



Roj: **STS 1691/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:1691**

Id Cendoj: **28079110012012100167**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/03/2012**

Nº de Recurso: **987/2009**

Nº de Resolución: **170/2012**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SS 314/2009,**  
**STS 1691/2012,**  
**AATS 10764/2012**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Marzo de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, como consecuencia de autos de juicio de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Sebastián, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó en concepto de parte recurrente, la Procuradora Dª Mª del Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de D. Eulalio ; siendo partes recurridas el Procurador D. Alfonso María Rodríguez García, en nombre y representación de Dª Guadalupe , D. Miguel , Dª Marí Jose y de D. Luis Francisco y la Procuradora Dª Lydia Leiva Cavero en nombre y representación de D. Claudio .

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- **1.-** La Procuradora Dña. Susana Díez Orus, en nombre y representación de D. Eulalio , interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Luis Francisco , Dª Guadalupe , D. Marcelino , D. Miguel y Dª Marí Jose y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que declare: a) *Nulo de pleno derecho el **testamento** abierto otorgado por DON Ángel el 11 de Agosto de 2003 y autorizado ante el **Notario** de San Sebastián D. Claudio y que causó el número 2429 de su protocolo general corrientes, por falta de las solemnidades legales y/o por falta de capacidad del testador en el momento de su otorgamiento, y de seguido, sea comunicada al Registro General de Actos de Ultima Voluntad y a la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Pamplona, para su anotación y constancia, mediante copia testimoniada; b) En su defecto de la letra a) de este SUPLICO, nula de pleno derecho la expedición de copia a favor de Don Luis Francisco , por no ser éste uno de los llamados a la herencia de Don Ángel y de seguido sea comunicada al **Notario** ahora de San Sebastián Don Claudio , para su constancia en la matriz del **testamento** de 11 de agosto de 2003, con el número 2429 de su Protocolo; c) En defecto de la letra a) de este SUPLICO, nula la diligencia de fecha 3 de enero de 2006, obrante en la matriz del **testamento** cuya anulación absoluta y/o radical se solicita. d) Condene en las costas del juicio a los demandados que se opongan a la demanda.*

**2.-** El Procurador D. José Ramón Bartolomé Borregón, en nombre y representación de D. Claudio , formuló intervención voluntaria adhesiva simple.

**3.-** El Procurador D. Fernando Mendavia González, en nombre y representación de D. Luis Francisco , contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó



suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que *desestimando la sentencia imponga las costas al demandante*.

4.- El Procurador D. Fernando Mendavia González, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Guadalupe , D. Miguel y D<sup>a</sup> Marí Jose , contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: 1)  *señale día y hora para la audiencia previa al juicio y en ella, además de otros pronunciamientos que procedan, estime nuestra oposición a la acumulación de acciones de modo que mande proseguir el proceso sólo respecto a la petición de nulidad del **testamento** y 2) en cualquier caso, resolviéndose en el sentido que sea la oposición a la acumulación, de acciones, continúe la tramitación y en su día sentencia desestimando la demanda respecto la petición de la misma que afecta a mis representados con imposición de las costas al demandante.*

5.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Magistrada-Juez de Primera Instancia nº 2 de Donostia-San Sebastián dictó sentencia con fecha 30 de julio de 2.008, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: DESESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por D. Eulalio , frente a D. Luis Francisco , D<sup>a</sup> Guadalupe , D. Marcelino , D. Miguel , D<sup>a</sup> Marí Jose , con D. Claudio como interviniente voluntario, con absolución de los demandados principales, con condena a la parte actora al abono de las costas causadas a Luis Francisco , D<sup>a</sup> Guadalupe , D. Miguel y D<sup>a</sup> Marí Jose y sin expresa condena en costas respecto al demandado principal, D. Marcelino y respecto del tercero interviniente D. Claudio .*

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de la parte demandante, la Sección 2<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, dictó sentencia con fecha 27 de febrero de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Eulalio , contra la sentencia dictada el 30 de julio de 2008 por la Ilma. Magistrada-Juez de Primera Instancia nº 2 de Donostia-San Sebastián en autos número 82/2006 CONFIRMANDO la misma. No se efectúa imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta alzada.*

**TERCERO** .- 1.- La Procuradora Dña. Susana Díez Orus, en nombre y representación de D. Eulalio , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION ADMITIDOS: PRIMERO** .- **PRIMERO** .- Infracción del artículo 1217 del Código civil , del artículo 153.1º del Reglamento notarial, del artículo 695 del Código civil y del artículo 699 del Código civil . Al amparo de lo establecido en el artículo 477.2.2º en relación con el 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Infracción de los artículos 31 y 34 de la Ley Hipotecaria y 173 de su Reglamento. **SEGUNDO** .- Infracción del artículo 1217 del Código civil , del artículo 29 de la Ley Notarial , del artículo 695 del Código civil y el artículo 17 párrafo primero de la Ley Notarial , artículo 25 párrafo tercero de la Ley Notarial y artículo 144 párrafo segundo del Reglamento notarial. **TERCERO** .- Infracción del artículo 695, párrafo segundo del Código civil . **CUARTO** .- Infracción del artículo 695, párrafo segundo y artículo 687.1 ambos del Código civil . **QUINTO** .- Infracción del artículo 217 del Código civil , del artículo 29 de la Ley Notarial , del artículo 695 del Código civil , artículo 17 párrafo primero de la Ley Notarial , artículo 25 párrafo tercero de la Ley Notarial , artículo 144 párrafo segundo del Reglamento Notarial artículo 194 del Reglamento Notarial y artículo 195 *in fine* del Reglamento Notarial .

2.- Por Auto de fecha 6 de julio de 2010 , se acordó admitir los motivos del recurso de casación excepto el sexto y dar traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Alfonso María Rodríguez García, en nombre y representación de D. Luis Francisco , D<sup>a</sup> Guadalupe , D. Miguel y D<sup>a</sup> Marí Jose y la Procuradora D<sup>a</sup> Lydia Leiva Cavero en nombre y representación de D. Claudio , presentaron sendos escritos de impugnación al recurso interpuesto.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 6 de marzo del 2012, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- En fecha 11 de agosto de 2003, don Ángel (hermano del demandante y recurrente en casación) otorgó **testamento** abierto en el que -careciendo de cónyuge e hijos- instituyó herederos a doña Guadalupe en un 10% de su herencia, a don Luis Francisco , aunque en el texto consta por **error** " Alfonso " en un 45% y en el otro 45%, por cuartas partes iguales a D. Marcelino a D. Miguel , a D<sup>a</sup> Marí Jose , todos ellos codemandados, y a don Eulalio , demandante. El **testamento** se otorgó ante dos testigos, rogados e idóneos, identificados por su documento nacional de identidad y hace constar el **notario** que el testador "se ratifica en su contenido y lo firma"; en diligencia de 2 de diciembre de 2005, el **notario** autorizante deja constancia del **error** (el testador



no podía firmar) en estos términos: "y no lo firma, por no poder, según asegura, haciéndolo por él los testigos mencionados". Dicho testador falleció el 21 de junio de 2005.

Uno de los coherederos -en la cuarta parte del 45% de la herencia- hermano del causante, don Eulalio , interpuso demanda en la que interesó -tal como consta literalmente en la transcripción del suplico de la misma, en el antecedente de hecho primero- primero, la declaración de nulidad de este **testamento** por falta de solemnidades legales y falta de capacidad del testador; segundo, subsidiariamente, nulidad de la expedición de copia a favor de Don Luis Francisco ; tercero, subsidiariamente de lo primero, nulidad de la diligencia mencionada.

Tanto la sentencia del Juzgado de primera instancia, como la dictada por la Audiencia Provincial, Sección 2ª, de San Sebastián, de 27 de febrero de 2009 , desestimaron la demanda por entender que no se produjo incumplimiento de las formalidades legales y tampoco hay nulidad de la diligencia de 2 de diciembre de 2005 que simplemente da constancia de un **error** padecido; la nulidad de la expedición de copia del **testamento**, no se planteó en la apelación.

El demandante ha formulado el presente recurso de casación, en seis motivos, no habiendo sido admitido el sexto, relativo a las costas, por auto de esta sala de 6 de julio de 2010 . Todos los motivos van dirigidos a mantener la nulidad del **testamento** por falta de solemnidades legales, concretamente la referida a que el testador no pudo firmar "haciéndolo por él los testigos mencionados" según hace constar el **notario** en la diligencia de 2 de diciembre de 2005. El primero de los motivos lo relaciona con la unidad de acto que exige el artículo 699 del Código civil . El segundo destaca que no consta en el **testamento** la declaración del testador de que no puede firmar y el ruego de que lo haga por él un testigo. El tercero parece mantener que el testigo que firma, en caso de que no puede hacerlo el testador, no puede ser un testigo instrumental. El cuarto insiste en que no consta la cualidad en que firma el testigo. El quinto mantiene que cuando el testador no puede firmar y lo hace por él un testigo, lo tiene que expresar el **notario** y firma el testigo que él designe haciéndolo constar.

**SEGUNDO** .- Al analizar el recurso de casación, conviene hacer unas precisiones previas.

En todos los motivos se denuncia como infringido el artículo 695 del Código civil y en tres de ellos, el artículo 1217, que se remite a la legislación notarial. Lo cual conlleva que se citen numerosos artículos de la Ley y Reglamento notariales para mantener la nulidad del **testamento**. Las partes recurridas, en sus respectivos escritos de oposición al recurso de casación, han destacado que en varios de los motivos se añaden artículos que se estiman infringidos que no constaban en el escrito de preparación del recurso y, asimismo, que no siempre se especifica el párrafo del artículo 695 que se considera infringido y, además, que no cabe en casación la cita heterogénea de preceptos diversos. Todo es cierto, pero esta Sala nunca ha mantenido un criterio exageradamente formalista y si no coincide el recurso con la preparación, se inadmite aquél; no obstante, no llega a exigir que sea absolutamente coincidente, tanto más cuanto las normas que se añaden no son especialmente trascendentes ni constituyen la base del motivo; tampoco cabe la cita heterogénea de preceptos, pero en el caso presente no lo son, ya que siempre se dirigen a mantener la misma posición, que es la pretensión de nulidad; por último, la cita del párrafo del artículo considerado infringido no da lugar a la inadmisión del mismo cuando se deduce claramente del desarrollo del motivo.

De todo lo anterior se deduce que no se aplican criterios rígidos para la admisión del recurso de casación, pudiéndose dañar, de no hacerse así, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Lo cual guarda relación con el criterio para estimar la nulidad de un **testamento**, que no puede ser exageradamente formalista, para no dañar el principio de la suprema soberanía de la voluntad del causante. El artículo 687 del Código civil declara la nulidad cuando no se observan *las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo*, que es el dedicado a los **testamentos** y efectivamente, el **testamento** es un negocio jurídico solemne que requiere una forma *ad solemnitatem* para su validez, como elemento esencial, pero la jurisprudencia ha destacado dos puntos: el criterio restrictivo y la concreción a las solemnidades impuestas en el Código civil. En todo caso, no se imponen nulidades por razón de supuestas "fórmulas sacramentales".

En este sentido, la sentencia de 26 de abril de 1995 dice:

*" sanción de nulidad no se reputa doctrinalmente aplicable a supuestos de vulneración de normas administrativas ( S.s. del 13 de Mayo de 1980 , 7 de Julio de 1981 , 7 de Abril de 1982 , y 17 de Octubre de 1987 ) sino que, siendo doctrina constante la que atribuye al juzgador la tarea interpretativa tendente a precisar si habida cuenta de que el principio de nulidad del acto contrario a la ley no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino flexible "*

Y la de 16 de junio de 1997, añade:



" el carácter formalista del **testamento** obliga al cumplimiento escrupuloso de los requisitos extrínsecos y a su interpretación restrictiva, de manera que para su validez es absolutamente necesario que se cumplan de modo riguroso todas las solemnidades esenciales y requisitos exigidos por el Código Civil, como explícitamente reconoce su artículo 687 , que estatuye la nulidad de los **testamentos** en cuyo otorgamiento no se observasen las formalidades establecidas, y ello, hasta el punto en que este aspecto formal -imperativamente impuesto- predomina sobre la búsqueda interpretativa de la voluntad del testador, interpretación que avala el artículo 675 del Código."

Y la de 11 de diciembre de 2009 concluye:

" Es cierto que la exigencia de la forma en el **testamento** obedece a la necesidad de salvaguardar la voluntad del testador que debe cumplirse cuando ya ha fallecido y así lo ha afirmado la reciente sentencia de 4 noviembre 2009 . Sin embargo, esta necesidad debe coordinarse con el principio favor testamenti, especialmente cuando en el **testamento** interviene el **Notario**, como también se pone de relieve en la mencionada sentencia " .

**TERCERO** .- El recurso de casación se centra en la primera de las pretensiones que, como las demás, ha sido desestimada por las sentencias de instancia. Es la referida a la declaración de nulidad del **testamento** y se concreta, esencialmente, primero, en este párrafo del mismo:

"advertido el testador de su derecho a leer este **testamento**, no hace uso del mismo, aunque según declara, sabe y puede leerlo y, por su elección, lo leo yo, en alta voz, y encontrándolo según su voluntad, se ratifica en su contenido y lo firma".

Y, segundo en esta diligencia:

"DILIGENCIA.- Que extendiendo yo, el **Notario** autorizante de la escritura que antecede, al objeto de dejar constancia del **error** por mí cometido en la redacción del otorgamiento, en el párrafo penúltimo de la misma, y en concreto en la expresión que dice "y lo firma" que debería decir, conforme a los hechos desarrollados a mi presencia: "y no lo firma, por no poder, según asegura, haciéndolo por él los testigos mencionados". Y a los efectos oportunos expido la presente en San Sebastián, a 2 de diciembre de 2005."

El primero de los motivos es el esencial, que verdaderamente plantea el meollo de la cuestión. Declara infringidos el artículo 1217 del Código civil que simplemente se remite a la legislación notarial y cita el artículo 153 del Reglamento notarial que regula la subsanación de **errores** materiales, el artículo 695, que en su segundo párrafo dispone que *si el testador no puede firmar* - como en este caso- *lo hará por él y a su ruego uno de los testigos* y el artículo 699 que exige la unidad de acto en el **testamento**. El planteamiento es el siguiente: en el **testamento** consta que *-lo firma-* el testador y éste no lo firmó, sino que lo firmaron los dos testigos instrumentales y así consta: "están las firmas de los testigos que concurren al actor". El **notario** advierte el **error** material y lo subsana en la diligencia que ha sido transcrita. En el desarrollo del motivo niega que sea posible la convalidación notarial y la convalidación judicial.

El motivo se desestima porque el planteamiento es erróneo; no hay convalidación alguna, ni infracción de las normas que cita como vulneradas.

La cuestión es que el testador no podía firmar, por una limitación de movilidad en la extremidad superior derecha que, según dictamen médico, le podía impedir poner su nombre y al no poder firmar "según asegura", como dice la diligencia notarial, se cumple lo previsto en el artículo 695, párrafo segundo, y firman los testigos instrumentales; consta que firmaron ambos, aunque según esta norma basta uno sólo. No se quebrantó la unidad de acto, pues el artículo 699 lo contempla para la práctica de *las formalidades expresadas en esta sección que se practicarán en un solo acto* y así se realizó. En el texto del **testamento** se deslizó un **error** material, el poner que "lo firma" y no fue así y este **error** fue subsanado conforme dispone el artículo 153 del Reglamento notarial, que no excluye que se pueda realizar tiempo después, simplemente cuando el **notario** advierte o es advertido del **error** sufrido. El largo texto del artículo es el siguiente:

Los **errores** materiales, las omisiones y los defectos de forma padecidos en los documentos notariales inter vivos podrán ser subsanados por el **Notario** autorizante, su sustituto o sucesor en el protocolo, por propia iniciativa o a instancia de la parte que los hubiera originado o sufrido. Sólo el **Notario** autorizante podrá subsanar la falta de expresión en el documento de sus juicios de identidad o de capacidad o de otros aspectos de su propia actividad en la autorización. Para realizar la subsanación se atenderá al contexto del documento autorizado y a los inmediatamente anteriores y siguientes, a las escrituras y otros documentos públicos que se tuvieron en cuenta para la autorización y a los que prueben fehacientemente hechos o actos consignados en el documento defectuoso. El **Notario** autorizante podrá tener en cuenta, además, los juicios por él formulados y los hechos por él percibidos en el acto del otorgamiento. La subsanación podrá hacerse por diligencia en la propia escritura matriz o por medio de acta notarial en las que se hará constar el **error**, la omisión, o el defecto de forma, su causa y la declaración que lo subsane. La diligencia subsanatoria extendida antes de la expedición de ninguna copia no





precisará ser trasladada en éstas, bastando transcribir la matriz conforme a su redacción rectificada. En caso de hacerse por acta se dejará constancia de ésta en la escritura subsanada en todo caso y en las copias anteriores que se exhiban al **Notario**. Cuando sea imposible realizar la subsanación en la forma anteriormente prevista, se requerirá para efectuar el consentimiento de los otorgantes o una resolución judicial.

Por tanto, no puede hallarse ni discutirse convalidación alguna, ni notarial, ni judicial, sino subsanación de un **error** material y, en definitiva, se cumplieron las formalidades del **testamento** abierto otorgado por persona que no podía firmar, **testamento** en que no incurre en causa alguna de nulidad.

**CUARTO** .- El motivo segundo del recurso de casación, aparte de referirse al genérico precepto del artículo 1217 del Código civil, denuncia la infracción de preceptos de la Ley y Reglamento del notariado de más que discutible aplicación al caso y la del artículo 625 del Código civil en cuanto exige la firma del testador en el **testamento**, *testador que pueda hacerlo y, si no puede, lo hará por el y a su ruego uno de los testigos*.

Todo ello se cumplió fielmente. Ciertamente, hubo el **error** -un **error** material- sobre la firma del testador, que fue subsanado correctamente, tal como se ha tratado al desestimar el motivo anterior.

Lo que destaca este motivo es que no consta en el texto del **testamento** que se haya leído a los testigos (es una simple referencia, que decae al ver que sí consta la lectura íntegra por el **notario**) y, lo que se desarrolla en el motivo: que no consta la declaración del testador de que no puede firmar y que no consta el ruego de que lo haga a su ruego uno de los testigos.

El motivo se desestima porque pretender una nulidad -que no es otra cosa que eliminar la última voluntad, soberana, del testador- basada en una discutible ausencia de puras "fórmulas sacramentales" no tiene sentido. Ciertamente, el Código civil exige que si el testador no puede firmar, lo haga a su ruego un testigo: esto es lo que ocurrió e hizo constar el **notario**. El ruego es evidente, pues el testigo no firma por iniciativa y la firma por él consta explícitamente en la diligencia de 2 de diciembre de 2005.

**QUINTO** .- El motivo tercero insiste en la infracción del artículo 695, segundo párrafo, del Código civil y, conforme al artículo 1217, normas de la legislación notarial que no vienen al caso y no las menciona en el desarrollo del motivo.

En este motivo mantiene que el testigo que firma por él a su ruego cuando el testador no puede firmar, debe ser un testigo elegido por el testador que en ningún caso es destinatario de la voluntad del mismo, "sino que el emisor (el nuncio) de su declaración de voluntad".

Lo cual no es cierto y el motivo se desestima. En ningún momento media una norma que ordene que el testigo en tal caso, sea un testigo *ad hoc*. Puede serlo, no cabe duda ninguna, un testigo (o los dos, a mayor abundamiento) que concurra conforme al artículo 697.1 del Código civil. Se trata, pues, de testigo instrumental, que suple la imposibilidad del testador de firmar y que es destinatario de la voluntad del testador y, además, firma por él.

El motivo cuarto se formula por infracción del artículo 695, párrafo 2º y 697.1º del Código civil y no se explica claramente cuál es la infracción, puesto que ambas normas se cumplieron enteramente. En virtud de este segundo artículo, redactado conforme a la Ley 30/1991, 20 de diciembre, concurrieron al otorgamiento del **testamento** dos testigos idóneos puesto que el testador declaró no poder firmar y, en virtud del primero, firmaron por él y a su ruego. La referencia a un precepto reglamentario en el desarrollo del motivo está fuera de lugar, por no citarse en el encabezamiento, por no constar en el escrito de preparación del recurso y por ser un mero requisito reglamentario que no da lugar a una pretendida nulidad. Por lo cual, el motivo se desestima.

El motivo quinto y último de los admitidos vuelve a la misma idea de plantear unas formalidades reglamentarias, pretendiendo que el **notario** debería hacer constar en el **testamento** una serie de detalles, que ni los exige la ley, ni los preceptos reglamentarios sancionan con nulidad, ni aparece infracción legal ninguna.

Alega la infracción del artículo 695, párrafo segundo, del Código civil y, por remisión del artículo 1217 del mismo código, una serie de preceptos heterogéneos de la ley y del reglamento notarial, conjunto heterogéneo que no cabe para fundar un motivo de casación, ya que esta Sala no tiene que indagar dónde se halla la posible infracción y que la jurisprudencia ha reiterado en numerosas sentencias que no está permitido, como las de 19 de julio de 2010, 24 de septiembre de 2010, 14 de abril de 2011, 29 de diciembre de 2011.

El fondo del motivo se halla en la pretensión de la parte recurrente de que el **notario** debería haber hecho constar en la escritura una serie de detalles, que ni la ley exige, ni puede pensarse en una posible nulidad: expresión de circunstancias "que por su importancia deban detallarse" sin expresar cuáles son; expresión de que el testador no puede firmar, lo que sí consta; la designación de la persona que firma por él, que también consta, aunque no la expresa designación del mismo, que no se exige.



El motivo se desestima, al igual que los anteriores, por lo que se debe declarar no haber lugar al recurso, con la condena en costas que impone el artículo 398 .1 en su remisión al 394 .1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

#### FALLAMOS

1.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN, interpuesto por la representación procesal de D. Eulalio contra la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en fecha 27 de febrero de 2009 , que SE CONFIRMA.

2.- Se imponen las costas a esta parte recurrente.

3.- 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 .- **Juan Antonio Xiol Rios.-Francisco Marin Castan.- Jose Antonio Seijas Quintana.- Francisco Javier Arroyo Fiestas .-Xavier O'Callaghan Muñoz.- Rubricados.-** 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.