



Roj: **SAP V 3091/2015 - ECLI:ES:APV:2015:3091**

Id Cendoj: **46250370082015100244**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **8**

Fecha: **20/07/2015**

Nº de Recurso: **263/2015**

Nº de Resolución: **217/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA FE ORTEGA MIFSUD**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO Nº 263/15

**SENTENCIA Nº 000217/2015**

SECCION OCTAVA

=====

Il'tmos/as. Sres/as.:

**Presidente**

D. EUGENIO SÁNCHEZ ALCARAZ

**Magistrados/as**

D. JOSE LUIS GÓMEZ MORENO MORA

Dª . Mª FE ORTEGA MIFSUD

=====

En la ciudad de VALENCIA, a veinte de julio de dos mil quince.

Vistos por la Sección Octava de esta Audiencia Provincial, siendo ponente la Ilma Sra. Dª . Mª FE ORTEGA MIFSUD, los autos de Juicio Ordinario, promovidos ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Catarroja, con el nº 000014/2014, por Dª . Amanda representada en esta alzada por el Procurador D. RAÚL VICENTE BEZJAK y dirigido por el Letrado D. JUAN DOMINGO MARELO contra D. Antonio representado en esta alzada por el Procurador D. JESÚS RIVAYA MARTOS y dirigido por el Letrado D. EDUARDO SOLER ÁLVAREZ, pendientes ante la misma en virtud del recurso de apelación interpuesto por D. Antonio .

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La sentencia apelada, pronunciada por el Sr. Juez de 1ª Instancia nº 2 de CATARROJA, en fecha 12-1-15, contiene el siguiente: "FALLO: Que ESTIMO la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Vicente Bezjak en nombre y representación de Dª Amanda , contra D. Antonio , y en su virtud, CONDENO a D. Antonio a abonar a la actora la cantidad de DOSCIENTOS VEINTIÚN MIL SEISCIENTOS TRES EUROS CON TREINTA Y CUATRO CÉNTIMOS (221.603,34 ?), más los intereses legales."

**SEGUNDO** .- Contra la misma, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por D. Antonio , que fue admitido en ambos efectos y remitidos los autos a esta Audiencia, donde se tramitó la alzada, señalándose para Deliberación y votación el 15 de Julio de 2015.

**TERCERO** .- Se han observado las prescripciones y formalidades legales.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**



**PRIMERO.-** D<sup>a</sup> . Amanda presento demanda de juicio ordinario contra D<sup>o</sup>. Antonio , en ejercicio de acción por negligencia profesional y en reclamación de 221.603'34 euros en concepto de daños y perjuicios ocasionados, todo ello con fundamento en los siguientes hechos expuestos en síntesis. El 29 de octubre de 1982, D<sup>o</sup> Ismael , contando con 22 años, soltero y sin descendencia, otorgo testamento y nombro herederos universales a sus padres, con sustitución de su hermano en caso de premoriencia de estos. El 11 de noviembre de 1995, D<sup>o</sup> Ismael contrajo matrimonio con la demandante, del que no hubo descendencia. El 6 de diciembre de 2009, se tuvo que someter a una intervención de resección de glioblastoma multiforme parietal posterior derecho. El 26 de enero de 2011, presenta ceguera casi absoluta y en la revisión médica de 29 de diciembre de 2010 se dice que acude en carrito como siempre. En 2011 Adif tramitaba un expediente de expropiación forzosa y debido a las limitaciones de la enfermedad del Sr. Ismael , se decidió apoderar a su hermano y el 29 de marzo de 2011, acudió ciego y en silla de ruedas a la notaria de Alfafar cuyo titular era el demandado, para otorgar escritura pública de poder especial donde se recoge la circunstancia de su ceguera y por ello intervienen dos testigos instrumentales. El Sr. Ismael consciente del agravamiento de su enfermedad le dijo a su esposa que quería cambiar el testamento y repartirlo por partes iguales entre su madre y su esposa, por lo que decide acudir al mismo notario, y tras llamar a Alfafar, le dicen que ha sido trasladado a Catarroja. El 29 de abril de 2011 se otorga testamento ante D<sup>o</sup> Antonio , notario de Catarroja. El notario demandado tuvo en todo momento conocimiento de la ceguera del testador, teniendo que acompañar la mano al lugar en que tenía que estampar su firma. El notario autorizó el testamento sin que comparecieran dos testigos idóneos a pesar de la ceguera total del otorgante. El 10 de mayo de 2011, falleció el Sr. Ismael . La suegra de la demandante y madre del causante le exige el reparto de bienes conforme a las disposiciones del testamento de 1982, invocando la nulidad del segundo testamento por no estar presentes dos testigos. El 11 de diciembre de 2011, la demandante es emplazada en juicio ordinario 1782/11, en cuya demanda se insta por la madre del causante la nulidad del testamento de 29 de abril de 2011. La demandante para evitar la condena en costas se allana a la demanda. Otra circunstancia a tener en cuenta es que en el DNI consta en el lugar de la firma 3 guiones negros que según informe de la policía obedece a que la persona no puede firmar. La demandante tuvo que llegar a un acuerdo con el reparto de bienes con su suegra lo que se hizo por escritura de 25 de julio 2012. Para evitar la contienda se presentó reclamación ante el Colegio Notarial quien se declaró incompetente. En conclusión el testamento incumple los requisitos del artículo 697.2 del Código Civil , pues al ser ciego el testador se requiere la presencia de 2 testigos idóneos, y ello devino en la nulidad del testamento. Además la disposición testamentaria por partes iguales para madre y esposa perjudica la legítima de la madre puesto que al no tener descendencia y si ascendencia, deben quedar garantizadas las legítimas y al repartir por partes iguales se perjudica el derecho de la madre a percibir su legítima en favor de la viuda. Declarada la nulidad del testamento, los herederos consensuan el reparto y a la viuda se le adjudica por mitad de gananciales y por el usufructo de la mitad de la herencia la cantidad de 343.628'07 euros, cuando según el testamento declarado nulo hubiera percibido 565.231'41 euros, siendo la diferencia la cantidad que se reclama en el presente procedimiento, pues ha percibida cantidad menor a lo que le hubiera correspondido de haberse otorgado cumpliendo los requisitos legales. El demandado se opuso a la demanda en los siguientes términos. No es cierto que el causante manifestase al demandado que era ciego, pues en ese caso se le hubiera dicho que hacían falta 2 testigos como ocurrió un mes antes cuando se otorgó el poder. Nadie manifestó al notario que el otorgante fuese ciego en el momento de firmar y además esta su firma. El notario no tenía por qué acordarse de lo que ocurrió en el otorgamiento del poder un mes antes, además no consta que la ceguera fuese absoluta, lo que de no ser así no invalidaría el testamento, solo la ceguera absoluta excluye que el testador pueda firmar por sí solo y aquí el testamento se otorgó con su firma. No solo nadie le dijo que era ciego sino que si lo era recientemente no tenía ninguno de los síntomas que un ciego presenta cuando mantiene una conversación. La posible ceguera no era perceptible. El allanamiento de la actora no vincula al demandado, por lo que deberá probar que la nulidad y que la misma es atribuible al demandado. El demandado no ha tenido intervención alguna en las negociaciones y acuerdos de la actora con su suegra y por tanto nada puede reclamar. Además de la supuesta ceguera el testador padecía una paralización de parte de su cuerpo como consecuencia de un tumor cerebral, lo que no fue comunicado al demandado para calibrar la capacidad del testador a la hora del otorgamiento. Si a alguien hay que atribuir la culpa es a la esposa que no advirtió al notario de los problemas que su marido pudiese tener. Se niega que el testamento no fuese valido porque en el otro procedimiento no se practicó prueba alguna. La sentencia de instancia estimó la demanda y contra dicha resolución formula recurso de apelación D<sup>o</sup> Antonio .

**SEGUNDO** .- La parte apelante funda su recurso en la incongruencia omisiva y extrapetita ya no se ha dado respuesta a las alegaciones efectuadas por el recurrente y además que la demandante no pidió nada respecto de la nulidad del testamento cuya declaración en este procedimiento conllevaría la negligencia del demandado. El vicio denunciado se produce cuando el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las pretensiones sometidas a su consideración, siempre que no quepa interpretar ese silencio como una desestimación tácita y cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, toda vez



que para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no es necesaria una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento a una pretensión, pudiendo ser bastante, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita una individualizada y expresa ( SS. del T.C. 91/95 , 56/96 , 58/96 , 85/96 , 26/97 y 124/00 ). No toda ausencia de respuesta a las cuestiones planteadas ocasiona la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva y en el examen de la concurrencia de incongruencia omisiva lesiva de este derecho, requiere distinguir ( SS. del T.C. 91/95, de 19 de Junio , 212/99 de 29 de Noviembre y 23/00 de 31 de Enero ), entre las alegaciones de las partes en defensa de sus derechos o intereses y las pretensiones en sí mismas consideradas, pues si en orden a las primeras no es necesaria una respuesta explícita y pormenorizada, respecto de las segundas, esa exigencia se muestra con todo rigor. En cualquier caso, constituye jurisprudencia reiterada ( SS. del T.S. de 12-11-08 , 16-12-08 , 28-6-10 , 11-11-10 , 21-2-11 , 29-11-11 , 4-1-12 , 11-1-12 , 28-5-12 y 30-9-14 ) la que declara que para denunciar el vicio de incongruencia omisiva se requiere acudir previamente a la vía del complemento de sentencia previsto en el artículo 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , lo que no se ha hecho. De ahí que, en puridad no pueda decirse que, como exige el artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , "acredite que denunció oportunamente la infracción", por lo que el primer motivo se desestima, pero es que expresamente la sentencia se pronuncia en fundamento de derecho tercero sobre la incidencia en este juicio de la resolución que declaro la nulidad del testamento en procedimiento anterior. En cuanto a la incongruencia extrapetita , decir que el deber de congruencia, que es requisito ineludible de la función judicial ( SS. del T.C. 116/86 de 8 de octubre , 13/87 de 5 de febrero , 55/87 de 13 de mayo y 264/88 de 22 de diciembre ) y forma parte de la tutela judicial efectiva que se proclama en el artículo 24 de la Constitución ( SS. del T.C. 54/85 de 18 de abril y 242/88 de 19 de diciembre ), consiste en la adecuación entre los pronunciamientos judiciales y lo que se pidió al juez, incluida la razón de ser de esa petición (SS. del T. C. 67/93 de 1 de marzo y 171/03 de 27 de mayo , entre tantas otras). La vinculación que impone la congruencia surge no sólo de las alegaciones del actor, sino también de la resistencia del demandado, de modo que si se produce una modificación de los términos en que quedó configurado el debate procesal, ello implica una vulneración del principio de contradicción y por ende, del fundamental derecho de defensa ( SS. del T. C 15/99 de 22 de febrero , 29/99 de 8 de marzo , 215/99, de 29 de noviembre , 17/00 de 31 de enero , 85/00 de 27 de marzo , 86/00 de 27 de marzo y 227/00 de 2 de octubre ). La variante de la incongruencia "extra petita" se produce no sólo cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, sino también cuando se produce un desajuste o inadecuación entre el fallo y el planteamiento por ellas efectuado, lo que aquí no ha ocurrido a la vista del texto de la demanda existiendo un perfecto ajuste entre lo solicitado y lo concedido. En tercer lugar se invoca la existencia de una novación de la obligación por transacción y ello con fundamento en que la demandante al llegar a un acuerdo y realizarse el cuaderno particional con su suegra, se dió por satisfecha en sus derechos hereditarios, por lo que renunció a cualquier reclamación sobre ellos y esa novación extinguió la obligación. Esta alegación no fue realizada por el demandado en la contestación a la demanda sino que la efectuó al amparo de las alegaciones complementarias del artículo 426 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , lo que no resulta procedente al exceder del ámbito de dichas alegaciones y entrar en un auténtica introducción de cuestiones nuevas no alegadas en la contestación a la demanda que no pueden ser tratadas en esta alzada pues es en la demanda y contestación donde han de quedar fijados definitivamente los términos de la cuestión litigiosa ( SS. del T.S. de 16-6-78 , 29-3-80 , 3-4-87 , 6-3-90 , 10-11-90 , 20-12-94 , 25-2-95 y 8-5-01 , entre otras), de modo que cualquier introducción en el litigio de hechos o argumentos distintos a los allí narrados, participará de la consideración de cuestiones nuevas, y en relación a ellas, es reiterada la jurisprudencia que declara su inidoneidad para ser tratadas en la alzada ( SS. del T.S. de 28-3-00 , 19-4-00 , 10-6-00 , 4-12-00 , 12-2-01 , 30-3-01 , 31-5-01 , 22-10-02 , 29-11-02 , 26-2-03 , 31-5-03 , 25-6-03 , 26-7-03 , 12-12-03 , 31-12-03 y 19-2-04 , entre otras muchas). En consecuencia los pedimentos del recurso que no se alegaron en la contestación a la demanda no pueden aceptarse por razones de estricta congruencia procesal, toda vez que ninguna exigencia se dedujo al respecto y sin que esa omisión pueda ser suplida por la manifestación efectuada en la audiencia previa, y que además, por su propia naturaleza, sobrepasa el ámbito de lo permitido por el artículo 426 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . En último lugar se invoca el error en valoración de la prueba por inexistencia de causa de nulidad del testamento. El motivo ha de ser desestimado por la aplicación de la cosa juzgada y ello por lo que a continuación se expone. La cosa juzgada material, que presupone la cosa juzgada formal inherente a la firmeza, es un determinado efecto de algunas resoluciones firmes, consistente en una precisa y determinada fuerza de vincular, en otros procesos, a cualesquiera órganos jurisdiccionales respecto del contenido de tales resoluciones (ordinariamente sentencias). La cosa juzgada material no se suele predicar de todo tipo de resoluciones con fuerza de cosa juzgada formal, sino, indiscutiblemente, solo de las sentencias que se pronuncian sobre el fondo, esto es, sobre el objeto del proceso. La vinculación que entraña la cosa juzgada material se proyecta de dos formas distintas: la negativa o excluyente y la positiva o prejudicial. A la segunda, por ser la aplicada en la sentencia apelada, nos referiremos. La función positiva o prejudicial es la vinculación que, respecto de lo decidido en una resolución firme sobre el fondo, afecta a todos los tribunales



en procesos posteriores en que lo decidido sea parte del objeto de estos procesos: el tribunal del proceso ulterior deberá atenerse, en su sentencia, a lo establecido en la sentencia anterior con fuerza de cosa juzgada, sin contradecir dicha sentencia, sino, por el contrario, tomándola como indiscutible punto de partida. La Ley de Enjuiciamiento civil se refiere a la función positiva de la cosa juzgada en el apartado 4 del artículo 222 ("Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal"). La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2010 señala: El efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada actúa en el sentido de no poder decidir en un proceso posterior una concreta cuestión de manera contraria o distinta a como quedó resuelta en el pleito contradictorio precedente ( STS 20 de noviembre de 2000 , 12 de junio de 2008 ), por afectar a materias indisolublemente conexas con las que integran el pleito ulterior ( STS 31 de marzo de 2005 ). Lo resuelto aparece como antecedente lógico de lo que se resuelva en el pleito sobre asuntos relacionados ( STC 151/2001, de 2 de julio ), impidiendo de este modo que se adopten pronunciamientos contradictorios. La cosa juzgada, según lo establecido en el apartado 3, párrafo primero, del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento civil , "afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley (...)". La ley contempla, por tanto, excepciones a la regla general que señala que la cosa juzgada despliega su eficacia sólo entre quienes hayan sido partes del proceso en que se dicte la sentencia firme; en casos excepcionales, la cosa juzgada alcanza a sujetos jurídicos distintos de los que litigaron en el proceso en que se produjo la resolución con aquella fuerza; la excepcionalidad viene dada por la naturaleza específica de lo que fue objeto de la sentencia y por la peculiaridad de algunas relaciones intersubjetivas. Y aquí consideramos que quedan comprendidas en el mismo la sentencia dictada en el procedimiento anterior que declara la nulidad del testamento por no concurrir dos testigos al tratarse de un testamento otorgado por un ciego de modo que esa sentencia debe afectar aunque no hubiesen litigado, ya que un testamento no puede ser nulo y válido a la vez. La Ley de Enjuiciamiento civil se refiere al allanamiento, primero, en el artículo 19.1 , como una de las manifestaciones del poder de disposición de las partes sobre el objeto del proceso: "1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero ". Y, después, disciplina su régimen jurídico en el artículo 21: "1. Cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste, pero si el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante. 2. Cuando se trate de un allanamiento parcial el tribunal, a instancia del demandante, podrá dictar de inmediato auto acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de dicho allanamiento. Para ello será necesario que, por la naturaleza de dichas pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, respecto de las cuales continuará el proceso. Este auto será ejecutable conforme a lo establecido en los artículos 517 y siguientes de esta Ley ". El allanamiento es una declaración de voluntad unilateral del demandado por la que acepta que el actor tiene derecho a la tutela jurisdiccional que solicitó en la demanda y, en consecuencia, una declaración de voluntad por la que muestra el demandado su conformidad con las pretensiones del actor contenidas en la demanda; es un acto de disposición de la parte demandada por el cual admite, sin condicionamiento alguno, la pretensión de la parte actora y examinado de oficio por el tribunal que conoce el procedimiento en el que se produce tal allanamiento, que aquel no supone fraude de ley, ni renuncia contra el interés general, ni perjuicio de tercero, en cuanto modo de terminación del proceso por la expresa conformidad del demandado con las pretensiones del actor, cuya regulación está contenida en el artículo 21 de la Ley de Enjuiciamiento civil , debe dictarse sentencia estimatoria de las pretensiones de la parte actora; sentencia que, evidentemente, resuelve el fondo del asunto, aunque no entra en su examen, precisamente, por la conformidad del demandado con las pretensiones del actor. O, lo que es igual, el allanamiento implica una manifestación de conformidad con la petición contenida en la demanda hecha por el demandado en cualquier momento del proceso que obliga al juzgador sin más trámite a dictar sentencia estimando la demanda en todas sus partes, salvo que el allanamiento se realizare en fraude de ley, contra el interés general o en perjuicio de tercero, o no se haya producido con las formalidades legales, en cuyo supuesto ordenará la continuación del procedimiento. La nulidad del testamento decretada en sentencia judicial firme tiene eficacia erga omnes, en todo caso y frente a todos, aunque no hayan intervenido en el pleito en el que se dicte la sentencia anulatoria. En el supuesto presente, la sentencia dictada el 2 de febrero de 2012, en el procedimiento ordinario 1782/11 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 27 de Valencia , ha estimado, en virtud del allanamiento de D<sup>a</sup> Amanda , la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Gloria , y "declara la nulidad del testamento abierto otorgado por el finado D<sup>o</sup> Ismael el 29 de abril de 2011 ante el notario de Catarroja D<sup>o</sup> Antonio con el n<sup>o</sup> NUM000 de su protocolo.....", de modo que ha considerado que el allanamiento de la demandada no incurría en alguna de las excepciones antes referidas -fraude de ley o, mejor dicho, fraude procesal de terceros, en perjuicio de tercero



o del interés general o falta de las formalidades exigidas para tal acto de disposición- y ha resuelto, por tanto, la cuestión de fondo promovida por la parte allí actora. No es en este procedimiento ordinario donde haya de examinarse si el allanamiento realizado por la demandada en el procedimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 27 de Valencia, se ha realizado válidamente o no. De modo que en el presente partimos de la existencia de una sentencia firme dictada en un proceso anterior que, resolviendo sobre el fondo, declara nulo el testamento otorgado por D<sup>o</sup> Ismael el 29 de abril de 2011 y esta declaración alcanza al presente procedimiento y por tanto a la circunstancia de que se otorgó el testamento sin los requisitos formales. La sentencia firme dictada en el procedimiento anterior resuelve sobre el fondo y produce en el presente efectos de cosa juzgada material, en su vertiente positiva o prejudicial. El allanamiento de la demandada (demandante en el presente), no elimina la consideración de sentencia dictada sobre el fondo del asunto, ni sus efectos de cosa juzgada. Y esa sentencia firme produce el efecto positivo prejudicial de la cosa juzgada en el presente procedimiento, que obliga a dictar sentencia teniendo como ya resuelta la nulidad del testamento por no concurrir al otorgamiento dos testigos idóneos dada la ceguera del testador y, habiendo adquirido firmeza el pronunciamiento que así lo decide, está la Sala obligada a respetarlo. Procediendo por todo lo expuesto la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia de instancia.

**TERCERO.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la desestimación del recurso de apelación motiva la imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación.

## FALLO

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D<sup>o</sup> Antonio , contra la sentencia de 12 de enero de 2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 2 de Catarroja , en autos de juicio ordinario seguidos con el n<sup>o</sup> 14/14, que se confirma íntegramente, con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen, para su conocimiento y efectos, debiendo acusar recibo. Dese al depósito constituido el destino legalmente previsto. Contra la presente no cabe recurso alguno, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 477.2.3<sup>o</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que en su caso, se habrá de interponer mediante escrito presentado ante esta Sala dentro de los veinte días siguientes a su notificación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.