



Roj: **STS 10285/1991** - ECLI: **ES:TS:1991:10285**

Id Cendoj: **28079110011991100986**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/11/1991**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JAIME SANTOS BRIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Núm. 879.-Sentencia de 30 de noviembre de 1991**

PONENTE: Excmo. Sr. don Jaime Santos Briz.

PROCEDIMIENTO: Juicio declarativo ordinario de menor cuantía.

MATERIA: Nulidad de testamento abierto. Valoración de la prueba testifical. El notario autorizante no incurre en inhabilidad. "Tener interés directo.»

NORMAS APLICADAS: Arts. 695 , 699 y 1.247 , 1.º del Código Civil .

JURISPRUDENCIA CITADA: Sentencias de 9 de mayo de 1935 , 5 de diciembre de 1940 , 11 de febrero de 1911, 1 de febrero de 1956, 10 de abril de 1987, 7 de octubre de 1982, 12 de mayo de 1945 y 4 de mayo de 1977.

DOCTRINA: La prueba testifical por sí sola o en combinación con otras, y aun tachados los testigos, es de discrecional apreciación por el Tribunal sentenciador, sin que respecto de ella y sólo por ella quepa la casación, por tanto sin que la apreciación que al Juzgador merezcan las manifestaciones de los testigos y el juicio de éstos deducido de su libérrima voluntad, puede ser impugnada en casación. No procede la casación por la inadmisión de la prueba de tachas de los testigos.

La alegación del interés directo en el testigo a que se refiere el art. 1.247, núm. 1 no es aplicable al Notario autorizante del testamento cuya nulidad se pide, sobre todo cuando se refiere su declaración a hechos de los que en el ejercicio de su función ha dado fe al autorizar el documento. Es muy razonable el criterio de la doctrina científica que, partiendo de la vaguedad de la frase "tener interés directo» sostiene que ha de atenderse al efecto de cosa juzgada de la Sentencia ya que si ésta va a afectar al testigo en su persona, bienes o intereses, evidentemente tal circunstancia la inhabilitaría para testificar.

Las instrucciones previas a la redacción del testamento pueden darse sin necesidad de la presencia de los testigos. Exigible unidad de acto requisito que consiste según conocida jurisprudencia en la lectura del testamento en alta voz por el Notario y firma de los asistentes, equivaliendo la expresión de conformidad del otorgante al cumplimiento del primer requisito exigido por el art. 695 del Código Civil , sin que sea preciso ni necesario que los testigos oigan de boca del



testador cada una de las disposiciones testamentarias.

En la villa de Madrid, a treinta de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al final relacionados, el recurso de casación contra la Sentencia dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Sigüenza, sobre nulidad de testamento abierto, cuyo recurso fue interpuesto como recurrentes don Blas , doña Nieves , doña Estefanía y don Matías representados por la Procuradora Sra. Berriatúa Horta y asistidos del Letrado Sr del Castillo Vega y como recurrido con Juan Pablo representado por el Procurador Sr. Fraile y asistido del Letrado Sr. Solano Ramírez.

### Antecedentes de hecho

Primero: Por la Procuradora Sra. Lázaro Herranz en nombre de don Blas , doña Nieves , doña Estefanía y don Matías y mediante escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia de Sigüenza, se dedujo demanda de menor cuantía contra don Juan Pablo sobre nulidad de testamento abierto, y en cuya demanda después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte Sentencia por la que se estime la demanda, se declara nulo el testamento abierto otorgado por don Bernardo el día 9 de mayo de 1985. y se condene al demandado a estar y pasar por tal declaración y al pago de las costas que se originen.

Segundo: Por el Procurador Sr. Garcés Gil en nombre de don Juan Pablo se contestó a la demanda, alegando los hechos y fundamentos de derecho que constan en autos y terminó suplicando se dicte Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, absolviendo de la misma al demandado.

Tercero: Practicada la prueba declarada pertinente y unida a sus autos el Magistrado- Juez de Primera Instancia de Sigüenza dictó Sentencia con fecha 2 de febrero de 1987 cuyo fallo dice así: "Que desestimando la demanda interpuesta por don Blas , doña Nieves , doña Estefanía y don Matías contra don Juan Pablo , debo absolver y absuelvo al mismo de la demanda».

Cuarto: Apelada la anterior resolución por la representación de la parte demandante y sustanciada la alzada con arreglo a Derecho, la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia con fecha 16 de septiembre de 1989 , cuyo fallo dice así: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sigüenza, Sentencia que confirmamos en su integridad».

Quinto: Por la Procuradora Sra. Berriatúa Horta en nombre de don Blas , doña Nieves , doña Estefanía y don Matías se ha interpuesto recurso de casación al amparo de los siguientes motivos: Primero.-Amparado en el núm. 3.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Segundo y tercero amparados en el núm. 5.º del art. 1.692 de la citada Ley Procesal.

Sexto: Admitido el recurso por la Sala y evacuado el trámite de instrucción se ha señalado día para la vista, que ha tenido lugar el 14 de noviembre actual.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. don Jaime Santos Briz.

### Fundamentos de Derecho

Primero: En la demanda, que inició el proceso de menor cuantía de que dimana el presente recurso de casación, se expresa que los demandantes, actuales recurrentes, son hermanos del fallecido don Bernardo , siendo hecho incontrovertido que el día 9 de mayo de 1985 otorgó testamento declarando en él, en cuanto a institución de heredero se refiere, únicamente que "nombra por su único y universal heredero de todos sus bienes, derechos y acciones a su sobrino Juan Pablo , y en defecto de éste a sus descendientes». Los citados demandantes se dirigen contra el instituido heredero, demandado y ahora recurrido, solicitando "se declare nulo y sin validez alguna el testamento abierto otorgado por don Bernardo el día 9 de mayo de 1985» ante el Notario don Luciano Marín Carrera; demanda que fue desestimada en ambas instancias y absuelto el demandado. La Sentencia recurrida se basó esencialmente en los siguientes hechos, que no han sido eficazmente impugnados en el recurso por el conducto procesal del núm. 4.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil : a) Del testamento cuestionado resulta que lo que en él se expone fue la voluntad manifestada por el testador, ante tres testigos, dos de ellos sacerdotes, dando fe el Notario de conocer a testador y testigos, de la capacidad del testador, de la idoneidad de los testigos por lo que resulta de sus manifestaciones, de la unidad de acto y del cumplimiento de todas las formalidades legales, b) Consta asimismo probado, según la Sala a (fundamento de derecho 4.º de su Sentencia), que la última voluntad



expresada se le hizo saber al Notario por el testador en Sigüenza el 14 de noviembre de 1984 . con ocasión de otorgamiento de escritura de poder en favor de Procuradores y Letrados, por lo que el testamento había sido redactado ya, a falta de los nombres de los testigos, antes de desplazarse el Notario al domicilio del testador. Testamento cuyo contenido dispositivo único fue el ya mencionado al principio de este fundamento de derecho, c) No se acreditó en absoluto que el testamento de referencia fuera otorgado mediante violencia, dolo o fraude, o siendo precedido de maquinaciones de cualquier tipo, d) El testador sufrió un accidente cerebro-vascular agudo el día 1 de abril de 1985; quedándole la secuela de una hemiparálisis derecha con pérdida del habla, situación que persistió después de ser dado de alta el día 2 de mayo siguiente, e) Como cuestión de hecho, de la apreciación del conjunto, e individualizada, de las pruebas el Tribunal de apelación deduce, ante la falta de prueba en contrario, la capacidad del testador en el momento de otorgar el testamento, conclusión que extrae del análisis de la prueba testifical, y de los informes y declaraciones médicos efectuados. También deduce como hecho probado el mismo Tribunal, que el Notario redactó el testamento según las instrucciones recibidas del testador el día 14 de noviembre de 1984. anterior fecha al mencionado accidente patológico. 0 Si bien el testador tenía una disminución de movimientos en hemicuerpo derecho y la pérdida del habla, consta de la misma forma la consciencia del paciente, según testificaron los médicos que le asistieron e incluso según los mismos facultativos que hacia primeros de mayo de 1985 el enfermo se encontraba bastante mejor con relación a como se encontraba en el mes anterior.

Segundo: El primero de los motivos del recurso, con amparo procesal en el núm. 3.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , acusa la infracción del art. 1.245 del Código Civil , en relación con el 1.247,1.º del propio Código, al considerar inhábiles por disposición de la Ley los testimonios vertidos como testigo por el Notario autorizante del testamento impugnado, ya que según el recurso tal testigo tiene interés directo en el pleito. La inhabilidad en cuestión fue solicitada en momento oportuno por los ahora recurrentes, siendo desestimada su petición por auto del Juzgado de 19 de septiembre de 1986. El motivo que se examina ha de ser rechazado por las siguientes razones: a) Es doctrina de esta Sala, de general aplicación a la apreciación en casación de la prueba testifical, que ésta por sí sola, o en combinación con otras, y aun tachados los testigos, es de discrecional apreciación por el Tribunal sentenciador, sin que respecto de ella y sólo por ella quepa la casación; por tanto sin que la apreciación que al Juzgador merezcan las manifestaciones de los testigos y el juicio de éstos deducido de su libérrima voluntad, pueda ser impugnada en casación ( Sentencias, entre otras, de 9 de mayo de 1935 y 5 de diciembre de 1940 ). Tal prueba impide que se contradiga su resultado en casación mediante el examen y valoración crítica de lo declarado por los testigos (que es lo que hace el recurso) para la formación de un juicio contrario al del Juzgador quo. También ha declarado esta Sala (Sentencia de 11 de febrero de 1914 ) que no procede la casación por la inadmisión de la prueba de tachas de los testigos, pues la apreciación de sus declaraciones, sean aquellas tachables o no, es siempre de la libre apreciación del Juzgador, b) La alegación del interés directo en el testigo a que se refiere el art. 1.247, núm. 1.º, no es aplicable al Notario autorizante del testamento cuya nulidad se pide, sobre todo cuando se refiere su declaración a hechos de los que en el ejercicio de su función ha dado fe al autorizar el documento, como resulta probado en esta litis, con anterioridad al comienzo de ésta. Por otra parte, es muy razonable el criterio de la doctrina científica, que, partiendo de la vaguedad de la frase "tener interés directo», sostiene que ha de atenderse al afecto de cosa juzgada de la Sentencia, ya que si ésta va a afectar al testigo en su persona, bienes o intereses, evidentemente tal circunstancia le inhabilitaría para testificar. Todo ello teniendo en cuenta que en este segundo caso podría ser a lo más objeto de tacha, según el art. 660, causa 3.a, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , lo que, aunque se probara, no obligaría al Tribunal a prescindir del testimonio del testigo tachado. En definitiva, el testigo afectado no puede estimarse inhábil, ni siquiera tachado, lo que conduce, como ya se indicó, al rechazo del motivo examinado.

Tercero: El segundo de los motivos, al amparo del núm. 5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción por la Sentencia recurrida del art. 695 del Código Civil "en cuanto dispone que el testador expresará su última voluntad al notario y a los testigos, formalidad que -según el recurso- no fue respetada al otorgarse el testamento objeto de impugnación». En el desarrollo de este motivo, en realidad los recurrentes hacen un nuevo análisis y apreciación de las pruebas practicadas en la litis para llegar a conclusión contrapuesta a la de la Sala de instancia. Reiterada jurisprudencia se ha referido, sin aludir a si las instrucciones previas al testamento dadas por el testador al Notario han de ser verbales o escritas, bastando conste que efectivamente aquellas instrucciones se probó fueron hechas. Por otro lado, dada la simplicidad del contenido del testamento, es evidente que, constando la consciencia del testador según se acreditó, es suficiente que asienta al contenido leído del testamento mediante movimientos de cabeza, tan inequívocos en su significado e interpretación como un asentimiento manifestado por medio de la palabra. Indudablemente, de no haber estado conforme el testador con el contenido que se le leyó del testamento, también hubiera podido manifestarlo de forma inequívoca mediante gestos convincentes, constando su lucidez mental. Todo ello conforme con la reiterada doctrina jurisprudencial de que las instrucciones previas a la redacción del testamento pueden darse sin necesidad de la presencia de los testigos, y así se hizo verbalmente en el caso debatido en época en que el



testador conservaba el habla; y su asentimiento, según Sentencia de 4 de mayo de 1977 , a la redacción del testamento puede deducirse del propio testamento, como así ocurre según los hechos declarados probados en la instancia. Todo ello corroborado en cuanto a su eficacia por la también reiterada jurisprudencia de que la capacidad legal de todo testador se presume, y que la prueba en contrario ha de ser de todo punto convincente, apreciación que tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a la Sala de instancia (Sentencias, entre otras, de 1 de febrero de 1956 , 10 de abril de 1987 y 7 de octubre de 1982 ). Por todo lo cual el motivo segundo ha de ser también desestimado.

Cuarto: El tercero y último de los motivos, con idéntico amparo procesal que el anterior, acusa la infracción por la Sentencia recurrida del art. 699 del Código Civil , afirmando que las formalidades del testamento abierto impugnado no se verificaron en un solo acto, como exige el precepto legal invocado. También en el desarrollo del motivo prescinde el recurso de los hechos acreditados en la instancia, donde claramente se dedujo, y lo hizo constar la Sala a ano, que el Notario dio fe, entre otros extremos, de la unidad de acto y del cumplimiento de todas las formalidades legales. Por tanto, no son de tener en cuenta como contrarios a esta unidad de acto los hechos que el motivo refiere (haber dado con anterioridad instrucciones verbales al Notario, el que transcurrieran varios meses desde el día en que se dieron esas instrucciones hasta el del otorgamiento del testamento, el que el Notario fuera avisado por el sobrino del testador al que nombró heredero), hechos que desde luego no permiten llegar acertadamente a la conclusión de que el acto del otorgamiento del testamento impugnado no guardó la exigible unidad de acto; requisito que consiste según conocida jurisprudencia en la lectura del testamento en alta voz por el Notario y firma de os asistentes, equivaliendo la expresión de conformidad del otorgante al cumplimiento del primer requisito exigido por el art. 695 del Código Civil , sin que sea preciso ni necesario que los testigos oigan de boca del testador cada una de las disposiciones testamentarias ( Sentencia de 12 de mayo de 1945 ); y habiendo sido sustituida la firma del testador, en el caso litigioso, por la de un testigo, ya que se hallaba aquél, según hecho acreditado, en situación de no poder firmar por su estado de enfermedad. Consiguientemente este motivo ha de decaer y el recurso mismo por haber sido desestimados todos.

Quinto: La desestimación del recurso da lugar a la imposición, de las costas que causó, a los recurrentes, y a acordar la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Por todo 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 interpuesto por don Blas , doña Nieves , doña Estefanía y don Matías contra la Sentencia que, con fecha 16 de septiembre de 1989 dictó la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid , y condenamos a los recurrentes al pago de las costas del recurso y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal; y líbrese al lltmo. Sr. Presidente de la Audiencia Provincial de Madrid la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala que remitió.

ASI, por esta nuestra Sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-José Luis Albácar López.- Eduardo Fernández Cid de Temes.-Jesús Marina Martínez Pardo.-Teófilo Ortega Torres.-Jaime Santos Briz.-Rubricados.

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr don Jaime Santos Briz, Magistrado de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, y Ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando audiencia pública la misma en el día de la fecha, de lo que como Secretario doy fe.