



Roj: **SAP NA 853/2017 - ECLI:ES:APNA:2017:853**

Id Cendoj: **31201370032017100341**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **3**

Fecha: **05/10/2017**

Nº de Recurso: **840/2016**

Nº de Resolución: **408/2017**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Juicio ordinario**

Ponente: **ANA INMACULADA FERRER CRISTOBAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 000408/2017

Ilma. Sra. Presidenta

D^a. ANA FERRER CRISTOBAL

Ilmos. Sres. Magistrados

D. AURELIO HERMINIO VILA DUPLA

D. ILDEFONSO PRIETO GARCIA-NIETO

En Pamplona/Iruña, a 05 de octubre del 2017.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en grado de apelación el **Rollo Civil de Sala nº 840/2016**, derivado del *Procedimiento Ordinario nº 1090/2015* del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Pamplona/Iruña; siendo parte *apelante*, la demandante, D^a. **Fátima**, representada por la Procuradora D^a. Elena Díaz Álvarez De Maldonado y asistida por el Letrado D. Alfonso Joaquín Martín Carretero; parte *apelada*, la demandada, D^a. **Benita**, representada por la Procuradora D^a. Alicia Fidalgo Zudaire y asistida por el Letrado D. Juan Vallet Regí.

Siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a. ANA FERRER CRISTOBAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada.

SEGUNDO .- Con fecha 15 de julio del 2016, el referido Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Pamplona/Iruña dictó Sentencia en Procedimiento Ordinario nº 1090/2015, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

*"Se **DESESTIMA INTEGRAMENTE**, la demanda formulada por Fátima, contra Benita, y en consecuencia, se ABSUELVE libremente a la demandada de cuantos pedimentos se contienen en el escrito de demanda, con expresa condena en costas a la parte actora."*

TERCERO .- Notificada dicha resolución, fue apelada en tiempo y forma por la representación procesal de la parte demandante, D^a. Fátima.

CUARTO.- La parte apelada, D^a. Benita, evacuó el traslado para alegaciones, oponiéndose al recurso de apelación y solicitando su desestimación, interesando la confirmación de la sentencia de instancia.

QUINTO .- Admitida dicha apelación en ambos efectos y remitidos los autos a la Audiencia Provincial, correspondieron a esta Sección Tercera, en donde se formó el Rollo de Apelación Civil nº 840/2016, en el que por auto de fecha 12 de Diciembre de 2016 se admitió la prueba documental propuesta por la parte apelante, desestimando el resto de la prueba solicitada. Dicho auto fue recurrido en reposición el cual fue desestimado por auto de fecha 19 de Enero de 2017, habiéndose señalado el día 4 de julio de 2017 para su deliberación y fallo, con observancia de las prescripciones legales.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente procedimiento se inició por demanda interpuesta por D. Fátima contra la Notario de Lekumberri, doña Benita en ejercicio de acción de responsabilidad civil en el ejercicio de su profesión de Notario y reclamación de cantidad en concepto de daños y perjuicios.

Fundamentaba su pretensión en lo que considera conducta negligente de la Notario en su intervención en el otorgamiento del testamento abierto por doña Sonia en el que nombraba heredera a la hoy actora y que fue declarado nulo por sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 y posteriormente ratificada tanto por la Audiencia Provincial como por el TSJN.

Concretamente se consideraban hechos causantes de dicha negligencia los siguientes:

1.- no advertir a la testadora, persona de avanzada edad, de las consecuencias que se derivaban de su manifestación de que no sabía firmar.

2.- permitir que actuando y firmando como testigos del testamento una persona encargada de la limpieza y una empleada de la notaría, dicha firma no se hiciera en unidad de acto como exige el artículo 695 del Código Civil .

A juicio de la parte actora dicha falta de unidad de acto ocasionó que no se advirtiera por una de las testigos, concretamente la Sra. Nieves , que la instituida heredera en el testamento, doña Fátima , era su suegra.

La representación de la demandada doña Benita , se opuso a la demanda interpuesta negando la existencia de cualquier tipo de conducta negligente en su actuación ya que tratándose de la testadora de una persona mayor de 89 años, que le manifestó que no podía firmar, actuó correctamente al sustituir su firma por la de dos testigos. El hecho de que posteriormente se declarará nulo el testamento obedece a su juicio a motivos distintos que el que ahora nos ocupa.

Se opuso también a las manifestaciones efectuadas por la actora en relación con la firma de los testigos al considerar práctica habitual en las notarías que, en estos casos, sea el propio notario quien busque dos testigos que no sean familiares; negaba también que las testigos no estuvieran presentes en el momento de la firma añadiendo que en todo caso tampoco la nulidad del testamento fue declarado por dicho motivo.

También negó conocer la relación de parentesco existente entre la testigo doña Nieves y la heredera insistiendo en que tampoco ese fue motivo de la nulidad declarada del testamento.

Tras la práctica de la prueba solicitada por las partes el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda formulada con expresa condena en costas a la parte actora.

Se recurre ahora dicha resolución por la representación de la Sra. Fátima en un amplio escrito en el que en primer lugar y con carácter general insiste, conforme a la regulación contenida en el Código Civil y el Reglamento Notarial, en la falta de diligencia de la Notario demandada por no haber tomado las medidas adecuadas para el cumplimiento del encargo profesional, atendiendo para ello, según insiste, a la elevada y sensible cualificación que se espera de dicha profesión.

Centra su recurso en la ausencia de unidad del acto con la consiguiente vulneración de los artículos 193 a 195 del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la Organización y Régimen del Notarial y alega que se trata de un motivo novedoso en relación con la sentencia que declaró nulo el testamento, ya que fue conocido posteriormente a la misma.

En todo caso y aun cuando en su escrito señala cinco motivos de recurso, tras la lectura de los mismos, deben quedar sintetizados en dos:

1.- La falta de unidad de acto. Tras valorar la prueba entiende que el acto de lectura del testamento, aún cuando fuera puntual, no hubiera modificaciones y se llevará a cabo tal y como estaba planteado, es lo suficientemente complejo como para durar mas de dos minutos por lo que es difícil compaginarlo con la naturaleza del trabajo que desempeñaban ambas testigos, doña Nieves y Matilde . Se remite en este sentido a las declaraciones en el acto de la vista y principalmente a la de la testigo Nieves .

2.- En relación con la falta de firma por parte de la Sra. Sonia , se remite constantemente al contenido de la STSJN en la que se concluye que si la testadora no firmó es porque no tenía voluntad para firmar y considera que existían elementos más que suficientes para entender que la Sra. Sonia sí quería testar en ese sentido.

Insiste también en que, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la Notario, como se dice en la resolución del TSJN, debió haber indagado mas en esa imposibilidad de firmar, no actuando por tanto de forma diligente.

Por último alega no solo una posible responsabilidad directa de la demandada sino que hace referencia también a lo que denomina responsabilidad indirecta por la actuación de una empleada a la que atribuye " un



incumplimiento de su obligación de darse cuenta de que la heredera era su suegra y que dicho motivo acarrearía la nulidad del testamento ".

Como consecuencia de todo ello, y en última instancia, solicita también la modificación del pronunciamiento sobre las costas.

La representación de la parte demandada se opone al recurso interpuesto y solicita la íntegra confirmación de la sentencia dictada en primera.

SEGUNDO.- En la demanda iniciadora del presente procedimiento se reclamaba la responsabilidad civil de la Notario demandada al entender que su negligencia en el acto del otorgamiento del testamento de doña Sonia fue la causa de la posterior declaración de nulidad de dicho testamento por el TSJN en Sentencia de 28 de octubre de 2014 ratificando la dictada por la Audiencia Provincial de Navarra en fecha 4 de febrero de 2014 en el juicio ordinario 1321/2011.

La sentencia del TSJN recogía en su fundamentación:

"el testamento, se otorgó con intervención de dos testigos doña Matilde (encargada de la limpieza de la oficina de la notaría, según manifestó en prueba testifical) y doña Nieves (empleada de la notaría). Esta última es (y lo era al tiempo del otorgamiento) la esposa del llamado como sustituto vulgar (don Belarmino) y por tanto no era de la instituida heredera (doña Fátima).

El testamento recoge la manifestación de la testadora de no poder firmar y de hacerlo por ella, además de en su nombre, la primera de las testigos mencionadas ."

Más adelante se hace referencia a la importancia de las formalidades previstas para el otorgamiento de los testamentos y a la necesidad de su observación como garantía de su realidad, todo ello en atención a la trascendencia jurídica del acto. Reconoce no obstante la existencia de una corriente jurisprudencial que pretende favorecer el principio del favor testamento, y tras un somero repaso a la jurisprudencia existente al respecto, concluye que el uso prudente inmoderado de ese criterio flexible es " *ante comisiones, imprecisiones o inexactitudes que no alcanzan a empañar ni a poner en entredicho la efectiva voluntad del otorgante y su consciente y libre omisión "*.

Conforme a ello y en relación con la falta de firma del testamento considera hecho probado que, pese a que consta que la testadora no podía firmar, sí que sabía que podía hacerlo ya que lo había hecho en documentos anteriores y fechas próximas.

Teniendo en cuenta el carácter supletorio de la firma por parte de testigo se remite a la jurisprudencia existente que entiende que si se demuestra posteriormente que dicha alegación es falsa, mendaz o inexacta, el testamento deviene nulo. Alegaba en este sentido que en el plano psicológico volitivo, quien sabiendo o pudiendo firmar no firma es, a falta otra explicación que justifique satisfactoriamente su proceder, porque no quería hacerlo.

En segundo lugar y en relación con la intervención de los testigos, algo a lo que nuestra legislación se remite constantemente, se refería la sentencia a los requisitos explícitamente exigidos por el Fuero Nuevo de Navarra y concretamente a la idoneidad (artículo 681 y 682 del CC) al tiempo de otorgarse testamento (ART 683 CC). Siendo un hecho probado incontestable e incuestionado que doña Nieves era hija política de la instituida heredera y esposa de quien resultaba ser sustituto vulgar en el testamento, declaró la sentencia que estaba incurso en causa de idoneidad conforme al artículo 685.

TERCERO.- Con carácter previo al examen del objeto de recurso, y en relación con la actividad profesional de los Notarios el TS en Sentencia de 5 de febrero de 2000 señaló que:

"Los notarios, sin perjuicio de la actividad profesional de asesorar y ofrecer los medios jurídicos más adecuados para quienes soliciten sus servicios, puedan llevar a cabo contratos y actos jurídicos lícitos y válidos (artículo primero del Reglamento [RCL 1945/57 y NDL 22309]), lo que contribuye decididamente a su prestigio, sin embargo la actuación más importante es la dación de fe conforme a las leyes, que lleva consigo la función documentadora, conforme al artículo uno de la Ley del Notariado .

El correcto ejercicio de la fe notarial de conocimiento por atribución legal directa, resulta trascendental al quedar fijados con certeza los sujetos intervinientes en el acto y máxime en una sociedad como la actual, en la que la complejidad y proliferación de actuaciones jurídicas resulta notoria, por lo que se hace más exigente la cuestión de la responsabilidad en que estos funcionarios pueden incurrir, la que puede derivar tanto por actuaciones que cabe enmarcar en las relaciones contractuales, como en las extracontractuales o incluso concurriendo ambas (Sentencia de 19-6-1984 [RJ 1984/32509RJ]).

Ya con anterioridad en Sentencia de 3 de julio de 1965 dijo que:



"Que por lo que afecta a la responsabilidad que dimana del incumplimiento de los deberes relativos a la autorización de los instrumentos públicos, ésta nace del perjuicio que puede irrogarse a un particular, por acción u omisión del deber oficial que incumbe al Notario, cuando incurra en culpa, negligencia o ignorancia inexcusables...

Que el espíritu que en general predomina en las disposiciones reglamentarias es el de limitar la responsabilidad del Notario únicamente en cuanto refiere a la forma exterior del acto que autoriza, para procurar que en él concurren todas las precauciones necesarias a fin de que se consideren dignos de fe, si bien es de tener en cuenta, que aunque no de un modo general, se reconoce muchas veces la acción del Notario en lo que constituye la sustancia del acto en que interpone su ministerio, por lo que existiendo la correspondiente obligación, ha de darse también el efecto que lleva consigo su incumplimiento, esto es, la responsabilidad civil del Notario, que será tan extensa como para cada caso se requiera".

CUARTO.- Como primer motivo de recurso se incide por la recurrente en una falta de unidad de acto que supone vulneración de los artículos 193 a 195 del Decreto de 2 de junio de 1944 que aprueba el Reglamento de Organización y Régimen Notarial en relación con los artículos 705 y 1902 del CC así como el artículo 146 del Reglamento Notarial.

Aun cuando no lo dice expresamente, parte la recurrente de lo que entiende como un error en la valoración de la prueba efectuada por el Juez de Instancia ya que a su juicio existen pruebas que acreditan dicha falta de unidad de acto; tomando como referencia casi exclusiva la declaración de la testigo Sra. Nieves considera acreditado que era práctica habitual de la Notaria que por necesidades derivadas de la propia actividad laboral de las testigos, por la propia duración del acto que no puede entenderse limitado a "dos minutos", la firma por parte de las testigos se hiciera después de dicho acto.

En este sentido y con carácter previo hemos de decir que este tribunal tiene dicho con reiteración (sentencias de 15 mayo 2003, 25 de enero, 9 de febrero y 25 de junio de 2006, por citar algunas) que aunque el recurso de apelación que abre la segunda instancia permite al Tribunal, dado su carácter ordinario, realizar un nuevo examen de la prueba practicada, cuando lo que se imputa a la sentencia apelada es haber errado en la valoración de la misma, dicho examen queda limitado por el principio "*tantum devolutum quantum appellatum*" conforme al cual el tribunal de apelación sólo debe conocer de aquellas cuestiones que le han sido planteadas en el recurso, ex art. 465.4 LECiv, siendo una consecuencia del principio de congruencia de las sentencias, con dimensión constitucional por afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a no sufrir indefensión que se proyecta en el régimen de garantías legales de los recursos (SSTS 12 mayo (RJ 2006, 3939) y 1 diciembre 2006 (RJ 2006, 8158), 21 junio 2007 (RJ 2007, 5575)]. 30 junio 2009 (RJ 2009, 4704); SSTC 84/1985 (RTC 1985, 84) y 15/1987 (RTC 1987, 15)].

Ahora bien, el examen efectuado por el tribunal de la primera instancia de todas las pruebas practicadas no puede quedar desvirtuado por la valoración parcial e interesada que la parte apelante realice de determinados medios de prueba. El error en la apreciación de la prueba tan sólo puede ser acogido cuando las deducciones o inferencias obtenidas en la resolución apelada resulten ilógicas e inverosímiles de acuerdo con el resultado que ofrezcan las pruebas practicadas en el pleito o contrarias a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica.

En definitiva, cuando se trata de valoraciones probatorias, la revisión de la sentencia deberá centrarse en comprobar que tal valoración aparece suficientemente motivada o razonada en la resolución recurrida y que las conclusiones fácticas a las que llegue como resultado de tal valoración, no pongan de manifiesto un error palpable o manifiesto o resulten incompletas, incongruentes o contradictorias.

Conforme a ello y tras una nueva valoración de la prueba practicada procede la desestimación del motivo de recurso interpuesto.

Como hemos señalado, la recurrente fundamenta toda su pretensión en la declaración de la testigo Sra. Nieves cuya relación con la ahora demandada se ha visto rota como consecuencia de los hechos que ahora nos ocupan y que además tiene un interés directo en el presente procedimiento al tratarse de la nuera de quien hubiera sido declarada heredera de no haberse considerado nulo el testamento. Se trata por tanto de una declaración cuya valor probatorio debe ser valorado con extrema cautela máxime cuando estas circunstancias llevaron incluso a la parte actora a tachar a dicha testigo.

En todo caso, destacamos que, tal y como se dice en el escrito de contestación al recurso, en las declaraciones emitidas en el acto de la vista del anterior Juicio Ordinario, las dos testigos Matilde y Nieves declararon haber estado presentes en el acto de otorgamiento del testamento.

No existe por tanto prueba alguna que nos permita considerar acreditada la falta de unidad de acto, ni en este supuesto concreto, ni tampoco como práctica habitual de la Notaria.



Añadimos además como hecho relevante que en ningún momento la sentencia del TSJN hace referencia a la falta de unidad de acto como causa de la nulidad del testamento; por tanto si lo que se imputa a la demandada es una actitud negligente en el desempeño de su actividad profesional que desencadena la nulidad del testamento, y esto se declara por motivos distintos, ninguna responsabilidad se le puede exigir a la Notario en este sentido al no derivarse ninguna consecuencia perjudicial.

Desestimamos por tanto el primer motivo de recurso alegado.

QUINTO.- Se remite la parte recurrente al contenido de la STSJN y considera que al contrario de lo que dice la resolución de que si la testadora dijo que no podía firmar, cuando si podía es porque no tenía voluntad de firmar, considerando que existen circunstancias suficientes para creer que si quería testar en ese sentido.

Es evidente que se está recurriendo un pronunciamiento que se recoge en una resolución distinta a la ahora apelada, como es la dictada por el TSJN y que es firme y definitiva por lo que nada podemos añadir al respecto, no siendo necesario valorar dicha cuestión planteada.

En íntima relación con este motivo se alega que la Notario ante la afirmación de la testadora debió reflejar en dicha escritura las circunstancias concurrentes en la persona de la testadora, o en su caso advertirle de las consecuencias que de dicha falta de firma se pudieran derivar. Se fundamenta para ello en el propio contenido de la STSJN que dice al respecto que:

" Aunque, a tenor de la doctrina jurisprudencial antes citada (ss.31 enero 1964 y 4 de mayo 1977, del Tribunal Supremo) no sea obligación notarial indagar o averiguar la veracidad y motivos de esa imposibilidad, bastando que el fedatario tenga la impresión de su certeza, llama la atención y se echa de menos, que, habiendo preguntado la Notaría a la testadora por dicha imposibilidad -como en la sentencia de primera instancia se tiene por cierto-, no consignará aquella en la escritura la causa o razón de su afirmado impedimento a fin de explicar la inviabilidad del refrendo directo y despejar cualquier duda sobre la procedencia del recurso legal a la firma sustitutiva por un testigo "

Al respecto, damos por cierto y nadie lo pone en tela de juicio que la testadora doña Sonia , era una persona mayor y con dificultad de movimiento.

Sin embargo, y pese a ello, entendemos que la parte recurrente en ningún momento ha acreditado la existencia de una actuación negligente por parte de la Notario actuante que pudiera dar lugar a responsabilidad profesional en el ejercicio de su cargo ya que no existe ningún precepto que expresamente obligue hacer constar en la escritura circunstancias distintas a las que ya consta.

Basta en este sentido con remitirnos al contenido de los artículos a los que constantemente hace referencia la parte recurrente a los artículos 140 y tres y siguientes y 191 y siguientes que sin embargo tal y como señaló el TSJN no recogen en ningún momento ni la obligación de indagar o averiguar la veracidad y motivos la imposibilidad, ni mucho menos la obligación de hacer constar las consecuencias. Por todo ello procede la íntegra desestimación del motivo de recurso interpuesto y la confirmación de la resolución dictada.

SEXTO.- Como último motivo de fondo se alega por la representación de la Sra. Fátima que existe vulneración de la normativa notarial por falta de comprobación del cumplimiento de las formalidades necesarias en relación con la intervención de los testigos, lectura del testamento etc., debiendo responder por ella directamente e indirectamente por la actuación de una empleada.

Ninguna responsabilidad sin embargo puede atribuirse al notario demandado por desconocer la relación de parentesco que une a una de sus empleadas al tratarse de una cuestión que queda dentro del ámbito personal familiar de la misma y de la que en consecuencia no puede responder ni directa ni indirectamente.

Nada hemos de añadir además en relación con una posible responsabilidad indirecta por la actuación de su empleada no solo porque dicha cuestión es introducida de forma novedosa en esta segunda instancia sino porque tampoco se ha justificado ni fundamentado la razón de dicha responsabilidad

SÉPTIMO.- Se recurre en último lugar el pronunciamiento que condena al pago de las costas causadas en primera instancia basándose para ello en lo que son cuestiones de fondo que en nada afectan ni impiden la necesaria aplicación del principio del vencimiento objetivo. Procede por ello no solo desestimar también dicho motivo, debiendo además y conforme al contenido del Art 398 LEC condenarle al pago de las causadas en esta segunda instancia.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO



Esta Sala acuerda la íntegra **desestimación del recurso de apelación** interpuesto por la representación de doña Fátima contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Pamplona en fecha 15 de julio de 2016 ratificando íntegramente su contenido.

Las costas causadas serán impuestas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La presente resolución, de concurrir los requisitos establecidos en los artículos 477 y 469, en relación con la disposición final 16ª de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, es susceptible de **recurso de casación y de recurso extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo** o, en su caso, de **recurso de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra**, debiendo presentar ante esta Sección el escrito de interposición en el plazo de los **VEINTE DÍAS** siguientes al de su notificación.

Debiendo acreditarse en el momento de la interposición del recurso haber consignado el depósito exigido para recurrir en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano abierta en Banco Santander, con apercibimiento de que de no verificarlo no se admitirá a trámite el recurso pretendido.

FONDO DOCUMENTAL CEMUCO