



Roj: **STS 17253/1991 - ECLI:ES:TS:1991:17253**

Id Cendoj: **28079110011991101942**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/04/1991**

Nº de Recurso: **1134/1989**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO FERNANDEZ-CID DE TEMES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 1134/89

Audiencia de Madrid

Casación

Secretaria Sr. Crevillen Sanchez

Ponente Excmo. Sr. Eduardo Fernández Cid de Temes

Vista 8 de abril de 1991

SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

**SENTENCIA NÚM.**

EXCMOS. SRES. SALA DE LO CIVIL.

D. Alfonso Villagomez Rodil

D. Eduardo Fernández Cid de Temes

D. Pedro González Poveda

D. José Almagor Nosete

D. Antonio Fernández Rodriguez

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Abril de mil novecientos noventa y uno.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados del margen, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en grado de apelación por Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, como consecuencia de juicio declarativo ordinario de Menor Cuantía, seguido ante el juzgado de Primera Instancia Número Quince de Madrid, sobre Nulidad de Testamento abierto; cuyo recurso fué interpuesto por Don Carlos Miguel , DON Teofilo , DON Ramón , DON Martin Y DOÑA Araceli , representados por el Procurador de los Tribunales Don Pedro Antonio Pardillo Larena, y defendidos por el Letrado Don Francisco López Palacios; siendo parte recurrida DON Jesús Carlos , por sí y en nombre de su hijo menor de edad DON Adriano , representados por el procurador Don Cesareo Hidalgo Senen, y defendidos por el letrado Don José M<sup>a</sup> Escribano Sacristan, así como DON Arcadio , representado por el Procurador Don Federico Pinilla Peco y defendido por sí mismo, y también contra otros demandados declarados en rebeldía y en cuyas actuaciones es parte el Ministerio Fiscal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

1.- El Procurador Don Pedro A. Pardillo Larena, en nombre y representación de Don Carlos Miguel , Don Teofilo , Don Ramón , Don Martin y Doña Araceli , formulo demanda de Mayor Cuantía, ante el Juzgado de Primera



Instancia Número Quince de Madrid, contra Don Jesús Carlos , Don Arcadio , y asimismo contra Doña Petra , y otros más, declarados en rebeldía, y asimismo contra el Excmo. Sr. Fiscal de la citada Audiencia, en la cual tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado; Que se dictase sentencia declarando nulo el testamento abierto otorgado por Don Teofilo el día 27 de Enero de 1967 y asimismo en los extremos que indicaba en dicho suplico del escrito inicial de la demanda, por no ser "idóneos" los testigos que figuran en el mismo como instrumentales. Y que se declare válido el testamento otorgado por Don Hugo , el quince de Diciembre de 1975. Condenar en costas a los demandados si se opusieran por su evidente temeridad y mala fé.

2.- Asimismo el Procurador Sr. Hidalgo en nombre de Don Jesús Carlos , contesto a la demanda formulada de contrario, invocando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, y terminó con la súplica de que se dictase sentencia por la que se absolviese de dicha demanda a sus representados; igualmente formuló dicha par te RECONVENCIÓN, solicitando en la misma que se condenase a Don Carlos Miguel , Don Ramón , Don Teofilo , Doña Araceli y Don Martin , por su abuso de derecho y ejercicio de sus presuntos derechos en contra de su buena fé, condenándoles a pagar la indemnización de daños y per juicios causados cuya cuantía se señalará en ejecución de sentencia.

3.- Igualmente contestó dicha demanda el Ministerio Fiscal, alegando que son inaplicables en el sentido en que resultan invocados los fundamentos que se alegan en el escrito de la demanda, y se dictase sentencia acordando con lo probado y los preceptos Jurídicos oportunos.

4.- El Procurador Sr. Pinilla en nombre de su patrocinado Don Arcadio , también contestó a la demanda formulada de contrario, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó necesarios y termino con la súplica al Juzgado; de que previos los trámites legales, se dictase sentencia desestimando la demanda inicial con costas a los demandantes.

5.- Se acordó conferir traslado de REPLICA a la parte actora; seguidamente de dió traslado a los Procuradores Sres. Hidalgo, Pinilla y al Ministerio Fiscal, para que se evacuara el citado traslado de DUPLICA, evacuando el traslado el Procurador Sr. Pinilla en nombre de su representado, y asimismo el Procurador Señor Hidalgo en nombre de su patrocinado, no verificándolo el Ministerio Fiscal.

6.- Practicadas las pruebas declaradas pertinentes y unidas a los autos, el lltmo. Sr. Magistrado- Juez de Primera Instancia Número Quince de Madrid, dictó sentencia en fecha catorce de Diciembre de mil novecientos ochenta y cinco , cuyo FALLO es como sigue: "1º Juzgo y declaro nulo el testamento abierto que Don Hugo otorgó el día veintisiete de Enero de mil novecientos sesenta y siete ante el notario de Madrid Don Manuel González Enriquez y para el número ciento ochenta y cuatro de su protocolo. 2º.- Juzgo y declaro que la sucesión de Don Hugo se ha de regir por el testamento que otorgará ante Notario Don Manuel González Enriquez el quince de Diciembre de mil novecientos sesenta y cinco. 3º.- Desestimo la reconvencción. 4º.- No se imponen costas".

## SEGUNDO

Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de Primera Instancia, por la representación procesal de Don Jesús Carlos , por sí y como represen tan te legal de su hijo menor de edad Don Adriano , de Don Arcadio y del Ministerio Fiscal, y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, dictó sentencia en fecha veintiuno de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Con estimación del recurso interpuesto por la representación de Don Arcadio y con estimación parcial del que se interpuso por Don Jesús Carlos e hijo, contra la sentencia dictada por el Juzgado nº 15 de esta Capital con fecha 14 de diciembre de 1985 , debemos revocar y revocamos en parte dicha sentencia y. en su virtud, se desestima la demanda promovida por D. Carlos Miguel , Don Ramón , D. Teofilo , Doña Araceli y D. Martin , absolviendo a todos los demandados de los pedimentos e ella contenidos y confirmando en dicha sentencia en el extremo relativo a la desestimación de la reconvencción formulada en nombre y representación de D. Jesús Carlos e hijo; todo ello sin hacer especial condena en las costas procesales de ninguna de los dos instancia".

## TERCERO

Notificada la sentencia a las partes, el Procurador Don Pedro Antonio Pardillo Larena, en representación de Don Carlos Miguel , Don Teofilo , Don Ramón , Don Martin y Doña Araceli , interpuso recurso de casación contra la sentencia pronunciada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, con apoyo de los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 1692-4º de la L.E.C ., por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. SEGUNDO.- Al amparo del Art. 1692-5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al haberse infringido una norma del Ordenamiento Jurídico aplicable para resolver



la cuestión objeto del debate, señalándose como infringido, por aplicación indebida, el art. 23 de la Ley del Notariado . TERCERO.- Amparado en el art. 1692-5º de la Ley de Enjuicia miento Civil, señalándose como infringido por interpretación errónea el art. 685 del código Civil . CUARTO.- Al amparo del art. 1692-5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , señalándose infringido por violación el artículo 687 del Código Civil .

2.- Convocadas las partes, se celebró la preceptiva vista el día 8 de Abril del año en curso, con la asistencia de Don Francisco López Palacios, defensor de la par te recurrente, y Don José Mª Escribano Sacristan, defensor del recurrido Don Jesús Carlos , también parte recurrida Don Arcadio defendido por el mismo, quienes informaron por su orden de sus respectivas pretensiones. No ha comparecido en estas actuaciones el Ministerio Fiscal.

HA SIDO PONENTE EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON Eduardo Fernández Cid de Temes

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La cuestión litigiosa, sometida hoy a examen casacional, se centró, esencialmente, en la nulidad o validez del testamento abierto otorgado por D. Hugo el 27 de enero de 1967 ante el entonces Notario de Madrid D. Manuel González Enriquez. El juzgado de Primera Instancia acogió la primera de dichas tesis, mantenida por los actores, y congruentemente dió validez al otorgado ante el propio Notario en 15 de diciembre de 1965. La Audiencia, por el contrario, revocó la sentencia del Juzgado y declaró válido el testamento impugnado, último de los otorgados por el testador. Contra esta resolución, de 29 de noviembre de 1988, recurren los demandantes.

Segundo.- Sienta la Audiencia que ninguno de los tres testigos instrumentales conocía antes del otorgamiento al testador, pues fueron llamados por el Notario en tal momento y así lo manifestaron en las cartas que dirigieron a los actores, ratificándolo después a la presencia judicial y siendo esta intervención en los testamentos habitual, según constaba al folio 709 (en el año 1967, D. Felix figuró como testigo en 142 testamentos, D. Geronimo en 72 y D. Gustavo en 84; en 1968, el primero en 182, el segundo en 69 y el tercero en 2), pues eran, respectivamente, porteros del inmueble y del colindante y encargado del garaje sito en este, lo que facilitaba que los avisasen. No obstante la redacción de los arts. 685 , 686 y 687 del C. Civil ., partiendo de que la "ratio esendi" del conocimiento por los testigos es asegurar la identidad del testador y citando el art. 23 de la Ley del Notariado , 184 y 185 de su Reglamento de 1944, llega a la conclusión de que "si el Notario puede identificar y conocer a los otorgantes en el momento mismo de realización del acto o contrato por medio de documentos, no hay razón para que no lo puedan hacer los testigos instrumentales, bastando con ese conocimiento adquirido al ser llamados", aparte de que "los tres testigos instrumentales tuvieron medios a su alcance para identificar plenamente y con certeza total y absoluta a la persona cuya última voluntad se recogía en aquel momento, sin que la ley exija un conocimiento anterior y pleno, de su vida y circunstancias", por todo lo cual y como "el suplico de la demanda lo que pide es no solo la nulidad del testamento de 27 de enero de 1967, sino también que se declare la validez del otorgado 13 meses antes, el 15 de diciembre de 1965, precisamente ante el mismo notario, y con exhibición del mismo Documento Nacional de Identidad", sin que se pusiera en duda la identidad del testador, que es lo que persigue el requisito de los testigos, que considera desfasado, aplicando el art. 3.1 del C.Civil y considerando más segura la identificación documental que la testifical, especialmente en las grandes ciudades, concede plena validez y eficacia al testamento impugnado.

Tercero.- De los cuatro motivos del recurso, el primero se incardina en el nº 4º del art. 1692 de la L. E. C. y los restantes en su número 5º; aquél denuncia error en la aseveración de que los testigos instrumentales tuvieron medios a su alcance para identificar plenamente y con certeza total al testador y afirma que no consta si los emplearon, ni cuales fueren, apoyándose en las cartas dirigidas por D. Gustavo , D. Felix y D. Geronimo a los impugnantes, comunicándoles que "con referencia al testamento otorgado por su difunto padre Don Hugo en 27 de enero de 1967, ante Notario que fué de esta Capital D. Manuel González Enriquez, no conocían al Sr. Hugo y que si intervinieron fué a ruego del Notario D. Manuel González Enriquez que conocía al testador", cartas reconocidas en período probatorio; los restantes acusan infracción, respectivamente, del art. 23 de la Ley del Notariado , aplicada indebidamente, al regir para la materia lo dispuesto en los arts. 685 y 686 del C. Civil , que se interpretaron erróneamente, por ser los requisitos que recogen ad solemnitatem, y no aplicación del art. 687, sancionador de la nulidad de los testamentos cuando no cumplan las formalidades establecidas para los mismos. El primer motivo tiene que fracasar, al basarse en declaraciones testificales que, aunque recogidas en unas cartas, no cobran valor hasta que se contesta a las preguntas formuladas dentro del proceso, y entonces se valoran por el Juzgador conforme a las reglas de la sana crítica ( art. 659 de la L.E.C .), que es lo que ocurre también cuando las manifestaciones anteriores al proceso se recogen en acta notarial, que tampoco sirven como documentos de apoyo a efectos del Nº 4 del art. 1692 de la Ley Procesal , según tiene declarado esta Sala. No obstante, la casación ha de ser acogida, porque al establecer



el artículo 685 del C. Civil que "el Notario y dos de los testigos que autoricen el testamento deberán conocer al testador, y si no lo conocieren, se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario y de los testigos instrumentales", se está exigiendo una forma concreta y determinada para la exteriorización de la voluntad, y si no se cumple con el medio señalado el testamento será ineficaz, nulo, cual sanciona el art. 687 del propio *dat esse rei*, y ni aún acreditándose más tarde que tal era la auténtica voluntad del testador cabe concederle efecto alguno, pues voluntad y forma de expresión marcada por la Ley forman unidad indisoluble, de imposible disociación. Ciertamente que la jurisprudencia ha ido eliminando el rigorismo que ni racional, ni lógicamente, cabe admitir, cual es el que no sirvan como testigos de conocimiento los instrumentales, según señalaron las sentencias de 27 de mayo de 1914 y 12 de junio de 1926, extremo ratificado por la Ley de 1 de abril de 1939 (art. 22, "en los testamentos intervendrán los testigos exigidos por la legislación vigente, pudiendo los instrumentales ser a la vez testigos de conocimiento. No será necesario que los testigos tengan vecindad o domicilio en el lugar del otorgamiento cuando aseguren conocen al testador y el Notario conozca a éste y a aquéllos"), pero ni el art. 23 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, redactado conforme a Ley de 18 de diciembre de 1946, ni los arts. 184 y 185 de su Reglamento de 1944, permiten desconocer que, según el art. 29 de aquélla, "Lo dispuesto en los arts. que preceden relativamente a la forma de los instrumentos y al número y calidad de los testigos y a la capacidad de adquirir lo dejado o mandado por el testador, no es aplicable a los testamentos y demás disposiciones mortis causa, en las cuales regirá la Ley o Leyes especiales del caso", y conforme al art. 143 de éste (Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944), que inicia su Título IV (en el que están contenidos dichos arts. 184 y 185), "a los efectos del art. 1217 del C. Civil, los documentos notariales se regirán por los preceptos contenidos en el presente título pero, "los testamentos y actos de última voluntad se regirán, en cuanto a su forma y requisitos o solemnidades, por los preceptos de la legislación civil, acoplándose a los mismos la notarial, como norma supletoria en todo cuanto no implique modificación de aquéllos". Y tampoco cabe ampliar las declaraciones de una sentencia a supuestos de hecho no comprendidos en la misma, cual realiza la Sala de instancia, pues la S. de 12 de junio de 1926 que cita se refiere a un caso en el que el Notario afirma que los testigos instrumentales, vecinos de esta corte -dice-, aseguran conocerse entre sí y responden de que también conocen al testador y que es el mismo de los nombres y apellidos, concurriendo las demás condiciones para la validez, y en la de 27 de mayo de 1914, que toma como antecedente y a la que ya hemos aludido, los testigos instrumentales eran conocidos del Notario y conocían previamente a la causante; pero en el litigio que nos ocupa, la propia Sala de instancia sienta como hechos probados que los testigos fueron llamados por el Notario sin que antes conocieran al testador, aunque luego afirme que tuvieron medios a su alcance para identificarlo previamente, supuesto que no se ajusta a ninguno de los tres contemplados en los arts. 685 y 686, que no pueden entremezclarse, lo que obliga a concluir que se dan cuantas infracciones jurídicas se denuncian y que si bien no existe error de hecho, (basado solo en declaraciones testificales), porque la sentencia impugnada recogió los datos que cita el primer motivo, si erró al subsumirlos en la norma y obtener consecuencias contrarias a ella, aparte de que tener al alcance medios de identificación no quiere decir que se empleen para establecerla, con lo que tampoco se habría cumplido el tercero de los modos contemplado en el art. 686, resultando improcedente la referencia al art. 3.1 del C. Civil, ya que la conclusión a que llega la Sala no se desprende ni del sentido de las palabras que emplea la norma, ni de su contexto, ni de los antecedentes históricos y legislativos, debiendo tenerse en cuenta, cual tiene advertido esta Sala, que el elemento sociológico exige prudencia y no dar trascendencia a estados o tendencias no fijados. Concluyendo: Es nulo el testamento de 1967; cual afirma el Juez, no tiene fuerza para revocar el anterior de 15 de diciembre de 1965, no impugnado, cae por su base la reconvenición, al estar fundada en el uso indebido de la acción de nulidad, y la norma no puede derogarse por vía de interpretación.

Cuarto.- Por imperativo legal ( art. 1715-4º de la L.E.C. ), al haber lugar al recurso, y en cuanto a las costas, cada parte satisfará las suyas; y no ha lugar a hacer especial pronunciamiento respecto a las de las instancias, pues el proceso se inició antes de regir la reforma de la Ley 34/84, sin que el Juez estimase méritos para una especial imposición, y en cuanto a las de la apelación los apelantes obtuvieron el acogimiento de su pretensión. Tampoco procede hacer pronunciamiento sobre depósito, no constituido, al ser disconformes las sentencias de primero y segundo grado.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la Autoridad que Nos confiere el Pueblo Español.

## FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador Don Pedro Antonio Pardillo Larena, en nombre y representación de D. Carlos Miguel, D. Teofilo, D. Ramón, D. Martín y Dª Araceli, contra la sentencia dictada en 21 de noviembre de 1988, por la entonces Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid; la casamos y anulamos y, en su lugar, confirmamos íntegramente la Dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de los de la propia Capital en 14 de diciembre de 1985.



Cada parte satisfará sus costas de este recurso. No ha lugar a especial pronunciamiento sobre las de las instancias. Y a su tiempo, comuníquese esta resolución a expresada Audiencia, devolviéndole los autos y rollo de Sala que en su día remitió.

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

Alfonso Villagomez Rodil. Eduardo Fernández Cid de Temes. Pedro González Poveda. José Almagor Nosete. Antonio Fernández Rodriguez.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente DON Eduardo Fernández Cid de Temes, estando celebrando audiencia pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de su fecha, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

### VOTO PARTICULAR

RECURSO Nº 1.134/89.- Madrid Secc. 9ª-- Nulidad de Testamento.

RECURRENTE.- Don Carlos Miguel , Don Teofilo , Don Ramón , Don Martin y Doña Araceli .

RECURRIDO.- Don Jesús Carlos , por sí y en nombre de su hijo menor Don Adriano , Don Arcadio y Don Arcadio . Siendo parte el Ministerio Fiscal.

VOTANTES PARTICULARES.- Excmos. Sres. Don José Almagor Nosete y Don Antonio Fernández Rodriguez Magistrados de la Sala Primera del Tribunal supremo.

INTEGRANTES DE LA SALA:

Excmos. Sres.:

DON Alfonso Villagomez Rodil

DON Eduardo Fernández Cid de Temes

DON Pedro González Poveda

DON José Almagor Nosete

DON Antonio Fernández Rodriguez

José Almagor Nosete y Antonio Fernández Rodriguez, Magistrados que formaron parte de la Sala Primera del Tribunal Supremo que dictó sentencia en el recurso de casación número 1.134/89, respetando en todo momento el criterio mayoritario que condujo a dicha sentencia, formulan, en discrepancia con ella, voto particular, con base en los siguientes términos:

Muestran conformidad con el encabezamiento y fundamentos de hecho de la sentencia con la que se formula discrepancia, pero discrepan en cuanto a sus fundamentos de derecho, expresando los que suscriben como base de dicha discrepancia los siguientes fundamentos de derecho y fallo:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con relación al primero de los motivos en que los recurrentes Don Carlos Miguel , Don Teofilo , Don Ramón , Don Martin y Doña Araceli , al amparo del número 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , fundamentan el recurso de casación de que se trata, por pretendido error en la apreciación de la prueba efectuada por la Sala sentencia dora de instancia, basado en cartas de fecha once de Febrero de mil novecientos setenta y seis, por las que Don Gustavo , Don Felix y Don Geronimo comunicaron a dichos recurrentes con referencia al testamento abierto, objeto de controversia, otorgado por Don Hugo en veintisiete de Enero de mil novecientos sesenta y siete ante el Notario que fue de Madrid Don Manuel González Enríquez, en la que habían intervenido como testigos, "que no conocían al Sr. Hugo y que si intervinieron fue a ruego del Notario Don Manuel González Enríquez, que conocía al testador", su inconsistencia y consiguiente desestimación surge de tener en cuenta que las referidas cartas, por su índole, naturaleza y contenido, tienen el mero aspecto de manifestaciones de alcance testifical, y por tanto no pueden merecer el concepto de documentos a los efectos prevenidos en el invocado número 42 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al no venir provistos, ni por tanto merecer, el carácter de literosuficiencia, o veracidad "per se", preciso al respecto, y ser simplemente revelaciones con alcance meramente testifical, incluso producidas después del transcurso de nueve años del otorgamiento del mencionado testamento, de precisa constatación ante el órgano judicial, con las exigencias, requisitos y formalidades establecidas en el ordenamiento jurídico procesal para tal medio de prueba.



SEGUNDO.- A efectos de decidir en orden a los motivos segundo, tercero y cuarto, formulados los tres al amparo del número 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y respectivamente fundamentados en infracción del artículo 23 de la Ley del Notariado, interpretación errónea del artículo 685 del Código Civil y violación del artículo 687 del mismo cuerpo legal sustantivo, es de tener en cuenta, de una parte, que en la sentencia recurrida, concretamente en su fundamento de derecho quinto, se establece y reconoce que los relacionados testigos intervinientes en el referido testamento "tuvieron medios a su alcance para identificar plenamente y con certeza total a la parte cuya última voluntad se recogía en aquel momento", así como que en la misma sentencia, con el mismo aspecto vinculante en casación, se admite que al tiempo del otorgamiento del tan aludido testamento, el testador presentó su Documento Nacional de Identidad; y de otra parte, que la realidad de que Don Hugo, interviniente como testador en dicho testamento, fue la exacta persona que lo otorgó, y en consecuencia expresó en él su voluntad testamentaria, en manera alguna lo niega la sentencia recurrida, ni tan siquiera lo ponen en duda los demandantes, ahora recurrentes.

TERCERO.- Los aspectos fácticos expuestos en los precedentes fundamentos de derecho, y principalmente la singular circunstancia de que los mencionados testigos intervinientes en el expresado testamento abierto hagan manifestación de no conocer al testador, después del transcurso de nueve años de haberse otorgado dicho testamento, hacen inconsistente, con base en... su solas manifestaciones, desdiciéndose de lo constatado notarialmente, la apreciación de falta de conocimiento del precitado testador por parte de aquellos testigos, puesto que habiendo afirmado conocerlo cuando el testamento fue otorgado, con la consiguiente secuencia del acto propio que implica, esa afirmación desdiciéndose no es por sí solo suficiente y eficiente, y más cuando al ser producida después de tan amplio período de tiempo como es el de nueve años, para alterar, con esa exclusiva tan ampliamente tardía manifestación posterior, lo que fue reconocido y constatado ante la fe notarial, dado el rigor que en todo momento es de exigir para que sea alterada, con la grave consecuencia, bajo un aspecto, de hacer ilusoria la real voluntad del testador, y bajo otro aspecto privar de sus normales efectos a un acto trascendente como es un testamento, reflejador de la voluntad testamentaria de quien realmente la manifestó, y cuya privación de normales efectos indudablemente debe venir basada en aspectos objetivos y plenamente ciertos, y no en meras rectificaciones subjetivas, con dudosa credibilidad, de lo que en su día fue solemnemente constatado en el acto de su otorgamiento, pues, aparte de suponer una evidente contradicción con actos propios personalmente manifestados, lo contrario, o sea, el dejar sin eficacia a un testamento, contrariando lo en él expresado y notarialmente constatado, con simplemente desdecirse posteriormente de ello, y más después del transcurso de nueve años, sin otra base que negar lo anteriormente afirmado, cual sucede en el presente caso, llevaría al caos jurídico, y singularmente al de la actividad notarial, cuya garantía y trascendencia, precisamente por su carácter, requiere que para la declaración de ineficacia de los actos que de dicha actividad notarial emanen de la existencia de aspecto plena y objetivamente real, y no de significación dudosa, que como de tal índole viene falto de credibilidad, cual es, una vez más sea dicho, la expresión meramente subjetiva de quienes habiendo afirmado conocimiento, ante la fe notarial, posteriormente lo niega, incluso después de haber transcurrido nueve años.

CUARTO.- En consecuencia, al producirse, en virtud de lo expuesto en los precedentes fundamentos de derecho, la no acogida de los motivos en que los recurrentes fundamentan el recurso de casación de que se trata, procede declarar no haber lugar al recurso, con imposición a dichos recurrentes de las costas en él causadas, y sin pronunciamiento sobre depósito al no haber sido constituido por no ser preceptivo al ser disconformes las sentencias de primera y segunda instancia; y todo ello a tenor de lo normado en el párrafo segundo del número 4º del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Se declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Don Carlos Miguel, Don Teofilo, Don Ramón, Don Martín y Doña Araceli, contra la sentencia dictada, con fecha veintiuno de Noviembre de mil novecientos ochenta y ocho, por la entonces Sala Segunda de lo Civil de la también entonces Audiencia Territorial de Madrid, en las actuaciones de que se trata, con imposición a dichos recurrentes de las costas causadas en el mencionado recurso.

Es el voto particular que formulan los Magistrados que suscriben, respetando en todo momento el criterio mayoritario de la Sala que dictó la expresada sentencia con relación a la cual formulan disenso.

Madrid a veinticinco de Abril de mil novecientos noventa y uno.