



Roj: **STS 3062/1998** - ECLI: **ES:TS:1998:3062**

Id Cendoj: **28079110011998101460**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/05/1998**

Nº de Recurso: **622/1994**

Nº de Resolución: **436/1998**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Mayo de mil novecientos noventa y ocho.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 7 de marzo de 1985, como consecuencia de autos de juicio declarativo de mayor cuantía, sobre nulidad de testamento, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Zaragoza, ; cuyo recurso fue interpuesto por el Procurador D. Javier Domínguez López, en nombre y representación de D<sup>a</sup> María Inés y D<sup>a</sup> Victoria .

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Alfonso Lozano Gracián, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Valentina , interpuso demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, sobre nulidad de testamento contra D. Rodolfo , D<sup>a</sup> Alejandra , D. Cosme y D<sup>a</sup> Amelia y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que estimando la demanda, se declare que el testamento otorgado por D<sup>a</sup> Blanca en 15 de octubre de 1979, único que otorgó, ante D. Ángel Jesús Cillero, es nulo por todas o cualquiera de las causas invocadas en la demanda y carece, por tanto, de todo efecto, por lo que la herencia de la referida causante debe deferirse por las normas de la sucesión intestada; condenando, en consecuencia, a los demandados, a estar y pasar por estas declaraciones y a consentir que la herencia de D<sup>a</sup> Blanca se defiera por las normas de la sucesión intestada, pues, con expresa imposición de costas a los demandados, procede.

2.- El Procurador D. Serafín Andrés Laborda, en nombre y representación de D. Rodolfo , D<sup>a</sup> Alejandra y D. Cosme , contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que estimando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario o por las razones de fondo alegadas, absuelva a D. Rodolfo , a D<sup>a</sup> Alejandra y D. Cosme de los pedimentos de la demanda, con expresa imposición de costas a la actora D<sup>a</sup> Valentina .

3.- El Procurador D. Angel Ortiz Enfedaque, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Amelia , contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia en la que se declare la nulidad del testamento otorgado por D<sup>a</sup> Blanca en cuanto a declaración de herederos, la ineficacia del legado ordenado a favor de mi representada y se defiera la herencia de la causante conforme a las normas para la sucesión intestada del Código civil y Compilación aragonesa, sin hacer expresa condena a esta parte en el pago de las costas del presente litigio.

4.- Las partes evacuaron los traslados que para réplica y dúplica les fueron conferidos, insistiendo en los hechos, fundamentos de derecho y súplica de sus escritos de demanda y contestación. Recibido el pleito a prueba, se practicó, la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes para conclusiones.



5.- El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Zaragoza, dictó sentencia con fecha 1 de septiembre de 1.983, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que desestimando la pretensión formulada por la demandante, absuelvo de la misma a los demandados y estimando la reconvencción deducida por la Señora Amelia declaro la nulidad del legado del piso NUM000 de la casa número dos de la calle DIRECCION000 de Zaragoza a favor de Doña Amelia otorgado por D<sup>a</sup> Blanca en su testamento abierto otorgado el 15 de octubre de 1979 ante Notario de Zaragoza D. Ángel Jesús Cillero, sin hacer expresa condena en cuanto al pago de las costas procesales.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por el Procurador Sr. Lozano Gracián, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Valentina, la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó sentencia con fecha 7 de marzo de 1.985, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Valentina contra la sentencia dictada en esta litis, la debemos de confirmar y confirmamos íntegramente, sin expresa imposición de las costas de esta alzada.

TERCERO.- 1.- el Procurador D. Javier Domínguez López, en nombre y representación de D<sup>a</sup> María Inés y D<sup>a</sup> Victoria, interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del número 3 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al incidir la sentencia recurrida en infracción de las normas reguladoras de la sentencia, con infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del Principio General del Derecho "iuxta allegata et probata" y de las sentencias que se citarán en el cuerpo de este motivo, al no tener en cuenta hechos alegados y probados en autos, predeterminado con ello el fallo. SEGUNDO.- Al amparo del número 4<sup>o</sup> del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al incidir la sentencia recurrida en infracción del Principio General del Derecho "iuxta allegata et probata" recogido en las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1955, 25 de mayo y 23 de diciembre de 1961 y 19 de octubre de 1981, entre otras. TERCERO.- Al amparo del número 4<sup>o</sup> del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al incidir la sentencia recurrida en infracción de lo dispuesto en el párrafo 1<sup>o</sup> del artículo 1218 del Código civil y de la jurisprudencia que se citará en el cuerpo del motivo, al conceder valor probatorio a una mera apreciación notarial contenida en el testamento de autos, predeterminando el fallo. CUARTO.- Al amparo del número 4<sup>o</sup> del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al incidir la sentencia recurrida en infracción de lo dispuesto en el párrafo 1<sup>o</sup> del artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo establecido en el artículo 1248 del Código civil, al admitir el valor probatorio de los dos testigos que indica en su considerando segundo (portero y vecino del inmueble en el que vivía la testadora), carentes ambos de razón de ciencia alguna sobre la cuestión debatida en autos, predeterminando con ello el fallo. QUINTO.- Al amparo del número 4<sup>o</sup> del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al incidir la sentencia recurrida en error en apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, señalándose como tales documentos: el testamento de autos presentado con la demanda, la escritura de compraventa de 5 de noviembre de 1965 (cuya autenticidad ha sido reconocida implícita y explícitamente por los demandados y sancionada por la propia sentencia recurrida al confirmar la nulidad del legado sobre el objeto de aquella) y el testimonio acompañado como documento 1 de este escrito (en cuanto contiene la diligencia de reconocimiento judicial de la matriz del testamento. SEXTO.- Al amparo del número 4<sup>o</sup> del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al incidir la sentencia recurrida en infracción de lo dispuesto en el artículo 685 del Código civil (en la redacción del mismo vigente en el momento del otorgamiento del testamento en autos) en relación con el artículo 687 del mismo Código que también resulta infringido. SÉPTIMO.- Al amparo del número 4<sup>o</sup> del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al incidir la sentencia recurrida en infracción del artículo 685 del Código civil y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en sentencias de 30 de septiembre de 1901 y 23 de marzo de 1944, en relación con el artículo 687 del Código civil que también resulta infringido. OCTAVO.- Al amparo del número 4<sup>o</sup> del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al incidir la sentencia recurrida en infracción del Principio General del Derecho "iuxta allegata et probata" y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo recoge y que se citará en el cuerpo de este motivo. NOVENO.- Al amparo del número 4<sup>o</sup> del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en infracción de los artículos 695 en relación con el 687 ambos del Código civil y con el núm. 3 del artículo 6 y de la Doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de mayo y 29 de octubre de 1949. DECIMO.- Al amparo del número 4<sup>o</sup> del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al incidir la sentencia recurrida en infracción del párrafo 1<sup>o</sup> del artículo 699 del código civil en relación con el artículo 687 del mismo Código civil y del Principio General del Derecho "iuxta allegata et probata" recogido en las sentencias que se expresarán en el cuerpo de este motivo.

2.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 27 de abril de 1.998, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los antecedentes fácticos precisos para resolver las cuestiones procesales y materiales que plantea el presente recurso de casación son las siguientes:

(1º) D<sup>a</sup> Blanca había contraído matrimonio con D. Jose Daniel , el cual falleció, sin haber tenido descendencia; posteriormente, contrato nuevo matrimonio con D. Fernando , con el que tampoco tuvo descendencia; él era viudo, con dos hijos D<sup>a</sup> Alejandra y D. Cosme ; en fecha 15 de octubre de 1979 otorgó testamento abierto en el que, aparte de disposiciones piadosas, de dos prelegados y de unas sustituciones, instituyó heredero a su marido D. Fernando y, como sustitutos vulgares en caso de premoriencia, al sobrino de la testadora D. Rodolfo y a los hijos del marido D<sup>a</sup> Alejandra y D. Cosme ; el día 4 de octubre de 1980 la mencionada testadora fue ingresada en el centro psiquiátrico Nuestra Señora del Carmen, de Zaragoza; al día siguiente falleció su marido; se instó ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Zaragoza, por su hermana D<sup>a</sup> Valentina (demandante; sus herederas son los recurrentes en casación) declaración de incapacitación y fue reconocida por un médico forense el 23 de marzo de 1981, que dictaminó demencia senil; en fecha 12 de septiembre de 1981 falleció.

(2º) La hermana de la testadora fallecida, D<sup>a</sup> Valentina , interpuso demanda de proceso ordinario de mayor cuantía en la que, basándose en la incapacidad mental de la testadora y en que los testigos instrumentales no manifestaron expresamente que la juzgaron con capacidad para otorgar testamento, interesó la nulidad del testamento y la delación de la herencia por las normas de la sucesión intestada; los codemandados D. Rodolfo y D<sup>a</sup> Alejandra y D. Cosme (sobrino e hijastros de la testadora y herederos, por sustitución vulgar, de la misma) contestaron a la demanda, oponiéndose a la misma y solicitando su desestimación; la codemandada D<sup>a</sup> Amelia contestó a la demanda en cuyo escrito de contestación solicitó la declaración de nulidad del testamento y como reconvenición la ineficacia del legado ordenado a favor de la misma y la delación de la herencia por las normas de la sucesión intestada.

(3º) El Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Zaragoza dictó sentencia desestimando la demanda y, estimando la reconvenición, declaró la nulidad del legado (como legado de cosa propia de la legataria, cuestión que no se plantea en casación); formulado recurso de apelación, la Audiencia Territorial de Zaragoza dictó sentencia en fecha 7 de marzo de 1985, desestimándolo y confirmando la anterior; en ella se planteó como motivo de nulidad el que en el testamento no constaba expresamente la hora del otorgamiento, pero se trataba de cuestión nueva en cuyo examen no estimó lícito entrar conforme al principio iusta allegata et probata; formulado recurso de casación por la demandante D<sup>a</sup> Valentina , esta Sala 1ª dictó sentencia en fecha 21 de junio de 1986 en la que estimó el recurso, casó y anuló la sentencia de la Audiencia y -por acoger el motivo tercero, relativo a la falta de expresión de la hora del otorgamiento, en el testamento- estimó la demanda y declaró la nulidad del testamento.

(4º) Tras un procedimiento penal que terminó con Auto de sobreseimiento y archivo de 21 de junio de 1991, se tramitó recurso de revisión ante esta misma Sala 1ª que dictó sentencia en fecha 6 de febrero de 1993 estimándolo (por razón de haber comprobado que en el testamento sí constaba la hora del otorgamiento) con el siguiente fallo: Que debemos declarar y declaramos procedente el recurso de revisión solicitado por la Procuradora D<sup>a</sup> Concepción Albácar Rodríguez, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Alejandra y D. Cosme y D. Rodolfo ; rescindimos en su totalidad la sentencia de esta Sala de fecha 21 de junio de 1986, dictada en el recurso de casación nº 638/85; y entendiendo que en ninguna de las instancias se tuvo en cuenta, ni fue decisivo, el defecto de forma observado en las copias del testamento que obraban en autos, procede expedir testimonio del fallo de esta resolución y devolver los autos principales a la Audiencia Territorial (hoy Provincial) de Zaragoza de donde proceden, para que a partir de la resolución dictada en apelación las partes usen de su derecho según les convenga; todo ello sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas, y con devolución del depósito constituido". Consecuencia de ello, recibidos los autos en la Audiencia Provincial de Zaragoza, se personaron y acreditaron los herederos de la demandante D<sup>a</sup> Valentina , sus sobrinas y herederas, que anunciaron la interposición del recurso de casación; la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó Auto de 14 de febrero de 1994 por el que se tuvo por preparado dicho recurso.

SEGUNDO.- Los pronunciamientos jurídicos que deben ser resueltos como fundamento del fallo en el presente recurso de casación son atinentes al Derecho procesal y al Derecho civil.

(1º) De derecho procesal es el tema mismo del recurso. Esta Sala dictó sentencia en 21 de junio de 1986, y fue objeto de recurso de revisión: éste no afectó a la sentencia misma de casación sino a la que dictó recuperando la instancia (la que era antiguamente la "segunda sentencia"); contra la primera no cabe revisión, sí contra la segunda. Cuando esta Sala, en sentencia de fecha 6 de febrero de 1993, estimó procedente la revisión y rescindió la sentencia anterior, ésta quedó fuera de la realidad jurídica; la sentencia rescindida, como nula, no fue más que una apariencia que la sentencia del recurso de revisión eliminó. La cuestión esencial fue la constancia de que en el testamento original sí se hacía constar expresamente la hora de su otorgamiento (la



supuesta falta de tal constancia era el motivo que dio lugar a la casación, en la sentencia rescindida); por lo cual esta cuestión no puede ser discutida de nuevo. Y la rescisión repone a las partes en la situación jurídica anterior; así, el artículo 1807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ordena que se devuelvan los autos al Tribunal de que procedan para que las partes usen de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente. La sentencia de esta Sala, de revisión, de 6 de febrero de 1993, mandó devolver los autos a la Audiencia de Zaragoza para que a partir de la resolución dictada en apelación (su sentencia de 7 de marzo de 1985) las partes usen de su derecho según les convenga. Efectivamente, las partes lo utilizaron formulando nuevo recurso de casación contra tal sentencia, el cual fue tenido por preparado por la Audiencia y admitido por esta Sala, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, el cual había dictaminado contra la admisibilidad de los primeros cinco motivos y la admisión de los restantes.

2º) De Derecho civil, se plantea, en primer lugar, la cuestión de la capacidad de la testadora. Es causa de incapacidad para testar el no hallarse en su cabal juicio ( artículo 663, 2º, Código civil) al tiempo de otorgar testamento ( artículos 664 y 666 del Código civil); la cuestión referente al estado mental del testador tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a la Sala de instancia, dice literalmente la sentencia de 27 de noviembre de 1995, con abundante cita de sentencias anteriores. En el presente caso, claramente las sentencias de instancia han afirmado que no se ha probado la incapacidad mental de la testadora.

En este tema, es interesante reproducir el completo resumen de la doctrina jurisprudencial que se contiene en la sentencia de 27 de enero de 1998: a) que la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos (Sent. 25-IV-1959); b) no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamentifacción y la jurisprudencia el declarar nulo un testamento por circunstancias de carácter moral o social, nacidas de hechos anteriores o posteriores al acto del otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte (Sent. 25-X-1928); c) que ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido (Sent. 18-IV-1916); d) que son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad: 1) la edad senil del testador, "pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano decrepito y achacoso...", ni el Derecho ni la Medicina consienten que por el solo hecho de llegar la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerar demente, pues la inherencia a esta de un estado de demencia, requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho (Sent. 25-XI-1928); 2) que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si estos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón (Sent. 25-X-1928); 3) no obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el Notario y los testigos (Sent. 28-XII-1918); e) la sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (Sent. 1-II-1956), pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (Sent. 25-IV-1959); de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción iuris tantum que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que sólo puede destruirse por una prueba en contrario "evidente y completa" (Sent. 8-V-1922; 3-II-1951), "muy cumplida y convincente" (Sent. 10-IV-1944; 16-II-1945), "de fuerza inequívoca" (Sent. 20-II-1975), cualquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aún en estado latente en el sujeto (Sent. 25-IV-1959), pues ante la dificultad de conocer donde acaba la razón y se inicia la locura, la ley requiere y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración (23-II-1944; 1-II-1956); f) la falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria, y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre "cumplidamente" en vía judicial su incapacidad, destruyendo la "enérgica presunción iuris tantum" (Sent. 23-III-1894; 22-I-1913; 10-IV-1944; 16-II-1945), que revela el acto del otorgamiento, en el que se ha llenado el requisito de tamizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el Notario (Sent. 23-III-1944); g) restando por añadir que la intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz, -lo que no implica que puedan intervenir, especialmente si el Notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante (Sent. 18-IV-1916; 16-XI-1918)- pues el artículo 665 del Código Civil, no es aplicable al caso de quien otorga testamento sin estar judicialmente incapacitado (Sent. 27-VI-1908).

En segundo lugar, se plantea la cuestión de si ha de constar expresamente en el testamento la apreciación por los testigos, de la capacidad del testador, según el Código civil en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código civil en materia de testamentos. El artículo 685 disponía: también procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la



capacidad legal necesaria para testar; en el caso del Notario, exigía el artículo 695, último párrafo, que lo hiciera constar expresamente en el testamento, pero no se dispone lo mismo para los testigos por lo que, si no consta su apreciación, no es un defecto de forma que dé lugar a la nulidad.

TERCERO.- Pasando a examinar los motivos de casación, hay que entender inadmisibles los cinco primeros y el octavo, inadmisión que en este momento procesal deviene desestimación, por lo que informa el Ministerio Fiscal respecto a los cinco primeros: se pretende sustituir la valoración de conjunto efectuada por el juzgador a quo respecto al material probatorio en el contexto de lo alegado, por otra valoración.

En el motivo primero, al amparo del nº 3º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del principio iuxta allegata et probata y de sentencias que cita: en el desarrollo del motivo no se razona la posible incongruencia, sino que se incide en la prueba practicada y en la valoración de ésta, lo que es ajeno al recurso de casación, que no es una tercera instancia. Lo cual se repite y se reproduce literalmente en parte, en el motivo segundo, al amparo - como los restantes- del nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El motivo tercero acusa infracción del artículo 1218, párrafo primero, del Código civil discutiendo la apreciación del Notario de la capacidad de la testadora, siendo así que las sentencias de instancia han razonado extensamente la falta de prueba de la incapacidad, frente a la presunción de capacidad, siendo una de las razones la correcta aplicación de esta norma. El motivo cuarto, al alegar la infracción de lo dispuesto en el artículo 659, párrafo 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 1248 del Código civil incide en el mismo error que el motivo anterior y olvida la discrecional apreciación de la prueba testifical por los Tribunales de instancia, que proclaman dichos artículos. El motivo quinto alega "error en la apreciación de la prueba", motivo que ya no se encuentra en la vigente normativa del recurso de casación y, además, no cita precepto alguno infringido. El motivo octavo alega infracción del principio general del Derecho iuxta allegata et probata y de la jurisprudencia: en el desarrollo del motivo se vuelve a replantear la prueba practicada y la valoración de la misma; por otra parte, se alega el principio sin más, sin alegarlo como aplicable directamente al caso, en defecto de ley y de costumbre; asimismo, no puede volver a discutir la cuestión de la constancia de la hora del otorgamiento en la sentencia, resuelta definitivamente por la sentencia dictada por esta Sala en el recurso de revisión.

CUARTO.- El motivo sexto de casación, formulado al amparo del nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia infracción de lo dispuesto en el artículo 685 en relación con el 687 del Código civil en su redacción vigente al tiempo de otorgarse el testamento, por estimar que no consta en el testamento que los testigos conocían a la testadora. Esta es una cuestión nueva que no se expresó, como motivo de nulidad, en la demanda, ni se analizó en las sentencias dictadas, por lo que no debe entrarse a conocer de ella en este momento procesal.

El motivo séptimo alega infracción de los mismos artículos del Código civil por estimar que no consta en el testamento que los testigos apreciaron la capacidad de la testadora. Como se ha dicho anteriormente, los testigos procurarán asegurarse de la capacidad ( artículo 685, primer párrafo, del Código civil) pero no se ordena, como requisito de forma, que se haga constar en el testamento tal apreciación por los testigos (sí, por el Notario: artículo 695, último párrafo).

El motivo noveno se refiere a la cuestión de la constancia de la hora del otorgamiento del testamento, en el propio instrumento público; alega infracción de los artículos 695, en relación con el 687 y con el 6.3 del Código civil (y de ciertas sentencias, que no desarrolla). Como se ha dicho anteriormente, cuando las partes usan de su derecho según les convenga en el juicio correspondiente, tras la sentencia que estima procedente el recurso de revisión, según dispone el artículo 1807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la parte recurrente lo ha usado en el presente recurso de casación, en éste no pueden ser discutidas de nuevo las declaraciones hechas en aquella sentencia de revisión: esencialmente, ha quedado definitivamente acreditado que en el testamento sí constaba la hora de su otorgamiento. No se puede volver a examinar en este recurso de casación; incluso, a mayor abundamiento, ya fue una cuestión nueva en el de apelación.

El motivo décimo se refiere a una cuestión nueva que nunca había sido planteada. Se alega infracción del artículo 699, primer párrafo, en su redacción anterior a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, que establece la unidad de acto en el testamento, lo cual consta expresamente en el testamento y en ningún momento de este proceso se había alegado.

Por lo cual, todos estos motivos deben ser desestimados.

QUINTO.- Al no estimarse procedente ningún motivo de casación, debe declararse no haber lugar al recurso, con imposición de las costas y pérdida del depósito, al que se le dará el destino legal.

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

**FALLAMOS**

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN, interpuesto por el Procurador D. Javier Domínguez López, en nombre y representación de D<sup>a</sup> María Inés y D<sup>a</sup> Victoria , respecto a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, con fecha 7 de marzo de 1.985, la que se confirma en todos sus pronunciamientos, condenándose a dicha parte recurrente al pago de las costas y pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

Y líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.-

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- JOSE ALMAGRO NOSETE.- ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS.- XAVIER OCALLAGHAN MUÑOZ.- RUBRICADOS.- T R I B U N A L S U P R E M O Sala de lo Civil \_\_\_\_\_ VOTO PARTICULAR FECHA:12/5/98 Voto particular que formula el Magistrado Don José Almagro Nosete a la sentencia de doce de mayo de mil novecientos noventa y ocho, Recurso de Casación nº 622/1994 El Magistrado de esta Sala que suscribe este voto particular y que ha tomado parte en la deliberación y fallo de la sentencia a la que aquél se refiere, con respeto a la misma, considera que el fallo debería haber sido la declaración de no haber lugar al recurso por causa de inadmisión del mismo (ahora, según jurisprudencia en este momento procesal, causa de desestimación) mandando reponer a los interesados legítimos, conforme dispone la ley, una vez dictada sentencia en "recurso" (proceso) de revisión, al estado en que éstos puedan usar de su derecho, según las convenga, en el juicio correspondiente. Se aceptan los antecedentes fácticos consignados en el Fundamento de Derecho "Primero" de la sentencia. Se manifiesta disconformidad con los demás razonamientos de la expresada sentencia: PRIMERO.- La sentencia impugnada no constituye una verdadera y propia sentencia, puesto que es la misma que fue recurrida mediante el recurso de casación (anterior al actual) cuya sentencia, al prosperar éste, mandó anular y casar la recurrida sentencia de la Audiencia, siendo sustituida por la resolución de instancia que estableció la expresada sentencia de esta Sala Primera del Tribunal Supremo, en su doble función de sentencia meramente casacional y sentencia de instancia, por casación de la de segunda instancia que hoy es objeto de segundo recurso de casación. Tal supuesta sentencia de la Audiencia, que devino inexistente, por extinción de su vida jurídica, una vez revocada, al conocer el Tribunal Supremo de la instancia, por obra de la acogida del motivo que determinó la casación, no, puede, consecuentemente, ser objeto de un nuevo recurso de casación, como el erróneamente admitido, sustanciado y decidido por la sentencia de la que discrepo, dando ocasión al anómalo hecho de haberse seguido dos recursos de casación contra una misma sentencia de Audiencia, cada uno en espacios temporales diferenciados: uno, que siguió su curso procedimental regular (el primero) y otro, el presente, que se prepara, después de casada la sentencia, y transcurridos todos los plazos hábiles para ello, mediante la implícita concesión de una prohibida restitución de plazos, fatalmente precluidos. SEGUNDO.- La única sentencia de instancia que existió en el proceso originario, fue la que devino firme y dictó esta Sala, en su momento, no obstante, que al formularse contra ella, "recurso de revisión" (según es sabido, se trata de un proceso autónomo, que versa sobre un objeto diferenciado del fondo, cuales son los motivos de revisión) se estimara procedente y, con ello, se ordenará, conforme al artículo 1.806 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la rescisión de la sentencia impugnada. Del juicio rescidente de la sentencia firme, nunca puede derivarse -según mandato legal-, una "resurrección" formal de cualquier otra de las que fueron sentencias de instancia, pero que no llegaron a alcanzar firmeza por el juego de los recursos. Dispone, en efecto, el artículo 1.807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que rescindida, en todo o en parte, la sentencia firme impugnada y mandada expedir certificación del fallo, se devolverán los autos al Tribunal (o juez) de quien procedan "para que las partes usen de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente". La noción de "juicio correspondiente" se corresponde inequívocamente, conforme a la propia terminología y sistema de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin oposición doctrinal alguna, con el concepto de un nuevo proceso sobre la cuestión, (juicio rescisorio) no con la de un recurso (como se sostiene en este caso por la sentencia de la que disiento), formulado contra una sentencia revocada y sustituida por otra en casación TERCERO.- Aunque es posible que la redacción del fallo de la sentencia dictada en revisión (en especial la frase que dice "a partir de la resolución dictada en apelación") haya inducido a perplejidad, la interpretación del fallo sólo puede hacerse, conforme a Ley y, según esta, "en todo caso servirán de base al nuevo juicio las declaraciones que se hubieren hecho en el recurso de revisión, las cuales no podrán ser ya discutidas". Por supuesto que este nuevo proceso o juicio rescisorio, no impide, en su caso, los recursos que procedan. Considerada, por tanto, la cuestión procesal que el caso entraña, desde cualquier perspectiva, la solución unívoca y plenamente ajustada a Ley es la de entender que, después de rescindida una sentencia por vía de revisión, el derecho a ejercitar las partes, los que creyeran asistirle, debe ventilarse en un nuevo proceso. Lo contrario vulnera el artículo 24 de la Constitución Española que proclama el "derecho a un proceso con todas las garantías" esto es, el derecho al "proceso debido". Consecuentemente, el fallo que debió dictarse como ya se dijo, tenía que haber sido la desestimación de oficio por inadmisión



del recurso de casación planteado contra una sentencia inexistente, todo ello, traducido, dado el momento procesal, al que el asunto llegó (de votación y fallo) en declaración de no haber lugar al mismo, pero sin entrar a conocer de los motivos y mandando reponer a las partes en su derecho de usar los que creyeran asistirles, según les conviniera, en un nuevo juicio. Sin costas. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ