febrero del año 1951, y declara entre otros particulares que es viudo de doña Paula, de cuyo matrimonio tiene por sucesión una hija llamada María Antonieta (la actora) y una estirpe de nietos hijos del fallecido, hijo del otorgante, don Leonardo y de su esposa doña María Purificación; lega el tercio de libre disposición de su herencia en usufructo vitalicio a su hija política doña



María Purificación , y en nuda propiedad al hijo de ésta, nieto del otorgante, don Antonio , que en su caso será sustituido por sus descendientes legítimos; y nombra comisarios contadores-partidores de su herencia, con amplias facultades y plazo de dos años, a los demandados don Luis Pedro y don Juan María con carácter indistinto.

Quinto. Que uno de los testigos instrumentales y de conocimiento que concurrieron al otorgamiento del precitado testamento, don Jose Daniel , es inhábil o incapaz para tal acto, y por lo tanto, dicho testamento es nulo, todo vez que es primo carnal de la legataria, dentro del cuarto grado de consanguinidad, habida cuenta que la madre de la legataria llamada doña Verónica es hermana de doble vínculo de doña Aurora , madre del testigo instrumental, y de conocimiento las cuales contrajeron matrimonio canónico con don Cristobal y don Ismael , en la Iglesia de Santa María de Dejo, el 8 de diciembre del año 1888 y 29 de noviembre de 1879, respectivamente: que ambos cónyuges, padres legítimos de la legataria y testigo instrumental, fallecieron.

Sexto. Que los progenitores de los hermanos de doble vínculo, doña Verónica y doña Aurora , madres de la legataria y testigo instrumental de conocimiento en el indicado testamento, se llamaban don Jesús Luis y doña Paula , los cuales contrajeron matrimonio canónico en la Iglesia de San Julián de Serantes el 8 de enero de 1845.

Séptimo. Que la intervención del testigo don Jose Daniel en el testamento que se impugna fué como secuela natural de las conductas, cual de la legataria doña María Purificación , que había captado la voluntad del testador, en perjuicio de los herederos legítimos de aquél, y han de valerse a sus torpes afanes egoístas de testigos que tienen interés directo o indirecto én el acta, precisamente por esa razón de parentesco con la beneficiaría en la disposición testamentaria.

Octavo. Que con fecha 12 de julio y 17 del mismo mes y año 1952 se celebraron los oportunos actos previos conciliatorios con los demandados, sin avenencia, ante el Juzgado Comarcal de Oleiras y Municipal, número 1 de La Coruña; que en el primero acudió solamente el demandado don Antonio , contestando con las palabras formulistas de todo litigante temerario, y al segundo, los dos conciliados contestaron que las operaciones particionales de dicho causante se encontraban protocolizadas en el estudio del Notario señor Lucia de Betanzos, y que en el mes de mayo de 1952 se había comunicado a la parte actora tal protocolización, contestación sorprendente que no responde a la realidad, siendo la primera noticia que tenga sobre el particular, tal manifestación vertida en el acto conciliatorio por el contador-partidor testamentario; y después de citar los fundamentos legales que estimó aplicables, suplica que se dictara sentencia, por la que se declarase: a) Que el testamento abierto otorgado por el causante don Arturo , con fecha 7 de febrero de 1951, a fe del Notario de La Coruña, señor Otero Peón, era nulo y sin efecto alguno, por no reunir los requisitos formales exigidos por la Ley; el figurar en el mismo como testigo instrumental y de conocimiento don Jose Daniel , primo carnal de la legataria "n dicho testamento, doña María Purificación , comprendida dentro del cuarto grado de consanguinidad con la misma legataria b) No declaramos la nulidad de la partición y protocolización de las operaciones particionales dimanantes de dicho testamento, caso de haberse llevado a cabo por los contadores-partidores designados en el testamento en cuestión por el causante, don Arturo , y cuantos actos y diligencias de cualquier clase se llevaron a cabo en dicha sucesión, y como consecuencia del testamento aludido, c) Y como consecuencia de cuanto antecede, se declare, así bien la procedencia de la apertura de la sucesión intestada de dicho causante don Arturo . Condenando a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones e imponiéndoles expresamente las costas del proceso.

RESULTANDO' que admitida a trámite la demanda y emplazados los demandados, solamente comparecieron don Luis Pedro , don Juan María y don Victor Manuel , don Alexander , don Antonio y doña María Purificación , representados por el Procurador don José Delgado Iribarren el cual contestó y se opuso a la demanda, alegando como hechos:

Primero. Que se admiten como ciertos los primero a cuarto de la demanda.

Segundo. Que no podía hacer igual manifestación por lo que se refiere al hecho quinto, por cuanto se niega que don Jose Daniel fuese inhábil o incapaz para concurrir como testigo al otorgamiento del testamento en cuestión, ni mucho menos estaba conforme con la pretendida nulidad de la disposición testamentaria.

Tercero. Que se admite igualmente como cierto el hecho sexto del escrito iniciador de esta litis, pero se rechaza totalmente el hecho séptimo; para repudiar lo cual, basta examinar el testamento litigioso y ver que en él se otorga a favor de la demandante, amén de la legítima, un legado de bienes inmuebles; y si fuese cierto, como se dice en la demanda que doña María Purificación captó torticeramente la t voluntad del testador con afanes torpes y egoístas, no hubiera éste otorgado ese legado de inmuebles a favor de la demandante, que aquí no existe más afán "torpe y egoísta" que el de la actora, al no querer conformarse con la libre voluntad del causante, por haber éste favorecido a una hija política con el legado del tercio de libre disposición en usufructo y por haber dejado la nuda propiedad de ese mismo tercio a un hijo de la legataria, sobrino de la demandante, y la



verdadera finalidad que persigue la actora con su demanda, es la de privar a su sobrino de la nuda propiedad del mencionado tercio libre.

Cuarto. Que son ciertos los actos conciliatorios que se relatan en el octavo de la demanda.

Quinto. Que se había de agregar a los de la demanda otro hecho de gran trascendencia, que la demandante silencia intencionadamente, es el siguiente, con fecha 20 de junio de 1942. don Arturo otorgó testamento ante el Notario de La Coruña, don Manuel Bonet Fontenla, y así consta en el certificado de últimas voluntades acompañado a la demanda; y después de citar los fundamentos legales que estimó de aplicación suplica que se dicte sentencia desestimando totalmente la demanda e imponiendo las costas a la parto demandante.

RESULTANDO que conferido traslado para réplica a la actora, lo evacuó por escrito, en el que después de reproducir los hechos de la demanda y de citar los fundamentos legales que estimó de aplicación, suplica que se dictara sentencia en la forma interesada en el escrito de la demanda, salvo el apartado C) de la súplica que se modificaba en el sentido de que devenido nulo el testamento que se impugnaba, la sucesión del causante don Arturo habría de ser regida por el también testamento otorgado por el propio causante, en 20 de junio de 1942. procediendo la apertura de la sucesión testada en vez de la intestada de dicho causante, condenando a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones, con expresa imposición de las costas.

RESULTANDO que la representación de la demanda al duplicar insistió en los hechos de su contestación a la demanda y suplicó se dictara sentencia desestimando en todas sus partes la demanda inicial, y no teniendo en cuenta para nada la nueva petición formulada en el escrito de réplica, y en todo caso desestimando en todas sus partes las peticiones de dicho escrito e imponiendo todas las costas a la demandante.

RESULTANDO que recibido el juicio a prueba, a instancia de la actora se practicó la documental, y a instancia de la demandada tuvieron lugar las de confesión judicial de la demandante, documental y testifical, y unidas las pruebas practicadas a sus autos, el Juez de primera instancia, número 1 de los de La Coruña, dictó sentencia con fecha 10 de septiembre de 1953, por la que estimando la demanda deducida por doña María Antonieta con la rectificación salvada en el escrito de réplica declaró:

Primero. Que el testamento abierto otorgado por el causante don Arturo, con fecha 7 de noviembre de 1951, a fe del Notario de La Coruña don Manuel Otero Peón, es nulo y sin efecto alguno, por no reunir los requisitos formales exigidos por la Ley al figurar en el mismo como testigo instrumental y de conocimiento don Jose Daniel, pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad de la legataria instituida en dicho testamento doña María Purificación.

Segundo. Que son asimismo nulas las operaciones particionales, con su protocolización, dimanantes del susodicho testamento y protocolizados con lecha primero de mayo de 1952, ante el Notario don Manuel Blucia Rosa, por el Comisario Contador testamentario don Luis Pedro, c ineficaces cuantos actos y diligencias de cualquier clase se llevaron a cabo en esa sucesión y como consecuencia del propio testamento.

Tercero. Que la sucesión del aludido causante don Arturo habrá de regirse por el testamento abierto que aquél otorgo ante el Notario de La Coruña don Manuel Bonet Fontenla, el 20 de junio de 1942, y condenando a los demandados doña María Purificación, por su propio derecho y en representación de sus hijos menores de edad Franco, Antonio y Edurne, don Victor Manuel, don Luis Pedro, doña Lorenza, asistida de su esposo, don Íñigo, don Antonio, don Alexander y don Juan María, a que consientan estos pronunciamientos, y acatándolos, los cumplan en sus propios términos, sin hacer especial condena sobre las costas procesales causadas.

RESULTANDO que por la representación de la demandada se interpuso recurso de apelación y la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña dictó sentencia con fecha 16 de marzo de 1950. por la que sin hacer especial imposición de costas en ninguna de las dos instancias, confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

RESULTANDO que el Procurador, don Mauro Fermín y García Ochoa, en nombre de don Luis Pedro, don Victor Manuel, don Alexander y don Antonio y doña María Purificación, esta por sí y como representante legal de sus hijos menores Franco, Antonio y Edurne, ha interpuesto recurso de casación por infracción de Ley, por los siguientes motivos:

Primero. Amparado en el número primero del artículo 1.692. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea del artículo 082 y aplicación indebida del 687. ambos del Código Civil; alegando que la sentencia, incidiendo, con base en un concepto formalista, sin flexibilidad alguna, prescinde de la voluntad del causante, y no reparando que de prosperar tal nulidad, a quien se perjudicará principalmente es al legatario menor de edad, que es el nudo propietario, el cual no tiene relación de parentesco dentro de cuarto grado con el testigo instrumental; que es cierto que el artículo 687 del Código Civil dispone la nulidad del testamento, en cuyo



otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en dicho texto legal, pero no lo es menos que el párrafo segundo del artículo 682 elimina la prohibición dentro del cuarto grado de consanguinidad a los legatarios cuando el legado sea de cantidad de poca importancia, como aquí ocurre, solo asciende a un tercio en usufructo que consiguientemente al obtenerse su valor en capitalización no llegaría nunca a un valor superior al de 2.000 pesetas en una herencia de 21.000 pesetas.

Segundo. Basado en el número segundo del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, por no ser la sentencia congruente con las pretensiones "oportunamente" deducidas por los litigantes, al acceder a rectificación de lo que era objeto principal del pleito, en el escrito de réplica, pero a la terminante prohibición del párrafo segundo del artículo 548 de la Ley que ordena el trámite; alegando que basta leer la parte dispositiva de la sentencia recurrida para observar que se estima la demanda con la que denomina rectificación, pero en realidad supone alteración contenida en el escrito de réplica, que prohíbe el párrafo segundo del artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en el escrito de réplica se puedan alterar las pretensiones que sean objeto principal del pleito, como ha ocurrido en esta litis, ya que en el pedimento C) de la demanda se interesaba la procedencia de la apertura de la sucesión intestada del causante don Arturo, y en el mismo apartado de la réplica se transforma tal suplico en el sentido de que no se abriese la sucesión intestada, sino que se rija por otro testamento otorgado en 20 de junio de 1942, que es indudable que aquí se alteró, ya que se formalizó una demanda en que se pretendía la apertura de una sucesión abintestato, y esto se cambia en posterior escrito, cuando ya está cerrado el cuasi contrato de litis contestatio, por algo tan esencial como que no sea ya sucesión intestada, sino que rija una disposición testamentaria; pero en definitiva, lo que ahora interesa es que de un pedimento no solicitado oportunamente, es decir, a su tiempo, que era en el escrito de demanda y no en el de réplica, se ha estimado en el fallo de la sentencia pese a suponer alteración esencial del primitivo, dando lugar a que deba casarse la recurrida por esta grave cuestión que implica la alteración esencial de pedimento, pues tal sustitución está prohibida en cuanto supone variabilidad esencial que no es simple mutación accidental o secundaria.

RESULTANDO que admitido el recurso y evacuado por la parte recurrente, única personada en este Tribunal, el traslado de instrucción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo quinto del Decreto-ley de 22 de abril de 1955, se dio el oportuno traslado a dicha parte recurrente para que sin alterar ni cambiar los términos del recurso interpuesto se limitase a razonar los motivos alegados en el escrito de interposición traslado que evacuó el Procurador don Mauro Fermín García Ochoa.

Siendo Ponente el Magistrado don Francisco R. Valcárcel.

### CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que los negocios jurídicos mortis causa, por no servir directamente al tráfico, son, en general, formalistas en cuanto a la exigencia de ciertos requisitos que deben concurrir en su conclusión con el carácter de preceptivos e inderogables por la voluntad individual, requisitos que corporizan el acto mismo y generan su nacimiento a la vida del derecho (foran dat esse rei), al extremo de que poco importa que la voluntad en ellos declarada sea reconocida por el intérprete como exacta, seria y reflexiva si no se llenan a la vez los mandatos legales del caso, no en vano exigidos por vía de solemnidad en garantía de todos, dado que al ser omitidos no existe la posibilidad de subsanarlos dentro del propio negocio, y el contenido de éste cae inerte o sin eficacia en la esfera del derecho, más por inexistencia y nulidad absoluta que por anulabilidad.

CONSIDERANDO que la doctrina expuesta, favorecida por las normas de los artículos 681, 682 y 687 del Código Civil fué paulatinamente aceptada por la sentencia de este Alto Tribunal, de 10 de julio de 1944. al afirmar que uno de los dogmas fundamentales de la sucesión mortis causa es el de que la forma constituye un elemento esencial al 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, y así lo estimó con acierto la Sala de instancia en la sentencia de 16 de marzo de 1956, con idéntico criterio ya emitido por el Juzgador, al observar que en el testamento abierto notarial otorgado en 17 de febrero de 1951 por don Arturo, uno de los tres testigos instrumentales, don Jose Daniel, es primo hermano de la legataria, doña María Purificación, inhábil, por lo tanto, según el párrafo segundo del artículo 682. citado, por referirse el legado a la tercera parte de libre disposición en usufructo, y no contraerse a "algún objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario", según los términos de excepción para testificar, que de ningún modo admiten ampliaciones, según el conocido principio a tenor del cual las palabras de la Ley deben tener su efecto (verba legis sua effectum sum accipienda), y todo con la consiguiente sanción de nulidad del testamento proclamada por el artículo 687, también mencionado, invocada por una hija del testador, doña María Antonieta, aquí recurrida.



CONSIDERANDO que frente a la sentencia del Tribunal a que se alega la interpretación errónea del artículo 682 y la indebida aplicación del 687 del Código Civil (motivo primero del recurso, con sede formal en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Trámites ); motivo que debe desestimarse por el razonamiento aducido en el apartado o Considerando anterior, ante la expresión gramatical de textos claros en su forma externa y sentido que con evidencia responden al concepto económico, en la época de la elaboración del Código, de los bienes muebles estimándolos viles y sin importancia ("res mobilis res vilis"), concediéndola, en cambio, a los inmuebles, tal vez por prejuicios históricos de génesis feudal que los Tribunales, por carecer de poderes abrogadores de las normas, no pueden corregir por vía interpretativa, aunque poderosos argumentos de "inre condendo" aconsejen otros criterios en la hora presente o, por lo menos, más flexibles en la materia de testificación.

CONSIDERANDO que por la vía del número 2.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal se atribuye en el segundo de los motivos la falta de congruencia del fallo por no estar acorde con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes al acceder a rectificar lo que es objeto principal del pleito en el escrito de réplica, pese a la terminante prohibición del párrafo segundo del artículo 548 de la citada Ley de Trámites, y para rechazar este motivo debe Tenerse presente: a) Que el objeto principal del proceso es el tema de la nulidad del testamento otorgado en 17 de febrero de 1951 por don Arturo , con la secuela de abrirse la sucesión entre otro título válido en derecho, cual otro testamento anterior, dado que sólo pudo ser revocado por el posterior perfecto, según el artículo 739 del Código Civil , perfección no lograda por el aquí impugnado, entrando entonces con plena eficacia la vocación testamentaria con preferencia a la legal, a tenor del artículo 658 de dicho Cuerpo sustantivo, b), que si bien en la demanda se pidió se abriese la sucesión "abintestato" y luego en réplica la testamentaria por llegar a conocerse en el Ínterin la existencia de otra disposición "mord tis causa" del mismo sujeto, otorgada en 20 de junio de 1942 ante el Notario de La Coruña señor Bonet Fontenla, ello no vulnera la norma del artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento , que prohíbe variar sustancialmente en réplica los términos del debate ya trabado, pues muy lejos de ello los complementa en cuanto sustituye un pedimento accesorio por otro que también lo es de la acción principal, que permanece inmutable en su contenido, impuesto por la realidad de las cosas, que la Sala sentenciadora aprecia con toda certeza, y c), que no se cita por el recurrente el artículo 359 de la Ley de Ritos , cita indispensable al denunciarse la falta de congruencia.

## FALLAMOS

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por don Luis Pedro , don Victor Manuel , don Alexander y don Antonio y doña Eburne manes, ésta por si y como representante legal de sus hijos menores don Franco , don Antonio y doña Eburne , contra la sentencia que en 16 de marzo de 1956 dictó la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña , condenamos a los recurrentes al pago de las costas procesales y a la pérdida del depósito, que recibirá el destino legal; y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de! apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" e insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Juan Serrada.-Joaquín Domínguez.-Obdulio Siboni Cuenca.-Francisco R. Valcárcel.-Diego de la Cruz (rubricados).