



Roj: **SAP C 226/2016 - ECLI:ES:APC:2016:226**

Id Cendoj: **15078370062016100043**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santiago de Compostela**

Sección: **6**

Fecha: **27/01/2016**

Nº de Recurso: **371/2014**

Nº de Resolución: **20/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN ANTONIA VILARIÑO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 226/2016,**
STS 3268/2018

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 (DESPL)

A CORUÑA

SENTENCIA: 00020/2016

AUDIENCIA PROVINCIAL DE A CORUÑA (Sección 4ª)

Nº Rollo: 371/14

Juzgado Primera Instancia Nº 1 Ribeira

Procedimiento: Juicio Ordinario 201/13

S E N T E N C I A

Nº 20/16

AUDIENCIA PROVINCIAL

Sección Sexta

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSÉ GÓMEZ REY, Presidente

D. JORGE CID CARBALLO

Dña. Mª DEL CARMEN VILARIÑO LÓPEZ

En Santiago de Compostela, a veintisiete de enero de dos mil dieciséis.

Vistos por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial, integrada por los Señores cuyos nombres al margen se relacionan los presentes autos de juicio ordinario 371/14, sustanciados en el Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Ribeira, y que ante la Audiencia Provincial pendían en grado de apelación, seguidos entre partes; como apelante-demandante, **Dña. Clara**, representada en esta alzada por la Procuradora Dña. RAQUEL CEI **NO** S REAL; como apelados-demandados, **Dña. Elisa y D. Emilio**, representados en esta alzada por la Procuradora Dña. ELENA RAMOS PICALLO. Siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrado Dña. Mª DEL CARMEN VILARIÑO LÓPEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO: Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada de fecha 17 de marzo de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia N° 1 de Ribeira , cuya parte dispositiva, dice como sigue:

"- FALLO: QUE DESESTIMO la pretensión de la demandante D^a Clara contra los demandados D^a Elisa y D. Emilio no procediendo a la declaración de nulidad del testamento otorgado por D^a Lourdes .

Las costas del procedimiento se imponen a la demandante D^a Clara .

roja y alfombra verde, dos cuadros de pinturaisor LCD, mesa de madera con seis sillas, mesa de forja verde de cristal, alfombra

SEGUNDO: Que notificada dicha sentencia a las partes, contra la misma interpuso recurso de apelación la representación procesal de la demandante. De conformidad al artículo 463 de la Ley Procesal se remitieron los autos a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial para la resolución del recurso, en donde, recibidos, se formó el rollo de apelación civil número 371/14, pasándose los autos a ponencia para deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : La sentencia recurrida desestima la demanda formulada por Dña. Clara frente a D^a Elisa y D. Emilio , por la que solicita que se declare la nulidad del testamento otorgado en fecha 7 de septiembre de 2005 por su fallecida hermana Dña. Lourdes , posteriormente a haber sido declarada parcialmente incapaz en sentencia dictada con fecha 6 de julio de 2005 por el Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Ribeira , confirmada por sentencia dictada por esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de A Coruña de fecha 31 de julio de 2006 ; siendo los demandados beneficiarios de dicho testamento. La Juzgadora de Instancia entiende que no existía impedimento alguno para que Dña. Lourdes pudiera testar de manera eficaz a favor de la demandados, señalando que en el testamento se había hecho constar por el Notario autorizante que, a su juicio, la testadora se hallaba con la capacidad legal para otorgar testamento, y que la sentencia de primera instancia sometía a Dña. Lourdes a un régimen de curatela, y, que, según ello, el curador debería asistir a la incapacitada en los actos en que la ley exige al tutor autorización judicial.

En el recurso se alega que no se ha efectuado pronunciamiento ni referencia alguna en la fundamentación jurídica a la exigencia que establece el artículo 665 del Código Civil .

SEGUNDO: La cuestión suscitada en esta alzada sobre la aplicabilidad del artículo 665 del Código Civil en casos de incapacidad parcial, y, en todo caso, la relativa a los requisitos extrínsecos exigidos para el otorgamiento de testamento por persona que haya sido judicialmente incapacitada en virtud de sentencia que no contenga pronunciamientos sobre su capacidad de testar, ha sido abordada por reciente sentencia de esta Sección Sexta de fecha 26 de noviembre de 2015, dictada en recurso 215/15 , en la que dice:

"No ocurre lo mismo con el incumplimiento o infracción de las solemnidades legales, aspecto en el que discrepamos.

La demandante interesó la nulidad por infracción del artículo 665 del Código Civil . Prescribe este precepto que "siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad".

La sentencia apelada destaca con razón que éste precepto no es aplicable al quedar desplazado por la normativa civil de Galicia, que contiene sobre el testamento abierto y sus solemnidades una previsión específica. El artículo 136 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia , vigente hasta el 19 de julio de 2006, dice que el testamento abierto se otorgará ante Notario, sin que sea necesaria la presencia de testigos, salvo cuando el testador sea ciego, demente en intervalo lúcido o no sepa o no pueda leer o escribir, supuesto en el que se requiere que concurren al otorgamiento dos testigos.

Éste precepto, aunque no haya sido invocado expresamente en la demanda, podría ser aplicado por el tribunal sin faltar a la congruencia, que se refiere a los hechos y no al derecho ("iura novit curia").

Como recuerda la STSJ de Galicia de 30/05/2011 , que se cita en la apelada, "desde el punto de vista sustantivo (...) la referencia que realiza tanto el artículo 184 de la Ley 2/2006 , como el 136 de la anterior 4/1995, al testamento en intervalo lúcido tiene más relación con la versión del artículo 665 del Código Civil en su redacción originaria que con la regulación que resultó de la Ley de reforma de 20 de diciembre de 1991, en la que dejó de tratarse del testamento del demente en intervalo lúcido para regularse el testamento del judicialmente incapacitado en la forma que al efecto previene el vigente artículo 665 Código Civil .



Así las cosas la conclusión que puede extraerse de la interpretación de aquellos artículos de la Ley gallega es la de que cuando se hace referencia al testamento del demente en intervalo lúcido se está refiriendo en realidad al supuesto contenido en el artículo 665 del Código Civil . De lo cual resulta que, por una parte, si se trata de persona que padezca alguna enfermedad mental que no haya sido judicialmente incapacitada, que sería el caso de autos, se aplicarán únicamente las normas generales sobre la apreciación de su capacidad, que queda remitida al juicio de capacidad que tiene que hacer el notario; por otra, que el supuesto para el que el artículo 184 LDCG exige la intervención de dos testigos, al que también se refería la LDCG 4/1995, es el que ahora regula el Código Civil respecto de persona que haya sido judicialmente incapacitada en virtud de sentencia que no contenga pronunciamientos sobre su capacidad para testar".

El Tribunal Supremo por citar entre otras la sentencia 563/97 de 16 de Junio (recurso de casación nº 2210/93) ha venido entendiendo que el testamento es un acto solemne que requiere el cumplimiento riguroso de los requisitos extrínsecos exigidos por el Código Civil. "Evidentemente, el criterio de libertad que impera en el ámbito contractual - del que es ejemplo el art. 1255 del Código Civil - quiebra en lo sucesorio, en especial, en materia de testamentos, como ponen de relieve sus disposiciones reguladoras, al ser constante la jurisprudencia en el sentido de establecer que 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 art. 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 art. 675 del Código".

El Tribunal Supremo para un caso de incapacidad parcial ha venido entendiendo, que es posible otorgar testamento en intervalo lúcido, pero con los requisitos del art. 665 del Código Civil . Así en las sentencias 479/1994 - sala de lo civil- de 20 de mayo, recurso nº 1765/199.

Al hilo de esta sentencia la SAP Vizcaya, Sección 4ª, de 23 de abril de 2015 argumenta que el legislador claramente exige "en los casos de incapacitación -sea parcial, o total, pues donde la Ley no distingue nosotros no podemos distinguir- que dos facultativos lo reconozcan, no pudiendo autorizarse el testamento "sino cuando estos responden de su capacidad"". En el caso examinado en esa sentencia "La Sra. Notaria manifestó al declarar como testigo, que nadie le comentó la sentencia de incapacitación, que si no -como no hubiera podido ser de otra forma- hubiera exigido la presencia de dos facultativos. Por ello, que se de fe de la capacidad por la Sra. Notaria o los testigos, incluso "expost" por un facultativo, para la sala resulta intrascendente, pues se ha prescindido de requisitos esenciales, no siendo factible declarada la incapacitación parcial que no contiene pronunciamiento acerca de la capacidad para testar, reconsiderar en este procedimiento tal capacidad, sin observar la designación de los dos facultativos, preceptivamente establecido en el art. 665 del Código Civil ". En definitiva, el conocido principio de "favor testamenti" para respetar la voluntad testamentaria de una persona, se mantiene por el legislador, pero siempre cumpliendo los requisitos del art. 665 del Código Civil ; y quíerose o no, la sentencia de incapacitación, "no contempla pronunciamiento acerca de su capacidad de testar".

El caso que examinamos, con sus peculiaridades, es análogo. El incapacitado parcialmente, cuando la sentencia no contempla pronunciamiento acerca de su capacidad de testar, sólo puede otorgar testamento abierto con las formalidades y solemnidades legales. En el caso de Galicia y en el año 2000 con la presencia de dos testigos, requisito exigido en el artículo 136 de la Ley 4/1995 , que al usar el término demente se refiere en realidad al mismo caso previsto en el artículo 665 del Código Civil . El testamento otorgado por incapaz sin concurrir dos testigos incumple la formalidad exigida por la ley. Es indiferente que el Notario desconociese la sentencia de incapacidad. De lo contrario ocultar esa situación al Notario permitiría sin más prescindir de la aplicación del precepto. Lo decisivo es que en el caso de que esa incapacidad haya sido declarada en sentencia se han de cumplir unas formalidades adicionales, la presencia de dos testigos, que en éste caso no se han cumplido. El artículo 687 del Código Civil establece que será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas".

Lo argumentado en dicha sentencia es plenamente aplicable al caso de autos. La sentencia dictada con fecha 6 de julio de 2005 por el Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Ribeira declaró la incapacidad parcial de Lourdes con sujeción al régimen de curatela con el contenido previsto en el artículo 290 del Código Civil . Si bien es cierto que frente a esta sentencia se formuló recurso de apelación, no por ello debía de dejarse de aplicar dicho precepto cuando existía un pronunciamiento que declaraba la incapacidad parcial, siendo el caso que había sido recurrida por la demandante para solicitar la agravación de la limitación de la capacidad, y su nombramiento como tutora, y que la sentencia dictada en apelación, no considerando justificado el sometimiento a un régimen de incapacitación total, designó como curadora a la FUNGA, y mantuvo el mismo ámbito de intervención que la resolución de primera instancia.



En atención a lo expuesto el recurso ha de ser estimado, y debe declararse la nulidad del testamento otorgado por Dña. Lourdes en fecha 7 de septiembre de 2005 ante el Notario D. Oscar Manuel López Doval con nº de protocolo 1348, al no cumplirse los requisitos legales para su otorgamiento, lo que conlleva que resulte intrascendente el examen de si la testadora contaba con capacidad en el momento e otorgar testamento.

TERCERO: La estimación de la demanda conlleva la imposición de costas a la parte demandada de conformidad a lo establecido en el artículo 394.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la estimación del recurso que no se efectúe imposición de costas en esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS:

Que estimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Dña. Clara contra la sentencia de fecha 17 de marzo de 2014, dictada en los autos de que este rollo dimana por el Juzgado de Primera Instancia Nº1 de Ribeira, debemos revocarla y la revocamos, y, en su lugar, estimando la demanda presentada por la recurrente, se declara la nulidad del testamento otorgado por Dña. Lourdes ante el Notario D. Oscar Manuel López Doval con nº de protocolo 1348 al no cumplirse los requisitos legales para su otorgamiento; con imposición a la parte demandada de costas de primera instancia, y sin efectuar imposición de costas en esta alzada.

Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes, haciéndoles saber, conforme preceptúa el artículo 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que contra ella cabe recurso de casación por interés casacional ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, y, en su caso, recurso de casación ante la Excm. Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia si se fundamentase en infracción de Derecho Civil de Galicia, que deberá ser interpuesto ante esta Sección en el plazo de 20 días desde la notificación de esta sentencia.

Y al Juzgado de procedencia, líbrese la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de apelación civil, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.