



Roj: **STS 2869/1968 - ECLI:ES:TS:1968:2869**

Id Cendoj: **28079110011968100604**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/09/1968**

Nº de Recurso: **1013/1967**

Nº de Resolución: **17/1968**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ANTONIO DE VICENTE TUTOR Y GUEL BENZU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Núm. 562.-Sentencia de 27 de, septiembre de 1968.**

PROCEDIMIENTO: Infracción de Ley.

RECURRENTE: Don Rodolfo y otros.

FALLO: Declarando haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia de 27 de mayo de 1967 , pronunciada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

DOCTRINA: Testamento. Nulidad.

Cuando el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo debe hacer por él y a su ruego uno de los testigos instrumentados u otra persona, dando fe de ello el Notarlo y estos requisitos son preceptivos e inderogables y su omisión acarrea la nulidad del testamento.

En la villa de Madrid, a 27 de septiembre de 1968

En los autos procedentes del Juzgado de Primera Instancia de Chantada y, en grado de apelación, ante la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, por don Rodolfo y doña Mercedes , ésta asistida de su marido don Jesús Luis , mayores de edad, labradores y vecinos de la Parroquia de Castelo, Municipio de Taboada, accionando por sí y en beneficio de la comunidad de herederos de don Luis Alberto , contra don Marco Antonio , conocido por el solo nombre de Luis, mayor de edad, casado, labrador y vecino de la Parroquia de Santa María de Castelo, Municipio de Taboada, sobre nulidad de testamento abierto; autos pendientes ante esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en virtud de recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por los demandantes, representados por el Procurador don Gabriel Sánchez Malingre y defendidos por el Letrado don José María Obrador del Amo; habiendo comparecido la parte demandada, representada por el Procurador don Francisco Monteserín y defendida por el Letrado señor Morales Price.

**RESULTANDO**

RESULTANDO que el Procurador don Alfredo Costa Clavell, en representación de don Rodolfo y doña Mercedes , asistida de su esposo, accionando por sí y en beneficio de la comunidad de herederos de don Luis Alberto , formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Chantada demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía contra don Marco Antonio , sobre nulidad de testamento abierto, estableciendo en síntesis los siguientes hechos:

Primero: Que el 8 de marzo de 1965, sobre las dos de la madrugada, don Luis Alberto llegó a su casa en un estado de plena embriaguez, no consiguiendo subir a su domicilio y entrando en un establo de la planta baja provocó en él inconscientemente un incendio del que no pudo ponerse a salvo, permaneciendo durante un buen espacio de tiempo echado en el suelo sometido a la acción del humo y del fuego; que los quejidos que daba el don Luis Alberto fueron oídos por el actor, don Rodolfo , con el que convivía aquél, y que se hallaba durmiendo, y a las voces de auxilio acudieron varios vecinos que ayudaron a extraer del fuego al don



Luis Alberto , que presentaba serias quemaduras en su cuerpo; que ante la gravedad de tales quemaduras y ya moribundo, un sobrino suyo, el demandado don Marco Antonio , se brindó a llevar al herido a un sanatorio de Lugo, lo cual realizó a sabiendas de que nada se podía hacer por la salud del herido, pero lo internó en el Sanatorio de La Milagrosa de dicha capital, donde aparece otorgando testamento abierto sobre las diez horas del mismo, día 8, ante el Notario de Lugo don Manuel Fernández Moreno, y con el número 250 de su protocolo correspondiente al año indicado, pero que tal testamento adolece de los siguientes vicios de nulidad:

Primero: No haber sido otorgado por don Luis Alberto .

Segundo: No encontrarse el testador, cuando se dice que testó, con la capacidad legal necesaria para hacerlo.

Tercero: No conocer el Notario al testador.

Cuarto: No conocerlo tampoco los testigos intervinientes en el testamento.

Quinto: No identificarse la persona del testador con dos testigos que le conocieran y fueran conocidos del Notario.

Sexto: No haber declarado el Notario la circunstancia de no poder identificarse la persona del testador.

Séptimo: No haber expresado el testador a los testigos su última voluntad, ya que éstos no se enteraron de nada ni oyeron decir nada al testador, sino que se limitaron a firmar el testamento y nada más.

Octavo: Hallarse domiciliada la testigo interviniente en el testamento, doña Erica , en lugar distinto al del otorgamiento, ni conocía al testador.

Noveno: Carecer el testamento de la firma del testador, ni haber éste rogado al testigo que se dice lo hizo por él, que tal efectuaría.

Décimo: No haber asegurado los testigos de que el testador tuviera la capacidad legal necesaria para testar, que el don Luis Alberto , desde hacía más de treinta años, que fue repatriado desde los Estados Unidos de América, vivió en compañía de su hermano, Matías ; que éste falleció en agosto de 1960, continuando luego conviviendo con su sobrino carnal, hijo de Matías , el ahora actor, don Rodolfo , de lo que resultaba que de haber obrado con plena responsabilidad y conciencia de sus actos el testador, instituiría heredero al sobrino Rodolfo por los especiales lazos de afecto entre ellos nacidos por una tan prolongada convivencia, y nunca a su también sobrino, el demandado, don Marco Antonio , hacia el cual no tenía ningún motivo especial de afecto y además de su hermana, la demandante, doña Mercedes , el testador tenía otros quince, o dieciséis sobrinos, aunque desde su regreso de América había convivido hasta su muerte con el Rodolfo ; que la noticia del testamento a favor del demandado provocó grave repulsa, y los más desfavorables comentarios para el instituido entre el vecindario de la Parroquia de Castelo, que conocía perfectamente los especiales lazos de afecto que la convivencia había desviado hacia su sobrino Rodolfo , por parte del testador, que todos los cuidados que necesitó siempre el testador le fueron prestados por su sobrino, el cual satisfizo, además, los gastos del sanatorio a donde fue trasladado su tío, e incluso los del entierro, y si no había acompañado a don Luis Alberto hasta Lugo, ello se debiera a que, por haber intervenido en las operaciones de salvamento y sofocación del incendio acabado de ocurrir, se encontraba tan afectado por la catástrofe que incluso unos vecinos tuvieron que retirarle y acostarle en una cama antes de haber conseguido sacar el cuerpo de su tío de la cuadra y lograr la extinción del fuego, siendo entonces cuando el demandado se brindó a llevar al moribundo, don Luis Alberto , a la ciudad de Lugo, con intención sin duda de amañar el testamento, en el que, para dar ciertos visos de legalidad, aparece el testador legando a su sobrino Rodolfo "los muebles, ropas y enseres y la participación que al testador corresponde en la casa en que habita, con sus anejos", objetos los legados que no existían; que por la muerte de don Luis Alberto se instruyó sumario por el Juzgado de Instrucción de Chantada, con el número 29 de 1965 , y aunque aparecía que el difunto había salido con vida del sanatorio, lo cierto es que falleció en el mismo sobre las doce o catorce horas del mismo día en que ingresó; que siendo nulo el testamento de que se trata y careciendo el testador, como carecía, de ascendientes y descendientes, correspondía la herencia a sus hijos, mejor dicho, a sus hermanos y a los hijos de otros hermanos premuertos, todos los cuales constituyeron la comunidad en cuyo beneficio actuaban los demandantes; y que celebrado acto de conciliación ante el Juzgado de Paz de Taboada, el 4 de mayo de 1965, no se había logrado alegaciones de derecho fue suplicada sentencia declarando que es nulo y carente de valor y efecto legal alguno, el testamento que aparece como otorgado por don Luis Alberto a las diez horas del día 8 de marzo de 1965 ante el Notario de Lugo don Manuel Fernández Moreno, con el número 250 de su protocolo, condenando al demandado a estar y pasar por tal declaración y al pago de las costas del pleito. A la demanda se acompañó además de la certificación de defunción y de la del Registro de Actos de Ultima Voluntad, así como de otros documentos, copia autorizada del testamento abierto que se dice otorgado por don Luis Alberto y que, textualmente, dice: Número 250. En el Sanatorio de La Milagrosa, ciudad de Lugo, a 8 de marzo de 1965. Ante mí, Manuel Fernández Moreno, Notario del Colegio de La Coruña, con residencia en Lugo,



previo requerimiento comparece: don Luis Alberto , de setenta y cuatro años de edad, labrador, natural y vecino de Castelo, municipio de Taboada, hijo de los finados don Marco Antonio y doña Segunda. Manifiesta que el objeto de su comparecencia es otorgar disposición testamentaria para lo cual, a mi juicio y al de los testigos instrumentales, tiene la capacidad legal necesaria, y a presencia de éstos que me aseguran conocer, ven y entienden al señor compareciente, éste dice que ordena su testamento abierto con arreglo a las siguientes cláusulas: Primera: Lega a su sobrino carnal don Rodolfo , los muebles, ropas y enseres y la participación que al testador corresponde en la casa en que habita, con sus anejos. Segunda: En el remanente instituye único y universal heredero a su sobrino carnal don Marco Antonio . Tercera: Establece el derecho de representación a favor de los descendientes legítimos del legatario y del heredero por cuantos derechos a cada uno de éstos correspondiera con arreglo a lo dispuesto en las cláusulas anteriores. Así lo otorga el señor compareciente y firman los testigos instrumentales presentes, sin excepción, según afirman, después de enterados de las incapacidades que señala la Ley declarando no hallarse comprendidos en ninguna de ellas don Luis Angel , doña Sandra y doña Erica . Leo a todos en alta voz e íntegramente este documento y les advierto el derecho que para hacerlo por sí tienen, al que renuncian, siendo aprobado y ratificado por el testador por ser la fiel expresión de su última voluntad. Verbalmente manifestada al infrascrito y testigos. De conocer al testador y a los testigos de firmar por sí y por el testado el primero de los citados testigos por la razón de que el otorgante no lo puede hacer debido a las lesiones que padece, de la unidad de acto que, sin interrupción, termina a las diez horas de hoy, de haberse observado en este otorgamiento todas las formalidades prevenidas en el Código Civil y de lo demás contenido en este instrumento público extendido en el presente pliego, yo, el Notario, doy fe. Luis Angel . Sandra . Erica . Signado. M<sup>a</sup>. Fdez. Moreno. Rubricados. Está el sello en tinta de mi Notaría.

RESULTANDO que admitida la demanda y emplazado el demandado, don Marco Antonio , compareció en los autos en su representación el Procurador don Enrique Campo Fernández, que contestó la demanda oponiendo a la misma en síntesis: que en efecto, don Luis Alberto , en la noche del 7 a 8 de marzo de 1965, sufrió quemaduras graves en su domicilio, pero no era borracho habitual; que a los gritos de auxilio acudieron varios vecinos que auxiliaron a don Luis Alberto , retirándolo del lugar donde se encontraba y sofocando el incendio, limitándose su sobrino, el actor, a prestar preferente atención al ganado vacuno, que así salvó de parecer; que al enterarse de lo ocurrido el también sobrino don Marco Antonio -demandado-, se personó en el lugar del incendio y al ver el estado de abandono en que se encontraba su tío don Luis Alberto , trató de auxiliarle trasladándose primero al domicilio en Taboada del Médico, don Alonso , que reconoció al herido, recomendando su inmediato traslado a un sanatorio, cosa que efectuó el don Alonso internándolo en el de La Milagrosa, de Lugo, donde le reconoció y asistió el Médico señor Guillermo , que allí sostuvo después de ser atendido facultativamente, normales conversaciones con distintas personas que le visitaron e incluso con enfermos que ocupaban habitaciones contiguas, ordenando a su sobrino que le llevara un Notario, como así hizo aquél, requiriendo los servicios de don Manuel Fernández Moreno, que se traslado al Sanatorio, retirándose de la habitación el sobrino por disposición del testador, ya que no quería que estuviese presente ningún pariente, y encontrándose solos con el enfermo el Notario y los testigos que el propio Notario buscó, se autorizó el testamento que ahora se impugna, con todas las formalidades exigidas por la Ley, encontrándose el testador en su cabal juicio como de ello dio fe el autorizante y afirmaron también los testigos, quienes aseguraron conocer al testador, como también el Notario, que así lo hizo constar en el testamento, quedando perfectamente identificada la persona del testador, y si éste no firmó fue por la imposibilidad física en que se encontraba debido a tener la mano derecha calcinada, habiéndolo hecho por él uno de los testigos, y que, amparado por la fe notarial, consta no sólo que el propio autorizante del testamento oyó y entendió al testador, sino también que los testigos le conocían, veían, oían y entendían; y después de invocar los fundamentos de derecho que estimó del caso, terminó con la súplica de que se dicte sentencia absolviendo de la demanda al demandado, con imposición de las costas a los actores.

RESULTANDO que las partes evacuaron los traslados que para réplica y duplica les fueron conferidos, insistiendo en los hechos, fundamentos de derecho y súplica de sus escritos de demanda y contestación.

RESULTANDO que recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y figura en las respectivas piezas.

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes por su orden para conclusiones, trámite que evacuaron en respectivos escritos, en los que solicitaron se dictase sentencia de acuerdo a lo que tenían interesado en los autos.

RESULTANDO que el señor Juez de Primera Instancia de Chantada dictó sentencia con fecha 13 de junio de 1966 por la que estimando la demanda interpuesta por don Rodolfo y doña Mercedes contra don Marco Antonio , declaró que es nulo y carente de valor y efecto legal alguno el testamento que aparece otorgado por don Luis Alberto ante el Notario de Lugo, don Manuel Fernández Moreno, en 8 de marzo de 1965, con el número 250 de su protocolo, sin hacer expresa condena en costas.



RESULTANDO que interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de Primera Instancia por la representación de don Marco Antonio y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña dictó sentencia con fecha 27 de mayo de 1960, que revocando la sentencia apelada, desestimó la demanda interpuesta por don Rodolfo y por doña Mercedes, legalmente representada y autorizada, sobre nulidad de testamento contra don Marco Antonio, absolviendo al demandado sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes litigantes en ninguna instancia.

RESULTANDO que el Procurador don Gabriel Sánchez Malingre, en representación de don Rodolfo y doña Mercedes, ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, con apoyo en los siguientes motivos.

Único: Fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación del artículo 687 del Código Civil, que declara nulos los testamentos en cuyo otorgamiento no se observaron las formalidades establecidas en el capítulo primero de dicho Cuerpo legal, en relación con el artículo 695 del mismo Código, párrafo segundo, según el cual, si el testador declara que no sabe o no puede firmar lo hará por él, y a su ruego, uno de los testigos instrumentales y otra persona, dando fe de ello el Notario. Encierra esta norma tres necesarios requisitos en su enunciado: Primero: Que el testador declare que no sabe o que no puede firmar. Segundo: Que niegue a un testigo instrumental o a otra persona que firme por él. Tercero: Que el Notario de fe de ello.

RESULTANDO que admitido el recurso e instruida la parte recurrida se declararon los autos conclusos y se mandaron traer a la vista con las debidas citaciones, habiéndose celebrado la misma en el día señalado.

Visto, siendo Ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu.

### CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que conforme viene reiteradamente declarando la jurisprudencia de esta Sala, por no ser de tráfico los negocios jurídicos "mortis causa", tiene carácter eminentemente formal, exigiéndose por tanto en su constitución de determinados y preceptivos requisitos cuya inobservancia provoca su nulidad absoluta sin posibilidad de ulterior convalidación - Sentencia de 24 de octubre de 1963 -, requisitos que la de 24 de mayo de 1927 califica de esenciales, la de 19 de junio de 1958 de preceptivos e inderogables, determinando la de 5 de octubre de 1962 que el carácter formalista del testamento obliga al cumplimiento escrupuloso de los requisitos extrínsecos y a interpretarlos restrictivamente, supeditando la sentencia de 28 de octubre de 1965 su validez al exacto cumplimiento de las solemnidades legales; todo ello en perfecta observancia de lo ordenado por el artículo 687 del Código Civil que claramente estatuye la nulidad de los testamentos en cuyo otorgamiento no se observaran las formalidades establecidas; y como quiera que el artículo 695 del mismo cuerpo legal señala como requisitos de tal otorgamiento, entre otros que no hacen al caso, que si el testador declara que no sabe o no, puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos instrumentados u otra persona, dando fe de ello el Notario; es evidente que tales requisitos son preceptivos e inderogables y su omisión acarrea la nulidad del testamento; sin que sea obstáculo para ello el contenido de la sentencia de esta Sala de 30 de abril de 1909, ni la de 23 de noviembre de 1904 por referirse a defectos de expresión subsanables por su propia lectura y sin que ofreciera duda la conocida voluntad del testador y la segunda que afecta a la unidad del acto en casos en que no significa su rotura real, sino pequeñas interrupciones para la ingestión de medicamentos o auxilios urgentes al enfermo; máxime que por tratarse de resoluciones únicas, no constituyen jurisprudencia y pugnan con la más uniforme y recientemente sentada, como queda expuesto y con más precisión, en relación al caso estudiado en la de 16 de febrero de 1956, determinante de que para que firme un testigo a ruego del testador es preciso que éste manifieste no poder o no saber hacerlo y que niegue al testigo lo haga en su nombre, formalidades externas que es preciso consten bajo fe del Notario.

CONSIDERANDO que sentada la anterior doctrina y acreditado totalmente por el estudio del testamento debatido, como se reconoce en la resolución impugnada, que aun cuando el testador no podía firmar por las lesiones que sufría, no declara que no sabía o no podía hacerlo, ni consta que rogara al testigo que lo hizo en su nombre que así lo verificara, según se desprende de la propia fe del Notario autorizante; es indudable que se han omitido los requisitos esenciales reseñados en el razonamiento precedente y el instrumento es nulo; y al no haberlo entendido así la sentencia recurrida ha incidido en violación de los preceptos y jurisprudencia citada, como se denuncia en el único motivo del recurso, encauzado procesalmente por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y procede declarar su anulación y casación, con los pronunciamientos legales subsiguientes.

### FALLAMOS



Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por don Rodolfo y doña Mercedes , ésta asistida de su esposo, don Jesús Luis , que acciona por sí y en beneficio de la comunidad de herederos de don Luis Alberto , y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 27 de mayo de 1967 dictó la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña ; sin hacer expresa condena de las costas del recurso; y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y actuaciones remitidas.

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 y Guelbenzu. Manuel Taboada Roca. Manuel Lojo. José Beltrán de Heredia. Rubricados.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu, Ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo, en el día de hoy, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Madrid, a 27 de septiembre de 1968. Rafael G. Besada. Rubricado.