



Roj: **STS 18232/1990 - ECLI:ES:TS:1990:18232**

Id Cendoj: **28079110011990101663**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/06/1990**

Nº de Recurso: **1767/1988**

Nº de Resolución: **467/1990**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **LUIS MARTINEZ-CALCERRADA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº 1767/88

AUDIENCIA TERRITORIAL DE BARCELONA

PONENTE: Excmo. Sr. D. Luis Martínez Caleerrada.

SECRETARIA: Sr. Bazaco Barca.

VISTA: 19 Junio 1990

SENTENCIA NÚM. 467

Excmos. Sres.:

- Don Ramón López Vilas
- Don Eduardo Fernández Cid de Temes
- Don Francisco Morales Morales
- Don Luis Martínez Caleerrada
- Don Antonio Fernández Rodríguez

En Madrid, a veinticinco de Junio de mil novecientos noventa, en los autos de juicio declarativo de menor cuantía, instados ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Badalona por Doña Raquel contra Don Urbano y Don Vicente, sobre ineficacia de los testamentos, y seguidos en apelación ante la Sala 2ª de la Audiencia Territorial de Barcelona, que ante NOS penden en virtud de recurso de casación interpuesto por Doña Raquel representada por el Procurador de los Tribunales Don Enrique Sorribes Torra y dirigida por el Letrado Doña Emilia Ares Regueiro, como parte recurrente, frente a Don Urbano, Don Vicente y Don Jesus Miguel, asistidos por el Letrado Don José Mª Lligoña Domenech, como la parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que el Procurador de los Tribunales Don Javier Corominas Baxeras, en representación de Doña Raquel formuló ante el Juzgado de 1ª Instancia Nº 1 de Badalona (Barcelona) demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre ineficacia "de los testamentos en base a los hechos y fundamentos jurídicos que estimó de aplicación al caso; tramitada la demanda dicho Juzgado dictó sentencia en 7 de Diciembre de 1985 en cuyo Fallo se dice: "Que desestimando la demanda ...formulada por... contra... debo declarar y declaro no haber lugar a la misma, absolviendo libremente a los demandados y con expresa condena en costas a la actora".

SEGUNDO.- Que por la representación legal de la demandante se interpuso recurso de apelación ante la Sala 2ª de la Audiencia Territorial de Barcelona frente a la sentencia de primer orden y tramitado conforme a derecho se dictó sentencia en 17 de Marzo de 1988 en cuyo Fallo se dice: "Que desestimando el recurso de apelación



formulado por la parte demandante, debemos confirmar y confirmamos la sentencia apelada... condenando a la indicada apelante... al pago de las costas de esta Alzada...".

TERCERO.- Que frente a dicha resolución se ha interpuesto recurso de casación por el Procurador de los Tribunales Don Enrique Sorribes Torra en representación de la parte demandante-apelante y ahora recurrente, en base a los siguientes motivos jurídicos:

1º/ Al amparo del art. 1692-3 de la L.E.C ., por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales.

2º/ Al amparo del art. 1692-3 de la L.E.C ., por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales.

3º/ Al amparo del art. 1692-3 de la L.E.C ., por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales.

4º/ Al amparo del art. 1693-3 de la L.E.C ., por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales.

5º/ Al amparo del art. 1692-3 de la L.E.C ., por infracción de las normas reguladoras de la sentencia.

6º/ Al amparo del art. 1692 - 62 de la L.E.C ., por infracción del art. 14 de la C.E .

7º/ Al amparo del art. 1692-5 de la L.E.C ., por infracción del art. 632 de la L.E.C . y Jurisprudencia aplicable.

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el trámite de instrucción se señaló el día 19 de Junio de 1990 para la celebración de la vista con citación de las partes.

HA SIDO PONENTE EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON Luis Martínez Caleerrada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por demanda tramitada en juicio declarativo de menor cuantía se suplicó el "petitum" que consta en autos en torno a la nulidad del testamento otorgado ante Notario en 13-5-1983 habiendo recaído sentencia desestimatoria de primer grado, confirmada por la de la Audiencia Territorial de 17-3-1988 al apreciarse como "ratio decidendi": en cuanto a la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario por no haber sido llamado al proceso el Notario autorizante, porque el mismo no solo compareció posteriormente como coadyuvante de los demandados en el periodo probatorio sino, sobre todo, porque esa llamada al proceso depende de la forma en que la parte actora constituya la relación jurídico-procesal al ejercitar su acción y luego no puede ir contra sus propios actos, aparte de que, según constante Jurisprudencia, la acción de nulidad de un testamento abierto no requiere que necesariamente se dirija contra el Notario que la autorizó (incidencia que no reproduce este recurso de casación, dándose por firme); en cuanto a la tacha de incongruencia por vulneración del art. 359 de la L.E.C . por pronunciarse sobre la capacidad del testador en el momento de otorgar el testamento, cuya falta no había sido alegada en la demanda, que tampoco es procedente pues el propio apelante en sus alegaciones pone de relieve que el testador pudiera no tener esa capacidad por su imposibilidad de firmar y porque falleció a las 42 horas y, finalmente, en cuanto a la causa de nulidad alegada al amparo del art. 687 del c.c . porque ha quedado probado por la prueba pericial que si bien la frase "tiene capacidad legal para testar" no se transcribió simultáneamente al resto del texto que constituye el testamento, la Jurisprudencia de este Tribunal entiende que la unidad de acto viene referida al momento del otorgamiento propiamente dicho siempre que se proceda a su lectura en presencia del testador y los testigos instrumentales, sin que se haya podido acreditar si las firmas obrantes en dicho testamento fueron extendidas con anterioridad o posterioridad a la frase anteriormente aludida, por lo que, ante la falta de prueba del apelante, deben prevalecer las afirmaciones vertidas por el Notario sobre la efectiva capacidad del testador (y así en el 3º y 4º Considerando de la sentencia de 1ª Instancia, implícitamente aceptada por la Sala "a quo", se hace constancia:" Que por la manifestación primera del Notario autorizante, única persona que trató en aquel momento al difunto, se pone de manifiesto que el testador tenía en aquel momento lucidez mental necesaria para el referido acto ya que según dicho Notario única persona -junto con los testigos que se citan en el documento- que estaba presente en aquel momento, estuvo departiendo en gallego con el testador, incluso recitando poesías, lucidez que se ratifica en dicho testamento- extremo que consta en la copia que del mismo aporta la actora- que los dos testigos que acompañan al Notario "ven y entienden" al testador" y "Que en cuanto a la frase ritual, cuya excución alega la actora para solicitar la nulidad, la presencia de la misma ha de figurar en la matriz del documento, con independencia de las copias del mismo que puedan dar lugar a tergiversaciones, y la presencia de dicha frase en la matriz es resaltada por el Perito técnico Don Lucio en su informe, aparte de ser afirmada rotundamente por el Notario autorizante, único testigo y autor del documento, en sus manifestaciones primera y segunda aportadas en autos").



SEGUNDO.- Contra citada sentencia se interpone el presente recurso de casación por la parte actora y por la vía del art. 1692-3 de la L.E.C. por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, se articulan los siguientes motivos, que por afectar al orden público procesal se examinan prioritariamente:

A) En el primer motivo, se consideran infringidos los arts. 565, 566, 578 y 603 de la L.E.C. en relación con el 1215 del c.c. porque a la parte interesada le ha sido denegada la diligencia de prueba consistente en requerir a los demandados para que presentaran la primera copia auténtica del testamento, ya que aportaron la tercera posterior en su expedición a la segunda que fue aportada por esta parte recurrente habiendo repetida parte agotado los medios procesales para que fuera concedida la práctica de dichas pruebas y la cual fue denegada no solamente por el Juzgado de 1ª Instancia sino en su reproducción en la segunda por auto de 26-2-1986 confirmado por el de 14-3-1986 todo lo cual ha producido la indefensión que asimismo se denuncia: Motivo que debe decaer no solamente por las razones que se consideran correctas de las citadas resoluciones desestimatorias sino, en particular, porque la decisión de la Sala "a quo" se acomoda a lo dispuesto en el art. 707 de la Ley no solo al entender la concurrencia o no de alguno de los casos del art. 862 sino porque se le faculta para "resolver de plano lo que estime procedente" y así literalmente se manifestó en el último auto de 14-3-1986 (f. 29 vto.) rollo Audiencia ratificando el de 26-2-1986 (f. 13) que por las circunstancias acaecidas y al manifestar los interesados que no tenían la primera copia "dicho requerimiento resultaría estéril".

B) En el segundo motivo de casación por igual vía se reproduce la denuncia de los mismos artículos del anterior motivo por haberle sido denegada a la parte la diligencia de prueba consistente en reconocimiento judicial de los libros de protocolo del Notario autorizante: Motivo igualmente condenado al fracaso, pues citada prueba de reconocimiento judicial se subordina evidentemente a que por el órgano judicial se considere necesario el examen personal de "algún sitio o cosa litigiosa" en los términos previstos en el art. 633 de la Ley, por lo que la Sala de Instancia subordinó en citadas resoluciones su práctica para acordarlo, en su caso, como diligencia para mejor proveer, sobre cuya discrecionalidad al amparo del art. 340 huelga argumentación alguna.

C) En el tercer motivo y por igual vía formal, se denuncia la infracción de preceptos análogos por haberle sido denegada en las citadas resoluciones a la interesada la práctica de la prueba de documentoscopia, que debe seguir el mismo sentido de rehusar de los anteriores motivos.

D) En el cuarto, asimismo por el art. 1692-3, se denuncia la infracción de los arts. 701, 306, 693 de la Ley y 24 de la c.c. "por haber sido admitido y fundarse la sentencia recurrida en el escrito presentado por el Notario coadyuvante cuando ya habían precluido todos los plazos procesales para las partes": Y debiendo aceptarse las alegaciones que se hacen en el desarrollo del motivo en cuanto a la figura del Notario "adherido como coadyuvante en el proceso", en el sentido básico de que, por ello mismo, no es parte en el proceso, no obstante ha de agregarse que al no responder, pues, su personación en los autos como auténtica parte demandada para lo que, es claro, se precisaba que fuese expresamente llamado en la acción entablada con tal cualidad trabándose así una suerte de litisconsorcio pasivo voluntario, que no necesario al margen de la eventualidad posterior, en su caso del art. 705 c.c. según constata Jurisprudencia que huelga enumerar, su misma configuración de persona coadyuvante con la posición procesal del demandado, le aparta naturalmente, de que sobre el mismo recaiga la disciplina estricta atinente a las partes principales, pero sin que se impida por ello que su mero cometido de refuerzo o ayuda a una de las tesis que pugnan en la relación jurídico-procesal puedan ser tenidas en cuenta para integrar la convicción judicial, máxime en un litigio como el presente en el que se debate la nulidad de un testamento por inobservancia de las formalidades establecidas, lo que, de suyo, explica el conocimiento, en su caso, de su observancia por parte del fedatario bien a través de su presencia como tal coadyuvante como sucedió en el litigio a resultas del Auto 31-7-85 (f. 53) y al posterior escrito de ese fedatario de 5-11-85 (f. 123) o, incluso, en otro supuesto merced a la aportación en el trámite probatorio de su correspondiente testimonio e instrumentación de su actuación profesional, por lo que asimismo el motivo debe decaer.

E) En el quinto motivo por el mismo conducto procesal se denuncia la infracción del art. 359 de la Ley por cuanto en el suplico de la demanda no se debate la cuestión de capacidad o incapacidad del testador, lo que, al parecer, es objeto de la resolución pronunciada: La mera lectura de las respectivas partes dispositivas de las sentencias anteriores demuestran que no se explicita ningún juicio sobre ese particular sino sobre la nulidad controvertida, por lo que inexistente la incongruencia denunciada, aparte de que la decisión valora el fundamento de la pretensión acerca de la nulidad del testamento por inobservancia de las formalidades prescritas.

TERCERO.- Por la vía jurídica del núm. 5 del art. 1692 se articulan los dos restantes motivos del recurso En el 62 se denuncia la infracción del art. 14 de la C.E. sobre el principio de igualdad al fundamentarse la sentencia en las manifestaciones vertidas por un Notario coadyuvante de los demandados en su escrito de adhesión, manifestaciones que no han sido objeto de prueba en el pleito, siendo que en su actuación como justiciable no está investido de su cualidad de fedatario público y todo ello porque, habida cuenta que el Notario autorizó el testamento en 13-5-1983 falleciendo el testador a las 42 horas de dicho otorgamiento, en 19-11-1983 se expide



copia auténtica del mismo y en la que no figura el juicio sobre capacidad del testador, que en 22-11-84 se expide la 3ª copia en que sí aparece el juicio sobre capacidad del testador y que en 12-11-1985 el Notario en su escrito de adhesión reconoce la perfecta capacidad de raciocinio por parte del testador, todo lo cual demuestra la vulneración de citado art. 14 ya que las afirmaciones del Notario en el pleito no pueden ser hechas en calidad de fedatario público sino solo en ejercicio de su profesión: Asimismo ha de rechazarse el motivo (al margen de que no se discute ni cuestiona la exactitud de esas circunstancias fácticas), porque no se acierta a comprender como puede entenderse con las vicisitudes descritas vulnerado el art. 14 de la C.E. ya que, en definitiva, por la Sala "a quo" se tiene en cuenta lo manifestado al respecto por repetido Notario, con independencia de que su exposición personal, al realizarse en el litigio, no sea la prístina de su actuación profesional como fedatario público (sin poder en el plano material de las cosas disociarse esa exposición personal y la cualidad de Notario de quien las emite al referirse a una actuación profesional).

B) En el motivo 72 por igual vía jurídica del núm. 5 del art. 1692, se denuncia la "infracción de las normas del ordenamiento jurídico" en un primer inciso, en base a la prueba practicada y los dictámenes periciales obrantes en autos, pues existe error de hecho en la apreciación de la prueba, considerando infringido el art. 632 de la Ley, por cuanto la prueba pericial ha sido erróneamente apreciada y no se ha atendido a las reglas de la sana crítica para interrelacionar el conjunto de pruebas obrantes en autos: Error en la proyección de la prueba que al aludir a la infracción por citado núm. 5 del art. 1692 que en su sentencia el Tribunal "a quo" ha efectuado del art. 637 de la L.E.C. sobre la prueba pericial, conduce a calificar la valoración del juicio emitido por dicho Tribunal al respecto, y como tiene en cuenta lo mismo, según su F. J. 3º (literalmente dice: "Entrando a conocer de la causa de nulidad alegada al amparo del art. 687 del c.c., ha quedado totalmente probado en autos mediante la prueba pericial practicada que la frase tiene capacidad legal para testar no se transcribió simultáneamente al resto del texto que constituye el testamento..."), es decir, que del resultado de esa prueba pericial se desprende, sin duda, que al redactarse el testamento discutido no se había observado con la prescripción del art. 695 "in fine" del C.c., y no se hizo constar, simultáneamente, la referida frase, por lo que ha de derivarse en que se agregó "ex post" tal y como lo demuestra el resultado de aquella prueba, y ello implica, sin más, que esa valoración según "las reglas de la sana crítica" a que alude el precepto infringido se ha ajustado al respeto de tales reglas, habiendo, pues, de rehusarse el alegato del motivo.

CUARTO.- El segundo inciso de este motivo 7º, "ex art. 1692-5" susodicho, al remitirse al contenido de aquel F. J. 3º de la sentencia en donde se aborda la referencia al art. 687 del c.c. provoca que esas circunstancias de la actuación profesional del fedatario público habrán de subsumirse en la sanción de este precepto que al establecer que "será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo" suponen la vulneración, a su vez, de la disciplina del art. 695 del c.c. (que dice así: "...El Notario hará siempre constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento") en relación con lo prescrito o impuesto en el art. 167 del Reglamento Notarial (que dice: "El Notario en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate"), por lo que, de consiguiente, siendo esta norma de "ius cogens", o de ineludible acatamiento para el Notario autorizante del testamento abierto pues, en el que la forma en este negocio jurídico es presupuesto "ad solemnitatem" - imperatividad con taxatividad reduplicada que insiste en la expresión "El Notario hará siempre constar que...", - tal disciplina tan contundente y de inexcusable observancia no se puede doblegar o flexibilizar "ope sententiae" aunque la omisión padecida respondiera a un, en su caso, lamentable, "lapsus calami" y reiterándose asimismo el criterio de la STS de 21-6-1986 que expresó: "...para la validez de todo testamento, es de absoluta necesidad que se cumplan de manera rigurosa todas las solemnidades esenciales y requisitos establecidos en la normativa contenida en el artículo seiscientos noventa y cinco del Código Civil, que establece los requisitos de orden formal que determinan la validez del testamento abierto, inobservancia de formalidades, que determina, conforme el art. 687 del mismo proclama, la nulidad de la disposición testamentaria, así lo tiene dicho esta Sala en sus SS. 28-10-1965, 27-9-1968 y 8-3-1975, que declaran que el cumplimiento de los requisitos de forma es ineludible, sin que quepa la convalidación posterior..."; por último tiene especial significado, que no siendo la cobertura de la pretensión de nulidad la de que el testador del testamento de 15-3-1983 carecía de capacidad legal para otorgarlo, sino, puntual y cabalmente, que dicho testamento debía ser nulo por haberse infringido o no observado las formalidades legales, entre las que, sin duda, está la mención sobre capacidad legal omitida, es evidente que todo ello conlleva a que con la acogida del motivo en su denuncia final, habrá de estimarse igualmente el recurso, con los efectos derivados declarando la nulidad de ese testamento por infracción de lo dispuesto en el repetido art. 695 "in fine" del c.c. así como las consecuencias interesadas de la misma que se articulan consecuentemente en el "petitum" de la acción nº 2 por efecto directo de dicha nulidad, sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las instancias debiendo cada parte abonar las suyas causadas en este recurso.



Por todo lo expuesto anteriormente, en nombre de S.M. el Rey y en virtud de la autoridad conferida por el Pueblo Español,

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso interpuesto por Doña Raquel y casamos y anulamos la sentencia dictada por la Sala 2ª de la Audiencia Territorial de Barcelona en 17 de Marzo de 1988 , declarando la nulidad del testamento otorgado por Don Samuel en 13 de Mayo de 1983, ante el Notario de Barcelona Don Rafael Gimeno Perez, por carecer del requisito esencial que establece el art. 695-3 del C.C . sobre capacidad del testador, y de los actos jurídicos posteriores realizados por el heredero y por el legatario, así como las inscripciones que hayan causado en el Registro de la Propiedad o en cualquier otro organismo, el expresado testamento y cuantas escrituras o documentos hayan sido otorgadas como consecuencia del mismo, decretando su cancelación, sin imposición de costas en ninguna de las anteriores instancias debiendo cada parte abonar las suyas causadas en este recurso, con devolución del depósito constituido.

Así por esta nuestra Sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Ramón López Vilas; Eduardo Fernández Cid de Temes; Francisco Morales Morales; Luis Martínez Caleerrada; Antonio Fernández Rodríguez

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado DON Luis Martínez Caleerrada, Ponente que ha sido en estos Autos estando celebrando Audiencia Pública la Sala 1ª del Tribunal Supremo, lo que como Secretario de la misma certifico.-Francisco Martínez Moscardó.-