



Roj: **STS 3164/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3164**

Id Cendoj: **28079110012015100394**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/06/2015**

Nº de Recurso: **185/2014**

Nº de Resolución: **386/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 2917/2013,**  
**STS 3164/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Junio de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, ha visto los recursos por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de doña Elena contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña, el día 15 de noviembre de 2013, en el rollo de apelación 299/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario 470/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Carballo.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente doña Elena, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Silvia Casielles Morán.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida doña Josefina, representada por el Procurador don Marco Aurelio Labajo González.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Tramitación en primera instancia.**

1. La Procuradora doña Isabel Trigo Castiñeiras, en nombre y representación de doña Josefina, formuló demanda nulidad de testamento otorgado por don Balbino, suplicando al Juzgado:

«[...] a) Nulo de pleno derecho el testamento otorgado por don Balbino el día 10 de enero de 2008 ante el Notario de Carballo, don Alfonso Goday Portals, por falta de capacidad del otorgante, y por tanto, nula la institución de heredero a favor de doña Elena y nulas de pleno derecho las disposiciones de bienes que ésta pudiera haber hecho en tal cualidad.

b) Se declare válido y subsistente el testamento otorgado por don Balbino, el día 13 de julio de 2001, ante el Notario de Carballo, don Alfonso Goday Portals, con número 1406 de su protocolo general corriente.

c) Se condene en las costas del juicio a Doña Elena. »

2. El Procurador don José Luis Chouciño Mouron, en nombre y representación de doña Elena contestó a la demanda formulada de contrario suplicó al Juzgado:

«[...] previa desestimación íntegra de la demanda y del conjunto de sus pedimentos, absuelva a mi principal de todos ellos, declarando no haber lugar, en cualquier caso, a la nulidad de testamento otorgado por don Balbino en fecha 10/1/2008, todo ello con la expresa imposición de costas a la parte actora. »



3. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Carballo dictó sentencia el 14 de marzo de 2013, con la siguiente parte dispositiva:

« *Que se desestima íntegramente la demanda presentada por la procuradora doña Isabel Trigo Castiñeira, en nombre y representación de doña Josefina, frente a doña Elena, absolviendo a la demandada de los pedimentos efectuados en su contra.*

*Se fija la cuantía del procedimiento en la suma de 108.078,13 euros.*

*Todo ello, sin imposición de costas. »*

#### **Tramitación en Segunda instancia.**

4. La anterior resolución fue recurrida en apelación por la representación procesal de doña Josefina, correspondiendo su resolución a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña, que dictó sentencia el 15 de noviembre de 2013 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«[...] 1º.- Se estima el recurso de apelación interpuesto en nombre de la demandante doña Josefina, contra la sentencia dictada el 14 de marzo de 2012 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Carballo, en los autos del procedimiento ordinario seguidos con el número 470 de 2011, y en el que es demandada doña Elena .

2º. *Se revoca la sentencia apelada; y en su lugar: Estimando la demanda formulada debemos declarar y declaramos:*

*(a) La nulidad absoluta del testamento abierto otorgado por don Balbino el 10 de enero de 2008 ante el notario de Carballo (La Coruña), don Antonio Goday Portals con el número 43 de protocolo, por falta de capacidad del testador; y sin valor alguno la institución de heredera que se hace en el mismo.*

*(b) Subsistente el testamento abierto otorgado por el mismo testador, ante el mismo notario el 13 de julio de 2001, bajo el número 1406 de su protocolo.*

*(c) La nulidad de cualquier acto dispositivo de bienes procedentes de don Balbino que haya podido realizar doña Elena como supuesta heredera de aquel, sin perjuicio de tercero de buena fe.*

*Condenando a la demandada a estar y pasar por las precedentes declaraciones. Se imponen a doña Elena las costas ocasionadas en primera instancia.*

3º. *No se imponen las costas devengadas por el recurso en la segunda instancia.*

4º. *La estimación del recurso conlleva la devolución del depósito constituido para apelar. Procedase por el Sr. secretario del Juzgado de instancia a expedir mandamiento de devolución a favor de doña Josefina por el importe del depósito constituido. »*

#### **Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.**

5. La representación procesal de doña Elena, interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña, el día 15 de noviembre de 2013, en el rollo de apelación 299/2013, con base en los siguientes motivos:

**Recurso por infracción procesal:** Al amparo del motivo segundo del artículo 469.1 de la LEC por infracción del artículo 217 de la LEC .

**Recurso de casación:** Por existir jurisprudencia contradictoria tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales

6. Recibidas las actuaciones, la Sala dictó Auto el 2 de diciembre de 2014 con la siguiente parte dispositiva:

« *Procede admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de doña Elena, al haberse justificado el presupuesto de recurribilidad previsto en el art. 477.2.3º LEC 2000 y concurrir los presupuestos y requisitos legalmente exigibles, no advirtiéndose causa legal de inadmisión. [...] »*

7. La representación procesal de doña Josefina, presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

8. Al no haberse solicitado la celebración de vista pública por todas las partes se señaló para votación y fallo del recurso el 16 de junio de 2015 en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**, Magistrado de Sala



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Resumen de Antecedentes:

#### PRIMERO. Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los siguientes:

1. La representación procesal de Doña Josefina Interpuso demanda de juicio ordinario de acción de nulidad de testamento contra Doña Elena , solicitando que se declare la nulidad del testamento otorgado por don Balbino el día 10 de enero de 2008, por falta de capacidad de otorgante y, por tanto, nula la institución de heredero a favor de la señora Elena y nulas de pleno derecho las disposiciones de bienes que esta pudiera haber hecho en tal cualidad, y se declare válido y subsistente, el testamento otorgado por don Balbino el día 13 de julio de 2001.

2. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el 14 de marzo de 2013 por la que se desestimaba la demanda por entender que no existía prueba contundente e inequívoca de que en la fecha del otorgamiento el deterioro cognitivo que sufría el testador le privase absolutamente de juicio, debiendo prevalecer la presunción legal de capacidad.

La parte demandada propuso como prueba testifical la del notario ante quién se otorgo el testamento y la de la notaría ante la que el testador otorgo un poder el 7 de abril de 2008. Tales pruebas fueron inadmitidas e interpuesto recurso de reposición por la parte proponente fue desestimado y esta hizo constar su protesta.

3. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación de la parte actora, alegando, en esencia, como motivo del mismo el error en la valoración de la prueba, sin que la parte demandada, al formular su escrito de oposición al recurso, propusiese la práctica de prueba en aplicación del artículo 461 en relación con el 460 ambos de la ley de Enjuiciamiento Civil .

4. Correspondió el conocimiento del recurso a la Sección número 3 de la Audiencia Provincial de A Coruña que dictó sentencia el 15 de noviembre de 2013 por la que, estimando el recurso de apelación, con revocación de la apelada, estimaba en todos sus términos la demanda formulada.

5. La sentencia del tribunal de apelación inicia su discurso lógico reconociendo la presunción "*iusuris tantum*" de la capacidad del testador, que basada en el "*favor testamenti*" establece el artículo 662 CC que se ve corroborada por la aseveración notarial sobre capacidad ( artículos 685 y 696 del CC ), por lo que adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella se ha de pasar, mientras no se demuestre cumplidamente su incapacidad en vía judicial con cita de las SSTs de 21 de noviembre de 2007 y 31 de marzo de 2004 poniendo de relieve que, dada la fortaleza de la presunción de capacidad, la prueba que la destruya debe ser inequívoca, cumplida y convincente ( SSTs 26 de abril de 2008 , 31 de marzo de 2004 y 15 de febrero de 2001 ).

A continuación entra en la valoración de la prueba practicada y concluye en la falta de capacidad de don Balbino antes del otorgamiento del testamento de 10 de enero de 2008.

Se basa para ello, con la debida motivación en:

i) Informe del centro de reconocimientos médicos los días 9 y 11 de noviembre de 2007.

ii) Informe del médico de cabecera que le venía tratando desde el año 1998, emitido el 2 de enero de 2008

iii) Audiencia realizada a don Balbino en julio de 2008, así como en el informe del médico forense del mismo mes en el marco del procedimiento de incapacitación de don Balbino en el que se dictó sentencia declarando su incapacidad el 29 de octubre de 2008 .

Seguidamente razona el Tribunal por qué no se enerva la anterior declaración por las circunstancias que detalla.

6. La representación procesal de doña Elena interpuso contra la anterior sentencia recurso por infracción procesal y recurso de casación que fue admitido por Auto de 2 de diciembre de 2014 y, previo traslado, presento escrito de oposición la parte recurrida.

#### Recurso por infracción Procesal.

#### SEGUNDO. Lo subdivide en dos motivos:

1. Al amparo del motivo segundo del artículo 469.1 de la LEC por infracción del artículo 217 de la LEC en cuanto a la aplicación de las normas legales de distribución del "*onus probandi*".

En el desarrollo del motivo alega la recurrente que no hay prueba válida sobre la supuesta incapacidad del Sr. Balbino al momento de otorgar testamento, siendo carga de la parte demandante tal acreditación, en aplicación de la regla general recogida en el artículo 217 de la LEC .



2. Por sufrir indefensión, ya que solicitó la prueba de la declaración testifical de los dos notarios que dieron fe de la capacidad del testador a la fecha de la emisión del testamento y dicha prueba fue denegada por la Juzgadora de instancia. Se formuló el oportuno recurso que fue desestimado y se formuló la correspondiente protesta. No se interesó prueba en la segunda instancia al haberle sido favorable la sentencia de la primera instancia.

#### **TERCERO. Decisión de la Sala del primer motivo.**

1. Recordaba la Sala en la sentencia de 29 de abril de 2015, Rc. 803/2014, que suele ser frecuente confundir la carga de la prueba con la vulneración de las normas sobre la valoración de la prueba.

El artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es una norma procesal que viene a decir al Tribunal qué debe hacer cuando entiende que un hecho relevante para la decisión no ha quedado probado, siendo éste el supuesto contemplado por la norma y no otro.

Consecuencia de ello es que no cabe discutir, al amparo de dicha norma, la valoración probatoria llevada a cabo por el Tribunal aunque se discrepe de ella. Si el Tribunal da por probado un hecho, cualquiera que sea el medio probatorio tenido en cuenta o la parte que lo haya aportado, no cabe alegar la indebida aplicación del artículo 217 de la LEC (SST 554/2011 de 18 de julio y 686/2011 de 19 de octubre).

Precisa la sentencia de 7 de mayo de 2015, Rc. 1563/2013 que la carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de "non liquet" (literalmente, "no está claro") que se establece en los arts.11.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.7º del Código Civil, al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba.

Solo se infringe dicho precepto si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas aplicables para su atribución a una y otra de las partes, establecidas en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y desarrolladas por la jurisprudencia. Así lo hemos declarado, entre otras, en la sentencia núm. 244/2013, de 18 de abril.

2. En aplicación de la anterior doctrina el motivo debe ser desestimado, puesto que la sentencia impugnada no hace uso de dicha norma para imputar a la parte demandada la carga de probar la capacidad del testador en ausencia de prueba sobre tal extremo, sino que por el contrario razona y motiva, de forma lógica y no arbitraria, que ha quedado acreditada su falta de capacidad en el momento de otorgar testamento, no sirviendo la cita del artículo 217 LEC para discutir la convicción del juez sobre la prueba practicada ni para valorar nuevamente todo el material probatorio ( SSTS de 8 de octubre de 2010, Rc. 2143/2006 y 19 de octubre de 2010, Rc. 2562/2003, entre otras).

#### **CUARTO. Decisión de la Sala del segundo motivo.**

1. En el recurso de infracción procesal tiene preponderancia la satisfacción del "*ius litigatoris*" (derecho del litigante) y de ahí que se exija la observancia de una diligencia extrema en el recurrente, concretada en que se hayan agotado previamente en la instancia todas las posibilidades de subsanación ( artículo 469.2 de la LEC ), denunciando la infracción en cuanto sea posible y agotando los recursos existentes en la instancia contra las resoluciones en las que la infracción denunciada se haya producido ( STS 406/2011, de 10 de junio ).

Recuerda la sentencia de 26 de febrero de 2014, Rc. 434/2012 que »La jurisprudencia de esta Sala, al interpretar los referidos artículos de la LEC de 2000, mantiene una doctrina prácticamente idéntica a la que interpretaba el art. 1693 LEC de 1881 en el sentido de exigir que la parte recurrente hubiera denunciado la infracción a la primera oportunidad y agotado los remedios para subsanarla (p. ej. SSTS 4-4-97 y 26-3-99 ), de modo que no cabía recurso de casación si, solicitado el recibimiento a prueba en segunda instancia y denegado por el tribunal, no se interponía recurso de súplica contra el auto denegatorio ( SSTS 11-11-96 , 24-5-97 , 20-10-97 y 3-12-99 entre otras muchas). Así, ya sobre el recurso extraordinario por infracción procesal de la LEC de 2000, la sentencia de 8 de febrero de 2011 (rec. 1016/07 ) exige el intento de subsanar la falta o defecto; las de 3 de octubre de 2008 (1373/02), 21 de octubre de 2009 (rec. 1390/05) y 29 de junio de 2010 (rec. 171/07), que el defecto o la infracción se denuncien a la primera oportunidad que tenga el recurrente; y el auto de 3 de octubre de 2008 (rec. 1373/08), reiterando el criterio de otros muchos anteriores, exige que además de expresarse en el escrito de preparación del recurso de qué modo se ha denunciado la falta o defecto y, en su caso, de qué manera se ha pretendido su subsanación, la parte recurrente haya mantenido "una constante diligencia"



durante todo el proceso para plantear las cuestiones de que se trate "a través de los medios a su alcance establecidos en cada momento del procedimiento».

2. Esta diligencia es la que se echa en falta en el presente procedimiento, y de ahí que el motivo no pueda prosperar.

La parte recurrente era consciente de que en el recurso de apelación se iba a valorar nuevamente la prueba practicada por ser ello la esencia del motivo articulado por la parte apelante. Por tanto, aunque fuese ella beneficiada por la sentencia de primera instancia, tenía un evidente interés en el acervo probatorio a valorar por el Tribunal; con lo que estaba más que justificado que, tras darle traslado del escrito de formalización del recurso de apelación, al presentar el suyo de oposición propusiese todas aquellas pruebas que legalmente fuesen posibles al amparo del artículo 460 de la LEC, por autorizarlo el artículo 461 del mismo Texto legal. Si no lo hizo no agotó los remedios procesales que tenía a su alcance y le estaba vedado denunciar ahora indefensión por la denegación de prueba sufrida en la primera instancia.

3. De todos modos el motivo merecería su desestimación por causa de inadmisión, ya que no indica con claridad y precisión la norma infringida y no es posible acumular por acarreo argumentos inconexos, que determinen la falta razonable de claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado ( SS 965/2011, de 28 de diciembre, 957/2011, de 11 de enero de 2012, 185/2012, de 28 de marzo y la de fecha 1 de octubre de 2012, Rc. 29/2010 ).

4. Respecto a la petición de prueba, y a pesar de la respuesta ofrecida para una mayor tutela de la parte recurrente, cabe decir que el artículo 471 de la LEC autoriza con carácter excepcional la práctica de prueba que se considere imprescindible para acreditar la infracción o vulneración procesal producida, formulación que en nada se corresponde con lo pretendido por la parte recurrente, que se traduce en la proposición de prueba relativa al fondo de la cuestión para acreditar el error cometido por la sentencia sobre los hechos discutidos, siendo, por tanto, improcedente la petición formulada ( STS 16 de diciembre de 2013, Rc. 1816/2011 )

#### **Recurso de Casación.**

#### **QUINTO. Motivo Único. Enunciación y Planteamiento.**

Por existir jurisprudencia contradictoria tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales, entendiéndose que la sentencia recurrida aplica incorrectamente el artículo 1261. 1º del Código Civil sobre la capacidad para testar, de los artículos 662, 663, 664 y 666 del Código Civil y de los artículos 685 y 696 del Código Civil.

En el desarrollo del motivo se citan numerosas sentencias tanto del Tribunal Supremo como de Audiencias Provinciales, sin explicitar las contradicciones, si bien al final se desprende que de lo que se discrepa es de la valoración efectuada por la sentencia recurrida sobre la prueba practicada y de su conclusión de entender destruida la presunción de capacidad del testador.

#### **SEXTO. Decisión de la Sala.**

1. Indicaba la Sala en sentencia de 22 de enero de 2015, Rc. 1249/2013), con cita de las sentencias de 26 de abril de 2008, la doctrina sobre la materia, a saber: a) que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario; b) que la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento; c) que la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre, y d) que por ser una cuestión de hecho la relativa a la sanidad del juicio del testador, su apreciación corresponde a la Sala de instancia.

2. Esto último es esencial en el presente supuesto pues la sentencia recurrida ha motivado de forma completa y cabal que en el testador concurría incapacidad para otorgar testamento en el momento en el que lo otorgó, y esta declaración del estado mental es inamovible en casación. Esta no es una tercera instancia ( STS de 31 de mayo de 2000 ), no cabe hacer supuesto de la cuestión ( STS de 19 de junio de 2007 y 25 de noviembre de 2014 ), no revisa el soporte fáctico ( STS de 30 de noviembre de 2007 ) y su función es controlar la correcta aplicación del derecho ( STS de 10 de abril de 2003 ) sin alterar la *questio facti* ( STS de 27 de octubre de 2005 ). Como se recogía recientemente ( STS de 27 de octubre de 2014, Rc. 2604/2012 "La LEC ha reforzado el carácter extraordinario del recurso de casación limitado a los aspectos sustantivos y ajeno a la revisión de la valoración de la prueba, pues deslinda los aspectos sustantivos de los procesales, y reserva el recurso de casación a comprobar la correcta aplicación del Derecho sustantivo a la cuestión de hecho. Todo lo relativo a la prueba, incluyendo su valoración, constituye una cuestión procesal cuyo conocimiento se encuentra reservado al recurso extraordinario por infracción procesal".



En relación con el juicio de capacidad llevado a cabo por el Notario autorizante, se reitera que: Como afirma la sentencia de 19 de septiembre de 1998 *"el juicio notarial de la capacidad de testamentación, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dados el prestigio y la confianza social que merecen en general los Notarios, no conforma presunción iuris de iure, sino iuris tantum, que cabe destruir mediante prueba en contrario..."*

Tal prueba ha existido a juicio del Tribunal de instancia, tras un proceso contradictorio, sin que ello pugne con el juicio de capacidad a cargo del Notario, su buena fe, su prestigio y su profesionalidad

Procede por todo ello la desestimación del motivo.

**SÉPTIMO.** Conforme a los artículos 394.1 y 398.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede imponer a la parte recurrente las costas de los recursos, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

## FALLAMOS

1. Desestimar los recursos de infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de doña Elena , contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña, el día 15 de noviembre de 2013, en el rollo de apelación 299/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario 470/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Carballo.

2. Imponer a la parte recurrente las costas de ambos recursos, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Firmado y Rubricado. **Francisco Marin Castan.- Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller .- Francisco Javier Arroyo Fiestas .-Eduardo Baena Ruiz .- Xavier O'Callaghan Muñoz.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Eduardo Baena Ruiz** , 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.