

Roj: **STS 730/1994** - ECLI: **ES:TS:1994:730**Id Cendoj: **28079110011994101220**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/02/1994**Nº de Recurso: **1428/1991**Nº de Resolución: **87/1994**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **JAIME SANTOS BRIZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

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 Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de 1ª instancia de Olot, sobre nulidad de **testamento ológrafo**, cuyo recurso fue interpuesto por doña Dolores y doña Esperanza, representadas por el Procurador Sr. Sorribes Torra y asistidas del Letrado don Manuel Serra Domínguez, en el que es recurrido don Jose Manuel, representado por el Procurador Sr. Velasco Muñoz-Cuéllar y asistido del Letrado don José Mª Pou de Avilés, siendo también demandadas doña Margarita y doña Nieves, que no han comparecido ante este Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Ante el Juzgado de 1ª instancia de Olot fueron vistos los autos de juicio de menor cuantía seguidos a instancia de don Jose Manuel, contra doña Dolores, doña Esperanza, doña Margarita y doña Nieves, sobre nulidad de **testamento ológrafo**.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia por la que se estime la demanda, declarándose la nulidad del **testamento ológrafo** de doña María Esther, tramitado bajo expediente judicial nº 30/85, y protocolizado por el Notario Manuel Faus Pujol, obligando a las demandadas a pasar por esta declaración, condenándoles al pago de las costas causadas en el presente procedimiento.

Admitida a trámite la demanda, fue contestada por las demandadas que alegaron los hechos y fundamentos de derecho que estimaron pertinentes, y terminó suplicando se dicte sentencia por la que se desestime la demanda, absolviendo a las demandadas de los pedimentos formulados en la misma, con imposición de costas a la parte actora.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 1 de septiembre de 1988, cuyo fallo es el siguiente: "Que desestimando la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales don Antonio Pascual de Fortuny, en nombre y representación de don Jose Manuel, contra doña Dolores, doña Esperanza, doña Margarita y doña Nieves, representadas por el Procurador de los Tribunales don José Ferrer Puigdemont, debo declarar y declaro la validez del **testamento ológrafo** de María Esther, tramitado en expediente judicial del Juzgado de Primera Instancia de Olot con el nº 180/85, y protocolizado por el Notario don Manuel Faus Pujol, condenando a la parte demandante al pago de las costas causadas en el presente procedimiento".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y sustanciada la alzada la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 22 de marzo de 1991, cuyo fallo es el siguiente: "Que estimando el recurso interpuesto por don Jose Manuel, con revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª instancia de Olot en autos de Menor Cuantía nº 60/87 y con fecha 1 de septiembre de 1988, debemos declarar y declaramos la nulidad del **testamento ológrafo** de María Esther



cuya protocolización fue acordada por el Juzgado de Primera Instancia de Olot y verificada por el Notario don Manuel Faus Pujol, todo ello sin hacer declaración sobre costas causadas en ambas instancias".

TERCERO.- El Procurador don Enrique Sorribes Torra, en representación de doña Dolores y doña Esperanza, formalizó recurso de casación al amparo de los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del nº 3º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Segundo.- Con el mismo apoyo procesal que el anterior, por infracción de los artículos 341, 631, 614, 616, 618, 611, 570, 626 y 628 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Tercero.- Al amparo del nº 5º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por infracción del artículo 1242 del Código civil. Cuarto.- Al amparo del nº 5º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por infracción del artículo 1243 del Código civil. Quinto.- Con el mismo apoyo procesal que el anterior por infracción del artículo 688.2 del Código civil. Sexto.- Con el mismo apoyo procesal que los anteriores, por infracción de la propia doctrina jurisprudencial citada.

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción, se señaló para la vista el día veintisiete del actual, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JAIME SANTOS BRIZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda formulada por don Jose Manuel, después de referirse principalmente a la incapacidad de la testadora doña María Esther y de que había sido incapacitada por declaración judicial mediante auto de 11 de abril de 1984, alude a la protocolización de su **testamento ológrafo** por el Juez de primera instancia de Olot (Gerona) otorgado en fecha 30 de noviembre de 1981, y suplicó se declare la nulidad del citado **testamento** tramitado bajo expediente judicial número 180/1985.

La sentencia de primer grado desestimó la demanda por considerar que el **testamento** aludido era válido al gozar la testadora al otorgarlo de capacidad volitiva y de raciocinio. Mas recurrida la sentencia, la Audiencia Provincial en el fallo ahora recurrido en casación y con base principal en la inexactitud de la fecha del otorgamiento, que consideró probada, estimó el recurso de apelación y declaró la nulidad del **testamento ológrafo** controvertido, si bien con el voto particular contrario de uno de los Magistrados de la Sala decisora, que, al considerar que la fecha no era falsa sino solo erróneamente transcrita y presuponiendo la suficiente capacidad de la testadora, entendió que debía haberse confirmado la sentencia dictada en primera instancia. Formulan recurso de casación doña Dolores y doña Esperanza, recurso que se integra de seis motivos, los dos primeros amparados en el número tercero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil y los cuatro restantes en el número quinto del mismo artículo, de ellos el 4º no fue admitido por esta Sala en el oportuno trámite. En el primero de aquéllos se alega la infracción del artículo 359 de dicha Ley procesal, por entender que la sentencia recurrida al declarar la nulidad del **testamento** litigioso con fundamento en una supuesta inexactitud de su fecha, aducida extemporáneamente y de forma indebida en el escrito de conclusiones, ha infringido no solo el principio de congruencia, sino también los principios de audiencia bilateral y de contradicción. Entiende el motivo que la demanda de nulidad se basó exclusivamente en ser la testadora totalmente incapaz en el momento de otorgar **testamento** y no contener dicho **testamento** institución de heredero, sin que se alegara en la demanda la inexactitud de la fecha. En definitiva, la recurrente considera que la sentencia es incongruente.

SEGUNDO.- El motivo expresado fracasa por las siguientes consideraciones: a) La demanda contiene un suplico en el que se pide "se declare la nulidad del **testamento ológrafo** de María Esther, tramitado en el expediente judicial de este Juzgado bajo el número 180/85 y protocolizado por el Notario don Manuel Faus Pujol; por tanto, no se concreta a que esa nulidad sea por defecto de capacidad de la testadora o por inexactitud de la fecha, máxime cuando la expresión de la fecha tiene por finalidad principal permitir averiguar si entonces el testador tenía capacidad suficiente para otorgarlo. b) De modo que la íntima relación entre ambos datos no permite afirmar que la determinación de la exactitud de la fecha quebrante la "causa petendi" base del pleito en cuestión. Así lo han entendido ambas partes cuando, si bien se hace solo alguna ligera mención a la fecha del otorgamiento, la acción persigue la nulidad por defecto de capacidad para testar; poniéndose de relieve con mayor intensidad el primer defecto relativo a la fecha en el escrito de conclusiones pero sin trasladarlo al suplico y, lo que es más importante sin que la contraparte, actual recurrente, pusiese de relieve tal circunstancia como sustento de la incongruencia ahora alegada. c) Como confluente al objetivo principal de la acción (nulidad del **testamento**), tanto el defecto de capacidad como el examen de la fecha, conjuntamente discutidas en la fase probatoria, no ha suscitado motivo especial de indefensión para la actual recurrente. d) Criterio que, además, concuerda con las reiteradas declaraciones de esta Sala acerca de la interpretación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil; según las cuales se altera la causa de pedir alegada en el juicio al sustituir las



cuestiones planteadas por otras distintas con indefensión de la parte adversa, lo que aquí no ocurrió, en cuanto todo ello, como se dice, confluye a obtener la nulidad del **testamento** discutido, pues no se da incongruencia si se acogen aspectos sustanciales comprendidos en el objeto del debate e implícitamente en las pretensiones deducidas en la demanda (sentencias, de 3 y 23 de marzo de 1992 y las que en ellas se citan). A los efectos de la congruencia lo que hay que resolver es la esencia de las peticiones, teniendo en cuenta la concordancia entre las pretensiones oportunamente deducidas en la súplica de los escritos fundamentales del pleito y no en relación con los razonamientos que se hagan en los mismos (sentencias, entre otras, de 30 de abril, 13 y 30 de julio de 1991); manteniéndose la congruencia cuando se atienden por el fallo consecuencias lógicas de lo pedido, ya que lo que importa en definitiva es que los pronunciamientos del fallo dejen resueltos todos los extremos debatidos (sentencia de 5 de junio de 1989) y no cabe duda que el punto sobre la exactitud de la fecha del **testamento** de doña María Esther lo fue ampliamente. Por consiguiente, este primer motivo decae.

TERCERO.- El segundo motivo, con el mismo amparo procesal en el nº 3º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, acusa la infracción de los artículos 341, 631, 614, 616, 618, 611, 570, 626 y 628 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Se intenta poner de relieve en este motivo que la prueba pericial practicada para mejor proveer no se atuvo a los preceptos legales expresados. El motivo también decae porque, en primer lugar, la prueba pericial discutida no se practicó a instancia de parte sino ateniéndose el Tribunal al principio de investigación de oficio que, por excepción en el proceso civil, recoge e informa el artículo 340 de la misma Ley procesal; precepto que se halla en el libro I de la Ley, mientras la regulación de la prueba pericial a instancia de parte lo es en el libro II en Sección relativa a los medios de prueba. Por tanto, la preferente aplicación de esa norma excluye la de otras normas sobre la prueba pericial que tienen como fundamento el principio dispositivo de general aplicación en estos procesos. Y así el Tribunal "a quo" se atuvo al párrafo 1 del artículo 340 ("podrá acordar para mejor proveer"), y así como la ley (por reforma de la ley 34/1984, de 6 de agosto) en el artículo 342 dio mayores garantías a las partes al ordenar poner de manifiesto a las mismas los resultados de la diligencia, nada dice sobre la aplicación de los demás preceptos que el motivo considera infringidos, que solo serán de aplicación en cuanto supletorios y acomodados a las facultades que al Tribunal se confieren para mejor proveer. Y bajo ese prisma han de verse, en el caso discutido, la actuación de una Asociación pericial, de la que dictaminaron conjuntamente tres peritos y la intervención de las partes, limitada, pues nada se dice además, a aquella manifestación de los resultados de la prueba para que puedan alegar por escrito cuanto estimen conveniente acerca de su alcance o importancia. Y en este punto ha de reconocerse, previo examen del rollo de apelación, que por providencia del Tribunal, de 11 de enero de 1991, se mandó unir a los autos el informe para mejor proveer y se ordenó que se ponga de manifiesto a las partes por término de tres días a los fines prevenidos en el artículo 342 de la Ley de Enjuiciamiento civil; y en consonancia con ello la parte ahora recurrente formuló escrito de alegaciones que presentó el 18 de enero de 1991, según consta en los autos.

No existe, por tanto, infracción de las normas para mejor proveer, así como tampoco otras infracciones como el haber excedido el plazo para su práctica y otras que se señalan, intrascendentes al respecto en este trámite de casación, en cuanto no se produjo indefensión para la parte recurrente, requisito esencial para ser tenida en cuenta, conforme al artículo 1692, nº 3º, a cuyo amparo se formula el motivo, que como ya se indicó debe ser asimismo desestimado.

CUARTO.- El motivo tercero, con apoyo en el número 5º del artículo 1692 de la Ley procesal civil, se funda en la infracción del artículo 1242 del Código civil. En este motivo sostienen las recurrentes que la indeterminación del dictamen pericial justifica que en ninguna forma debió acudirse a su práctica, "que significaba atribuir a los peritos una función jurisdiccional, extraña totalmente a sus conocimientos científicos". Gira esta oposición del recurso en torno a la inexactitud de la fecha y a la formación supuesta de los peritos, no suficiente para dictaminar sobre todos los extremos de su dictamen; pero llega a una consecuencia que evidentemente no les concedió el Tribunal de apelación, cual es conferirles una función jurisdiccional, pues sabido es, y nada en contra se deduce de la sentencia recurrida, que el perito es simplemente un auxiliar del Juez o Tribunal, que en modo alguno recibe un encargo de arbitraje cuando es llamado, porque su misión es únicamente asesorar al Juez ilustrándole sin fuerza vinculante sobre las circunstancias, sin que en ningún caso se le pueda negar al Juez las facultades de valoración del informe que recibe, como así se declaró en sentencia de 31 de marzo de 1967 y en otras posteriores; de modo que el Juez puede prescindir totalmente del dictamen pericial, puede si dictaminan varios aceptar el resultado de alguno y desechar el de los demás peritos si, como en este caso, hubo en el pleito varios dictámenes (como así hizo el Tribunal "a quo") y puede, por último, el Juez sustituir al perito cuando se considere suficientemente informado por sí según su preparación para conocer y apreciar el objeto o la cuestión litigiosa que hubiera necesitado de la intervención de otra persona que tenga los conocimientos científicos, artísticos o prácticos requeridos por las circunstancias del caso. En cualquier supuesto el Tribunal juzgará de la conveniencia o necesidad de la prueba pericial, de ahí que este motivo deba también ser rechazado, prescindiendo ahora de la apreciación del dictamen discutido y de sus consecuencias en orden a la capacidad de la testadora, y a la acción ejercitada.



QUINTO.- El motivo quinto, por haber sido inadmitido el cuarto, con base igualmente en el nº 5º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se funda en la infracción del artículo 688.2 del Código civil. Se impugna aquí la conclusión a que llega la Sala de instancia de que la fecha del **testamento** es inexacta y que ello determina por sí sola su nulidad, conclusión que el recurso considera radicalmente contraria al precepto que se invoca como infringido, que exige que para ser válido el **testamento ológrafo**.. "deberá expresar el año, mes y día en que se otorgue". Este motivo ha de ser estimado según se deduce de las siguientes consideraciones: a) Como ya se expresó en el fundamento jurídico segundo de los que anteceden, la fecha del **testamento** determina esencialmente si entonces la testadora tenía la capacidad suficiente de testamentifacción activa. Es de poner de relieve, en primer lugar, que la fecha del **testamento ológrafo** no tiene el mismo alcance que la del **testamento** abierto o **testamento** notarial. Dado que el **testamento ológrafo** puede mantenerlo en secreto su autor y nada obsta a que antes de llegar al texto definitivo haga bosquejos, borradores o proyectos, o lo extienda con la idea de reflexionar posteriormente sobre lo escrito, y solamente cuando se decida definitivamente pueda poner la fecha y la firma, y es desde entonces cuando puede decirse que el **testamento** está otorgado, de modo que tal otorgamiento surge no de lo escrito y de su contenido sino de colocar la fecha y la firma. b) Estas consideraciones explican o se basan en los antecedentes del **testamento ológrafo** y en su regulación en los Códigos modernos, sobre la base siempre de que la cooperación interpretativa del derecho extranjero ha de tomarse con mucha cautela y solo como elemento subsidiario, sin que por ello deje ser útil en una época como la actual en que la amplitud e intensidad de la comunidad internacional ha hecho más frecuente las relaciones entre países distintos, y podría sostenerse que la participación en la interpretación de las normas nacionales de instituciones extranjeras basadas, como en este caso, en el mismo Derecho común recibido del Derecho romano forma parte de una hermenéutica sociológica acogida en el artículo 3 del Código civil bajo la expresión de "la realidad social del tiempo en que (las normas) han de ser aplicadas". c) Así, es de observar que el Código civil de Austria (& 578) dice que el que quiera testar por escrito sin testigos ha de hacerlo de propia mano escribiendo el **testamento** y firmarlo con su nombre, y, continúa, "la expresión del día, año y lugar donde se otorga no es ciertamente necesaria, pero sí aconsejable para evitar litigios". El mismo sentido no preceptivo de la fecha sigue el Código civil de Alemania (& 2247), que al referirse a la fecha dice que "debe expresarse" ("soll...angeben"); es decir, no la considera obligatoria; y si no consta, solo se considerará válido el **testamento** cuando de otra forma puedan averiguarse los datos necesarios sobre la fecha". d) La doctrina científica acoge estas ideas, sin negar que la fecha tiene la importancia de afirmar el carácter jurídico del **testamento ológrafo** y elevarlo a declaración de voluntad, por virtud de la cual el simple proyecto privado pasa a ser **testamento**. Por lo tanto, será fecha en este **testamento** la que ponga el testador independientemente del momento en que se haya escrito el **testamento**, pues su eficacia en el tiempo depende de la imposición que de la misma haya hecho el causante; y se afirma también que no es nulo el **testamento ológrafo** redactado en una fecha efectiva diferente de aquella en la cual el testador había escrito su texto de propia mano, siempre y cuando exista cierta relación entre la fecha expresada en el acto y las disposiciones en él contenidas. e) Todo ello pone de relieve la validez del **testamento** ahora discutido, y así lo corrobora, por un lado, aparte del principio del "favor testamenti", la presunción de capacidad legal de todo testador, salvo prueba en contrario (sentencias de 27 de junio de 1977, 26 de septiembre de 1988 y 7 de octubre de 1992 y muchas otras); que dicha capacidad ha de entenderse siempre existente en el momento de otorgarlo, como así ocurre cuando según lo debatido mediaron dos años y cuatro meses desde el **testamento** hasta la declaración judicial de incapacidad de la testadora; que el que alega la incapacidad ha de probarla si no está, como en este caso, judicialmente incapacitado; prueba que ha de ser concluyente, ya que en otro caso se presume la capacidad; así como ha de seguirse el principio de veracidad de la fecha existente cuando se trata de juzgar acerca de la capacidad del testador, a menos, se repite, que se prueba cumplidamente lo contrario. Y por otro lado, y fundamentalmente, que colocada ya esta Sala de casación vista la estimación de este motivo del recurso en lugar de Tribunal de instancia, la prueba pericial practicada para mejor proveer en estos autos, pese a su extensión, es a todas luces insuficiente para anular el dictamen del perito señor Isidro que dictaminó en la fase probatoria del pleito; y es así por basarse para ello en gran medida en pruebas extrínsecas que no merecen garantía del Juzgador. Esta Sala ha advertido con reiteración sobre la cautela para aplicar en estos casos los llamados medios de prueba extrínsecos, que vienen en ciertos casos, como aquí ocurrió, a posponer el tenor del mismo documento (sentencia, entre otras de 8 de julio de 1940).

Además, queda desmentida la conclusión de los peritos por el examen directo del **testamento** por el Tribunal en cuyo documento, claramente escrito y con uniformidad de trazos y de sentido, aparte las lógicas desviaciones en la escritura de persona anciana y no acostumbrada a escribir a menudo, aparece evidente el "animus testandi". Examen que impide aceptar las afirmaciones de los peritos y permite concluir que el **testamento** fue escrito el mismo día en que se puso su fecha y la firma, en tanto, como ya se expone, no se ha probado de forma suficiente y convincente lo contrario, ni se han alegado hechos que pudieran dejar ineficaz la fecha puesta en el documento, ni en fin concurren los supuestos en que este Tribunal declaró la nulidad del **testamento** en las sentencias de 5 de diciembre de 1927, 13 de mayo de 1942 y 3 de abril de 1945, relativas a supuestos



de hecho diferentes del ahora contemplado. Con todo ello procede la estimación del motivo quinto y también del sexto, lo que determina la casación de la sentencia por los razonamientos que anteceden, con lo que se cumple la norma del artículo 1715, nº 3º, de la Ley de Enjuiciamiento civil, al haber resuelto esta Sala, según ya se indicó, como Tribunal de instancia, en los términos en que aparece planteado el debate, una vez que acordó la estimación del recurso.

SEXTO.- La estimación del recurso implica que cada parte pague las costas causadas a su instancia, y que en cuanto a las de segunda instancia no se haga pronunciamiento especial. Procediendo, además, confirmar la sentencia dictada por el Juez de primera instancia, con anulación de la recurrida en casación, dando por reproducido el fallo de primer grado.

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 interpuesto por el Procurador don Enrique Sorribes Torrá, en nombre de doña Dolores y doña Esperanza , dejamos sin efecto la sentencia de fecha veintidós de marzo de mil novecientos noventa y uno dictada por la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, la que casamos y anulamos, y en su lugar desestimamos la demanda formulada por don Jose Manuel , absolviendo a las demandadas y confirmando la sentencia dictada con fecha uno de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho por el Juez de primera instancia de Olot (Gerona), cuyo fallo damos por reproducido. Todo ello sin pronunciamiento especial sobre costas de segunda instancia y pagando las de este recurso cada parte las suyas; y líbrese a la mencionada Audiencia la 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 PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jaime Santos Briz, 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.