



Roj: **STSJ GAL 5801/2020 - ECLI:ES:TSJGAL:2020:5801**

Id Cendoj: **15030310012020100071**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **20/10/2020**

Nº de Recurso: **28/2019**

Nº de Resolución: **21/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación autonómico**

Ponente: **PABLO ANGEL SANDE GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 2215/2019,**  
**STSJ GAL 5801/2020**

**T.S.X.GALICIA SALA CIVIL/PENAL**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00021/2020**

**tribunal superior de justicia de galicia**

A Coruña, veinte de octubre de dos mil veinte, la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, constituida por los Ilmos. Sres. magistrados don Pablo A. Sande García y don Fernando Alañón Olmedo, así como por la Ilma Sra. magistrada doña Lorena López Mourelle, dictó

**en nombre del rey**

la siguiente

**s e n t e n c i a**

En el recurso de casación 28/2019 interpuesto por doña Modesta y don Landelino, representados por la procuradora doña María del Mar Rodríguez González y asistidos por el letrado don Landelino, y en el que es parte recurrida doña Sabina, representada por la procuradora doña Amalia Mosquera Herrero y asistida por la letrada doña María Asunción López Dópico, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña con fecha de 22 de octubre de 2019 (rollo de apelación número 359 de 2019), como consecuencia de los autos del juicio ordinario número 103 de 2017, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia número 9 de A Coruña, sobre impugnación de testamento por falta de capacidad del otorgante.

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Pablo A. Sande García.

**antecedentes de hecho**

**PRIMERO: 1.** La procuradora doña Amalia Mosquera Herrero, en nombre y representación de doña Sabina, mediante escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia, formuló, el 6 de febrero de 2017, demanda de juicio ordinario contra don Landelino y doña Modesta.

En dicha demanda, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho habidos por convenientes, termina solicitando que se dicte sentencia por la que: *1º Se declare la nulidad del testamento otorgado por D. Silvio, con DNI NUM000, con fecha 15 de abril de 2009, ante el Notario de Narón, D. JUAN DE LA RIVA LOPEZ RIOBOO, protocolo nº 771, por falta de capacidad del otorgante, con todas las consecuencias legales inherentes a dicha declaración, y en consecuencia se decrete la apertura de la sucesión intestada o legítima por el fallecimiento de D. Silvio. - 2º Se declare la nulidad de actos jurídicos ejecutados por los herederos del impugnado testamento con*



la consiguiente devolución por estos a la masa de la herencia del equivalente económico dispuesto e intereses de estas cantidades.- 3º Expresa imposición de las costas.

2. Admitida la demanda, por medio de Decreto fechado el 20 de febrero de 2017, y emplazados los demandados, la procuradora doña María del Mar Rodríguez González, compareció en los autos en nombre y representación de don Landelino y doña Modesta, y la contestó estableciendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes para acabar solicitando que se dicte sentencia *desestimando la demanda con expresa imposición de costas a la actora*.

3. Las partes fueron convocadas para asistir a la audiencia previa establecida el artículo 414 LEC y, celebrada ésta sin avenencia el 27 de junio de 2017, se acordó el recibimiento del pleito a prueba, habiéndose practicado la que, propuesta por las partes, fue declarada admitida.

4. El Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia número 9 de A Coruña dictó sentencia con fecha de 15 de mayo de 2019, cuyo fallo es como sigue: *Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda interpuesta por Dª Sabina contra D. Landelino y Dª Modesta, absolviendo a los demandados de los pedimentos efectuados en su contra. - No se hace especial pronunciamiento en materia de costas.*

**SEGUNDO:** La representación de la parte actora interpuso recurso de apelación y una vez tramitada la alzada, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña, dictó sentencia con fecha de 22 de octubre de 2019, que en su parte dispositiva dice: *Fallo: Por lo expuesto, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña, resuelve: Que con estimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en fecha 15-mayo-2019 por el juzgado de 1ª instancia nº 9 de A Coruña, resolviendo el juicio ordinario nº 103/2017, debemos revocar la citada resolución, estimando la demanda formulada por Dª Sabina contra D. Landelino y Dª Modesta, se declara nulo el testamento de D. Silvio, otorgado el 15 de abril-2009 ante el notario de Narón D. Juan de la Riva López-Rioboo por falta de capacidad del otorgante, con todas las consecuencias legales inherentes a esta declaración y en consecuencia se decreta la apertura de la sucesión intestada o legítima por el fallecimiento de D. Silvio. - Se declara la nulidad de actos jurídicos ejecutados por los herederos del impugnado testamento con la consiguiente devolución por estos a la masa hereditaria del equivalente económico dispuesto e intereses de estas cantidades. - Con imposición de las costas causadas en la instancia a la parte demandada y sin hacer expresa imposición en cuanto a las causadas en esta alzada.*

**TERCERO:** La procuradora doña María del Mar Rodríguez González, en nombre y representación de doña Modesta y don Landelino, mediante escrito presentado en dicha Sección interpuso recurso de casación contra la indicada sentencia de 22 de octubre. Por diligencia de ordenación de 5 de diciembre de 2019, la Audiencia acordó remitir los autos a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, ante la que emplazó a las partes por treinta días

**CUARTO:** Recibidos los autos en este Tribunal y personadas ante el mismo las partes, así como una vez pasadas las actuaciones al Magistrado Ponente, la Sala dictó auto con fecha de 12 de febrero de 2020 por el que acordó admitir a trámite el recurso de casación. En nombre y representación de doña Sabina, la procuradora doña Amalia Mosquera Herrero formalizó escrito de impugnación del recurso el 27 de febrero de 2020.

La Sala, por providencia de 16 de junio, señaló día, el siguiente 14 de julio, para la votación y fallo del recurso.

### Fundamentos de derecho

**PRIMERO:** *Sobre el alcance y finalidad de los artículos 136 LDCG/1995 y 184 LDCG /2006 cuando el testador sea "demente en intervalo lúcido" (1) y sobre el perfil del caso enjuiciado (2).*

1. El artículo 136 LDCG/1995 tras señalar, en su párrafo inicial, las modalidades del testamento abierto notarial, establece que para su otorgamiento no será necesaria la presencia de testigos, salvo, entre otros supuestos, cuando el testador sea "demente en intervalo lúcido". Está fuera de discusión que el legislador gallego de entonces, adoptó la expresión "demente en intervalo lúcido" del primitivo artículo 665 CC, derogado con anterioridad a la propia LDCG/1995 por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, a partir de cuya vigencia dicho precepto estatal se refiere al testamento abierto notarial que pretenda otorgar "el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar", en cuyo caso, al igual que se exigía en la redacción originaria, "el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad"; facultativos reconocedores del "testador incapacitado" que por añadidura habrán de concurrir al otorgamiento del testamento ( artículo 698.2º CC), aunque ya no necesariamente ningún testigo (cfr. artículo 697 CC), a diferencia del primitivo artículo 665 CC, en el que se preveía que facultativos y testigos tenían que subscribir el testamento.



Sucede, pues, que el legislador gallego de la LDCG/1995 no se percató de que el legislador estatal del CC había dejado de referirse al testamento del demente en intervalo lúcido, sustituyendo esta expresión por la de incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar, sin que ya fuese necesaria la presencia de testigos. En su afán por minimizar o limitar los supuestos de necesidad de concurrencia de testigos en el testamento abierto notarial (única finalidad a la que se contraía el artículo 136 LDCG/1995), el legislador gallego no sólo no se percató de que el legislador estatal del artículo 665 CC había abandonado la primitiva expresión "demente (que) pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido (...)" para, de conformidad con la precitada Ley 30/1991, de 20 de diciembre, pasar a hablar del testamento que pretenda otorgar "el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar (...)", sino que tampoco se percató de que la nueva redacción del artículo 665 CC había suprimido la necesidad de la presencia de testigos. En consecuencia, el legislador gallego de la LDCG/1995 alcanzó el resultado contrario al de ese su propósito minimizador testifical, al menos por lo que se refiere al testamento de la persona que con acusada impropiedad seguía denominando "demente en intervalo lúcido", de manera que en la hipótesis de no admitir la interpretación según la cual la presencia de testigos en tal supuesto resulta innecesaria ante la de los facultativos que indefectiblemente han de responder de la capacidad del testador ex artículo 665 CC, al otorgamiento de dicho testamento ex artículo 136 LDCG/1995 habrían de seguir concurriendo, en los términos del artículo 698.1º y 2º CC, unos y otros, facultativos y testigos.

La anomalía que representó el artículo 136 LDCG/1995, terminológica y conceptualmente desfasado, así como, sobre todo, llamado a integrarse por su carácter de norma incompleta en el concordante artículo 665 CC, se mantuvo en la vigente LDCG/2006: el artículo 183.1 se corresponde con el párrafo segundo del artículo 136 LDCG/1995, es decir, continúa siendo regla general la no presencia de testigos en el testamento abierto ordinario; y el artículo 184 indica los supuestos en los que como "excepción" habrán de concurrir testigos, v.gr. cuando el testador sea "demente en intervalo lúcido" (número 2º de dicho artículo 184 LDCG/2006, en armonía con el apartado b del artículo 136 LDCG/1995).

Esta excepcional presencia de testigos en el testamento abierto ordinario otorgado ante notario cuando, en particular, el testador sea "demente en intervalo lúcido", hay que referirlo centralmente al caso, plasmado como sabemos en el artículo 665 CC, de que pretenda otorgar testamento "el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar"; hipótesis en la cual, además de la preceptiva intervención de facultativos (el Notario, dispone el inciso final del artículo 665 CC, "designará dos facultativos que previamente le reconozcan -al incapacitado- y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad"), habrán de concurrir -y en ello reside la exclusiva peculiaridad normativa de la ley gallega- "testigos", que serán "al menos dos" según se desprende del artículo 185 LDCG/2006, si bien, como apunta parte de la doctrina de los autores, no hay razón que se oponga a que los facultativos que exige el CC puedan ser también los testigos que exige la LDCG, siempre que aquéllos acepten expresamente su "otra función de testigos" y "cumplan los requisitos de idoneidad de éstos".

2. Lo hasta ahora expuesto resulta plenamente trasladable al caso enjuiciado, principalmente caracterizado por encontrarnos en presencia de -dicho a la luz del artículo 665 CC- un testamento otorgado por "incapacitado" (sic) por virtud de sentencia que no contiene pronunciamiento acerca de su capacidad para testar, pero sin que el Notario autorizante designase dos facultativos que previamente le hubiesen reconocido a los efectos de responder de su capacidad. En concreto, el indiscutido perfil fáctico y jurídico esencial del caso enjuiciado es el siguiente:

1º) Don Silvio, cuya vecindad civil gallega no se cuestiona, otorgó testamento abierto notarial el 15 de abril de 2009, bajo el que falleció el 3 de enero de 2016, instituyendo herederos a su hermano (y tutor desde el 01/09/1985) don Gervasio y a la esposa de éste doña Modesta, (nombrada tutora el 01/04/2014 tras el fallecimiento de su esposo), con quienes convivía, sustituyéndolos por sus descendientes.

2º) El Notario autorizador del testamento no fue advertido de que don Silvio era persona con la capacidad judicialmente modificada en virtud de sentencia firme de fecha 2 de mayo de 1985, que no contenía pronunciamiento acerca de su capacidad para testar, y en la que consta que don Silvio padecía oligofrenia en grado profundo que le impedía de manera permanente y total gobernar su persona y bienes. En el testamento, el Notario reflejó que a su juicio don Silvio tenía la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

3º) El testamento no fue firmado por don Silvio por no poder hacerlo, si bien estampó "su huella digital", habiendo intervenido dos testigos instrumentales.

Así las cosas, es claro que el testamento de que se trata se otorgó contraviniendo de modo radical el artículo 665 CC; precepto que, como establece la STS 146/2018, de 15 de marzo, dictada por el Pleno de la Sala Primera (ECLI:ES:TS:2018:936), "impone", con el fin de asegurar la suficiencia mental del testador, "una garantía especial adicional que consiste en el juicio favorable a la capacidad para testar que deben emitir los



facultativos" y en cuya ausencia no cabe que el Notario autorice el testamento, siendo a su vez y en último término nulo ex artículo 687 CC el testamento otorgado sin la preceptiva concurrencia (*ad solemnitatem* para la mejor doctrina) de los facultativos que debieron reconocer al testador "incapacitado" ( artículo 698.2º CC).

Sucede, pues, que en el caso enjuiciado el inadvertido Notario no designó a los dos facultativos que deberían de reconocer a don Silvio (en el acto del juicio el señor Notario declaró que los habría designado si hubiese conocido que el testador se encontraba judicialmente "incapacitado" en virtud de sentencia que no contenía pronunciamiento acerca de su capacidad para testar), y esa sola circunstancia ya acarrea la nulidad del controvertido testamento: al no haber sido designados los facultativos es obvio que no pudieron reconocer "previamente" a quien -don Silvio - pretendía otorgar testamento; reconocimiento previo que el artículo 665 CC configura como necesario para posibilitar que se pueda testar, de manera que, a fin de cuentas, se autorizó un testamento sin que facultativo alguno hubiese respondido de la capacidad del testador, tal y como exige, según sabemos, el precitado artículo 665 CC, y sin que evidentemente ningún facultativo concurriese al acto del otorgamiento, según a su vez determina el artículo 698.2º CC.

**SEGUNDO: Sobre la nulidad formal del testamento impugnado (1) y sobre la conjunta aplicación de los artículos 665 CC y 184 LDCG/2006 (2).**

1. La falta de éxito del recurso interpuesto frente a la sentencia de la Audiencia que declara nulo el testamento de don Silvio se desprende, entendemos que con relativa facilidad, de lo hasta ahora plasmado. Bastará con percatarnos de que el primero de los dos motivos que acompañan a la casación interpuesta persigue revalorar, al amparo del artículo 469.1.4º LEC, la pericial practicada para concluir que el testador se hallaba en su "cabal juicio" en el momento de testar, lo que en resumidas cuentas singularmente acreditaría el juicio de capacidad emitido por el Notario que autorizó el testamento; mientras que el motivo segundo, de estricta casación, denuncia la infracción -se sobre entiende que por inaplicación- del artículo 184.2 LDCG/2006 junto con la vulneración de la doctrina plasmada en las SSTSJG 18/2011, de 30 de mayo, y 40/2016, de 7 de noviembre. Siendo ello así, recordaremos, por lo que hace al primero de los motivos formulados, la muy notoria doctrina jurisprudencial conforme a la cual la valoración probatoria en sede casacional es excepcional y solo viable en el caso de error patente o arbitrariedad que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, nada de lo cual se suscita en dicho motivo (por todas, STSJG 22/2018, de 19 de octubre, en la que con detalle se da cuenta de la jurisprudencia recaída al respecto). Con independencia absoluta de ello, el esfuerzo argumental de la recurrente resulta baldío puesto que -como subrayó la muy apreciable y ya clásica doctrina civilista de la segunda mitad del siglo XX- no cabe mantener la validez del testamento otorgado ex artículo 665 CC probando que, a pesar de no cumplirse los requisitos que el precepto exige, el testador era capaz. En este sentido, tal y como adelantamos, sin dictamen de los facultativos favorable a la capacidad no cabe autorizar el testamento. El incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 665 CC origina, así pues, la nulidad formal del testamento y obvia dilucidar si el testador era o no capaz naturalmente para testar por hallarse en un intervalo lúcido (o en su "cabal juicio") al tiempo del otorgamiento.

Es más. La propia recurrente reconoce, en el motivo segundo de su recurso, que el argumento decisivo utilizado por la Audiencia Provincial en la sentencia combatida fue la incomparecencia, al acto del otorgamiento del testamento, de los dos facultativos prescritos en el artículo 665 CC; extremo éste con el que coincidimos plenamente y que nos lleva a concluir que en rigor la declaración de nulidad del testamento otorgado por don Silvio trae causa no de su falta de capacidad y sí de la inobservancia de los requisitos previstos en el artículo 665 CC; conclusión que desde luego no se aparta de la *causa petendi* que en definitiva viene a ser la anulación del testamento impugnado.

2. En otro orden de cosas, no se entiende cabalmente la invocación que efectúa la recurrente respecto a la infracción del artículo 184.2 LDCG/2006 y de la doctrina jurisprudencial que trae a colación. No hay ni puede haber semejante infracción puesto que, como hemos explicado por extenso, cuando el artículo 184 LDCG/2006, al igual que previamente el artículo 136 LDCG/1995, se refiere al testamento del "demente en intervalo lúcido", no atiende sino al supuesto recogido en el artículo 665 CC, en el que desde luego encaja sin ambages el caso enjuiciado de persona con la capacidad judicialmente modificada sin que la correspondiente sentencia firme se hubiese pronunciado sobre su capacidad para testar.

Cierto es que al otorgamiento del testamento abierto ordinario de don Silvio concurrieron dos testigos, por más que lo hicieron por no poder firmar el testador, pero no es menos cierto, aunque sí más decisivo, que el testamento fue autorizado sin haberse cumplido ninguno de los requisitos exigidos en el artículo 665 CC (y, por conexión en el artículo 698.2º CC), trasladables al caso del testador "demente en intervalo lúcido" del que tan impropiamente habla el artículo 184 LDCG/2006.

En este sentido, la Sala avanzó, primero en la STSJG 18/2011, de 30 de mayo (relativa a un caso de testador no incapacitado judicialmente), y después en la STSJG 40/2016, de 7 de noviembre (tocante a un caso de testador



sometido a curatela), que la excepcional presencia de testigos en el testamento abierto notarial cuando el testador sea "demente en intervalo lúcido" ( artículos 136 LDCG/1995 y 184 LDCG/2006), hay que referirla al supuesto recogido en el artículo 665 CC de la persona que pretenda otorgar testamento estando incapacitada "por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar". Capacidad de testar susceptible de ser apreciada -o no- por los facultativos que previamente hubiesen reconocido a dicho incapacitado, no pudiendo el Notario que designó a los facultativos autorizar el testamento "sino cuando éstos respondan de su capacidad".

En esas dos precitadas sentencias, la Sala en realidad -aunque a título de *obiter dicta*- se hizo eco incluso en su literalidad de la doctrina notarial, recaída en torno al alcance del artículo 184 LDCG/2006, según la cual cuando éste precepto "hace referencia al testamento del demente en intervalo lúcido se está refiriendo (...) al supuesto contenido en el artículo 665CC", y de ahí que la regulación del precepto gallego, limitada a la exigencia de testigos, haya de ser integrada y al cabo "ajustarse" al precepto estatal. Con otras palabras: la exigencia del artículo 184 LDCG/2006 a lo que conduce es a que, tratándose del testamento del judicialmente incapacitado "por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar, tengan que intervenir dos testigos además de los facultativos". Se trata de una línea de pensamiento, asumida por la Sala, que a su vez entronca con el punto de vista puesto de relieve por el autor, también de ascendencia notarial, que primero y muy autorizadamente se ocupó de la cuestión a la sombra del precedente artículo 136 LDCG/1995; autor en verdad pionero al destacar que al testamento regulado en el vigente artículo 665CC "hai que referir a esixencia de testemuñas contida na Lei galega"; testigos, concluía, que "naturalmente, poden ser os dous facultativos que respondan da capacidade do testador".

Resulta, en consecuencia, y en síntesis, que el artículo 184 LDCG dista de representar un ejemplo, por lo que hace al extremo analizado de testador "demente en intervalo lúcido", de autointegración del derecho civil gallego que haga innecesaria o excluya la aplicación supletoria de la legislación civil estatal (cfr. artículos 149.3 in fine CE y 1.3 LDCG/2006), en concreto la del artículo 665 CC. Bien por el contrario, el artículo 184 LDCG/2006 antes que excluir la aplicación del artículo 665 CC la presupone cuando se trata del testamento que pretende otorgar el "incapacitado (con vecindad civil gallega) por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar", supuesto respecto del cual el precepto gallego completa los requisitos establecidos en el precepto estatal con el relativo a la concurrencia de testigos.

**TERCERO:** *Alcance del fallo desestimatorio, costas y depósito.*

La desestimación de los motivos en que se basa la casación comporta la declaración de no haber lugar a la misma y la confirmación de la sentencia recurrida (argumento ex artículo 487.2 LEC). En lo tocante a las costas del recurso, la Sala decide no imponerlas dada la ausencia de pronunciamientos de la misma que directamente aborden el tema debatido ( artículos 394.1 y 398 LEC); y por lo que se refiere al depósito constituido para recurrir, lo que procede es decretar su pérdida ex disposición adicional decimoquinta, punto 9, de la LOPJ.

En atención a lo expuesto y por la autoridad conferida por el pueblo español,

## FALLAMOS

1º No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Modesta y don Landelino contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña con fecha de 22 de octubre de 2019 (rollo de apelación número 359 de 2019), la cual confirmamos.

2º No imponer las costas del recurso.

3º Decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Así se acuerda y firma.