



Roj: **STS 5250/2000 - ECLI:ES:TS:2000:5250**

Id Cendoj: **28079110012000102092**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2000**

Nº de Recurso: **2593/1995**

Nº de Resolución: **675/2000**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **JOSE ALMAGRO NOSETE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Junio de dos mil.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Tercera, como consecuencia de autos, juicio de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número tres de Burgos, sobre nulidad de testamento, cuyo recurso fue interpuesto por Don Enrique y Doña Luisa, actualmente sus herederos Don Jose Ignacio y Don Abelardo y Don Ignacio, éste último en representación de su hija menor Flor, representados por el procurador de los tribunales Don Luis Pulgar Arroyo, siendo parte recurrida Doña Carmela, Doña Rocío y Doña Esperanza representadas por la procuradora de los tribunales Doña Raquel García Moneva.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número tres de Burgos, fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de Doña Carmela, Doña Rocío y Doña Esperanza contra Don Enrique, Don Eduardo, Doña Luisa, actualmente sus herederos Don Jose Ignacio y Don Abelardo y Don Ignacio y contra los cuatro ahijados citados genéricamente en el testamento de Doña Almudena y contra cualquier otro heredero o persona que pudiera tener intereses en el presente procedimiento, declarados en rebeldía, sobre nulidad de testamento.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia declarando la nulidad del testamento otorgado en inminente peligro de muerte por Doña Almudena por incumplimiento de las formalidades y requisitos esenciales que señala la Ley, así como que se declarase la nulidad radical de los actos jurídicos posteriores realizados por los herederos y de las inscripciones que haya causado en el Registro de la Propiedad o cualquier otro organismo el expresado testamento, y de cuantas escrituras o documentos hayan sido otorgados como consecuencia del mismo, decretando su cancelación, declarando finalmente abierta la sucesión intestada de Doña Almudena a fin de efectuar la pertinente declaración de herederos, con expresa imposición de costas a la demandada.

Admitida a trámite la demanda los demandados contestaron alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimaron oportunos y terminaron suplicando al Juzgado se dictara sentencia desestimando la demanda e imponiendo las costas a la parte actora.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 10 de diciembre de 1994, cuya parte dispositiva es como sigue: "Desestimando la demanda interpuesta por Doña Carmela, Doña Rocío y Doña Esperanza, representadas por el procurador Don Fernando Santamaría Alcalde, contra Doña Luisa, Don Eduardo y Don Enrique, representados por la procuradora Doña M^a Mercedes Manero Barriuso y contra los cuatro ahijados/as citados/as genéricamente en el testamento de Doña Almudena y contra cualquier otro heredero o persona que



podiera tener interés en el procedimiento, absuelto a la parte demandada de las pretensiones actoras, haciendo expresa imposición a esta parte de las costas procesales".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Tercera, dictó sentencia con fecha 9 de junio de 1995, cuyo fallo es como sigue: "Que, estimando como estimamos el recurso de apelación formulado en esta instancia por el procurador de los tribunales Don Fernando Santamaría Alcalde, en la representación que tiene acreditada en autos, contra la sentencia dictada, el día diez de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, por el Juzgado de Primera Instancia número tres de Burgos en esta causa, debemos revocar y revocamos dicha resolución; que, estimando como estimamos, sustancialmente, la demanda origen de este litigio, debemos declarar y declaramos la nulidad del testamento otorgado en inminente peligro de muerte y ante cinco testigos, el día catorce de abril de mil novecientos noventa y tres, por Doña Almudena , así como de los actos jurídicos posteriores realizados por los herederos en cuanto al mismo y de las inscripciones que por dicho testamento se hayan causado en el Registro de la Propiedad o cualquier otro organismo, las cuales se ordena cancelar, a cuyo fin se expedirán los mandamientos pertinentes; y que debemos condenar y condenamos a Doña Luisa , Don Eduardo , Don Enrique , y a los herederos o las personas que pudieran tener interés en el pleito y las cuatro ahijadas citadas genéricamente en el testamento citado a estar y pasar por estas declaraciones y condenas y a cumplirlas. No se hace expresa imposición de las costas causadas en ninguna de las dos instancias a ninguno de los litigantes en este procedimiento".

TERCERO.- El procurador Don Luis Pulgar Arroyo, en representación de Don Enrique y Doña Luisa , actualmente sus herederos Don Jose Ignacio y Don Abelardo y Don Ignacio , formalizó recurso de casación que funda en los siguientes motivos:

Primero.- Basado en el ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción por interpretación errónea de los artículos 700 y 704 del Código civil.

Segundo.- Basado en el artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción de la doctrina jurisprudencial al interpretar los requisitos que se exigen el artículo 700 del Código civil, sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1910, 23 de febrero de 1926 y 19 de diciembre de 1959.

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuando el traslado conferido para impugnación, la procuradora Srª García Moneva en nombre de Doña Carmela , Doña Rocío y Doña Esperanza , presentó escrito con oposición al mismo.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 20 de junio de 2000, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En concordancia con la pretensión de nulidad de testamento, solicitada, entre otros extremos, por la parte actora y recurrida, los hechos que, en síntesis, resultan probados, de acuerdo con la sentencia recurrida y los que tácitamente devienen aceptados, explicitan que el día 14 de abril de 1993, en la habitación nº NUM000 , piso NUM001 , de la Residencia Sanitaria General DIRECCION000 , de Burgos, se personó, en compañía de su empleada Doña Bárbara , el notario de la ciudad de Burgos, Don José María Gómez Oliveros Sánchez, previamente requerido, al efecto, para autorizar el testamento de Doña Almudena , a la sazón, internada en referido centro sanitario. Ante el estado físico de la testadora (que falleció el día 16 del mismo mes y año), el notario que pidió la presencia de personal sanitario (concurrieron Don Juan Carlos , médico; Don Evaristo , médico; y Doña Carina , A.T.S.), manifiesta, presentes todos, que no cabe otorgar testamento abierto, pero si testamento en inminente peligro de muerte, y, acto seguido, procede a tomar nota de las estimadas como declaraciones de voluntad de la testadora, en presencia de cinco testigos, integrados por el mismo y su empleada y los componentes del equipo sanitario, ya citados. Con fecha 28 de abril de 1993, Don Pedro Antonio , en su calidad de testigo, comparece ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de Burgos a fin de que se eleve a escritura pública el documento en que se hizo constar la última voluntad de Doña Almudena , iniciándose la tramitación del expediente de jurisdicción voluntaria número 222/93. El día 21 de mayo de 1993, referido Juzgado acuerda la protocolización del referido expediente, declarando ser el testamento de Doña Almudena .

SEGUNDO.- Frente a la declaración de nulidad del expresado testamento, acordada por la sentencia de segunda instancia (que revocó la de primera instancia) los demandados Sres. Luisa y Sres. Enrique , formulan el presente recurso de casación, cuyo primer motivo (artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) denuncia por infracción de ley la errónea interpretación de los artículos 700 y 704 del Código civil y cuyo segundo



motivo (al amparo de igual ordinal, estima infringida la jurisprudencia de esta Sala en relación con dichos preceptos, Menester es tomar, en consideración, a los fines de encuadrar el tema suscitado, que de acuerdo con criterios doctrinales generalizados sobre el artículo 700, testamento "en peligro inminente de muerte" es aquel testamento abierto especial en el que se sustituye la intervención del notario, funcionario público, por la asistencia de cinco testigos idóneos, con la única condición de que el testador se encuentre en "inminente peligro de muerte", es decir, en una situación de gravedad extrema. La justificación de esta forma de testar ha sido ampliamente debatida por la doctrina desde la publicación del Código, en la mayoría de los casos en sentido negativo, alegándose que ofrece pocas garantías de fiabilidad, y que puede ser fuente de abusos graves; aconsejándose fuertes cautelas a tomar por los órganos judiciales, para evitar que en la práctica se extienda a situaciones que no se correspondan con la que excepcionalmente contempla el Código. Exige, en todo caso, como presupuestos esta forma de testar: a) peligro real de la inminencia de muerte del testador; b) que esta situación extrema coincida con la imposibilidad de la asistencia de un Notario; c) que se cumplan rigurosamente las formalidades y requisitos establecidos en la Ley para esta forma de testar, entre los cuales no son los menos importantes las disposiciones de los artículos 703 y 704 del Código civil y 1.953 y 1.954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y d) que, con las salvedades correspondientes y dada su naturaleza de testamento abierto simplificado, se cumplan en general todas las solemnidades establecidas para el testamento abierto ordinario, es decir, capacidad del testador, idoneidad de los testigos, ánimo de testar, presencia del testador y testigos en unidad de acto, entre otros. En el supuesto que se contempla se incumple, a todas luces, el requisito consistente en la imposibilidad de contar con la presencia de notario, puesto que la excepcionalidad de esta forma de testar está directamente condicionada, no sólo a la inminencia de la muerte, sino también a la imposibilidad, dada la gravedad del testador, de contar con el tiempo suficiente para que pueda acudir un notario; criterios fundamentales que no cabe se obvien. La imposibilidad de la intervención notarial no aparece en la redacción del precepto, pero es necesario entenderlo así, pues el artículo 700 no puede interpretarse en el sentido de que sea una fórmula para prescindir discrecionalmente del notario, cuando existe la posibilidad de que pueda concurrir. Se ha sostenido, describiendo así la situación de modo concreto, que el testamento en peligro de muerte sirve, de modo exclusivo, para cuando, según una apreciación razonable, hay riesgo de que fallezca o pierda sus facultades el testador, antes de que pueda acudir el notario. Para defender la validez de esta forma de testar, resulta obligada la justificación de que no se ha prescindido del notario hábil para actuar, de una manera discrecional o voluntaria, sino en función de la premura del tiempo disponible, de las circunstancias de alejamiento, de la dificultad en las comunicaciones, o de la no localización inmediata, es decir, justificar una conducta razonablemente explicativa, que será distinta en cada caso concreto. No puede, por menos que extrañar, en el caso que se examina la conducta, fuera de sus responsabilidades legales, adoptada por el notario que se niega a autorizar el testamento abierto que corresponde y, con la asistencia de cuatro testigos y de el mismo en función de testigo (lo que denota, con toda claridad su presencia), aconseja la sustitución de una forma de testar, por otra, al margen de una interpretación pacíficamente consolidada del artículo 700 del Código civil.

TERCERO.- Tampoco parece conducente la invocación del artículo 704 del Código civil, que, al referirse a la ineficacia del testamento y su elevación a escritura pública, protocolizándola en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en realidad se apoya en el concepto de ineficacia insito en el artículo precedente, que inicialmente se refiere a los testamentos otorgados en inminente peligro de muerte (y en tiempo de epidemia), distinguiendo implícitamente entre la ineficacia y la nulidad, producida esta última por la inexistencia radical del testamento, mientras que la ineficacia de la que se habla, parte de una validez inicial del mismo, dejando de producir sus efectos por la falta de cumplimiento de requisitos posteriores. Por tanto, este precepto no se refiere a los testamentos nulos.

CUARTO.- La jurisprudencia que cita, como infringida, no desvirtúa la nulidad del testamento; así, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1910, alude a un caso distinto del presente, cual el del otorgamiento del testamento en peligro de muerte, a pesar de haber notario en el pueblo e incluso después de haber visitado el mismo día el notario al testador, porque dice la meritada sentencia "no excluye la posibilidad de que el peligro de muerte sobreviniese después de que aquel se retirase voluntariamente de la casa"; la de 26 de febrero de 1926 se centra en un caso en que no se encontró al notario de la población, cuando se fue en su busca; y la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1959, lo único que hace es remarcar la doctrina jurisprudencial acerca de que la imposibilidad de que el notario concorra para que ante el se otorgue el testamento ha de ser apreciada con criterio amplio. Ninguna, por tanto, de estas sentencias apoya la tesis de la parte recurrente. Con máxima claridad, además, otras sentencias establecen la necesidad de la observancia de las formas testamentarias con sujeción a Ley, pues, como ya declaró la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1912, "las formas menos solemnes de los testamentos privilegiados no excluyen ni dejan de hacer necesaria la concurrencia de todos los requisitos". Las precedentes razones abonan la desestimación de los dos motivos examinados, y, con ello, la declaración de no haber lugar al recurso, con imposición de las costas causadas (artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).



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

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don Enrique y Doña Luisa , actualmente sus herederos Don Jose Ignacio y Don Abelardo y Don Ignacio , éste último en representación de su hija menor Flor , contra la sentencia de fecha nueve de junio de mil novecientos noventa y cinco dictada por la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Tercera, en autos, juicio de menor cuantía número 139/94 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número tres de Burgos por Doña Carmela , Doña Rocío y Doña Esperanza contra Don Enrique , Don Eduardo , Doña Luisa , actualmente sus herederos Don Jose Ignacio y Don Abelardo y Don Ignacio y contra los cuatro ahijados citados genéricamente en el testamento de Doña Almudena y contra cualquier otro heredero o persona que pudiera tener intereses en el presente procedimiento, declarados en rebeldía, con imposición a dichos recurrentes de las costas causadas; y líbrese a la mencionada Audiencia la 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 .- JOSE ALMAGRO NOSETE.- XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ.- FRANCISCO MARIN CASTAN.- RUBRICADOS. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Almagro Nosete, 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.