



Roj: **STS 2341/1972 - ECLI:ES:TS:1972:2341**

Id Cendoj: **28079110011972100332**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/04/1972**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **GREGORIO DIEZ CANSECO DE LA PUERTA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Núm. 217.-Sentencia de 20 de abril de 1972.**

En la villa de Madrid, a 20 de abril de 1972; en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de San Clemente, y en grado de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete, por

doña Sofía , casada, sin profesión especial y vecina de Las Pedroñeras (Cuenca); con doña Andrea , mayor de edad, casada, sin profesión especial y de la misma vecindad, y don Federico , por sí y como padre legal representante de su hija menor Asunción , doña Lidia , doña Olga y don Vicente , sobre nulidad de testamento abierto; autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la actora, representada por el Procurador don José Tejedor Moyano y dirigida por el Letrado don Francisco LozanoRamírez; habiendo comparecido en el presente recurso la demandada doña Andrea representada por el Procurador don Eduardo Muñoz Cuéllar Pernia y dirigida por el Letrado don Miguel Palacios Massó.

### **RESULTANDO**

RESULTANDO que por el Procurador don Samuel Albareda Alarcón, en nombre de doña Sofía , y mediante escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia de San Clemente, se dedujo demanda contra doña Andrea y don Federico , por sí y como padre legal representante de su hija menor Asunción , doña Lidia , doña Olga y don Vicente , sobre nulidad de testamento abierto, y en cuya demanda se alegó: Doña Lourdes , y en el día 3 de mayo de 1968, otorgó testamento abierto en Las Pedroñeras ante el notario don Alberto Ortiz Vera, del Colegio de Albacete, con residencia en Belmonte; en dicho testamento instituye como legatario a la hoy demandante y demandados, y como heredera a la demandante doña Andrea . Testigos de dicho instrumento lo fueron don Jose Daniel , don Jorge y don Bernardo , todos de la misma vecindad que la testadora. Segundo: La testadora doña Lourdes , conocida así pero inscrita en el Registro Civil como Natalia , falleció en Las Pedroñeras, el día 8 de mayo de 1968, cinco días después del otorgamiento del testamento, acompañando la certificación de inscripción de defunción. Tercero: Destaca como circunstancias del testamento indicado en el hecho primero, y que afectan a su nulidad, las siguientes: a) La esencial, que actuó de testigo instrumental don Jose Daniel , que es auxiliar del notario autorizante del testamento, y en tal concepto actúa en el pueblo de Las Pedroñeras b) Que la testadora en el instante en que se otorgó el testamento no tenía capacidad para hacerlo, ya que ni siquiera conoció a los testigos: y vecinos suyos don Jorge y don Bernardo ; prueba de ello es que el propio notario en el testamento afirma lo siguiente: "Y no firma por no poder hacerlo, debido a imposibilidad física"; fue el propio don Jose Daniel quien suplió su firma, testigo tachado como incapaz. Cuarto: La demandante doña Sofía es heredera legítima de la causante, cuyo testamento se impugna de nulidad. Y después de establecer los fundamentos de derecho que estimó aplicables a los hechos alegados, terminó suplicando se dictase sentencia por la que se declarara la nulidad del testamento abierto otorgado por doña Lourdes , ante el notario de Belmonte don Alberto Ortiz Vera, formalizado en Las Pedroñeras, el 3 de mayo de 1968, por no haberse observado en el testamento las formalidades indicadas en el capítulo primero, título tercero, del libro 3 del Código Civil, y se condene a los demandados a estar y pasar por dicha declaración de nulidad, y asimismo, y previa declaración de temeridad, se les condene al pago de todas las costas del proceso.



RESULTANDO que por el Procurador don Francisco González Cortijo, en nombre de don Federico , por sí y como padre legal representante de su hija menor Asunción , doña Lidia , doña Olga y don Vicente , se presentó escrito allanándose a la demanda.

RESULTANDO que por el Procurador don Francisco Sánchez Medina, en nombre de la demandada doña Andrea , asistida de su esposo, se contestó a la demanda alegando como, hechos: Primero: Niega todos y cada uno de los aducidos de contrario, en tanto en cuanto se opongan o contradigan con los que a continuación se exponen. Conforme con los correlativos primero y segundo del escrito de demanda. Segundo: Niega rotundamente el total contenido del hecho tercero del escrito de demanda, cuya falta de veracidad ataca en relación con cada uno de los dos apartados en que está dividido: a) Es absolutamente incierto y resulta totalmente gratuita la aseveración que de contrario se hace en cuanto a calificar (y ello como factor esencial para la nulidad del testamento pretendida) a don Jose Daniel , quien actuó como testigo instrumental, como auxiliar del notario autorizante del repetido testamento. El citado señor Jose Daniel no ha estado nunca ni está a las órdenes ni al servicio del notario de Belmonte, ni en el pueblo de Las Pedroñeras, según se pretende por la demandante; no es auxiliar ni dependiente del notario. b) Carece de toda validez la peregrina afirmación, establecida por la actora, de que la testadora doña Lourdes en el instante en que otorgó su última voluntad, que resultó recogida y perfectamente expresada en el testamento cuya nulidad se pretende, carecía de la necesaria capacidad para realizar tal acto. Y después de exponer los fundamentos de derecho que estimó aplicables a los hechos expuestos, terminó suplicando sentencia por la que, desestimando íntegramente la demanda, se declarara no haber lugar a la misma, perfectamente válido y vigente en todo su contenido el testamento otorgado por doña Lourdes , ante el notario de Belmonte don Alberto Ortiz Vera, formalizado en Las Pedroñeras, con fecha 3 de mayo de 1968, y condenando expresamente a la actora, previa su declaración de temeridad, al pago de todas las costas causadas o que se causen en el presente procedimiento.

RESULTANDO que por la representación de la parte actora se evacuó el trámite de réplica, insistiendo en la demanda y suplicando se dictase sentencia de conformidad con lo que en la misma tenía interesado; y por la demandada se llevó a cabo, asimismo, el de duplica, reiterando lo expuesto al contestar la demanda y suplicando se dictase sentencia en los términos solicitados.

RESULTANDO que practicada la prueba declarada pertinente y unida a sus autos, el Juez de Primera Instancia de San Clemente dictó sentencia, con fecha 19 de octubre de 1970 , estimando la demanda y declarando la nulidad del testamento abierto otorgado por doña Lourdes ante el notario de Belmonte don Alberto Ortiz Vera, que fue formalizado en Las Pedroñeras, el día 3 de mayo de 1968, con número 677 de su protocolo, por no haberse observado en aquel acto las formalidades indicadas en el capítulo primero del título tercero del libro 3 del Código Civil, condenando a los demandados don Federico , don Vicente , doña Asunción , doña Lidia , doña Olga y doña Andrea a estar y pasar por dicha declaración de nulidad, sin hacer especial declaración sobre las costas causadas.

RESULTANDO que apelada la anterior resolución por la representación de la demandada doña Andrea , a la que se adhirió el notario don Alberto Ortiz Vera, y sustanciada la alzada con arreglo a derecho, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete dictó sentencia, con fecha 23 de abril de 1971 , revocando parcialmente la del Juzgado y confirmándola única y exclusivamente en el extremo que exonera de costas a las partes, y, en su consecuencia, desestimó la demanda, absolvió de la misma a los demandados, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en la apelación.

RESULTANDO que por el Procurador don José Tejedor Moyano, en nombre de doña Sofía , se ha interpuesto contra la anterior sentencia recurso de casación por infracción de Ley, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; infracción por violación del número séptimo del artículo 681 del Código Civil. Que la sentencia recurrida viola dicho precepto sustantivo al no darle el alcance que dicha norma tiene, de acuerdo con la interpretación constante de la jurisprudencia de esta Sala y en la debida subsunción de los hechos objeto del procesó. El quinto considerando de la sentencia recurrida, así como el sexto considerando de la propia sentencia, este último al referirse a los hechos considerados probados por el Juzgado de Primera Instancia en el tercer considerando de la sentencia de este último, los admite y los da por reproducidos, si bien a la luz de la doctrina jurídica que aplica la Sala los valora de distinto modo. Tales hechos probados los destaca aquí, para estudiar después si han sido valorados jurídicamente en forma debida o indebida, y en este sentido si ha habido violación del precepto. Y tales hechos son: Segundo: Que uno de los testigos referidos (del testamento impugnado), don Jose Daniel , tiene determinadas relaciones con el notario autorizante de aquel acto jurídico, que pueden concretarse en la forma siguiente: a) el citado notario utiliza como oficina o despacho, en los frecuentes desplazamientos que para ejercer su función verifica a la localidad de Las Pedroñeras, una habitación de la casa de don Jose Daniel , extremo que no es controvertido, sino reconocido por ambos contendientes; b) don Jose Daniel interviene en actividades que afectan al movimiento de la notaría, tales como la recogida de documentos y



antecedentes para la formalización de escrituras, avisos a los vecinos para que acudan a la oficina, sita en su propio domicilio, con objeto de firmar las escrituras públicas interesadas, cobros de las minutas notariales de los protocolos realizados en Las Pedroñeras, actuaciones todas demostradas por la resultancia de la prueba testifical propuesta por la actora; c) en algunas ocasiones, don Jose Daniel ha prestado auxilio mecanográfico a dicho notario; d) intervenciones, si no de captación, al menos de gestión con los clientes que acuden al despacho notarial de Las Pedroñeras, derivando los documentos privados que pretenden redactar hacia el otorgamiento de instrumentos públicos; e) don Jose Daniel facilita la actuación notarial, mediando entre los vecinos de Las Pedroñeras y el fedatario público, con la aceptación de encargos relativos a la gestión, acerca del notario, de la redacción y autorización de documentos públicos. La apreciación y valoración de dicha prueba por el Juzgado de Primera Instancia es: El fundamento de la prohibición del precepto violado no es otra que la desconfianza que para el legislador tienen las personas que comprende, quienes por estar ligados al notario con relaciones de dependencia o de efecto carecen de la imparcialidad requerida en los que como testigos instrumentales idóneos ejercitan una copartición en el testamento fidedigno que al notario: está singularmente atribuido, siendo esta incapacidad en la función testifical, por inspirada en móviles bien de dignidad para la función, bien de pureza en su ejercicio por el funcionario, bien en la absoluta libertad del testador o en la solemnidad del actor, no propicia a interpretaciones tolerantes, que desnaturalizarían su finalidad. Bien distinta es la valoración de la Audiencia en la sentencia recurrida; define su doctrina aplicando íntegramente el Reglamento de Empleados de Notaría de 21 de agosto de 1956, que para que el testigo incurriera en la prohibición del precepto que considera violado debían concurrir las siguientes circunstancias: inscripción en el censo correspondiente como tal empleado de notaría; posesión del correspondiente título de aptitud; estar al servicio regular y continuo de un notario o Colegio Notarial. Aplica la Audiencia como criterio interpretativo el restringido de servicio regular, permanencia y continuidad: en la función. Véase ahora cuál es el criterio interpretativo correcto, y en este sentido cómo existe violación del precepto. El concepto de violación a los efectos del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la existencia, subsistencia o alcance de la norma que se supone violada ( sentencia de esa Sala de 23 de febrero de 1946 ). Existe violación del precepto no dándose el alcance que realmente tiene; afecta a la esencia del mismo, no a una interpretación errónea. La incapacidad de los testigos ha penetrado en la legislación por la vía de la legislación notarial y ha tenido como finalidad dar prestigio a la función notarial. Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, "que ya precisa que existe una diferencia entre instrumentos vivos y "mortis causa"; respecto de los primeros, el artículo 21 disponía que no podrían ser testigos los parientes, escribientes o criados del notario autorizante; en cuanto a los actos "mortis causa", el artículo 29 determinaba que para estos actos su forma y número y cualidades de los testigos habría de aplicarse la Ley aplicable al caso. La primitiva redacción del Código Civil - número octavo del artículo 681 del Código Civil - dispone que no pueden ser testigos "los dependientes, amanuenses, criados o parientes del notario autorizante". El Reglamento Notarial vigente -continuando la misma tónica de los anteriores- excluye de su ámbito, para someterlo a las normas del Código Civil, la cuestión de la incapacidad de los testigos en los testamentos (reglamento de 2 de junio de 1954), artículo 143. La modificación del artículo 681 del Código Civil por Ley de 24 de abril de 1956 contiene, en su número séptimo, el nuevo texto: "...los oficiales, auxiliares, copistas, subalternos y criados, cónyuge o parientes..." Ni la exposición de motivos de la Ley de modificación del precepto dice nada, y por ello hay que estar a los términos del precepto modificado; de su simple lectura se nota la ampliación de las personas afectadas; la anterior redacción cita cuatro, "dependientes, amanuenses, criados y parientes"; la nueva cita siete, "oficiales, auxiliares, copistas, subalternos y criados, cónyuge y parientes". No hay restricción alguna; hay ampliación. La doctrina científica, está de acuerdo con el criterio antes expresado, y así la incapacidad se rige exclusivamente por el Código Civil, y sólo se interpretará según sus propios preceptos. Cita las sentencias de 5 de octubre de 1962, 4 de enero de 1906, 10 de enero de 1918, 21 de enero de 1907 y 1 de diciembre de 1927, 20 de junio de 1928 y 26 de diciembre de 1.931, 20 de junio de 1928, 4 de abril de 1967 y 18 de noviembre de 1935.

Segundo: Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; infracción por interpretación errónea del número séptimo del artículo 681 del Código Civil . Que la sentencia recurrida infringe por interpretación errónea, al utilizar como medio interpretativo el Reglamento de organización y régimen de trabajo de los empleados de notaría aprobado por Decreto de 21 de agosto de 1956, el artículo 681, séptimo, del Código Civil . Que los considerandos de la sentencia de la Audiencia inciden, al encuadrar los hechos en el Reglamento antes citado, como elemento interpretativo válido único del número séptimo del artículo 681 del Código. Empieza por afirmar que ha habido un criterio sucesivo y restrictivo llevado a cabo por cada una de las reformas, que de términos generalizadores y sin mayores concreciones han ido precisando los conceptos y destacan dolos de una mera relación de dependencia o auxilio material a un sentido propiamente funcional, y así trata de identificar a la nueva redacción dada al precepto sustantivo lo prescrito en cuanto a empleados por el Reglamento antes citado, y este es el medio más idóneo para interpretar; qué personas han de ser consideradas como inhábiles para testificar. Que esta forma de ver coincide con lo que ha sido postura de la contraparte a lo largo de todo el proceso en primera y segunda instancia, y que ya ha sido objeto de comentario.



Pero es que la Audiencia llega mucho más lejos y cita como necesaria la adscripción al censo de notarías para considerar como inhábil al testigo. Que la finalidad del Reglamento de organización y régimen de trabajo de empleados de notaría tiene una finalidad lógica, igual que todas las reglamentaciones de trabajo: la de regular y fijar las relaciones laborales entre empleados y patrono. Muy al contrario, la finalidad del precepto civil es hacer inhábil la declaración o presencia de un testigo en un testamento cuando dicho testigo tiene relaciones de dependencia o parentesco con el notario, y de ahí que la jurisprudencia haya seguido consecuente con la doctrina que la mera relación de dependencia sobre o no sueldo y viva dentro o fuera del domicilio, constituye ya la incapacidad del testigo. El problema de las denominaciones es para abarcar a todos los que se hallen por cualquier concepto bajo la dependencia del notario o tengan cualquier relación con él. La nueva relación incluye a los criados y a la esposa y parientes; la supresión de los dependientes y amanuenses de la antigua redacción es porque éstos ya no existen, y los primeros los amplía hasta abarcar a todos. Luego no hay restricción, y sí ampliación del precepto. Lo de menos es que esté o no en el censo, o que las relaciones laborales sean o no correctas; es inequívoco que puede un notario tener incluso relación laboral con una persona en el ejercicio de la función y dicha relación no ser correcta; para eso está la reglamentación, que es laboral; pero si se pretende llevar esta irregularidad en la relación laboral a la incapacidad para testificar se podría dar el caso de que un auténtico dependiente o auxiliar fuera capaz para testificar no siéndolo sustantivamente. El señor Jose Daniel es empleado del Ayuntamiento de Las Pedroñeras, y no puede constituir laboralmente y a efecto\* del reglamento una relación laboral protegida por tal reglamentación. Pero es lo cierto que el señor Jose Daniel en Las Pedroñeras, donde tiene el notario oficina abierta en la propia casa del señor Jose Daniel, es éste quien por cuenta y orden del notario realiza funciones regulares de auxilio a la función notarial que redunden en beneficio de la notaría (hechos probados). Esta relación de dependencia es la que le constituye testigo inhábil. Y no hay duda de que el señor Jose Daniel realiza funciones de auxilio, pues se encarga de trabajos que constituyen actos de auxilio (petición de antecedentes, relación con clientes, minutas, etcétera), y eso de una forma normal y regular. Así, el Reglamento notarial (Decreto de 2 de junio de 1944), artículo 180 "Esta disposición -habla de los testigos-. Se exceptúan de esta disposición los testamentos, que se regirán por lo establecido en la legislación civil." Con ello no hace sino continuar una norma constante en la legislación notarial sobre testigos. En cuanto a testigos intervivos, el artículo 182, número tercero. Luego si la legislación notarial no es aplicable a los testigos en los testamentos, y si el Código Civil, la única norma interpretativa útil es la jurisprudencia, y no la legislación notarial, y en este caso se pretenden aplicar normas que rigen relaciones laborales de los notarios con sus empleados, como medio de interpretación de la norma civil.

Visto siendo Ponente el Magistrado don Gregorio Díez Canseco y de la Puerta.

## CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que los dos motivos del recurso se amparan en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciándose en el primero de ellos la infracción por violación del número séptimo del artículo 681 del Código Civil, y en el segundo la infracción por interpretación errónea del mismo precepto legal, en su consecuencia es visto que en materia fáctica, es decir en el terreno de los hechos, ha de estarse a lo declarado a tal respecto por la Sala sentenciadora.

CONSIDERANDO que en el primer motivo del recurso asevera la recurrente que el sexto considerando de la sentencia recurrida, al referirse a los hechos estimados probados por el Juzgado de Primera Instancia en, el tercer considerando de la sentencia de este último, los admite y da por reproducidos, afirmación que no concuerda exactamente con la realidad, pues si bien es cierto que en él indicado sexto considerando de la sentencia recurrida se da por probada la circunstancia de que el notario autorizante del testamento ha utilizado como oficina o despacho una habitación de la casa del testigo tachado de incapaz, también lo es que no ocurre lo propio en relación con las demás circunstancias destacadas por el Juzgador de primer grado en el tercer considerando de su resolución, respecto de las cuales la sentencia combatida en el séptimo de sus considerandos no dice ni expresa ni implícitamente que las admita y da por reproducidas, sino que "aun dando por supuesto que al margen de la normativa que rige a los empleados de notarías se practicara ese encubierto intrusismo", para, argumentando después sobre esa hipotética base fáctica, concluir rechazando la alegada incapacidad de dicho testigo.

CONSIDERANDO que, por consiguiente, el único hecho que como probado ha de ser valorado jurídicamente es el de haber el notario autorizante del testamento utilizado como oficina o despacho una habitación de la casa del testigo tachado de incapaz, respecto a cuyo hecho la sentencia recurrida añade que no está probada su causa, pudiendo obedecer a una relación de arrendamiento o de mera complacencia o buena vecindad, y esto sentado, es llano que de tal hecho no cabe derivar ni atribuir al tachado testigo la cualidad o condición de oficial, auxiliar, copista, subalterno y criado del notario autorizante del testamento, a que se refiere el número séptimo del artículo 681 del Código Civil, por lo que decaen los dos motivos del recurso.



CONSIDERANDO que en cuanto a la condena en costas, lo dispuesto en el artículo 1.748 de la Ley procesal civil .

### FALLAMOS

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por doña Sofía contra la sentencia que, con fecha 23 de abril de 1971, dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete ; se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas causadas en el presente recurso. Y líbrese al Presidente de la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos originales y rollo de Sala que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" e insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Tomás Ogáyar.-Antonio de Vicente Tutor. Gregorio Díez Canseco y de la Puerta.-Federico Rodríguez.-Antonio Peral.-Rubricados.

Publicación.-Leída y publicada fue la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Gregorio Díez Canseco y de la Puerta, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, y Ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando audiencia pública la misma en el día de su fecha, de que, como Secretario, certifico.-Víctor Dorao,-Rubricado.