



Roj: **STS 6147/2003 - ECLI:ES:TS:2003:6147**

Id Cendoj: **28079110012003102727**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/10/2003**

Nº de Recurso: **367/2001**

Nº de Resolución: **947/2003**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **CLEMENTE AUGER LIÑAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Octubre de dos mil tres.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Tercera, como consecuencia de autos, juicio de menor cuantía número 259/1998, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Santa Cruz de Tenerife, sobre cumplimiento de disposiciones testamentarias, el cual fue interpuesto por Don Antonio , Doña Sofía , Doña María Inés , Doña Antonia y Doña Claudia , representados por la Procuradora de los Tribunales Doña Flora Toledo Hontiyuelo, en el que es recurrido Don Gabino , representado por el Procurador Don Miguel Angel Capetillo Vega.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Santa Cruz de Tenerife, fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de Don Antonio , Doña Sofía , Doña María Inés , Doña Antonia y Doña Claudia , contra Don Gabino , sobre cumplimiento de disposiciones testamentarias.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual se solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho: "...dicte sentencia en la que estime íntegramente la demanda y haga los siguientes pronunciamientos:

. Declare que todos los sobrinos carnales de Don Roberto tienen derecho a que se repartan entre ellos, de manera equitativa entre los mismos y sin excluir a ninguno de ellos, los bienes de que era titular su tío, a su fallecimiento, y los que por subrogación real hayan sustituido en su caso a aquellos bienes, y a los productos, rentas y frutos de unos y otros; y que los herederos del sobrino fallecido tendrán derecho a la porción que hubiere correspondido a su causante.

. Declare que es obligación de Doña Ana María determinar la porción correspondiente a cada sobrino, lo que aquella podrá hacer a su buen criterio, siempre que las porciones que haga o forme resulten equitativas y que no se excluya del reparto a ningún sobrino de Don Roberto ni, en su caso, a los herederos del sobrino fallecido.

. Declare que, en particular, los actores Don Antonio , Doña María Inés y Doña Sofía tienen derecho a recibir cada uno una porción de los bienes de su tío Don Roberto , fijada según los términos de los párrafos anteriores, y que, por su parte, las demandantes Doña Claudia y Doña Antonia , a su vez, tienen entre las dos derecho a recibir otra porción (también hecha según los párrafos anteriores) de los bienes Roberto , en representación del fallecido sobrino de éste y padre de aquéllas, Don Jon .

. Condene a la demandada Doña Ana María a cumplir su cometido y efectuar el reparto de los bienes de Don Roberto , en los términos de los pronunciamientos anteriores, tan pronto sea firme la sentencia o en el plazo máximo que la misma sentencia fije.

. Disponga que, de no cumplir la demandada Doña Ana María la condena, se hará entonces por el Juzgado el reparto de los bienes, en ejecución de sentencia.



. Y condene a todos los demandados a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y a cumplirlos en lo que a cada uno corresponda, y al pago de las costas del juicio si se opusieren a la demanda".

Admitida a trámite la demanda, los demandados Doña Ana María y Don Gabino, contestaron alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: "...dictar en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la aludida demanda absolviendo de ella a mis representados, todo ello con imposición de costas a la parte actora".

Por providencia del Juzgado de fecha 16 de Octubre de 1998, habiendo transcurrido el término de emplazamiento sin que los demandados Doña Gema y Doña Mónica, se hayan personado se les declara en situación de rebeldía.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 22 de Marzo de 1999, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que desestimando la demanda formulada por la representación procesal de Don Antonio, Doña Sofía, Doña María Inés, Doña Antonia y Doña Claudia contra Doña Ana María, Don Gabino, Doña Gema y Doña Mónica, debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones contra ellos deducidas, con expresa imposición de costas a los actores"

SEGUNDO. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciado éste, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Tercera, dictó sentencia con fecha 8 de Abril de 2000, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que desestimamos el recurso interpuesto por el Procurador Don Miguel Rodríguez Berriel, en nombre y representación de Don Antonio, Doña Sofía, Doña María Inés, Doña Antonia y Doña Claudia, confirmando íntegramente la sentencia apelada, con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante".

TERCERO. La Procuradora Doña Flora Toledo Hontiyuelo, en representación de Don Antonio, Doña Sofía, Doña María Inés, Doña Antonia y Doña Claudia, formalizó recurso de casación que funda en los siguientes motivos:

Motivo primero: Infracción del artículo 797 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo ha aplicado.

Motivo segundo: infracción del artículo 675 del Código Civil en relación con los artículos 1281, 1282, 1283 y 1284 del Código Civil.

CUARTO. Admitido el recurso de casación formulado y evacuando el traslado conferido, el Procurador Don Miguel Angel Capetillo Vega, en representación de Don Gabino, presentó escrito de impugnación al recurso mencionado y terminaba suplicando a esta Sala: "...dicte sentencia desestimando el recurso, con imposición de las costas causadas a la parte recurrente".

QUINTO. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 2 de Octubre de 2003, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. CLEMENTE AUGER LIÑÁN

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En relación al presente recurso resulta conveniente la precisión del núcleo de la cuestión litigiosa que se ha sometido a discusión en el planteamiento de la demanda y en las resoluciones dictadas en instancia. Este no es otro que el siguiente:

.- Los hermanos Don Antonio, Doña Sofía y Doña María Inés y los hijos de hermano fallecido Doña Antonia y Doña Claudia han formulado demanda para cumplimiento de disposiciones testamentarias contra Doña Ana María, hermana del testador fallecido y contra el hijo de ésta Don Gabino. En el curso del procedimiento ha fallecido la tía demandada. La acción también se dirigió contra otros dos primos Doña Gema y Doña Mónica, en situación de rebeldía durante todo el pleito.

Don Roberto falleció soltero y sin herederos forzosos el día 8 de Febrero de 1988. Los tres primeros demandantes son sobrinos carnales, hijos de uno de sus hermanos. Las otras dos demandantes son sobrinas nietas de aquél, hijas de uno de sus sobrinos. La demandada fallecida en el curso del pleito era hermana de Don Roberto; el demandado Don Gabino, es hijo de ésta; y las otras dos demandadas son sobrinas carnales de Don Roberto y por tanto primas de las tres primeras demandantes.

Los demandantes formulan la pretensión de recibir con su primo demandado la herencia de Don Roberto, mediante su reparto entre todos los sobrinos y sobrinos nietos, a lo que la fallecida demandada y su hijo Don Antonio se han opuesto.



En el **testamento** otorgado por Don Roberto , de fecha 20 de Marzo de 1986, ante la Notario de La Laguna, Don Carlos Sánchez Marcos, se contiene disposición testamentaria que literalmente dice así:

"Primera.- Instituye por su única y universal heredera de todos sus bienes, derechos y acciones a su hermana Doña Ana María , quien, en caso de premoriencia, será sustituida por su hijo Don Gabino .

Segunda.- Deja al buen criterio de la heredera instituida repartir entre todos los sobrinos carnales los bienes del testador con criterio equitativo, sin excluir a ninguno de tales beneficios de la herencia de su tío y, para el caso de premoriencia de su citada hermana, tal cometido queda transmitido al sustituto de ésta en la herencia, o sea el hijo de su dicha hermana y sobrino carnal del testador Don Gabino ."

En sentencia dictada en primera instancia se desestimó íntegramente la demanda, con imposición del pago de costas a los demandantes.

Por éstos se formuló recurso de apelación y en sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Tenerife, se confirmó íntegramente la sentencia recurrida.

Por los demandantes se ha formulado recurso de casación contra esta última sentencia, a la que se ha opuesto el demandado Don Gabino .

SEGUNDO. El primer motivo se formula por infracción del artículo 797 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo ha aplicado.

El segundo motivo se formula por infracción del artículo 675 del Código Civil, en relación con los artículos 1281, 1282, 1283 y 1284 del mismo cuerpo legal.

Sostienen los recurrentes que se infringe el artículo 797 cuando la sentencia impugnada niega que la cláusula transcrita pueda ser fuente de obligaciones para el heredero, ya que ésta recoge o manifiesta como indiscutible voluntad del testador la de instituir única y universal heredera de sus bienes a su hermana, negando por ello que el testador ha establecido una aplicación para lo dejado. Y, en consecuencia, también sostienen que la sentencia conduce a una interpretación absurda e ilógica del **testamento**, al proclamar que la hermana instituida podía disponer o no a su voluntad de los bienes que recibía en herencia.

El artículo 797 del Código Civil configura la institución de heredero o el nombramiento de legatario sub modo. El modo es una liberalidad indirecta, a favor de un tercero; se impone al que recibe la liberalidad (en este caso, heredero o legatario), como obligación accesorio, que deberá cumplir una prestación a favor del beneficiario. El modo no limita la eficacia de la institución, pero obliga al heredero o legatario a cumplir la prestación; es muy ilustrativa la frase: "la condición, suspende, pero no constriñe y el modo constriñe, pero no suspende". Si el heredero o legatario sub modo no lo cumple, las personas interesadas pueden en primer lugar, y en lo que en este pleito interesa, exigir el cumplimiento forzoso en forma específica, como cualquier otra obligación.

Y al llegar a este momento del razonamiento, es indispensable señalar que la disposición testamentaria discutida prevé la carga de la distribución de bienes del testador a realizar por Don Gabino , únicamente para el caso de premoriencia de la única y universal heredera Doña Ana María , hermana del referido testador. El supuesto para la sustitución de la heredera universal por su hijo en el cometido indicado no se ha producido. La heredera instituida ha fallecido con posterioridad a su hermano el testador, es decir, no se ha producido la premoriencia prevista, por lo que el hijo de la hermana no puede ser llamado a efectuar el cometido discutido, y el ejercicio de acción contra él mismo en tal condición tiene que ser, en cualquier caso, desestimada.

Cuestión distinta es que ocupa el lugar de su madre demandada por la sucesión procesal derivada del fallecimiento de ésta el día 6 de Noviembre de 1999 y en virtud del **testamento** otorgado ante el Notario de Santa Cruz de Tenerife Don Juan Antonio Pérez Giralda, el día 28 de Octubre de 1998, por el que Doña Ana María le instituye y nombra único y universal heredero a su mencionado hijo y en su defecto, a sus descendientes matrimoniales.

De este **testamento** se infiere que la demandada fallecida no practicó la distribución a la que se refiere el apartado segundo de la cláusula testamentaria en cuestión, toda vez que en el mismo manifiesta la testadora su deseo de incluir expresamente en la presente disposición, los bienes, derechos y acciones que integran la herencia de su hermano Don Roberto , de la que la testadora es titular por virtud del último **testamento** de éste, de fecha 20 de Marzo de 1986, otorgado ante el Notario de la Laguna, Don Carlos Sánchez Marcos.

TERCERO. En relación con lo anteriormente expuesto, es inexcusable destacar que resulta innegable que la interpretación de la voluntad testamentaria presenta unos caracteres específicos y propios que la diferencian de los criterios empleados para interpretar los actos inter vivos. Mientras que la interpretación contractual, y en general la de los negocios jurídicos inter vivos, está guiada no sólo por la voluntad, sino que la acompaña la conocida como autoresponsabilidad del declarante, y la confianza del destinatario de la declaración, derivadas



ambas del principio objetivo de la buena fe; la interpretación testamentaria debe orientarse únicamente por un criterio subjetivo con base en las declaraciones de última voluntad. La jurisprudencia ha reconocido como regla general en nuestro Derecho que es preferente la voluntad realmente querida a la declarada, con la puntualización de que en caso de posible divergencia entre ambas, corresponde a los que afirman esta disparidad la prueba de la misma, pues el Derecho considera en principio que la voluntad declarada coincide con la voluntad real.

El **testamento** es un negocio unilateral, no receptivo, y por tanto su contenido no está orientado a suscitar la confianza en un posible destinatario, es por tanto lógico que se atribuya subjetivamente preferencia al testador en el extremo de interpretar su voluntad. Esta ha sido la orientación jurisprudencial. Ya es clásica la distinción que tres elementos fundamentales, en todo proceso interpretativo: el gramatical, el lógico y el sistemático; el primero, con base en las palabras cuando no ofrece duda la claridad de las cláusulas; el segundo, cuando surge esa duda entre la letra y el espíritu; y el tercero utilizando el conjunto armónico de las disposiciones para cerrar el ciclo interpretativo; pero es unánime la doctrina y la jurisprudencia afirmando que su uso debe ser conjunto y nunca aislado, pues no son más que medios o instrumentos que el intérprete ha de poner en juego de un proceso interpretativo unitario; proceso al que, según más reciente doctrina, debe unirse el elemento teleológico o finalista.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Abril de 1978, declara que toda interpretación, y por consiguiente tanto de las normas como de los negocios jurídicos, al ir dirigidas a indagar el significado efectivo y el alcance de una manifestación de voluntad, exige, fundamentalmente, captar el elemento espiritual, la voluntad o intención de los sujetos declarantes contenidos en la Ley o en el acto jurídico y esa tesis referida a los **testamentos**, en cuanto se trata de una manifestación de voluntad no recepticia alcanza especial relieve que el legislador reflejó en la normativa del artículo 675 del Código Civil, concediendo notoria supremacía a la voluntad real del testador sobre el sentido literal de la declaración de acuerdo con la regla del Derecho Romano "in testamentis voluntates testatium interpretatur".

Con estricta sujeción a la jurisprudencia de esta Sala, en cuanto a la aplicación del artículo 675 del Código Civil, es necesaria dejar señalado aquí, como jurisprudencia pacífica, que el elemento primordial para conocer la voluntad del causante, ha de ser el tenor del propio **testamento**, y dentro de su tenor atenerse a su literalidad, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, y sólo para el caso de que surgiera la duda, se observará lo que aparezca más conforme con la intención, pero siempre según el tenor del mismo **testamento**; sin que, por otra parte, sea lícito al interpretar extender las disposiciones testamentarias más allá de su expresión literal, y sólo permisible la búsqueda de la voluntad, por otros medios probatorios, cuando ésta aparezca oscura, ambigua, contradictoria o dispar entre las palabras utilizadas y la intención. ( Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Febrero de 1988, con invocación de las Sentencias de 5 de Marzo de 1944, 6 de Febrero de 1958, 19 de Noviembre de 1964, 5 de Junio de 1979 y 24 de Marzo de 1982).

Después de estas reflexiones hay que hacer frente a otra cuestión. A tal efecto forzoso es citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Diciembre de 1996 cuando declara que la actividad hermeneútica que preconiza el referido artículo 675 del Código Civil para las disposiciones testamentarias, presenta características específicas e incluso distintas a las que rigen para los contratos. Pues aquella teoría interpretativa debe dirigirse esencialmente para explorar la voluntad real del testador, o sea que proclame esencialmente una tesis absolutamente subjetiva, y así se dice en la jurisprudencia de esta Sala, en concreto las Sentencias de 3 de Abril de 1965 y 22 de Abril de 1978. Es por todo ello, por lo que la dirección jurisprudencial marcada por la Sentencia de esta Sala, de fecha 11 de Diciembre de 1992, que proclama que la función interpretativa de los **testamentos** es función de los Tribunales de instancia, deba ser atemperada por la tesis doctrinal que establece que la interpretación subjetiva en materia de disposiciones de última voluntad, además de ser preferente en general es la que también debe juzgarse consagrada en el Derecho Positivo español, y para que una interpretación correcta de un **testamento**, debe hacerse esencialmente desde el punto de vista de testador y de su ambiente. Por lo que se impone, más que una interpretación instrumental una psicológica o personalísima, admisible a través del recurso de casación.

La voluntad del testador es Ley en la sucesión y es abrumadora la jurisprudencia de que la interpretación de las cláusulas testamentarias corresponde al juzgador de instancia; pero esa facultad soberana del Tribunal de instancia tiene acceso a la casación de modo excepcional ( Sentencia de 4 de Noviembre de 1961, cuando su interpretación cae en lo arbitrario) ( Sentencia de 25 de Abril de 1963, cuando contiene un muy manifiesto error) ( Sentencias de 11 de Junio de 1964 y 18 de Diciembre de 1965, cuando es desorbitada) (Sentencias de 19 de Noviembre de 1964, 10 de Junio de 1964, 31 de Marzo y 18 de Diciembre de 1965, cuando patentiza ese manifiesto error). En definitiva, sólo en supuestos distintos a los señalado prevalece la interpretación de la instancia ( Sentencias de 30 de Abril de 1981 y 17 de Mayo de 1988).



CUARTO. Todo lo expuesto conduce de forma ineludible y con razonable y sencilla explicación a concluir en el sentido de que la interpretación de la cuestionada cláusula testamentaria es errónea de todo punto y ha de ser modificada en casación, asumiendo la Sala la instancia. La literalidad de la cláusula encarga a la heredera el reparto de los bienes hereditarios entre todos los sobrinos del causante, pues cuando deja el reparto al buen criterio de la heredera instituida no aparece locución alguna que permita interpretar que la heredera podía dejar de hacerlo. Y tal interpretación que forzosamente ha de prevalecer sobre la errónea e irracional de las sentencias de instancia, viene reforzada y determinada por la circunstancia de que hace el mismo encargo al hijo de la heredera para el supuesto de su premoriencia. Si la interpretación personalísima que ha de prevalecer fuera la elegida por las sentencias de instancia la heredera hubiera estado en libertad de disponer de los bienes del causante sin otras limitaciones que las derivadas de la institución de la legítima, como así unilateralmente lo hizo en su **testamento**, en la forma ya señalada, con lo que pretendía, sin más, hacer suya, sin carga alguna, los bienes procedentes de la herencia de su hermano.

Por todo lo expuesto, ha de estimarse en parte fundados los motivos de casación que se han articulado en este recurso. Y se han de estimar en parte en virtud de circunstancias restrictivas de las pretensiones contenidas en la demanda que se relacionan a continuación:

- Si bien es evidente que la demandada, hermana del testador, ni en vida ni en su **testamento** realizó la carga que le había impuesto la cláusula en cuestión, no puede por ello estimarse que los frutos o intereses percibidos de los bienes de su hermano, mientras vivía, hayan de integrarse en la distribución prevista, pues su condición de heredero universal indicada en el apartado primero de la cláusula, no puede olvidarse, hasta el punto de estimar que la posesión y uso de los bienes en vida de la misma careciera de título alguno.

- La circunstancia de que la demandada no haya realizado la carga de la distribución, no lleva consigo que esta carga recaiga sobre su hijo, pues como ya se ha referido, no se ha producido el supuesto de premoriencia, que hubiera determinado la sustitución prevista. De ahí que la distribución de los bienes haya de hacerse por todos los llamados a la misma de común acuerdo o judicialmente; sin que se pueda condenar al codemandado, que ha sido directamente demandado en esta acción, y sólo la declaración de validez de la carga de distribución le afecta por la sucesión procesal que se ha producido.

Por otra parte, la demanda no puede ser estimada en relación a los demandados reclamados en rebeldía, primos de los demandantes, Doña Gema y Doña Mónica, que no aparecen en situación posible de oposición a la acción ejercitada y que de hecho no se han opuesto.

CUARTO. Conforme a lo establecido en el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en virtud de la estimación parcial de la demanda dirigida contra Don Antonio, como sucesor procesal de su madre, no procede hacer imposición del pago de costas causadas en la primera instancia en lo relativo a esa acción.

Y en virtud del mismo artículo, y por la absolución del referido Don Antonio y los primos de los demandantes Doña Gema y Doña Mónica, procede hacer imposición del pago de costas causadas en primera instancia por esa acción a los demandantes, en la proporción que se dirá.

Y conforme a lo previsto en los artículos 710 y 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer imposición del pago de costas en los recursos de apelación y casación, con devolución del depósito constituido.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por la Procuradora Doña Flora Toledo Hontiyuelo, en nombre y representación de Don Antonio, Doña Sofía, Doña María Inés, Doña Antonia y Doña Claudia, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 8 de Abril de 2002; y en su virtud:

1º. Se casa la referida sentencia.

2º. Estimando parcialmente la demanda se declara válida y existente la carga prevista en la cláusula segunda de la disposición testamentaria de Don Roberto de repartir entre todos los sobrinos carnales los bienes del testador, sin excluir a ninguno de tales beneficios de la herencia de su tío. Distribución que se hará de acuerdo entre los llamados a la misma o judicialmente; sin hacer declaración expresa sobre pago de costas causadas por la acción que ejercita esta pretensión en primera instancia.



3º. Se absuelve de las pretensiones de la demanda a los demandados a Don Gabino , Doña Gema y Doña Mónica , con imposición del pago de las costas causadas en primera instancia a los demandantes en lo relativo a la acción dirigida contra el primero, por importe total del 50% de las causadas en primera instancia

4º. No se hace declaración expresa sobre imposición del pago de costas causadas ni en el recurso de apelación ni en este recurso de casación; con devolución a los recurrentes del depósito constituido.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Clemente Auger Liñán. Román García Varela. Jesús Corbal Fernández. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Clemente Auger Liñán, 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 CEND