



Roj: **STS 707/1951 - ECLI:ES:TS:1951:707**

Id Cendoj: **28079110011951100168**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/03/1951**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación en interés de ley**

Ponente: **FELIPE GIL CASARES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Núm. 98.- **Sentencia de 15 de marzo de 1951.**

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY-Reconvención. Congruencia. Negocio jurídico-Declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Genaro contra la pronunciada por la Audiencia Territorial de Cáceres, en autos de mayor cuantía sobre nulidad de testamento.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que si bien la reconvención no requiere una alegación independiente que se ajuste a determinado formalismo, sin embargo, frente a la demanda, sólo cabe entender formulada cuando plantea una cuestión derivada de un derecho del demandado que pueda ser reconocido con independencia del que invoca el demandante y de trascendencia suficiente para influir en el de éste, anulando o modificando los posibles efectos de la acción ejercitada en la demanda.

Que la sentencia absolutoria decide todas las cuestiones planteadas en el pleito, y no puede ser tachada de incongruente.

Que no puede una de las partes prevalerse de una reserva mental desconocida por la otra parte para eximirse de cumplir lo pactado.

En la villa de Madrid, a 15 de marzo de 1951, en el juicio declarativo de mayor cuantía seguido en el Juzgado de Primera Instancia de Cáceres y ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital por D. Genaro, Procurador de los Tribunales y vecino de Cáceres, contra D. Melchor, Abogado y vecinos de Cáceres y Madrid, respectivamente, y D. Jose Ignacio, Notario, y D. Blas, propietario y vecino de Cáceres, sobre nulidad de testamento, pendiente ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el demandante D. Genaro, bajo la representación del Procurador D. Francisco Brualla Entenza y la dirección del Letrado D. Antonio Goicochea, habiendo comparecido el demandado y recurrido D. Melchor representado por el Procurador D. Paulino Monsalve Flores y defendido por sí mismo:

Antecedentes de hecho

RESULTANDO que D.^a Isabel, madre de D. Genaro y D. Melchor, litigantes que han sido en este pleito, falleció en Cáceres el 2 de octubre de 1945, bajo testamento otorgado en dicha ciudad el 10 de septiembre de 1923 ante el Notario de la misma D. Gabriel Alvarez y Alvarez, habiendo otorgado dicha testadora con anterioridad, desde el año 1909 hasta 1927, otros cinco testamentos públicos, siendo el último de fecha 10 de septiembre de 1927, que se ha impugnado en este pleito. En dicho testamento se practicaron diferentes cláusulas, y entre ellas son de relacionar por su importancia en el pleito las siguientes:

Cláusula segunda. Lega a su hijo D. Melchor, en pleno dominio, la casa que habita la testadora, número NUM000 de la DIRECCION000, con todos los muebles, antiguos y modernos, ropas y efectos, sin más excepción que las arañas, bandejas de plata, cubiertos, abanicos, mantillas y colchas, pues todo lo exceptuado quiso que se distribuyera por partes iguales entre sus dos hijos. Si no pudiera adjudicarse la casa a D. Melchor ordenó que se considerasen legados bienes bastantes para cubrir su valor.

Cláusula tercera. Instituyendo herederos de sus bienes a sus dos hijos D. Genaro y D. Melchor .

Cláusula cuarta. Disponiendo que era su voluntad que el pago de lo que la correspondiera se adjudicase a su hijo D. Genaro en primer término, y por su justo valor, las fincas en el heredamiento de Seguras y Mogollones.

Cláusula quinta. Disponiendo que no se colacionasen las cantidades en metálico y bienes muebles que en vida la testadora los había entregado o entregasen a sus hijos Genaro y Melchor .

Cláusula sexta. Nombrando Albaceas ejecutores del testamento a D. Humberto , D. Blas y D. Jose Ignacio .

Cláusula séptima. Prohibiendo la intervención judicial y haciendo uso del derecho que concede el artículo 1.157 del Código Civil, nombrando Contadores Partidores a los Albaceas mencionados anteriormente.

Cláusula octava. Revocando los testamentos otorgados ante el Notario D. José Toral en Madrid, así como cualquiera otro que hubiera otorgado:

RESULTANDO que entendiendo D. Genaro que el testamento en cuestión, otorgado el día 10 de septiembre de 1927 por D.^a Isabel , adolecía de diferentes defectos, y no habiendo podido solucionar amistosamente estas divergencias, acudió a la vía judicial, y con escrito de fecha 12 de septiembre de 1946, dedujo ante el Juzgado de Primera Clase-digo Instancia-de Cáceres, demanda en juicio declarativo de mayor cuantía sobre nulidad de testamento contra D. Jose Ignacio , D. Blas , D. Melchor y D. Jesús Carlos , suplicando que, previos los trámites pertinentes, se dictase en su día sentencia declarando: Que era nulo y sin ninguna clase de efectos el testamento público otorgado en Cáceres bajo el número 650 del protocolo general de 1927 por D.^a Isabel ante el Notario de Cáceres D. Gabriel Alvarez y Alvarez, por el defecto esencial de falta de idoneidad del testigo D. Bruno , amanuense en la fecha en que se otorgó ese testamento de dicho Notario.

Segundo. Que igualmente eran nulos y sin ningún valor ni efectos todos los actos que con arreglo al testamento impugnado hubiesen realizado o se realizasen por los Albaceas Contadores Partidores demandados, juntos o separadamente, especialmente los referentes a las operaciones particionales del caudal relicto, de cuya práctica deberían abstenerse.

Tercero. Que la sucesión de la causante habría de regirse por el último testamento válido de los diferentes anteriormente otorgados al 10 de septiembre de 1927 por la propia D.^a Isabel , y en defecto de los dos ellos - quiere decir de (todos ellos-por la regla de la sucesión intestada, alegando sustancialmente en apoyo de estos hechos lo manifestado anteriormente, añadiendo que dicho testamento de 10 de septiembre de 1927, del que acompañaba el demandante copia autorizada como documento número 3, intervinieron en él y firmaron como testigos del mismo los vecinos de Cáceres, mayores de edad, D. Jon , D. Roman y D. Bruno , y no obstante expresar el Notario autorizante del testamento la idoneidad de los testigos, lo cierto era que el último, o sea, D. Bruno , era en el momento del otorgamiento y lo había sido antes y lo fué después amanuense de dicho Notario, manifestando el propio Sr. Bruno en su requerimiento, que se le formuló por medio del Notario de Cáceres D. Julio Fernández Jiménez, "ser cierto que durante los años 1926, 1927 y 1928 estuvo de escribiente o amanuense, sin interrupción ni lapso de tiempo alguno, con el Notario que fué de esta capital (Cáceres) D. Manuel Alvarez y Alvarez, aclarando únicamente que no podía recordar si durante los tres años de referencia hubo algún lapso o interrupción en la prestación de servicios, ya por ausencia, enfermedad o por cualquier otro motivo, acompañando copia autorizada de dicha acta notarial como documento número 4; que de los tres Albaceas designados en su último testamento, por su madre, sobrevivían los dos demandados habiendo fallecido D. Humberto el 26 de febrero de 1945, según acreditaba con la partida de defunción expedida por el encargado del Registro Civil (documento número 5); que el demandante era hijo legítimo del matrimonio de la causante de la herencia doña Isabel , y, para justificarlo, acompañaba las partidas correspondientes de nacimiento y de matrimonio de los padres del demandado-digo demandante- (documentos 6 y 7); y, finalmente, que se había celebrado el acto de conciliación sin avenencia con los demandados, a excepción de D. Genaro ; y en derecho invocó los artículos 8º, 681, 687, 694, 806 y 1.902 del Código Civil, varios de la Ley procesal y diferentes sentencias del Tribunal Supremo; y terminando por suplicar se dictara sentencia en la forma expuesta; habiendo acompañado con el escrito los documentos de que se ha hecho referencia:

RESULTANDO que emplazados los demandados compareció el Procurador D. Jesús Grande, a nombre de D. Melchor , teniéndosele por parte; compareciendo después, a nombre del demandado D. Jesús Carlos , e igualmente se le tuvo por parte, y habiendo transcurrido el emplazamiento hecho a los otros demandados, D. Jose Ignacio y D. Blas , sin que comparecieran en autos, se les declaró en rebeldía. Dicho Procurador señor Grande, en la representación de D. Jesús Carlos , por escrito de 3 de noviembre de 1946, contestó a la demanda, con la súplica de que se tuviera por eficaz y válida, a todos los efectos legales, la renuncia de cuota vidual presentada por D. Jesús Carlos , y, en consecuencia, no volver a entenderse con él ninguna de las demás diligencias o actuaciones que pudieran tener lugar en este asunto, y se pronunciara sentencia declarando la validez del testamento de D.^a Isabel , de fecha 10 de septiembre de 1927, alegando sustancialmente,



en apoyo de esta contestación, que el testamento que se impugnaba era perfectamente válido, no sólo en el terreno del Derecho, sino en el orden íntimo de la conciencia, y que todas las formalidades legales se cumplieron para la manifestación solemne y postrera de la voluntad de la testadora; que los tres testigos que lo suscribieron eran idóneos a tal fin y pudieron oír y oyeron de labios de la otorgante cuáles eran sus deseos; que el Notario transcribió fielmente que el Sr. Bruno , antes y después, escribiera algún documento en la Notaría de D. Gabriel Alvarez; no era el amanuense a que la Ley hace referencia, para tachar de defecto formal una disposición testamentaria fiel y solemnemente expresada; que el demandante heredero y legatario, conforme a esa disposición testamentaria, la tuvo por válida, y con arreglo a ella recogió cuanto le pertenecía, por expresa voluntad de su madre, en cuanto a los objetos legales que se consignaban en la cláusula segunda, distribuyéndose todo ello entre los dos hermanos y teniendo cada uno en su poder lo que a tal fin les correspondió; y que el demandado, que no debió nunca serlo por imperativo de conciencia, y por no tener como cónyuge supérstite el concepto de heredero, renunció a su cuota viudal a raíz de la muerte de la testadora, invocando en derecho los artículos 4.º, 669, 661 y 694 del Código Civil y varias sentencias del Tribunal Supremo, terminando por suplicar se dictara sentencia en la forma expuesta. A su vez, el propio Procurador, a nombre de D. Melchor , contestó y se opuso a la demanda, negando que el testigo que figuraba en el testamento combatido de D.ª Isabel , de 10 de septiembre de 1927, fuera escribiente y amanuense del Notario autorizante Sr. Alvarez, en concepto y acepción que determina el caso octavo del artículo 681 del Código Civil; que surgida la inevitable discrepancia entre los herederos, se convocó por el Albacea Sr. Jose Ignacio a una reunión, a la que asistieron los dos hermanos y el otro Albacea, Sr. Blas , en la que habían de exponer por escrito a los Contadores la solución a los problemas planteados, soluciones que fueron entregadas al Sr. Jose Ignacio , y ambos herederos procedieron a dividir entre sí las alhajas, a-añas, bandejas de plata, etc., de la testadora, y que en 9 de septiembre acudieron al despacho del Notario Sr. Jose Ignacio , a protocolizar el documento de adjudicaciones de la FINCA000 , invocando el testamento de D.ª Isabel con los hijos y herederos de la misma, cuya finca no procedía de la madre de ambos, sino de la herencia de su tía, D.ª Coral , y, por tanto, la adjudicación no fué en razón de bienes procedentes de la madre de ambos herederos, cuyo testamento se discutía, sino de bienes extraños a ella; que en cuanto al punto esencial en que se fundaba la demanda, el demandado debía manifestar que el testigo Sr. Bruno , digo Bruno , desde el año 1920 hasta la fecha de la contestación, figuraba como Auxiliar en el Colegio Notarial de Cáceres, de Cuya Entidad cobraba su sueldo, siendo, por consiguiente, dependiente del Colegio y no Oficial ni amanuense de un Notario particular, acompañando al efecto una certificación expedida por el Secretario de dicho Colegio Notarial, que acreditaba dicho extremo con el documento número 3; que el demandante-sin justificación alguna- negaba que hubiera recibido el precio de la venta de la FINCA000 , y pretendía que se trajera a colación por el exponente la FINCA001 , sin que, por su parte, tuviera nada que colacionar pero ante la realidad de los hechos quiso evitarlo al amparo de la cláusula quinta del testamento, que dice: "Es igualmente voluntad de la testadora que ninguno de sus hijos colacionar las cantidades en metálico y "bienes inmuebles que en vida les ha entregado y das que en lo sucesivo les entreguen"; que surgida la inevitable discrepancia, se convocó por el Albacea Contador Partidor, don Jose Ignacio , una reunión en su propio domicilio, a la que asistieron, además de los dos litigantes, el otro Albacea, don Blas , y de aquella reunión surgió el acuerdo de que los dos herederos, cumpliendo el testamento que corrió válido y eficaz en derecho aceptaban, expondrían por un escrito a los Comisarios la solución a los problemas planteados, soluciones que, en efecto, fueron entregadas a los mismos y cuyas fórmulas obraban en poder del Albacea Contador Sr. Jose Ignacio , y que proclamaban el consentimiento expreso a las decisiones del albaceazgo, y, por tanto, el reconocimiento de la disposición testamentaria, única que les facultaba para llevar a cabo las Operaciones de división y adjudicación de caudal hereditario; que si por ello fuera poco, en 28 de febrero del entonces corriente año, ambos herederos, dando cumplimiento a la cláusula del testamento de la causante, han procedido a dividir entre sí las alhajas de la testadora, arañas, bandejas de plata, cubiertos, abanicos, mantillas y colchas, formando dos lotes iguales, que recogieron y verían disfrutando como de su propiedad, de manera que habían dividido entre sí, por partes iguales, los muebles, ropas, alhajas y efectos que no fueron expresamente legados al exponente, respetando y acatando dicha cláusula segunda y, en resumen, el testamento que se impugnaba; y que, por último, en 9 de septiembre siguiente, acudieron al despacho del Notario de Cáceres D. Jose Ignacio , y protocolizaron el documento de adjudicación de la FINCA000 , en el que expresaban "que, como únicos hijos de D.ª Isabel , ya fallecida, según resultaba de la certificación del Registro General de Actos de Ultima Voluntad y de la copia del testamento último de la misma, que acompañaban, llevan a cabo dicha protocolización, reiterando una vez más la obediencia obligada a las disposiciones de la causante, expresadas en el testamento; que aceptan igual cumplimiento, acompañando al efecto, bajo los números 6 y 7, un documento privado de división de bienes muebles y la escritura de protocolización a que se ha hecho referencia, y en derecho invocó los artículos 683, 687, 700, 704 y 1.902 del Código Civil, diferentes sentencias del Tribunal Supremo y varias resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, terminando por suplicar que se dictara sentencia en su día, absolviendo al exponente de la demanda de autos y declarando que el testamento de D.ª Isabel , de fecha 10 de septiembre de 1927, otorgado ante el Notario que fué de Cáceres D. Gabriel Alvarez y Alvarez, era válido y eficaz en Derecho, y, en su consecuencia, condenando



a dicho demandante a estar y pasar por dichas declaraciones y a perpetuo silencio, y con imposición de costas del juicio, habiendo acompañado con el escrito los documentos mencionados:

RESULTANDO que en los escritos de réplica y duplica ambas partes litigantes mantuvieron sus puntos de vista, insistiendo el demandante en la nulidad del testamento, por ser el Sr. Bruno testigo incapacitado como amanuense del Notario autorizante, y añadiendo que para confirmar un acto nulo era necesario conocer el vicio de que adolecía, y que no cabía la depuración por actos tácitos, y que los realizados por el alegante, sin tal finalidad e inconscientemente, en ningún caso implicaban acatamiento a testamento, y terminando por suplicar se dictara sentencia en la forma que había interesado, y a su vez el demandado, D. Melchor, insistió en su duplica en sus alegaciones y excepciones del escrito de contestación a la demanda, suplicando se dictara sentencia en la forma pedida:

RESULTANDO que practicada prueba y seguido el pleito por sus restantes trámites, el Juez de primera instancia de Cáceres, con fecha 5 de julio de 1947, dictó sentencia absolviendo a los demandados, D. Jose Ignacio, D. Blas, D. Melchor y D. Jesús Carlos, de la demanda origen de estos autos, formulada por D. Genaro, y sin hacer especial imposición de costas:

RESULTANDO que apelada dicha sentencia por el demandante, y tramitada en forma la apelación, en 3 de diciembre de 1947, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres dictó sentencia confirmando íntegramente la pronunciada por el Juez de primera instancia de dicha capital, y estimando improcedente la acción promovida en la demanda, origen de este pleito, por el actor, D. Genaro, absolvió de la misma a los demandados, D. Jose Ignacio, D. Blas, D. Melchor y D. Jesús Carlos, y sin hacer expresa condena de costas en ninguna de las dos instancias:

RESULTANDO que con depósito de 1.000 pesetas, el Procurador D. Francisco Brualla Entenza, a nombre de D. Genaro, ha interpuesto recurso de casación por infracción de Ley, fundado en los números 1º, 2º y 3º, del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por los siguientes motivos:

Primero. Fundado en el número 2.º de dicho artículo. El artículo 359 de la Ley procesal recoge toda la doctrina tradicional sobre la congruencia que deben guardar las sentencias con las demandas y pretensiones de las partes deducidas oportunamente en el pleito; según dicho precepto, las sentencias harán las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Cuando éstos hayan sido varios, se hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos. En efecto, un simple cotejo del pleito con la sentencia recurrida, pone de relieve los motivos de incongruencia de que esta última adolece. En la demanda se solicita del Juzgado que se declare nulo y sin ninguna clase de efectos el testamento de D.^a Isabel, en razón del defecto esencial de falta de idoneidad del testigo D. Bruno, amanuense en la fecha del otorgamiento del Notario autorizante. Esta súplica se reitera en el escrito de réplica (se reiteró). El demandado, D. Melchor, único de los demandados que ha seguido el pleito en su contestación a la demanda, reiterada en la duplica, solicitó sentencia absolviendo o absolutoria, declarando que el testamento de D.^a Isabel, de fecha 10 de septiembre 1927, otorgado ante el Notario que fué de esta Capital, D. Gabriel Alvarez, es válido y eficaz en Derecho, y, en su consecuencia, condenar a dicho demandante a estar y pasar por dichas declaraciones y a perpetuo silencio (súplica reconvenzional). Los litigantes, desde sus respectivas posiciones, exigen que se declare nulo o válido el testamento referido, y el demandado, además, por vía reconvenzional, solicitó que se condene al actor a pasar por la declaración de validez del testamento discutido y a perpetuo silencio. Y lo mismo el Juzgado de Primera Instancia que la Audiencia sentenciadora, se limitan a absolver a los demandados, sin hacer declaración alguna, siendo la razón de tal fallo que el actor carece de acción para impugnar el testamento, por haber realizado determinados actos de reconocimiento de la voluntad de la testadora. Considera inútil el juzgador entrar a examinar si el testamento es nulo o válido, por el motivo de falta de idoneidad del antes expresado testigo instrumental, y deja sin resolver lo que constituye precisamente el nervio del litigio, si el testigo era o no amanuense del Notario y si este defecto del testamento lo anula o no. La cuestión de si aquellos actos de reconocimiento privaban o no al actor de acción para solicitar la nulidad del testamento, es consecencial y carece de sentido si precisamente no se resuelven los dos puntos litigiosos aludidos. Porque, aunque el demandante, en sus razonamientos, alega que el testamento se confirmó por el demandante, no pide en las súplicas de sus escritos expositivos que se declare que hubo sanción o confirmación del acto testamentario, sino que se declare válido y se condene al recurrente a pasar por esta declaración y a perpetuo silencio. Los términos del debate exigían, por tanto, que el juzgador de instancia decidiese si D. Bruno, testigo instrumental del testamento de D.^a Isabel, era o no amanuense del Notario autorizante, Sr. Alvarez, en el momento del otorgamiento, y si esta falta de idoneidad del testigo constituía un vicio esencial de nulidad de tal testamento. La cuestión de confirmación o sanción presupone, como ya se ha dicho, la previa resolución de las cuestiones anteriores, y ni el Juzgado ni la Audiencia las resuelven; se abstienen de examinarlas y decidir las, estimando que carece de acción impugnativa el actor, por haber acatado el testamento. En resumen,



la incongruencia del fallo recurrido es, por consiguiente, doble; por un lado, dejó de hacer las declaraciones instadas por ambas partes litigantes: la demandante, negativa de la validez, y la demandada, afirmativa de ésta; y por otro, deja sin decidir las dos cuestiones fundamentales debatidas por las partes, eje de todo pleito, referentes a si el testigo Sr. Bruno, era o no amanuense del Notario autorizante del testamento, y si esta incapacidad del testigo constituye o no vicio esencial de nulidad. Y es de advertir que en este caso la sentencia absolutoria no representa procesalmente la desestimación de las pretensiones de la demanda, porque el juzgador se abstiene de examinarlas. Si el Tribunal "a quo" hubiera considerado la cuestión de nulidad o validez del testamento, entonces el fallo absolutorio hubiera resuelto la cuestión. Pero esta cuestión, que es la principal, eje de todo el debate, es eliminada de la sentencia expresamente por la Sala sentenciadora. Porque en el penúltimo Considerando de la sentencia recurrida, se afirma que carece de eficacia jurídica el estudio y resolución de las cuestiones referentes a si era o no amanuense el señor Bruno del Notario autorizante, y a si tal defecto invalida o no el testamento de D.^a Isabel. La naturaleza del pleito, las pretensiones de las partes litigantes y la lógica más elemental, imponían al juzgador la obligación de estudiar y resolverlas cuestiones relacionadas con la nulidad y validez del testamento, y al no hacerlo así incurre el fallo en el defecto esencial de incongruencia por apartarse de los pedimentos de las partes y por no decidir todos los puntos litigiosos, porque, en definitiva, lo que pide el actor es que se declare la nulidad del tantas veces citado testamento, y lo que pide el demandado, en sentido reconvenional, es que se declare su validez. Y en cambio, la Sala sentenciadora opta por estimar ineficaz las cuestiones referentes a la nulidad o validez, y se excusa de estudiarlas y resolverlas, faltando la cuestión por una excepción (*sine acionae agis*) que no ha determinado ninguna petición por parte del demandado. Dentro del automatismo que representa la jurisdicción rogada-digo rogada-no cabe mayor incongruencia. El fallo recurrido infringe notoriamente las disposiciones contenidas en el artículo 359 de la ley de Enjuiciamiento Civil, y, por tanto, incurre aquel fallo en el vicio de incongruencia que constituye el motivo de casación, que autoriza el número 2.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil, como igualmente infringe la doctrina del Tribunal Supremo, contenida en copiosa y abundante jurisprudencia, expresada, entre otras, en las sentencias de 22 de junio de 1919, 18 de octubre de 1926 y 19 de octubre de 1936, que establecen que la congruencia ha de estimarse en relación con los términos de la demanda y de la contestación y no con los razonamientos alegados; la de 3 de julio de 1942, que declara que hay pleitos que requieren no sólo condenar o absolver, sino también hacer declaraciones sobre los puntos controvertidos, y las de 7 de enero de 1920 y 28 de noviembre de 1933, que exigen la resolución de las cuestiones planteadas.

Segundo. Fundado en el número 3.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil. Por no contener el fallo recurrido declaración sobre la nulidad o validez del testamento impugnado de Da Isabel. En la demanda se solicitó tal nulidad por no ser idóneo el testigo instrumental D. Bruno. No sólo no hace la sentencia tal declaración exigida por el recurrente, sino que elimina la cuestión en que la petición se funda, y, por consiguiente, a la sentencia absolutoria no puede atribuírsele un valor desestimatorio de tal pretensión. El juzgador desplaza del área del debate la cuestión referente a la nulidad o validez del testamento, y deniega la declaración solicitada, porque la absolución la funda la resolución combatida en la confirmación del testamento. Pero es que, además, el pronunciamiento sobre el testamento lo solicitó la parte demandada, que pide la condena del demandante por vía reconvenional. El fallo recurrido infringe, por consiguiente, el artículo 359 de la ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto éste establece que las sentencias harán las declaraciones que exijan las pretensiones de las partes. Formal y ritualmente, las declaraciones referidas están comprendidas en las pretensiones de la demanda y réplica.

Tercero. Fundado en el número 1.º del artículo 1.692 de la l y de Enjuiciamiento Civil. Porque ni un solo precepto legal sirve de apoyo al fallo recurrido, y esto es una particularidad de la sentencia impugnada. El fallo recurrido, para estimar extinguida la acción impugnativa ejercitada por el recurrente contra el testamento de D.^a Isabel, se funda tan sólo en la doctrina de la Sala, que el Tribunal "a quo" infringe por interpretación errónea y aplicación indebida, contenida en las sentencias de 26 de noviembre de 1901, 28 de febrero de 1906 y 13 de mayo de 1916, según las cuales el reconocimiento de los testamentos priva a los que la han prestado de toda acción de nulidad por defectos formales referentes a tales actos. La doctrina recogida en tales sentencias procede de la Ley VI, título VIII, de la Partida VI. Dicha Ley dice: "En cualquiera manera que otorgare o consintiere el fijo o el nieto en el testamento en que le hubiese desheredado, así como si le hubiese dejado manda en el o a su fijo o a otro alguno, que fuese en su poder o la recibiese o si fu se Abogado o personero en defendiendo el testamento o alguna de las mandas que fuesen en él escritas o consintiese en el testamento en alguna otra manera semejante destas non podría después querellarse para quebrantar el testamento no debe ser oído". El precedente de la anterior Ley se encuentra en la Ley IV, título XXXI, del libro IV del Código de Justiniano. Según tales disposiciones, el que recibiere la manda o defendiere siendo Abogado o personero el testamento o alguna de las mandas en él escritas consintiese en el testamento en alguna otra manera semejante, no puede impugnar el testamento. Resulta claramente de la prueba apreciada por la Sala que no llegó el recurrente a hacerse cargo de su parte de herencia, ya que sólo hubo por parte de los herederos una propuesta a los Contadores Partidores, sendos proyectos particionales no coincidentes. No hubo partición



ni, por tanto, transmisión de bienes de los que se hiciera el recurrente cargo, ya que, según el artículo 1.068 del Código Civil, sólo la partición legalmente hecha confiere la propiedad exclusiva a cada heredero de los bienes que le hayan sido adjudicados. Las operaciones particionales no se han practicado, y, por consecuencia, ni ha habido adjudicaciones, ni el recurrente ha recibido, a título privativo, nada de la herencia. Pero hay más; el proyecto aludido, sometido por el recurrente a los Contadores, va contra la voluntad de la testadora, lejos de tender a cumplirla. La testadora ordena que la casa de la DIRECCION000 , número NUM000 , sea para su hijo D. Melchor , y en su proyecto, el recurrente propone que se le adjudique a él. La actitud de D. Genaro , no es de consentimiento del del testamento. El hecho mismo de que los Contadores Partidores tomaran en consideración esas propuestas, que difieren de lo ordenado por la testadora, acredita por parte de los Contadores Partidores el reconocimiento de la disconformidad. Otro acto del consentimiento, según el Tribunal "a quo", consiste en un reparto de muebles, alhajas de familia, entre los dos hijos, y que la causante ordenó fueran para los dos, reparto que no se legalizó mediante partición previa imprescindible para cada heredero, según el artículo 1.068 del Código Civil, antes citado, pudiera adquirir la propiedad exclusiva de cada lote. Ese reparto no representa ni acatamiento ni ejecución de la voluntad testamentaria, ya que ésta sólo correspondía a los Albaceas Contadores Partidores, de ser válido el testamento. Estos y otros actos realizados cuando el heredero no conoce el vicio de nulidad del testamento, o aun conociéndolo, cabe preguntar si equivalen a recibir su herencia, es decir, todo lo dejado en testamento en manera semejante a esta o a la de defenderlo, siendo Abogado o person.ro. Haciendo a continuación el recurrente relación de algunos comentarios de diversos autores y comentarios-digo comentaristas del Derecho civil-, siendo, con arreglo a la doctrina de los autores, los actos confirmatorios de gran fuerza y significación que no deja resquicio a la duda, y consentir en la ejecución del negocio jurídico, por lo menos en su parte principal. En el presente caso, estima la Sala sentenciadora como actos confirmatorios unas gestiones y proyectos con los Albaceas, Contadores y Partidores y un reparto de hecho de bienes muebles familiares, con invocación del testamento de la causante. El recurrente ni ha recibido la herencia que continúa indivisa, ni ha ejercitado ni podía ejecutar, existiendo Albaceas Contadores Partidores, las disposiciones del testamento. Examinando ahora los casos de las sentencias del Tribunal Supremo, se verá que, contra lo que se consigna por la Sala recurrente-digo recurrida-, no son ni de cerca ni de lejos parecidos al del presente pleito. En todos esos casos jurisprudenciales, el heredero o legatario impugnante del testamento había recibido todo lo que le correspondía por el testamento; había ejecutado totalmente la voluntad del testador y había pactado sobre los bienes recibidos- sentencia de 26 de noviembre de 1901-. Hízose la partición con arreglo a las disposiciones testamentarias, y fué aceptada por la impugnante, que levantó préstamos sobre su partición. Estima la Sala 1ª existencia de la confirmación del testamento, porque prestó su conformidad al recibir la parte de herencia que le correspondía, conviniendo y pactando sobre la base de la validez del testamento- sentencia de 28 de febrero de 1906-. En el testamento se legó al demandante por testador 250 pesetas, conociendo el testamento cuya lectura había escuchado e impugnó después su validez. La Sala estima que confirmó el testamento. Es evidente que ejecutó en su totalidad del testador. La insignificancia del legado no afecta a la cuestión. Todo lo que tenía que recibir el legatario lo cobró-sentencia- de 28 de febrero de 1908-. Igualmente, el heredero que ejercitaba la acción de nulidad del testamento recibió el legado, conviniendo y pactando sobre la validez. Otorgó además carta de pago al heredero- sentencia de 13 de marzo de 1916-El testador adjudicó a su hija el usufructo de unas obligaciones ferroviarias, y ésta; años después de hallarse en posesión de los intereses, pretendió que se le reconociera la plena propiedad, impugnando el testamento. La Sala estima que hay confirmación con arreglo a la Ley VI, título VIH, de la partida VI y a las sentencias de 28 de mayo de 1864, 8 de enero y 16 de septiembre de 1867. En este caso, se había cumplido y ejecutado la disposición testamentaria. En resumen, la legislación tradicional, la doctrina de los autores y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, unánimemente, exigen que para que se entienda que el testamento nulo ha sido confirmado, que quien lo impugna, que éste haya recibido todos los bienes que le corresponda por el testamento, los haya aceptado y disponga de ellos o pacte sobre el supuesto de su validez. Y ninguno de estos actos ha realizado el recurrente, que continúa sin entrar en posesión de la herencia y que no ha recibido todavía los bienes de la herencia de su madre. Y no se puede privar del derecho a impugnar el testamento, porque haya hecho unas gestiones con los Albaceas a unas invocaciones al testamento, o porque materialmente haya recibido (legalmente no hay tal recibo) unas alhajas y muebles familiares de escasísima importancia en relación con todos los bienes hereditarios, por iniciativa de los Contadores Partidores, y en depósito, según declaró en el pleito uno de ellos (D. Blas), para que exista confirmación de un acto anulable, se requiere que quien ejercita la acción de nulidad conociera el vicio que lo invalidaba y que con plena conciencia de éste realizara los actos confirmatorios. Esta doctrina está comprendida en el artículo 1.311 del Código Civil, en relación con los contratos, y es aplicable a toda clase de actos jurídicos, porque dicho artículo contiene un principio general de Derecho, que tiene virtualidad en el caso de un testamento, ya que, a falta de Ley o costumbre, rigen esos principios, según el artículo 6.º del Código Civil. El artículo 1.311 dice: "Se entenderá que hay confirmación tácita cuando con conocimiento de la causa, y habiendo éste cesado, el que tuviere derecho a invocarla ejecutase un acto que implique, necesariamente, la voluntad de renunciarlo". De los hechos que estima la Audiencia de Cáceres probados, no resulta que el recurrente conociese la causa de nulidad cuando



realizó los actos a los cuales atribuye fuerza confirmatoria. El fallo que se recurre infringe por interpretación errónea y aplicación indebida, el precepto contenido en la Ley VI, título VIII, de la Partida VI y la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1901, 28 de febrero de 1906, 28 y 13 de marzo de 1916, en cuanto establecen que el heredero que recibe la parte que le corresponde en la herencia no puede impugnar el testamento, aunque adolezca éste de determinados vicios de nulidad, confirmándolo con su reconocimiento, porque tal supuesto de hecho no se da en el caso debatido, en el cual el recurrido no ha recibido ni ha podido disponer de su parte en la herencia, que subsiste indivisa entre los dos litigantes, hermanos e hijos de la testadora, D.^a Isabel , por cuya razón le asiste la razón, digo la acción de nulidad, contra el testamento de la causante, por adolecer del vicio de nulidad de ser el testigo instrumental, D. Bruno , amanuense del Notario autorizante, en el momento de otorgarse dicho testamento. Igualmente infringe el fallo, por interpretación errónea y no aplicación, el artículo 687 del Código Civil, que declara nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en el mismo capítulo, cuyo texto no admite la confirmación de los testamentos nulos por actos de reconocimiento del que ejercita tal acción de nulidad.

Cuarto. Fundado en el número lo del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil. El artículo 687 del Código Civil declara nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se haya observado las formalidades exigidas por el propio Código. En relación con el testamento abierto, el artículo 694 del mismo Cuerpo legal exige la intervención de tres testigos idóneos. La no presencia de los tres testigos o de alguno de ellos o la falta de capacidad de todos o delguno-mejor dicho de alguno- vicia el testamento, ya que constituye una de las solemnidades de que están revestidos los testamentos abiertos. La falta de testigos o su falta de idoneidad, son jurídicamente equivalentes. En el caso presente uno de los testigos instrumentales del testamento impugnado es D. Bruno , escribiente o amanuense del Notario autorizante, y, por tanto, incapaz para serlo, según el número 8.º del artículo 681 del Código Civil. Se afirma de contrario que, aunque es cierto que era escribiente, no cobraba remuneración y su intervención era esporádica. Esas circunstancias no influyen para nada en la calificación del testigo, esto aparte de que está probado que percibía remuneración por sus trabajos, y que extendió la tercera y la cuarta parte de las matrices de los protocolos de los años 1926, 1927 y 1928, y que el mismo día 10 de septiembre de 1927, que intervino en el testamento, extendió de su puño y letra, como escribiente, una escritura en el protocolo del Sr. Alvarez. Tal resultado arrojó el reconocimiento del protocolo notarial. El hecho de ser amanuense está reconocido por el propio Sr. Bruno y por testigos de calidad, Abogados, Procuradores, Decano del Colegio Notarial, un hermano y un hijo del Notario autorizante. Según ya se ha indicado, tal hecho lo reconoce la propia parte demandada en sus escritos expositivos, si bien se entiende que no era escribiente de los comprendidos en la prohibición del número 8.º del artículo 681 del Código Civil. La concurrencia en el otorgamiento del testamento de D.^a Isabel , de un testigo amanuense del Notario, vicia de nulidad dicho documento. La doctrina de los autores y la jurisprudencia de la Sala, no dejan lugar a dudas sobre el particular. La falta de un testigo idóneo constituye un vicio de nulidad insubsanable. Carece de validez el testamento en que interviene como testigo un amanuense del Notario autorizante, sin que desvirtúe esta falta que cobrara o no salario, dice el señor Castán en su obra de "Derecho Civil" (Tomo octavo, página 278). Clemente de Diego justifica la nulidad en tal caso por razón especial de solemnidad ("Instituciones del Derecho Civil", Tomo tercero, página 03). Igual carácter de solemnidad le atribuye de bien. Esa incapacidad o la del amanuense la encuentra perfectamente justificada y oportuna Mucius Scaevola (Tomo doce, página 1301). JY Manresa en sus comentarios (Tomo cinco, página 477. Igual, Val verde "Requisito el de los testigos de verdadera solemnidad" (Derecho Civil, Tomo sexto, página 419), así como otros autores y comentaristas, entre ellos Oyuelos Benet. Entre los extranjeros invoca el recurrente la "Autoridad de Celin y Capitant" (Tomo octavo, página 33, de su "Derecho Civil"). Slamial ("Droit Civil", tomo quinto). Ruggiero, etc. La Sala considera nulo el testamento en que concurre como testigo el amanuense del Notario (sentencias de 21 de enero de 1907, 10 de enero de 1910, 18 de mayo de 1912, 6 de julio de 1914; 1.º de diciembre de 1927 y otras muchas). Es indiferente que viviera o no con el Notario o cobrara o no retribución. Basta la copia de siete documentos para considerar al testigo amanuense, según sentencia de 1º de diciembre de 1927 y 18 de noviembre de 1935. En este caso son centenares las escrituras extendidas por el testigo Bruno en los años 1926, 1927 y 1928, anteriores y posteriores al otorgamiento del testamento impugnado, y aun extendió una en la propia fecha de éste. El fallo recurrido infringe por interpretación errónea y no aplicación los preceptos contenidos en el número 8.º del artículo 681, en el 687 y en el 694, todos del Código Civil, en cuanto al primero declara que no podrán ser testigos de los testamentos los dependientes y amanuenses del Notario autorizante; el segundo declara nulo el testamento en el cual no se han observado las solemnidades establecidas por el propio Código en el mismo capítulo, y el tercero exige que en el testamento abierto intervengan tres testigos, idóneos, que vean y entiendan al testador. En el de doña Isabel , impugnado, sólo dos eran idóneos, no siéndolo D. Bruno , amanuense del Notario: Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe K3il Casares:



Fundamentos de derecho

CONSIDERANDO en cuanto al primer motivo del recurso que, como declaró la sentencia de esta Sala en 2 de julio de 1946, si bien la reconvencción no requiere para ser tenida como tal una alegación independiente que no ajuste a determinado formulismo, también es cierto que frente a las peticiones de la demanda sólo cabe entender formulada la reconvencción cuando se plantea una cuestión derivada de un derecho del demandado que pueda ser reconocido con independencia- digo independencia-d l que invoca el actor y con trascendencia suficiente para influir en el de éste, anulando o modificando los posibles efectos de la acción ejercitada en la demanda; y con relación al caso actual, solicitado por el demandado que se desestimase la demanda en que se instaba la declaración de nulidad del testamento, y que se tuviese por válido el mismo, aparece manifiesto que al no darse lugar a la declaración de nulidad instada en la demanda, queda también resuelta la pretensión del demandado, no susceptible de ser decidida con independencia de la formulada por el actor, sin que pueda, por tanto, ser acusado de incongruente el fallo, ya que al no existir reconvencción propiamente dicha la sentencia absolutoria decide todas las cuestiones planteadas en el pleito, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, debiendo tenerse en cuenta, además y bajo otro aspecto, que aun llegando a entender que en el litigio se formuló reconvencción propiamente dicha, nunca podría el actor atacar el fallo en cuanto no ha lugar a la misma, pues también ha declarado esta Sala que no es lícito a un litigante impugnar la sentencia o parte de ella que es favorable razones todas que impiden prevalezca el primer motivo de los invocados:

CONSIDERANDO que la sentencia recurrida contiene, entre otras, las declaraciones siguientes no impugnadas por la vía del número 7.ª del artículo 1.692 de la Ley procesal:

A) El actor ahora recurrente tuvo conocimiento completo del testamento que impugna, por lo menos, desde el día 19 de octubre de 1945, y estaba igualmente enterado de la relación que mediaba entre el Notario autorizante del mismo y el testigo D. Bruno , a pesar de lo cual no sólo se abstuvo de señalar la falta que, a su juicio, afecta a dicho testamento, sino que además con reiterados actos le prestó su conformidad, y en cumplimiento de la cláusula segunda del mismo procedió a dividir con su coheredero las alhajas y otros objetos de valor existentes en la herencia, según consta en documento fechado a 26 de febrero de 1946, haciendo suya sin reserva alguna la parte que le correspondía.

B) Igualmente, sin formular reserva y prestando expreso acatamiento al acto de la última voluntad que ahora impugna, presentó el recurrente un proyecto de división y una adhesión al mismo en 19 y 27 de (noviembre de 1945, habiéndolos entregado a uno de los Albaceas designados en dicho testamento:

CONSIDERANDO que si bien la celebración del negocio jurídico exige una manifestación de voluntad, también es cierto que para tener hecha tal manifestación basta la realización de actos de los que dicha voluntad de negocio se infiera racionalmente, doctrina ésta admitida en el Derecho español como lo demuestra por vía de ejemplo el artículo 999 del Código Civil, que refiriéndose a la aceptación de la herencia admite no sólo la expresa, sino también la revelada por actos que suponen la voluntad de aceptar o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero; y, en general, si manifestada una determinada voluntad a medio de actor, no puede la misma ser impugnada por quien realizó éstos, ya que no es lícito "venire contra proprium" sin destruir la seguridad en las relaciones de derecho, lógico se hace entender que así como en la interpretación del negocio jurídico, y según establece el artículo 1.288 del citado Código Civil, la oscuridad de una estipulación no debe favorecer a la parte que la ocasionó; de análoga manera tampoco puede una de las partes prevalerse de una reserva mental desconocida por la otra para eximirse de cumplir lo pactado:

CONSIDERANDO, en consecuencia, que declarado por el Tribunal "a quo", sin adecuada impugnación en el recurso, que el recurrente conocía el contenido del testamento y a pesar de haberse enterado de la relación que mediaba entre el Notario autorizante del mismo y el testigo Bruno prestó con reiterados y concluyentes actos su conformidad a dicha disposición, habiendo comenzado a ejecutarla de acuerdo con su hermano, no cabe se aduzca válidamente que por no haber llegado a ultimarse el conjunto de las operaciones particionales no obligan al recurrente tales actos y que puede dejar sin efecto el vínculo que le une con su coheredero, pues ello pugnaría con lo dispuesto sobre la fuerza obligatoria del contrato en los artículos 1.256, 1.258 y 1.278 del Código Civil, preceptos de indudable aplicación al caso, ya que habiendo manifestado ambos interesados su voluntad de cumplir lo ordenado en la disposición testamentaria con el conocimiento de las circunstancias que concurrían en la misma, es indudable que, conforme a lo ordenado en el artículo 1.279 del mismo Código, pueden recíprocamente compelerse a formalizar las operaciones divisorias ajustándose a las normas fijadas en aquella disposición; siendo de recordar además que, como declaró la sentencia de esta Sala de 7 de noviembre de 1935, consentido por los herederos el convenio particional no pueden después sin contravenir sus propios actos pedir alguno o algunos de ellos el reconocimiento de un estado de derecho que anule o desvirtúe el que de común acuerdo crearon, consideraciones todas las expuestas de las que se sigue que en el caso actual el recurrente carece de acción para impugnar la validez del testamento, como con acierto afirma el Tribunal de instancia, y que, por tanto, no puede prevalecer el motivo tercero del recurso:



CONSIDERANDO que si, como también estableció esta Sala en sentencia de 13 de marzo de 1916, decidida la cuestión esencial del pleito por estimar que el recurrente carece de acción es ocioso entrar al examen de los motivos del recurso, esta doctrina hace innecesario analizar en el caso presente los segundo y cuarto de casación invocados;

Fallo

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por D. Genaro contra la sentencia que en 3 de diciembre de 1947 dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres; condenamos a dicha parte recurrente al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará la aplicación prevenida en la Ley; y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" e insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Rafael Rubio-Mariano Miguel.-Felipe Gil Casares.-Juan de Hinojosa.-Saturnino López Peces.-Luis Vacas (rubricados).

Publicación. Leída y publicada fué la anterior sentencia por

el Excmo. Sr. D. Felipe Gil Casares, Ponente que ha sido en estos 556 JURISPRUDENCIA CIVIL

autos estando celebrando audiencia pública la Sala primera de lo Civil del Tribunal Supremo en el día de hoy ante mí, de que certifico como Secretario de la misma.

Madrid, 15 de marzo de 1951.-Por mi compañero señor Echegaray, Emilio Gómez Vela (rubricado).