

Roj: **STS 4117/1964 - ECLI:ES:TS:1964:4117**Id Cendoj: **28079110011964100675**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **31/01/1964**Nº de Recurso: **765/1941**Nº de Resolución: **454/1964**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MARIANO GIMENO FERNANDEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia****Núm. 80.-Sentencia de 31 de enero de 1964.**

En la villa de Madrid, a 31 de enero de 1964; en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, sobre nulidad de testamento, promovidos en el Juzgado de Primera Instancia de Cieza por doña Angelina , doña Esther , doña Milagros , doña Marí Luz , doña Carmela , don Daniel , doña Lorenza , soltera, y don Isidro , éste como padre de su hija menor Victoria , las quince primeras asistidas de sus respectivos esposos, don Romeo , don Carlos Manuel , don Juan Francisco don Baltasar y don Everardo , y los ocho mayores de edad y vecinos de Aberán; contra don Juan María y don Alfredo y don Jon , también mayores de edad y de igual vecindad; que fueron vistos en grado de apelación por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete y hoy penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por dona Angelina , doña Esther , doña Milagros y doña Marí Luz y don Daniel y doña Carmela , representadas por el Procurador don Santos de Candarillas Calderón, bajo la dirección del Letrado don Santiago Chamorro Pinero; habiendo comparecido en este Supremo Tribunal, con el carácter de recurridos, los demandados don Jon y don Alfredo y don Juan María , con la representación y defensa, respectivamente, del Procurador don José Pérez Templado y del Abogado don Antonio Pérez Gómez.

**RESULTANDO**

RESULTANDO que por el Procurador don Miguel Broo Campo, en representación de doña Angelina , doña Esther , doña Milagros , doña Marí Luz , don Daniel , doña Carmela , doña Lorenza y don Isidro , éste como padre y legal representante de su menor hija, Victoria , se promovió demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Cieza, contra don Juan María y don Alfredo y don Jon , sobre nulidad de testamento, estableciendo los hechos siguientes.-Primero. Don Franco , hijo de don José y doña Dolores, falleció en estado de soltero, sin ascendientes ni descendientes, en su domicilio de Aberán, el día 8 de enero de 1957. Acompañó la certificación de defunción.-Segundo. Según el certificado de actos de última voluntad, que igualmente acompañaba, el citado causante don Franco otorgó los cinco testamentos que por orden cronológico a continuación se reseñan: Primer testamento. De fecha 20 de octubre de 1931, autorizado en Blanca por su Notario don Manuel García del Olmo, y contiene las siguientes disposiciones: a) Institución de herederos: fueron instituidos herederos por partes iguales los hermanos del testador, don Ildefonso , don Germán , doña Gloria , doña Rosa , doña María Consuelo y doña Angelina , y sus sobrinos carnales, hijas de su premuerta hermana doña Rocío , doña Angelina y doña Marta , heredando los hermanos "in capita" y las sobrinas "in stirpe". Designó herederos sustitutos de los hermanos que le premurieron a sus respectivos hijos, b) Ordenó que la casa que habitaba permaneciera abierta durante los treinta días siguientes a su fallecimiento, c) Albaceas y contadores partidores: nombró a los vecinos de Aberán don Juan María (panadero) y a don Casimiro (Velasco). d) Entierro y obras ptas.-Segundo testamento. De fecha 11 de marzo de 1941, otorgado en Murcia ante su Notario don Antonio Moxó Bueno. Contiene las siguientes disposiciones: a) Legado del testador a su sobrina carnal doña Carina , hija de su hermana doña María, en pago de los buenos servicios que le venía prestando, la casa propiedad de aquél, sita en Aberán, calle de DIRECCION000 , número NUM000 , de tres pisos, b) Institución de herederos: en el remanente instituyó por sus únicos y universales herederos, en pleno dominio, a sus hermanos don Blas , don Germán , doña Gloria , doña Rosa y doña Angelina , a sus



sobrinas carnales doña Angelina y doña Carina , hijas de su difunta hermana doña Lorenza , y a sus también sobrinos carnales doña María Consuelo , doña Concepción , don Jesús Luis y doña Marta , hijos de su otra fallecida hermana doña María Consuelo ; los cinco primeros por cabezas y los restantes por estirpes, si bien los hijos instituidos de doña María Consuelo percibirán en conjunto 40.000 pesetas menos que las demás partes hereditarias. Designó herederos sustitutos de los hermanos premuertos a sus respectivos hijos, y reconoció el derecho de acrecer entre todos sus herederos instituidos, c) Albaceas y contadores partidores: designó a los vecinos de Aberán don Casimiro (panadero) y don Millán , d) Entierro y obres pasa e) Cláusula revocatoria: el testador por la cláusula séptima revoca por modo especial el testamento de fecha 20 de octubre de 1931.-Tercer testamento. De fecha 2 de noviembre de 1943, otorgado ante el Notario de Murcia don Antonio Moxó Bueno. Contiene las siguientes disposiciones: a) Legados: se mantiene el legado de la casa número NUM000 de la calle de DIRECCION000 de Aberán en favor de su sobrina doña Carina y se establece otro en favor de la misma, que tiene por objeto todos los muebles, ropas, efectos y enseres, con la máxima amplitud que pueda interpretarse, que existan tanto en aquella casa como en el domicilio del testador, b) Institución de herederos: se mantiene la institución de herederos que se hace en el testamento precedente, salvo que no figura como tal heredero don Jesús Luis . Este falleció con anterioridad, o sea, el día 14 de julio de 1941, según acredita la certificación de su óbito, que acompañaba con el número cinco de documentos. Designó el testador como herederos sustitutos de los hermanos y sobrinos instituidos para el caso de premoriencia de éstos, a sus respectivos hijos, reconociendo el derecho de acrecer entre todos los herederos instituidos para el caso de que alguno falleciere sin sucesión, c) Albaceas y contadores partidores: se mantiene el nombramiento para ambos, cargo que se hace en el testamento anterior, con igual solaridad y prórroga para cumplir su cometido, d) Entierro y obras ptas: se mantienen las mismas disposiciones del testamento anterior, transcribiéndolas, e) Cláusulas revocatorias: se revocan de manera especial los testamentos anteriores de fecha 20 de octubre de 1931 y 11 de marzo de 1941.- Cuarto testamento. De fecha 18 de mayo de 1945, otorgado ante el notario de Murcia don Antonio Moxó Bueno. Contiene las siguientes disposiciones: a) Legado: ordena uno a favor de doña Andrea , hija de don Federico y de doña Andrea , que tiene por objeto la casa sita en Aberán, calle de DIRECCION000 , número NUM001 . b) Institución de Herederos: Se mantiene la institución a favor de los hermanos y sobrinos, instituidos en el testamento precedente, si bien no figura instituida la sobrina doña Carina . En defecto de los instituidos, a sus respectivos hijos y descendientes, en su sustitución, reconociendo entre todos el derecho de acrecer en forma legal. Los instituidos heredarían en la proporción que resultaba en la designación de bienes que el testador hacía en la cláusula quinta, c) Intervención judicial en su testamentaria: La prohíbe, y para el supuesto de que alguno de los herederos la intentare, o pusiere obstáculo a la labor de los contadores-partidores, ordena que el que tal hiciere, pierda su parte en la herencia, que acrecerían a los herederos que respetasen las disposiciones testamentarias, d) Albaceas y contadores-partidores: Se mantiene el nombramiento para ambos cargos que se hace en el testamento anterior, con igual solidaridad y prórroga para cumplir su cometido, e) Entierro y obras ptas: Se mantienen las mismas disposiciones de los testamentos anteriores, transcribiéndolas, f) Cláusula revocatoria: Revoca expresamente los testamentos anteriores, y especialmente el otorgado con fecha 2 de noviembre de 1943.-Quinto testamento. Finalmente, don Franco aparece otorgando testamento abierto en Murcia, ante el Notario don Francisco Siso Cavero, con fecha 5 de agosto de 1953, que figura como el último en fecha y por tanto, como vigente, en el certificado del Registro General de Actos de Ultima Voluntad. La parte dispositiva de este testamento es del tenor siguiente: Primero: Confía a la piedad de sus herederos lo relativo al bien de su Ilma.- Segundo: Instituye herederos de todos sus bienes, en pleno dominio y por partes iguales, a sus sobrinos carnales, don Juan María y don Alfredo , hijos de su hermano Ildefonso , y a don Jon , hijo de su difunta hermana doña María Consuelo , sustituyéndoles con los hijos o descendientes legítimos que respectivamente dejaren. Los cuatro testamentos primeramente reseñados, el otorgado en Blanca en el año 1931 y los tres autorizados por el Notario de Murcia don Antonio Moxó Bueno, el último de ellos de fecha 18 de mayo de 1945, responden a una misma y deliberada voluntad. Se deduce con la simple lectura de todos ellos. La institución de herederos no se altera; siempre lo son los hermanos vivos del testador y en representación de los premuertos, sus hijos respectivos, con la excepción de no figurar nunca como heredero el aquí demandado don Jon , hijo de la premuerta hermana del testador doña María Consuelo . Cada testamento de don Franco es una afirmación de su voluntad consignada en el anterior que gana perfección en su forma expresiva. Por ello, por ser todos los testamentos exponente de una misma y constante voluntad, no debe, en rigor, decirse que el testador cambie su testamento al otorgar otro, sino más bien que con el último modela el anterior. En formidable contraste con los testamentos anteriores, está el autorizado por el Notario de Murcia don Francisco Siso Ca-vero, con fecha 5 de agosto de 1953, el último de los que aparecen otorgados por don Franco , y por tanto, el vigente, según la certificación del Registro General de Actos de Ultima Voluntad. Y califican el contraste de formidable, porque a la vista del nuevo testamento, es asombroso el cambio operado en la voluntad del testador. Instituir por sus herederos a sus tres sobrinos carnales, los aquí demandados, que no figuran instituidos en ninguno de los testamentos precedentes. Y sólo en tal institución y en confiar a la piedad de sus tres herederos el bien de su alma, consiste la parte dispositiva del referido acto "mortis causa". Nada sobre albaceas y contadores partidores. Nada sobre prohibición de la



intervención judicial. Nada sobre el entierro del cadáver del testador, gran preocupación de éste, hasta después de transcurrir veinticuatro horas de su defunción. Nada sobre revocaciones expresas. Sólo una hecatombe en la mente de don Franco, puede justificar tal testamento de 5 de agosto, que rompe, sin causa externa alguna, con su vieja e inalterable voluntad, informadora de los testamentos anteriores. Y se pregunta en la demanda si fue don Franco el otorgante de tal testamento.-Tercero: En este hecho se afirma la nulidad radical o absoluta del testamento de 5 de agosto de 1953, que aparece otorgado por el expresado causante don Franco, ante el Notario de Murcia don Francisco Siso Cavero, por estimar que en él se suplantó la persona del testador, y en razón, además, de la existencia de ciertos vicios formales que impiden su validez.-Cuarto: La idea de la suplantación de la persona de don Franco, en el testamento de 5 de agosto de 1953, autorizado por el Notario de Murcia don Francisco Siso Cavero, brota con la fuerza incontenible de la espontaneidad, al contrastar "prima facie" dicho acto "mortis causa" con los cuatro anteriores en fecha, indudablemente otorgados por dicho señor Franco y que adquiere fijeza de íntima y plena convicción, si se conjugan los siguientes elementos de juicio: Primero. Los aquí demandados, fallecido don Franco, con insepulto su cadáver, manifestaron a los demás familiares de éste, hermanos y sobrinos, que los únicos herederos del mismo eran ellos tres, y ante esta noticia que, más que sorpresa, causó asombro, se trató de examinar los papeles y documentos del extinto; pretensión que proporcionó otra gran sorpresa: dichos documentos y papeles habían totalmente desaparecido. Segundo. El simple hecho de figurar como uno de los tres herederos de don Franco su sobrino, aquí demandado, don Jon, engendra la mayor de las sospechas, pues su citado sobrino, siendo éste empleado y apoderado de aquél, tuvieron un fuerte disgusto poco después de terminar nuestra guerra civil, allá por el año 1940, que provocó más tarde la rotura definitiva de las relaciones entre ambos, dejando el sobrino de ser apoderado del tío. Pues bien, aquel disgusto fue la causa impulsiva que determinó a don Franco a otorgar su testamento del año 1941, con la finalidad de excluir de entre sus herederos al repetido sobrino. Y esa exclusión la mantiene en los testamentos posteriores. Tercero. La no firma de don Franco, en el testamento de 5 de agosto, supuestamente por él otorgado. Sorprende sobremanera la no firma del testador, toda vez que don Franco, no obstante el temblor de su mano derecha -que se alegó como causa impeditiva para no firmar dicho testamento-, jamás estuvo imposibilitado, no ya para firmar, que ni siquiera para escribir. Ahí están para acreditar este aserto los numerosos documentos auténticos en los que el señor Franco estampó su firma, de fechas anteriores y posteriores a la del testamento que estiman apócrifo, de 5 de agosto de 1953. Entre los de fecha anterior figuran: a) Los cuatro testamentos relacionados en el hecho segundo, b) La escritura de 26 de junio de 1942, antes citada, otorgada ante el Notario de Murcia señor Moxó Bueno, que igualmente acompañaban, d) La petición del Documento Nacional de Identidad. Entre los de fecha posterior a la citada de 5 de agosto de 1953, están: a) La escritura de poder, de fecha 19 de octubre de 1954, otorgada ante la fe del actual Notario de Blanca don José Baños Girones, b) Los Autos número 167 -seguidos en el año 1954 a instancia del Médico de Murcia don Gregorio, contra el expresado don Franco, y de los que conoció el Juzgado ante el que comparecían. En dichos Autos, figuran tres firmas del señor Franco, una con motivo de la diligencia de citación; otra, autorizando escrito que dirigió al Juzgado, y otra, que puso postrado en cama y ante el propio Juez que en la fecha de la demanda regentaba dicho Juzgado, con ocasión de la práctica de diligencia de confesión judicial, verificada en el mes de octubre del citado año 1954. e) El Documento Nacional de Identidad y la ficha auxiliar -ambos distinguidos con el número 22.232.872-, que don Franco firmó en el año 1954. Hay más, el señor Franco, antes y después, firmó numerosos documentos, que figuran en las notarías de los distritos de Murcia y Cieza, y como titular de cuentas corrientes en los Bancos de España y Español de Crédito entre otros, retiraba los fondos depositados, mediante cheques por él firmados. Pero aún hay más. Acompañaban a su escrito dos cartas autógrafas de don Franco, una dirigida a su sobrino Daniel, sin fecha, pero que data después del fallecimiento de la madre de éste y hermana de aquél, doña Rosa, cuyo óbito tuvo lugar en el año 1948, de fecha, por consiguiente, anterior a la repetida de 5 de agosto de 1953, y la otra dirigida a su sobrina-nieta Andrea -cuyo nombre no consigna en la carta-, de fecha 3 de septiembre de 1953. Igualmente, acompañaban otra carta, muy expresiva, dirigida a su citada sobrina-nieta, Andrea, con fecha 16 de julio de 1952, escrita por manos extrañas, y firmada por don Franco, de su puño y letra (documento número 16). En un caso de suplantación es natural que se ofrezcan pretextos para no estampar la firma, pues aun perfectamente rechaza la de suplantarla, siempre queda la incertidumbre de la percepción, y se crea, en todo caso, el riesgo o peligro de que por ella, la firma, se descubra el hecho y aun su autor. Una elemental norma de prudencia, aconseja la inhibición. Cuarto. En el citado testamento, ante la no firma del testador, llaman poderosamente la atención las siguientes circunstancias: a) Lugar: Don Franco otorgó siempre sus testamentos en el lugar donde tenía su domicilio. Extraña, pues, que el señor Franco, viviendo en Aberán, pueblo que es visitado regularmente por los Notarios de Cieza y Blanca, se trasladara a Murcia para otorgar testamento, y extraña también se presentara en esta ocasión a otorgar el referido testamento de 5 de agosto que no firmó en la notaría del señor Siso Cavero, donde, probablemente, no había otorgado jamás documento alguno. Pero tal extrañeza se acentúa si se tiene en cuenta que don Franco, en dicha fecha y como consecuencia de una caída que le afectó el brazo y pierna izquierdos, sufrida en el mes de octubre del año 1952, estaba imposibilitado para trasladarse de un lugar a otro por sí solo, por cuya razón vino utilizando un cochecito para inválidos;



invalidez que subsistió hasta su muerte, b) La hora: El testamento de 5 de agosto aparece otorgado a las cuatro y veinte de la tarde. A esa hora sofocante, del mes canicular, y en un lugar tórrido, ciertamente que la hora del otorgamiento pudo ser buscada de propósito. Era imprescindible evitar el posible encuentro con algún conocido, c) Testigos: En los tres testamentos otorgados por don Franco ante el Notario de Murcia don Antonio Moxó Bueno, los testigos intervinientes eran amigos suyos, figurando en todos ellos, su íntimo don Saturnino Clares Gómez; los testigos del testamento de 5 de agosto eran desconocidos para el testador. Dos de ellos, don Pedro y don Luis Alberto han declarado ya en actas autorizadas por el Notario de Murcia don José Solís Navarrete, con fecha 6 de mayo del año en curso en la fecha de la demanda, que no conocían a dicho señor Franco. Estos testigos, según rezan sus manifestaciones consignadas en las repetidas actas, intervenían con gran frecuencia, como tales, en documentos autorizados por el señor Siso Cavero. Respecto al otro testigo, don Fernando, ignoran, por no afirmar, que era también desconocido, de toda la familia del señor Franco. Afirman que es desconocido de toda la familia de éste, excepto de los demandados, con los que les consta mantiene relaciones. Quinto. El cambio rotundo de voluntad que implica la consignada en el testamento de 5 de agosto, frente a la manifestada, con reiteración, en los testamentos anteriores. Debilidad senil, se preguntan. No. Don Franco conserva su lucidez mental; no existe la menor sospecha acerca de merma en la plenitud de sus facultades intelectuales. Es hombre que lleva sus negocios con mano firme, y que sabe defender sus derechos. Documentos notariales, actuaciones judiciales y actividad privada nos lo demuestran a través de un proceso analítico de su vida durante sus últimos años. Se pregunta en la demanda si hubo en dicho testamento suplantación de la persona de éste. Seleccionándolos, lógicamente, los antecedentes expuestos, se está obligado a sentar la siguiente conclusión: La persona de don Franco fue suplantada en el testamento que otorgó con su nombre, autorizó el Notario de Murcia don Francisco Siso Cavero, con fecha 5 de agosto de 1953. Y este juicio se obtiene, pese a que el Notario autorizante dio fe de conocer al testador. La autoridad de la fe notarial no es absoluta. No alcanza al valor de un dogma de una verdad innegable, ni siquiera de una presunción "iuris et de iure"; no goza -dígase así- de los beneficios inherentes a la cosa juzgada. Ofrece tan sólo una autenticación relativa, equivalente a una presunción "iuris tentum"; es decir, está expuesta a la posibilidad de ser atacada y destruida. La fe notarial, en definitiva, y reiterando lo expuesto, es la firme expresión de un juicio subjetivo, de una certeza, está sometida, naturalmente, a la fragilidad de todo testimonio humano. Finalmente, hacen constar que si bien esta parte afirma la suplantación porque a ello conducen las razones expuestas, sin embargo, no señala el autor de aquélla, ya que le es desconocido.- Quinto: Van a examinar, en este hecho, los defectos formales de que adolece el tan repetido testamento de 5 de agosto de 1953, cualesquiera de los que independientemente de la suplantación alegada tienen virtualidad bastante para fundamentar la nulidad radical del dicho acto "mortis causa". Tales vicios formales son: a) Falta de la formalidad relativa a la identificación de la persona del testador, b) Falta de idoneidad de los testigos, c) Falta de formalidad de la firma del testador, d) Falta de dación de fe por la no firma del testador, e) Falta de la unidad de acto. Sabido es de todos que el testamento es un negocio jurídico eminentemente formal, y que el incumplimiento de cualquiera de las formalidades exigidas, determina su nulidad. En el que examinan, se observa los defectos formales antes apuntados: Primero. Falta de la formalidad relativa a la identificación del testador. La identidad de éste en el testamento de 5 de agosto de 1953 aparece autenticada mediante el conocimiento previo que de su persona afirman tener los autorizantes, el Notario y los testigos instrumentales. Pues bien, hechos posteriormente nos llevan al convencimiento de que dos, al menos, de los testigos instrumentales, afirmantes de conocerlo, no lo conocían, manifestando, el primero de ellos "que por el nombre y apellidos que se le da no recuerda conocer a don Franco", y el segundo "que por el nombre y apellidos que se citan no puede describir a don Franco, pues dada su profesión de taxista conoce a mucha gente, peí o sin saber los nombres". Es decir, ni uno ni otro lo conocían. Con estos testimonios no es preciso extenderse en amplias consideraciones para llegar a la conclusión de que el testador no fue identificado en forma, con arreglo al artículo 685 del Código Civil. Se pregunta en la demanda si la fe notarial de conocimiento garantiza la identidad del testador. Decididamente, no. La fe notarial es autenticadora en los actos "Ínter vivos", en los que, bajo aquélla, queda amparada la identidad de los otorgantes, mas no cuando de testamentos se trata; y por ello no figura por sí sola, como medio de identificación reconocido por el citado artículo 685. Los dos medios de identificación que señala este precepto, no admiten sustitutivos o sucedáneos. Así, pues, el testador en el testamento de que se trata, debió de identificarse a través de los testigos de conocimiento. Como así no hizo, quedó incumplida formalidad tan esencial, lo que lleva consigo la nulidad de aquél. Segundo. Falta de idoneidad de los testigos. En dicho testamento intervienen dos testigos que son dependientes del Notario autorizante, y por tanto, no idóneos, determinándose con ello la nulidad de aquél. Dichos testigos son: don Pedro y don Luis Alberto. Véase la razón de dependencia: a) El señor Alexander, trabajaba al tiempo de dicho testamento en la notaría del señor Siso Cavero, fuera de las horas en que estaba obligado a hacerlo en el Banco de Bilbao, del que asimismo es empleado. Don Luis Alberto dependía también del Notario autorizante, toda vez que de una manera asidua, casi diaria, prestaba con su taxi, servicios retribuidos a aquél, hasta el punto de personarse todas las tardes en la notaría por si tenía que realizar algún viaje. Tercero. La falta de la formalidad de la firma del testador. El artículo 695 del Código Civil exige con carácter imperativo la firma del testador. La misma es una formalidad



esencial del testamento; su falta determina la nulidad de éste. Únicamente, en el supuesto de imposibilidad, no saber o no poder, cabe que otra persona firme a ruego del testador. Claro es que la imposibilidad ha de existir; no basta la mayor o menor dificultad, ni tampoco la mera alegación. Si la imposibilidad, sin existir, se alegara, no justificaría el medio supletorio utilizado, y el testamento, demostrada la inexactitud de la alegación, sería nulo. Así lo tiene proclamado recientemente la jurisprudencia de este Alto Tribunal en Sentencia de 4 de enero de 1952. La abstención, al no firmar, pudiendo, puede tener esa significación. En cuyo caso, el testamento estaría doblemente viciado: por su defecto de forma y por otro de fondo. Ambos juntos, y aisladamente, con virtualidad suficiente para provocar su nulidad. Pues bien, en el testamento que nos ocupa, de 5 de agosto de 1953, falta la firma del testador, alegándose como hecho impeditivo el temblor de su mano derecha. La falsedad de esta alegación en el supuesto de la identidad del testador que desde luego rechazan, está ya puesta de manifiesto al tratar de la no firma de dicho testamento con motivo de la suplantación. Pero, además, y en la hipótesis rechazada de la identidad del testador habría que ver en la no firma una reserva mental, que implica disconformidad entre la voluntad real y la declarada. Buena prueba de ello, las dos cartas, muy cariñosas, que dirige a su sobrina-nieta Andrea (legataria del testamento de 1945), una con fecha 16 de julio de 1952, o sea, antes de la fecha del testamento de 1953, y otra, autógrafa, escrita a los veintinueve días de éste, o sea, en 3 de septiembre de 1953, y también el poder para pleitos, otorgado en 1954, a favor de su sobrino político, el Letrado don Claudio, casado con una sobrina carnal, instituida heredera en el citado testamento del año 1945, y al que confía con defensa en la vía judicial, confianza que no se compagina con un previo desheredamiento de la esposa del apoderado. Cuarto. Falta del requisito formal de dación de fe por no firma del testador. Carece de dicha fe el testamento de 5 de agosto de 1953.

El artículo 695 del Código Civil impone al Notario la dación de fe, en el caso de que a ruegos del testador, por no saber o no poder firmar éste lo haga otra persona testigo o no. Este requisito, por razón de su especial naturaleza, es "ad solemnitatem" y no "ad provationem"; es decir, es un elemento estructural del testamento, forma parte de sustancia y, en su consecuencia, el incumplimiento de esta formalidad lleva aparejado la nulidad del acto.-Quinto: Falta de la unidad del acto. Alegan la falta de esta formalidad en base a la sospecha que proporciona la firma del testigo don Luis Alberto, que al parecer está sobrepuesta en el sello en tinta de la notaría, y en el centro del mismo. Así esto es así, es lógico presumir que la unidad del acto no se observó en el testamento de 5 de agosto, sobre todo si la firma fue estampada estando ya seca la tinta de dicho sello. Se remiten a la prueba que sobre el cumplimiento de esta formalidad se practique.-Sexto: La nulidad del testamento de 5 de agosto de 1953 que impugnan, provoca, como consecuencia directa, la nulidad radical de la partición de los bienes relictos por óbito del supuesto otorgante de aquél, don Franco, aprobada y protocolizada por los aquí demandados, como herederos del testamento que impugnan, mediante escritura otorgada en Blanca, ante la fe de su Notario don José Baños Girones, así como la nulidad de cualquier otro acto o contrato que deba su origen, próximo o remoto, al referido testamento.- Séptimo: Asimismo, la declaración de la nulidad del citado testamento de 5 de agosto de 1953, supone la vigencia del otorgado por don Franco, con fecha 18 de mayo de 1945 ante la fe del Notario de Murcia don Antonio Moxó Bueno, cuya copia auténtica acompañan aun cuando la nulidad se fundamenta a un defecto formal, pues al no ser el anulado perfecto carece el mismo de eficacia revocatoria. Todos los aquí actores fueron instituidos en el citado testamento de 18 de mayo de 1945.- Octavo: Su parte intentó acto de conciliación. Alegó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictara Sentencia declarando la nulidad absoluta del testamento que aparece otorgado por el finado don Franco ante el Notario de Murcia don Francisco Siso Cavero, con fecha 5 de agosto de 1953, por razón de las causas alegadas o de cualquiera de ellas que impiden su validez, y en su consecuencia declarar asimismo:

Primero. La nulidad radical o absoluta de la partición de los bienes por óbito de dicho causante practicada por los aquí demandados, del mismo, como supuestos herederos, del mismo, y aprobada y protocolizada por escritura otorgada por Notario de Blanca don José Baños Girones, así como cualquier otro acto o contrato que deba su origen, próximo o remoto, al testamento anulado, a fin de retrotraer aquellos bienes al estado que tenían al tiempo de ocurrir el fallecimiento del repetido causante para la distribución entre sus herederos instituidos en el testamento de 18 de mayo de 1945.

Segundo. La nulidad de todas las inscripciones, cancelaciones y asientos practicados en los Registros de la Propiedad, y causada por los actos y contratos declarados nulos.

Tercero. La vigencia del testamento abierto de 18 de mayo de 1945, otorgado por don Franco, ante la fe del Notario de Murcia don Antonio Moxó Bueno, en virtud de que el apelado de 5 de agosto no tiene eficacia revocatoria de aquello.

Y, por último, y mediante dicha Resolución, condeno a los demandados a la devolución de frutos e indemnización de daños y perjuicios a los herederos instituidos en el testamento citado de 18 de mayo de 1945, cuya cuantía, así como las bases para su determinación, habrán de citarse en ejecución de Sentencia,



imponiendo a dicho demandado, además, las costas del pleito. Y se acompañó a dicho escrito los documentos de que en el mismo se hace mérito.

RESULTANDO que admitida la demanda y emplazados los demandados, compareció en los Autos, en su representación, el Procurador don Antonio Bermejo López, que mediante escrito de 19 de septiembre de 1959, contestó la demanda, oponiendo a la misma los siguientes hechos: Primero: Las afirmaciones de la demanda, las dejan rechazadas en bloque desde esta iniciación del escrito de contestación, y no admiten más hechos de la misma que, a los que sean reflejo de documentos públicos que reconocen por auténticos, o de los que coincidan con los que ellos reconozcan como ciertos en este escrito.- Segundo: Don Franco , soltero, sin descendientes ni ascendientes, otorgó el primer testamento de 1931, que fue seguido sucesivamente y con algunos espacios de tiempo más o menos largos del segundo de 1941, del tercero de 1943 y del cuarto de 1945. En bloque, otros cuatro testamentos responden a un propósito que sufre no esenciales modificaciones durante esos quince años. La facultad dispositiva del testador recae en casi todos sus parientes, hermanos e hijos de hermanos. En 12 de agosto de 1948 fallece la heredera Rosa . En 14 de agosto de 1950, el heredero Germán , y en 14 de febrero de 1956, la heredera Rocío . Estas defunciones dejan indiferente al señor Franco , que no se apresura a hacer ninguna modificación testamentaria como las había hecho en el testamento de 1943 por la muerte del heredero Jesús Luis , ocurrida en julio de 1941, y en el testamento de 1945 por la muerte de la heredera Carina , acaecida en 1944. Si proceden con una interpretación correcta, forzosamente habrá que suponer que algo ha ocurrido para que a partir de 1948 ya no exista en don Franco esta preocupación de ir formando sus disposiciones testamentarias.-Tercero: De unos testamentos donde los herederos, como vulgarmente se dice, son ciento y la madre, se pasó a otro donde sólo lo son tres. Los años no han pasado en balde, don Franco que era ya viejo en 1931, es muy viejo en 1948. Algunos años antes ha sido fuertemente zarandeado por la guerra civil. Tuvo que huir de Aberán, marcharse a Alicante; después, a Murcia. Don Franco se valía para sus negocios de conservas de su sobrino, actual demandado, y actual heredero, don Jon . Este se ve obligado, ante las continuas dificultades que su gestión suponía, a poner de relieve la necesidad de terminar aquel estado de dependencia y de apoderamiento. Eran muy frecuentes los actos de desautorización y de descontento mutuo. Se procede a una liquidación entre ambos de relaciones que existieron, sobre todo porque es propósito del señor Franco , y también de su sobrino, el que no queden, entre ambos, cosas pendientes que puedan algún día significar cualquier acción recíproca. Don Jon ha manejado documentos, cantidades de dinero, existencia, y es lógico que desee que nadie pueda el día de mañana hacer suposiciones sobre la limpieza de su conducta. Don Franco conoce entonces la importancia que para él tenía su sobrino Jon . Desde 1942 a 1948 se da cuenta exacta de ello. En medio de esa etapa está el último testamento de 1945. Don Franco tiene que arrendar sus negocios, y los arrienda, precisamente, nada menos a una sociedad privada de la que es miembro y apoderado general ese sobrino don Jon . Este retorno de don Jon a la confianza de su tío, y estas nuevas relaciones que nacen con el padre de los otros demandados, don Blas , tampoco constituyen de por sí motivo suficiente. Ya han dicho que don Blas es viejo, célibe. No tiene familia cercana, inmediata a él, y entra en esa zona de la edad, la vejez, en que los cuidados, atenciones familiares van siendo necesarias, y esa necesidad va creciendo progresivamente. También encuentra don Blas ese auxilio, y precisamente en los demandados. Desde 1936, en que huyó a Alicante, durante su estancia en aquella ciudad y durante los años que vive en Murcia luego, hasta 1951 y más tarde en Aberán, hasta su muerte, el demandado don Juan María , es quien le asiste como un hijo; con más sacrificios de los que un hijo se impondría; duerme en su misma habitación, le asiste en todas sus necesidades, y le presta el auxilio físico de su ayuda para todos los menesteres, incluso los más desagradables que tiene la vida de una persona, y la más importante aún de su cariño. Esta asiduidad sólo se interrumpe durante el período de movilización de Blas . Comparte estos auxilios su hermano, también demandado, Alfredo . Por lo tanto, desde todos los puntos de vista, don Franco sólo encontró el cariño familiar en los tres herederos demandados. Pero aún hay más: el 6 de octubre de 1952 se agrava el estado de enfermedad crónica y de vejez de don Franco porque sufre una caída que le mantiene en cama tres o cuatro meses, quedando inválido parcialmente; estado que se agrava todavía más porque en 11 de noviembre de 1955 sufre otra caída que lo mantendría definitivamente alejado de toda actividad ordinaria. Ya no es sólo el hacer el papel de hijos, cuidar con cariño, estar al alcance de su voz, atenderle en sus relaciones con bancos, cuidados de fincas, relaciones con organismos públicos, con médicos, con proveedores, etcétera. Ahora se trata ya de ser, además de eso, un enfermo. Muchas veces de moverlo en la cama; siempre de acostarlo y levantarlo; de ayudarlo al cumplimiento de necesidades fisiológicas; darle los alimentos. Tampoco encuentra eso don Franco sino en los tres herederos demandados sobrinos suyos, Jon y Juan María y Alfredo . Los tres han constituido la sola familia de don Franco durante los últimos diez años anteriores a su muerte, entendiéndolo "familia" y por el conjunto de seres que velan y asisten a una persona en los acontecimientos alegres y en la adversidad, pero más aún en la adversidad. Abandonado y desasistido por toda su familia, menos por estos tres sobrinos, varió sus propósito de reparto de bienes e hizo testamento dejando a los tres como únicos herederos, sin preocuparse ya de ulteriores modificaciones. No sólo por gratitud, sino aun por egoísmo, es justificable esa medida.- Cuarto: Don Franco otorgó su quinto testamento en Murcia en 5 de agosto de 1953; testamento



abierto ante el Notario de Murcia don Francisco Siso Cavero, y dejando por únicos herederos a los tres sobrinos demandados. Y esta disposición testamentaria perfectamente justificada por la conducta que observaban con el testador los tres sobrinos a quienes distinguía dejándoles sus bienes, provoca el ejercicio de la acción entablada por los restantes hermanos y sobrinos de don Franco . Jurídicamente, a la hora de mencionar los preceptos legales aplicables, se articula la impugnación, por nulidad al no concurrir los requisitos que el Código Civil exige en los testigos instrumentales de los testamentos. Todo el proceso dialéctico de impugnación del testamento se basa sobre determinados supuestos, tan deleznable como los que habían servido de apoyo en los extremos antes contestados. Van a desmenuzarse también este proceso designado: a) Se especula en el escrito inicial con la anomalía de que un viejo, enfermo e inválido, que no sale de Aberán para nada se desplace a Murcia para otorgar su testamento. Y bueno será dejar ya dicho y probado que don Franco , después de su accidente en 1952, ha tenido, que pueda probarse y de que se tenga recuerdo, las siguientes salidas de Aberán: agosto de 1953, a Murcia. Es reconocido por el doctor Jose Carlos , especialista del estómago. Otorga el testamento, septiembre de 1953. Estancia en el balneario de Fortuna. Noviembre de 1953, visitas al sastre señor Martín para ejecución de un traje, en Murcia. Junio de 1954, visita al doctor Bernardo , en Murcia. Septiembre de 1954, estancia en el balneario de Fortuna. Septiembre de 1955, tercera estancia en el balneario de Fortuna. Crean que en la duplica y en la proposición de prueba aún se podrá ampliar más estos desplazamientos. Ya pierde todo carácter de singularidad el viaje de 5 de agosto de 1953, y adquiere además ese viaje la aseveración sobre la presencia en Murcia del señor Franco de otro testigo diferente al Notario: un doctor en Medicina y catedrático de la Facultad de Madrid, b) Especula la adversa con que se acusa a la notaría del señor Siso Cavero. Cúmpleles decir que si bien acudió a la notaría del señor Siso fue porque en 1953 el señor Moxó Bueno no era Notario de Murcia, siendo aquél uno de los Notarios de más prestigio moral y de más capacidad y competencia de Murcia, c) Se especula con la hora de otorgamiento en relación con el mes, cuatro y media de la tarde del mes de agosto y en Murcia. La simple mención de que se trata de una gestión que hace un forastero que vive fuera de Murcia, que ha de ver en el mismo día a su médico, que ha de andar despacio, que está medio inválido, en suma que tiene que armonizar su prisa, su torpeza y el poco tiempo disponible quitan todo valor, aunque ninguna tenía por cierto, a tal anómalo argumento, d) Especula la adversa con que el testador alegue dificultades para firmar. Conviene que se repase el testamento. En él se dice: "ya que dice no poder hacerlo por temblarle la mano derecha". No se trata por lo tanto de una incapacidad permanente, sino de una dificultad transitoria. Don Franco tenía cerca de noventa años, estaba enfermo e inválido parcialmente. El acto en que se producen esas palabras es nada menos que el otorgamiento de un testamento; no es la firma de una instancia o del carné de identidad, actos anodinos y sin ningún reflejo en la emotividad del sujeto, sino el acto de testar, que aun a personas más jóvenes y sanas emociona y altera, Y un otorgamiento de un testamento en persona que en ese mismo día está sometida a reconocimiento médico por un especialista del estómago. Otras firmas puestas, con tiempo por delante con las fechas aproximadas, ilustrarán sobre las dificultades que el estampar su nombre traía consigo para don Franco e) Especula la adversa con una afirmación falsa; el carácter de amenuense del testigo instrumental del testamento don Pedro . La afirmación es absolutamente falsa, f) Finalmente, especula la demanda, con la afirmación de que dos de los testigos instrumentales, don Pedro y don Luis Alberto , no conocían al testador y apoya su aserto con dos actas notariales otorgadas en Murcia en 6 de mayo de 1957, y en las que interrogados ambos testigos sobre tal extremo manifiestan: el primero "que por el nombre y apellidos que se le dan no recuerda conocer a don Franco , pues dada su profesión de taxista conoce a mucha gente, pero sin saber los nombres". Aun dejando expresamente impugnado este ineficaz medio de prueba del acta notarial para acreditar declaraciones de testigos, don Franco había residido en Murcia desde 1938 hasta 1951 en que marcha a Aberán. Durante esa estancia en Murcia es conocido de esos dos cuya relación de conocimiento con el testador se impugna. Don Pedro , aparte de otros motivos de conocimiento, es quien le cobra las facturas del sastre señor Eugenio ; el otro testigo, Luis Alberto , taxista, le presta servicio como tal y va a recogerle a su casa. Pero el señor Franco se marcha de Murcia a Aberán en 1951. Vuelve a otorgar testamento en agosto de 1953. Pasan cuatro años. Los dos testigos son de la clase de personas que tienen mucho conocimiento: Don Alexander , funcionario del Banco de Bilbao, cobrador Don Eugenio , y el señor Pedro Jesús , taxista. Al cabo de cuatro años de no haber visto a una persona, ninguna extrañeza puede suponer el que no se le recuerde, que es lo único que afirman ambos testigos. No quieren pasar a otro extremo sin poner de relieve la situación de incomodidad en que se han encontrado al leer ambas actas notariales en las que el Notario permite que por el requirente y sin previa constancia en la diligencia de requerimiento, se formulen preguntas al requerido que tiene derecho a que se le facilite copia literal de lo que de él se pide y se le concedan cuarenta y ocho horas para resolver. Analizadas las impugnaciones que tienen algún motivo operante, van a pasar a las que carecen en absoluto aun de la más liviana justificación: A) Se acusa a los testigos instrumentales de "testigos profesionales", a Pedro Jesús , porque presta de vez en cuando servicios como taxista al Notario que autorizó el instrumento, y al testigo Alexander como pariente de uno de los empleados de la notaría, y por las manifestaciones que hacen de haber intervenido con frecuencia como testigos en instrumentos otorgados por el Notario señor Siso Cavero. La mecánica de los testigos de conocimiento no es nada compleja. Un Notario, sobre todo en los primeros años de su estancia en una ciudad,



conoce a poca gente, necesita tener personas a quienes conozca perfectamente, para poder descansar en el conocimiento que éstas tengan de otras para proceso de identificación. Nada extraño es que el número de personas que un Notario utilice como testigos de su confianza, a quienes conozca, sea reducido. Hasta ahora no constituye ninguna incapacidad para ser testigo el haberlo sido muchas veces. B) Se afirma que el testigo don Luis Alberto es dependiente del Notario y como tal incapaz para figurar en el instrumento con el carácter que lo hace, por prestar servicio como taxista algunas veces al señor Siso Caveró. La impugnación es absurda. C) Todavía tiene menos consistencia el argumento de que mientras en todos los demás testamentos no existe en el señor Franco el menor error al decir los años que tiene, sí lo hay en el que nos ocupa. Otorgado en 5 de agosto de 1953, y habiendo cumplido ochenta y siete años el 30 de abril de ese año, manifiesta el testador tener ochenta y ocho años. Justamente los que tiene, por la misma razón que se está en 1957 cuando no ha terminado el mes de diciembre, se tienen ochenta y ocho años, cuando ya se han cumplido ochenta y siete. D) Se extraña la adversa de que un inválido que ha de ser conducido en un coche de ruedas sea trasladado desde el pueblo que vive, Aberán, a Murcia, a otorgar testamento. Falsedad deliberada. El coche de ruedas no se adquiere hasta junio de 1954 en que se lo regala el demandado Jon a su tío don Franco. E) Falta de dación de fe por la incapacidad de firmar el testador, y por ser suprimida su firma por la de un testigo. Parece como si no se hubiera leído el testamento por la parte contraria. El Notario dice "redactado el testamento. Leído por mí íntegramente en voz alta, el compareciente lo aprueba y ratifica y solamente lo firman los testigos, haciéndolo el primero de éstos a la vez por sí y por el testador, a sus ruegos, ya que dice no poder hacerlo por temblarle la mano derecha." "De conocer al testador, de la idoneidad de los testigos por lo que manifiestan, de haberse observado en unidad de acto las solemnidades legales y en lo que proceda, del contenido de este instrumento público. Yo el Notario doy fe." La simple transcripción de este instrumento público es el mayor mentís a la infundada afirmación de la demanda a este respecto. F) Finalmente, se impugna la unidad del acto porque se afirma que una de las firmas de los testigos aparece puesta encima del sello de la notaría. No conocen ningún precepto que imponga como formalidad del testamento la de que sea sellado después de otorgado y firmado. Ni siquiera de en qué momento haya de serlo. Parece lo más apropiado que terminado de escribir se selle para que luego no se olvide hacerlo. Pero, en fin, el hecho, si es cierto, sólo prueba que el sello se puso antes de la firma, pero no que esa firma fuese puesta en ocasión distinta a la en que fueron puestas las demás. El testamento se otorgó compareciendo ante la presencia del Notario el testador don Franco, a quien el Notario da fe de conocer. Se celebró con unidad de acto de que el Notario da fe. Los testigos instrumentales declararon conocer al testador, de que el Notario da fe; ninguno de los testigos adolece de las incapacidades que para serlo enumera el Código Civil; el testador no pudo firmar por temblarle la mano y lo hizo a sus ruegos un testigo, de que el Notario da fe. Esto significa un testamento abierto perfectamente válido, perfectamente eficaz para transmitir los bienes después de la muerte del testador a las personas por aquél investidas con el carácter de herederos.-Quinto: Como complemento del pleito, les interesa hacer constar que en 1945 don Franco hizo un reparto de valores entre todos sus familiares, incluido Jon, demandado, y Blas, padre de los también demandados Juan María y Alfredo. Aunque este hecho no tiene ninguna trascendencia, lo citan y prueban el simple efecto de acreditar cómo no había decaído en nada en el afecto de don Franco su sobrino don Jon, a quien incluye en ese reparto de valores en abril de 1945.-Sexto: Se acompaña con el escrito de contestación los documentos de que en el mismo se hace mérito. Y tras alegar los fundamentos de derecho que estimó aplicables, suplicó se dictara Sentencia no dando lugar a la demanda y absolviendo a los demandados de la misma, con condena de costas a la parte actora.

RESULTANDO que conferido traslado para réplica a la parte demandante, evacuó dicho trámite por escrito de 9 de octubre de 1957, insistiendo en los hechos y fundamentos de derecho de su escrito de demanda y solicitando se dictara Sentencia de acuerdo a lo en el mismo interesado.

RESULTANDO que la parte demandada evacuó el trámite que para duplica le fue conferido, mediante escrito de 31 de octubre de 1957, en el que, insistiendo en los hechos y fundamentos legales de su escrito de contestación y refutando lo alegado de contrario, terminó solicitando se dictara Sentencia de acuerdo a lo que tenía interesado en los Autos.

RESULTANDO que recibido el juicio a prueba, a instancia de las partes se practicó lo que figura de las correspondientes piezas de prueba y con el resultado que en las mismas aparece.

RESULTANDO que unidas a los Autos las pruebas practicadas y no habiéndose solicitado por ninguna de las partes la celebración de vista pública, se les entregaron los Autos, por su orden, para conclusiones, trámite que evacuaron, haciendo un estudio de las pruebas practicadas en relación con sus respectivos puntos de vista, y solicitando se dictase Sentencia en los términos interesados en sus respectivos escritos de demanda y réplica, contestación y duplica.

RESULTANDO que con suspensión del término para dictar sentencia y para mejor proveer, el Juzgado acordó dirigir oficio al Colegio Notarial de Albacete para que a la vista de los índices sumariales de los años 1950-1953





de la notaría de Murcia, a cargo de don Francisco Siso Cavero, se librara certificación del número total de testamentos autorizados por dicho fedatario en los que figuraran como testigos instrumentales don Luis Alberto y don Pedro, consignando además el número de testamentos en los que figuraban testigos de conocimiento y si esta clase de testigos se dan en los autorizados como instrumentales por aquéllos, determinando las fechas y horas de los otorgamientos y los lugares referidos al paraje en que hubieran tenido lugar también se acordó librar oficio al Director del Banco de Bilbao en Murcia, para que certificara si durante los años 1950 a 1953, el empleado don Pedro desempeñó cargo que le obligara a salir a la calle, horas de oficina en invierno y verano, permisos de cualquier clase disfrutados y certificación de las hojas de calificación de don Pedro, ampliado después a que se, certificara si de dichas hojas de calificación aparecía si dicho empleado trabajaba en la notaría del señor Siso y sueldo que por tales trabajos percibiera; uniéndose a los Autos contestación de dicho Banco a tales extremos, y no figurando la del Colegio Notarial por haber elevado el mismo consulta a la Dirección General sobre procedencia o improcedencia de librar la certificación pedida.

RESULTANDO que el Juez de Primera Instancia de Cieza dictó Sentencia, con fecha 5 de julio de 1958, por la que se desestimó la demanda y se absolvió de la misma a los demandados, sin hacer expresa imposición de costas.

RESULTANDO que interpuesto recurso de apelación contra la Sentencia antes referida, por la representación de la parte demandada, admitido y tramitado con arreglo a derecho, la parte demandante, al evacuar el traslado de instrucción del apuntamiento, aportó una certificación librada por don Antonio Molina Miñirols, oficial de Sala en funciones de Vicesecretario de la Audiencia Provincial de Murcia, con el visto bueno del Presidente, de determinados particulares del rollo de Sala y del sumario de la causa que se seguía contra Pedro (testigo instrumental del testamento impugnado) por delito de falsedad en documento público; y una carta autógrafa de don Franco, de fecha 23 de agosto de 1955, que dirige a su sobrino político don Claudio, de la que dicha parte jura no haber tenido antes conocimiento de su existencia, y que expresados documentos se hallaban dentro de los casos referidos en el artículo 506 y número tercero del mismo artículo; acordándose por la Sala que sin necesidad de recibir los Autos a prueba fuera cotejada referida certificación con sus originales obrantes en el sumario a que hacía referencia y en cuanto a la carta, que se procediera al cotejo de letras, que se llevaría a efecto por un solo perito calígrafo, nombrado por las partes, y a la vista de la firma indubitada de don Franco, que consta en la matriz de su testamento abierto, que otorgó ante el Notario de Murcia don Antonio Moxó Bueno, con fecha 18 de mayo de 1945. Informando el perito su convicción de que dicha carta en su totalidad de texto y firma es original de puño y letra de dicho señor. También fue cotejada la certificación de particulares de que se ha hecho mención, con sus originales obrantes en la causa número 251 de 1957 del Juzgado de Instrucción número 2 de Murcia, sobre falsedad en documento público, se hace constar en la oportuna diligencia, que concuerdan bien y fielmente, si bien en aquel testimonio se había omitido la frase obrante en éste de "unas veces" en la declaración del folio 22 del sumario de Pedro, que en el párrafo que dice: "Siendo requerido para ello por dicho señor y otras por el empleado de la notaria" ha de decir "siendo requerido para ello unas veces por dicho señor y otras por el empleado de la notaría". Que también a instancia de la representación de los demandantes se acordó por dicha Sala en providencia de 5 de junio de 1959, que sin necesidad de recibir los Autos a prueba se trajera a los mismos certificación de los extremos interesados en el escrito de expresada parte, de fecha 13 de abril último, consistente en la certificación librada en Bilbao en 9 de marzo de 1959, por don Fernando Echegaray Echegaray, Abogado, Jefe de personal del Banco de Bilbao, con referencia a las hojas de calificación del empleado de la Sucursal del Banco de Bilbao en Murcia, don Pedro, y del testimonio informe del Notario de Murcia don José Sotos Sáez, obrantes en la causa dimanante del sumario 251 de 1957, instruida por el Juzgado número 2 de Murcia, contra Pedro, por delito de falsedad en documento público. Cuya certificación de particulares fue expedida por don José Vicente Tejero Cañada, Vicesecretario de la Audiencia Provincial de Murcia, con referencia a la causa de que se ha hecho expresión, y fue cotejada con sus originales, conforme a lo acordado por la Sala, apareciendo de la oportuna diligencia que coincide bien y fielmente a excepción de pequeñas erratas.

RESULTANDO que tramitada la apelación, se señaló para la vista la Audiencia del día 1.º de diciembre de 1959, siendo presentado escrito por la representación de los demandados solicitando la suspensión del curso de los Autos y de la vista señalada mientras no recayera Sentencia en el recurso de casación interpuesto por doña Carmela, representada por su esposo, don Everardo, contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, fecha 25 de septiembre de 1959, por la que se absolvió a Pedro de los supuestos delitos de falsedad, como testigo instrumental en el otorgamiento del testamento de don Franco, a virtud de querrela interpuesta por dicha doña Carmela; a cuyo escrito acompañaba testimonio de particulares de dicho sumario. Decretándose por la Sala en providencia de 27 de noviembre de 1959, la suspensión del curso de la apelación basta que recayera Sentencia o Resolución firme en la causa criminal mencionada, conforme a lo dispuesto en los artículos 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Que polla representación de los demandados se presentó escrito acompañando certificación librada por el



Secretario del Tribunal Supremo, en la que se inserta la Sentencia, declarando no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Everardo , como representante legal de su esposa, doña Carmela , contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, que absolvió a don Pedro en la causa de que se ha hecho referencia, por lo que solicitaba se alzara la suspensión del de los autos, decretada por la Sala.

RESULTANDO que la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete dictó Sentencia con fecha 21 de marzo de 1961 , por la que confirmó en todas sus partes la apelada, sin hacer expresa imposición de costas.

RESULTANDO que, con depósito de 3.000 pesetas al procurador don Santos de Gandarillas Calderón, en representación de doña Angelina , doña Esther , doña Milagros , doña Marí Luz , don Daniel y doña Carmela , asistidas las señoras de sus respectivos esposos, interpuso recurso de casación por infracción de Ley contra la Sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete, con apoyo en los siguientes motivos:

Primero. Infracción, por violación e interpretación errónea, de los artículos 695, párrafos primeros y segundo, y 687, ambos del Código Civil , y doctrinal legal aplicable establecida, entre otras, en las Sentencias de 4 de enero de 1952 y 16 de febrero de 1956 . Autorizado este motivo por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Segundo. Infracción por aplicación indebida del párrafo segundo del artículo 795 del Código Civil, y por violación de su párrafo primero, en relación con los artículos 687 y 1.253 del mismo Código , también infringidos por violación. Autorizado el motivo por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Con independencia de los errores razonados bajo el motivo anterior, y son en la hipótesis de que hubiera de estimarse cumplido el requisito formal de la dación de fe por parte del Notario, a que se refiere el segundo párrafo del artículo 695 del Código Civil , también habría de considerarse infringido éste, por aplicación indebida, y violado el imperativo mandato de la suscripción del testamento por el otorgante, contenido en su párrafo primero, toda vez que la forma supletoria de firma por medio de testigo instrumental u otra persona a su ruego, sólo se halla autorizada en los casos en que realmente existe la incapacidad del testador, por ignorancia o por imposibilidad de firmar. Resulta indudable que el contenido de su declaración, para el supuesto de no saber firmar -y por igual razón para la hipótesis de no poder-, ha de coincidir con la realidad, no bastando su simple manifestación, pues así lo estableció la sentencia de 4 de enero de 1952 , que rechaza la teoría de ser suficiente la simple manifestación del testador de encontrarse en uno o otro caso, para que suscriba el testamento un testigo a su ruego, dando fe de ello el Notario, que asevera, por otra parte, su capacidad y libre manifestación de voluntad; porque, dado el texto de los artículos 687 y 695 del Código, "es evidente que la intervención de este testigo para autorizar el testamento por el testador, no puede tener lugar eficazmente más que en el caso de que éste no sepa o no pueda firmar", ya que "la tesis contraria conduciría al absurdo de que bastará esa manifestación inexacta del testador de no saber firmar, y el cumplimiento formal de suplir su falta de firma con la de otra persona y la fe notarial para reputar perfecto el acto consignado como acto de última voluntad". Es evidente que, en el supuesto de que el Notario autorizante hubiese afirmado bajo su fe la existencia del impedimento, habría de afirmarse, con presunción "juris tantum" de verdad, que la incapacidad para firmar existía, mientras no se demostrase lo contrario; y en tal supuesto habría sido de perfecta aplicación las certeras afirmaciones hechas en el cuarto considerando de la Sentencia hoy recurrida. Pero cuanto la fe notarial no recae sobre la realidad o existencia de la supuesta causa de imposibilidad alegada, es evidente que cesa la razón de ser de aquella presunción "juris tantum", y la afirmación de estar realmente imposibilitado el testador para firmar, habrá de regirse en cuanto a su acreditamiento por los principios ordinarios que regulan la carga de la prueba ( artículo 1.914 del Código Civil ), con arreglo a los cuales resulta indiscutible que jamás habría bastado una simple manifestación del testador de hallarse imposibilitado, para considerarlo dispensado de cumplir la obligación de firmar personalmente el testamento, impuesta para todos los casos normales en el párrafo primero del artículo 695 del Código; bastando, por tanto, en tal caso que el impugnante del acto testamentario niegue validez a dicha afirmación para que haya de tenerse por no acreditada la concurrencia del supuesto de hecho extraordinario y especial que autorizaría a prescindir de la firma del testador, y a suplir dicha formalidad por el medio excepcional previsto en el párrafo segundo del citado artículo del Código. En el presente caso, para obtener la declaración de nulidad del testamento por la omisión del requisito formal de su firma por el testador, es, pues, claro que -en contra de lo afirmado por el Tribunal "a quo", como base del fallo desestimatorio de la demanda- no habría correspondido precisamente a los sectores probar que el testador podía firmar en el momento del otorgamiento, sino que, por el contrario, eran los demandados quienes tendrían que haber justificado mediante la oportuna prueba -ni siquiera intentada- la imposibilidad de firmar, invocada por el testador, y no aseverada por la fe notarial. Tan es así, que la propia sentencia recurrida se vuelve en este punto contra su misma tesis al apelar, en el segundo considerando, al argumento de que el causante señor Franco sufrió uno más de los reconocimientos médicos que su enfermedad requería, según hace constar en su carta Don Jose Carlos ; y siendo esto así, garantizada la permanencia de dicho señor Franco en Murcia, lugar del otorgamiento y adverbados por tanto aquellos hechos, su misma importancia hace suponer el lógico



aumento del estado emocional en el testador que imposibilitado para firmar dio lugar a que se hubiera de cumplir este requisito, a tenor de los preceptos de la Ley. La inconsistencia de tal argumentación también resulta patente, ya que en primer lugar, ni siquiera resulta afirmada realmente la incapacidad de firmar, pues expresamente se presenta la posible causa de la misma, como una mera "suposición", hecha exclusivamente a efectos puramente dialécticos; y, en segundo lugar, si tal sospecha hubiere de considerarse como hecho afirmado por la Sala sentenciadora, tampoco podría ser tomada en consideración al efecto pretendido, desde el momento en que la propia sentencia recurrida declara como probada la inexistencia de una incapacidad permanente para afirmar (reconoce la certeza de la suscripción de otros documentos por el testador en fechas muy posteriores, en las que sí que es lógico suponer que habría aumentado considerablemente el temblor), y los "hechos averados" en que se funde la "suposición podría estimarse que, a lo sumo, habrían servido de base para deducir por vía de presunción judicial, como probado el hecho de la no suplantación de la persona del testador, que es la finalidad primordial y directa del considerando, pero faltaría en absoluto todo nexo lógico entre dichas premisas y la conclusión de afirmar un "aumento del estado emocional" y más aún que éste hubiera de ser de tal intensidad que imposibilitase al testador para firmar; por lo cual, si se estima afirmada la sospecha aludida, habrá de considerarse infringido también directamente, por violación, el artículo 1.253, que prohíbe acudir a la prueba de presunciones cuando entre el hecho probado y aquel que pretende deducirse no existe al necesario rigor lógico para la deducción. Por último, al decir el testador (y no el Notario) "que le tiembla la mano derecha", ni siquiera expresa sus causas, y menos aún la "intensidad" del temblor; pero en todo caso, no es posible admitirla por el simple hecho de que lo manifieste el testador y firmase por él un testigo, cuando precisamente esta especial intervención ha de ser consecuencia histórica, y por lo tanto, en el plano del conocimiento, de la imposibilidad de aquel, como ha declarado el Tribunal Supremo en las ya citadas Sentencias de 4 de enero de 1952 y 16 de febrero de 1956 . En consecuencia, no hallándose acreditada por presunción alguna de incapacidad del testador para firmar, y ante la falta de prueba expresa de la misma, nunca podría considerarse justificada la omisión de no firmar, bajo la sanción de nulidad impuesta por el artículo 687, que al igual que los demás citados en cabeza del motivo, también resulta infringido por violación, al no declararse en la sentencia recurrida, como era obligado, la nulidad del testamento, solicitada en la demanda.

RESULTANDO que admitido el recurso, se instruyeron del mismo las partes, solicitándose por la representación de la recurrida se reclamase de la Audiencia la carta fechada en Aberán a 16 de julio de 1952, escrita a mano por un amanuense y firmada " Franco ", lo que acordó la Sala; y recibido dicho documento se instruyeron del mismo las partes, declarándose conclusos los autos y mandándose traerlos a la vista con las debidas citaciones; acto que se ha celebrado, previa formación de la nota prevenida en el artículo 1.740 de la Ley de Enjuiciar Civil , el día 16 de los corrientes y al que asistieron los Letrados de las partes, que informaron en apoyo de sus pretensiones respectivas.

VISTO siendo Ponente el Magistrado excelentísimo señor don Mariano Gimeno Fernández.

## CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que el primer motivo del recurso adolece de un vicio formal consistente en que aduciéndose la violación, concepto específico en el orden procesal, dentro de la enumeración que realiza el número primero del artículo 1.792 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y la interpretación errónea, ambas expresiones conceptuales con referencia a los preceptos sustantivos y doctrina legal que cite y supone infringidos, conforme a ya reiterada jurisprudencia de esta Sala en interpretación del precepto del artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el número cuarto del 1.729 del mismo Cuerpo legal , no pueden invocarse de modo conjunto, pues dada la naturaleza extraordinaria del recurso de casación establecido para censurar la resolución de instancias, cuando a juicio del recurrente haya habido infracción de normas legales, es preciso que en el escrito a medio del cual se formalice el recurso, se señale no sólo la norma infringida, sino el modo en que lo ha sido y ello con la debida claridad y precisión, a lo que es opuesto la invocación conjunta o alternativa de dos conceptos, puesto que una cosa es la violación que integra o presupone procesalmente la vulneración de la norma por desconocimiento de su existencia, subsistencia o extensión en sus aspectos positivo y negativo -inaplicación- admitido por la jurisprudencia y otra cosa es la interpretación errónea de aquella que se refiere a la equivocación o error acerca de su contenido, lo que es causa y así viene estableciéndolo la aludida jurisprudencia, que por su repetición excusa toda cita, de inadmisión del motivo que el presente estado procesal se traduce en causa de desestimación de aquél sin entrar en estudio del fondo.

CONSIDERANDO que es el motivo segundo formalizado también al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se acusa aplicación indebida del párrafo segundo del artículo 695 del Código Civil y violación de su párrafo primero en relación con los artículos 687 y 1.253 del propio Cuerpo legal, quedando el tema del recurso circunscrito a determinar: Primero, si en el caso de autos la manifestación que consta en el testamento de que el testador compareciente, previa lectura de aquél hecha por el Notario, "lo



aprueba y ratifica y solamente lo firman los testigos haciéndolo el primero de éstos a la vez que por sí, por el testador a sus ruegos, ya que dice no poderlo hacer por temblarle la mano derecha.." es suficiente a justificar la intervención formal de dicho testigo, supliendo la firma del testador; y segundo, si la dación de fe hecha por el Notario al final del instrumento "de conocer al testador, de la idoneidad de los testigos por los que manifiestan, de haberse observado en unidad de acto las solemnidades legales y en lo que procede, del contenido de este instrumento público extendido en. yo el Notario doy fe" alcanza o cubre la exigencia de fe notarial exigida en el artículo 695 del Código Civil , con respecto a la razón o motivo de no firmar el testador.

CONSIDERANDO que la manifestación hecha por el testador de no poder firmar por temblarle la mano derecha, recogida por el notario, que motivó firmara un testigo a ruegos de aquél, podía quizá determinar un vicio de nulidad del testamento, si se demostrara que la alegación o causa determinante de no haber firmado el testador aun manifestada por el mismo era incierta, pues no puede quedar al arbitrio caprichoso de aquél el cumplimiento de un requisito formal exigido por el párrafo primero del artículo 695 del Código Civil y sólo permisible su omisión y sustitución por la firma de un testigo, ante alguna de las causas que especifica el párrafo segundo del mismo precepto legal, pero como en el caso de autos la sentencia recurrida declara que no se ha acreditado que el testador pudiera firmar, afirmación fácil no destruida por el cauce adecuado, es indudable se han cumplido los requisitos que justifican o legitimen la intervención del testigo supliendo la firma del testador, sin que la exégesis del referido precepto legal imponga, que el Notario deba comprobar la certeza de la manifestación, que en algunas ocasiones podría exigir conocimientos científicos o periciales especiales para comprobar o distinguir una imposibilidad física de una posible simulación, sino únicamente que recoja la manifestación del testador y atestigüe o de fe de ello y de la intervención sustitutoria del testigo.

CONSIDERANDO que con respecto al segundo extremo, la frase relatada de haberse observado las formalidades legales "y en lo que proceda del contenido de este instrumento público, yo el Notario doy fe", con una lógica interpretación de dicha final y cláusula autorizante del testamento, se deduce sin esfuerzo alguno de interpretación, que el notario testifica o da fe de dicha manifestación del testador relativa a no poder firmar y ruego de que lo haga un testigo a su nombre, suficiente a autenticar aquélla, que es o que exige el precepto del párrafo segundo del artículo 695 del Código Civil , siendo indiferente que la dación de fe del Notario se realice en esta fase final del documento o en el momento de producirse la manifestación, puesto que todo se realiza en unidad de acto por exigencia imperativa del precepto del artículo 699 del propio Código, de lo que igualmente da fe el Notario.

CONSIDERANDO que consecuencia de lo sustentado es, la desestimación del motivo por no concurrir ni la aplicación indebida del párrafo segundo del artículo 695 del Código Civil ni la violación del párrafo primero del mismo artículo ni la del 687 del propio Cuerpo legal, que aisladamente nada dice, pues presupone la inobservancia de algún otro precepto formal, sin que el fallo recurrido se asiente exclusivamente en la presunción que trate de combatir el recurrente, acusando igualmente violación del artículo 1.253 del mismo Código , pues sólo es una manifestación a mayor abundamiento que se contiene en uno de los razonamientos" de la Sentencia de Segunda Instancia, siendo indudable que dados los supuestos de hecho en que se asienta la intervención del testigo supliendo la firma del testador, es a la parte recurrente que impugna el testamento, a quien correspondía probar la falta de realidad de aquéllos.

## FALLAMOS

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar, al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por doña Angelina , doña Esther , doña María Consuelo y doña Marí Luz y don Daniel y doña Carmela , todas ellas con asistencia marital, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete con fecha 21 de marzo de 1961 , en autos promovidos contra don Juan María y don Alfredo y don Jon , sobre nulidad de testamento; imponemos a los recurrentes, formando una sola parte procesal, las costas causadas en este Supremo Tribunal y decretamos la pérdida del depósito por los mismos constituido, que recibirá el destino legal. A su tiempo, líbrese a la indicada Audiencia certificación de esta resolución y devuélvase el apuntamiento y documento que tiene remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" e insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, facilitándose las copias necesarias, pronunciamos, mandamos y firmamos.-Mariano Gimeno Fernández.-Manuel Taboada Roca.- Tomás Ogáyar.-Manuel Lojo.-Jacinto García Monge.-Rubricados.

Madrid, 31 de enero de 1964.-Ramón Morales.-Rubricado.