



Roj: **STS 3268/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3268**

Id Cendoj: **28079110012018100525**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/09/2018**

Nº de Recurso: **968/2016**

Nº de Resolución: **535/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 535/2018

Fecha de sentencia: 28/09/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 968/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/09/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE LA CORUÑA SECCION N. 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: ezp

Nota:

Resumen

Nulidad testamentaria

Art. 665 CC

La sentencia de incapacitación ha de ser firme.

CASACIÓN núm.: 968/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 535/2018

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

**D. Eduardo Baena Ruiz**

D.^a M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 28 de septiembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada, con fecha 27 de enero de 2016, por la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 6.^a), en el rollo de apelación n.º 371/2014 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 201/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Ribeira.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente D.^a Yolanda y D. Francisco, representados por la procuradora D.^a María Rodríguez Puyol y asistidos por el letrado D. Manuel Rodríguez Rodríguez.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida D.^a Adelaida representada por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, bajo la dirección letrada de D. M.^a del Carmen Fachado Fuentes.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**.

ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO.- Tramitación en primera instancia.**

1.- La procuradora de los tribunales D.^a Mercedes Treus Blanco, en nombre y representación de D.^a Adelaida formuló demanda de juicio ordinario contra D. Francisco y D.^a Yolanda, suplicando al juzgado:

«[...] dicte en su día sentencia por la que estimando la demanda se declare la nulidad del testamento otorgado en fecha 7 de septiembre de 2005, ante el Ilte. Notario D. Oscar Manuel López Doval n.º de su protocolo 1348, otorgado por D.^a Elena, al no tener capacidad para otorgarlo y no cumplir con los requisitos legales para su otorgamiento, y todo ello con expresa imposición de costas a la parte adversa.»

2.- Por decreto de 20 de mayo de 2013, se admitió a trámite la demanda dando traslado a las partes para contestar.

3.- La procuradora de los tribunales D.^a Elena Ramos Picallo, contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al juzgado:

«[...]se dicte sentencia desestimatoria de la demanda con expresa imposición de las costas a los demandantes.»

4.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Ribeira dictó sentencia el 17 de marzo de 2014 con la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimo la pretensión de la demandante D.^a Adelaida contra los demandados D.^a Yolanda y D. Francisco no procediendo a la declaración de nulidad del testamento otorgado por D.^a Elena.

»Las costas del procedimiento se imponen a la demandante D.^a Adelaida.»

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de D.^a Adelaida correspondiendo su tramitación a la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de A Coruña, que dictó sentencia el 27 de enero de 2016 con la siguiente parte dispositiva:

«FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D.^a Adelaida contra la sentencia de fecha 17 de marzo de 2014, dictada en los autos de que este rollo dimana por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Ribeira, debemos revocarla y la revocamos, y, en su lugar, estimando la demanda presentada por la recurrente, se declara la nulidad del testamento otorgado por D.^a Elena ante el Notario D. Oscar Manuel López Doval con n.º de protocolo 1348 al no cumplirse los requisitos legales para su otorgamiento; con imposición a la parte demandada de costas de primera instancia, y sin efectuar imposición de costas en esta alzada.»

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación.

1.- La representación procesal de D.^a Yolanda y D. Francisco, interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con base en el siguiente motivo:

Único: Se fundamenta en la infracción de los arts. 662, 663, 664, 666, 696, 1261.1 y 1263.2 del Código Civil en materia de capacidad para testar.

2.- La sala dictó auto el 25 de abril de 2018, con la siguiente parte dispositiva:



«1.º- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Francisco y doña Yolanda contra la sentencia dictada el 27 de enero de 2016 por la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 6.ª) en el rollo n.º 371/2014, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 371/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Ribeira.

»2.º- Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.»

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de D.ª Adelaida, manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 12 de septiembre de 2018 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Por doña Adelaida se interpuso una demanda de juicio ordinario contra don Francisco y doña Yolanda (hoy recurrentes), en la que se ejercitaba la acción de nulidad del testamento otorgado por doña Elena por incapacidad para testar.

Alegaba que su fallecida hermana había otorgado el testamento a favor de los demandados en fecha 7 de septiembre de 2005, posteriormente a haber sido declarada parcialmente incapaz por la sentencia dictada el 6 de julio de 2005 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ribeira, confirmada por sentencia dictada por esta sección 6.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, de fecha 31 de julio de 2006.

Los demandados se opusieron.

2.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Entiende que no existía impedimento alguno para que la causante doña Elena pudiera testar de manera eficaz a favor de los demandados, ya que en el testamento se había hecho constar por el notario autorizante que, a su juicio, la testadora se hallaba con la capacidad legal para otorgar testamento, y la sentencia de primera instancia declaraba a doña Elena parcialmente incapaz y le sometía un régimen de curatela, y el curador debería asistir a la incapacitada en los actos en que la ley exige al tutor autorización judicial.

3.- La sentencia fue recurrida en apelación por la parte demandante. La Audiencia Provincial, por sentencia de 27 de enero de 2016, estimó el recurso y, estimando la demanda presentada por la apelante, declaró la nulidad del testamento otorgado por doña Elena al no cumplirse los requisitos legales para su otorgamiento.

La Audiencia razona, en síntesis, que el Tribunal Supremo, para un caso de incapacidad parcial, ha venido entendiendo que es posible otorgar testamento en intervalo lúcido, pero con los requisitos del art. 665 CC; precepto que prescribe que «siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad». Y que el art. 687 CC establece que será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas.

Y, en el supuesto enjuiciado, la sentencia dictada con fecha 6 de julio de 2005 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ribeira declaró la incapacidad parcial de doña Elena con sujeción al régimen de curatela con el contenido previsto en el art. 290 CC, y aunque frente a esta sentencia se formuló recurso de apelación, no por ello debía dejarse de aplicar dicho precepto cuando existía un pronunciamiento que declaraba la incapacidad parcial, siendo el caso que había sido recurrida por la demandante para solicitar la agravación de la limitación de la capacidad, y su nombramiento como tutora, y que la sentencia dictada en apelación, no considerando justificado el sometimiento a un régimen de incapacitación total, mantuvo el mismo ámbito de intervención que la resolución de primera instancia. Por ello, entiende que debe declararse la nulidad del testamento otorgado por doña Elena, al no cumplirse los requisitos legales para su otorgamiento, al resultar intrascendente el examen de si la testadora contaba con capacidad en el momento de otorgar testamento.

4.- Contra la anterior sentencia, la demandada apelada ha interpuesto recurso de casación en la modalidad de interés casacional.



Alega que la cuestión litigiosa se centra en determinar la validez del testamento abierto otorgado por doña Elena antes de que hubiera ganado firmeza la sentencia de incapacitación parcial, sin la observancia de lo prevenido en el art. 665 CC, sin haberse designado dos facultativos que respondiesen de la capacidad de la testadora.

El recurso se funda en la infracción de los arts. 662, 663, 664, 666, 696, 1261.1 y 1.263.2 CC, y contiene un único motivo, en el que se alega la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Según el recurso la doctrina de esta sala establece que mientras no gane firmeza la sentencia que declara la incapacitación de una persona, cuyo estado civil pasa a ser el de incapaz, se presume siempre que tiene capacidad mental, no pudiendo destruirse la presunción más que mediante una prueba concluyente en contrario, a través de una acreditación directa de que, en el preciso momento en el que celebra el negocio jurídico, se hallaba en una situación psíquica en la que no le era posible entender y querer el acto jurídico que realiza (entre otras, sentencias 145/2006, de 14 de febrero, 836/2005, de 10 de noviembre, 1101/2004, de 19 de noviembre).

Conforme la referida doctrina, la sentencia de incapacidad tiene carácter constitutivo y la declaración produce efectos «*ex nunc*» y no «*ex tunc*», esto es, se produce a partir del momento de la firmeza de la sentencia de incapacidad y no con efectos retroactivos, entendiéndose válidos todos los actos del incapaz realizados antes de la declaración de incapacidad, sin perjuicio de la posible anulabilidad de los mismos a instancia de parte.

Alega también que tal doctrina jurisprudencial ha sido seguida por las Audiencias Provinciales que cita.

Según el recurso, la sentencia impugnada incurre en vulneración de la referida doctrina del Tribunal Supremo porque atribuye a la testadora el estado de incapacitada judicial cuando todavía no había ganado firmeza la sentencia de incapacidad, exigiendo la observancia del requisito previsto en el art. 665 CC para otorgar testamento, aplicable únicamente al incapacitado judicial, esto es, al incapacitado en virtud de sentencia firme.

5.- La sala dictó auto el 25 de abril de 2018 por el que admitió el recurso de casación interpuesto y, previo el oportuno traslado, la parte recurrida formuló oposición al recurso.

SEGUNDO.- *Decisión de la sala.*

1.- El art. 665 CC dispone que «Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad».

La sentencia recurrida aborda, de inicio, algo que ahora no se cuestiona, a saber la aplicabilidad del art. 665 CC en casos de incapacidad parcial, y, en todo caso, la relativa a los requisitos extrínsecos exigidos para el otorgamiento de testamento por persona que haya sido judicialmente incapacitada en virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento sobre su capacidad de testar.

Lo que motiva el presente recurso es que la citada sentencia considera de aplicación el art. 665 CC en el presente supuesto, en el que la sentencia de incapacitación parcial de la testadora con sujeción al régimen de curatela no era firme al tiempo de otorgarse el testamento.

Razona que no por ello debía dejarse de aplicar dicho precepto, y como no se designaron dos facultativos que reconocieran y respondieran de la capacidad de la testadora al otorgar testamento, procede declarar su nulidad.

2.- La parte recurrente discrepa de tal decisión y, con cita de sentencias de la Sala y de Audiencias Provinciales, sostiene que mientras no gane firmeza la sentencia que declara la incapacitación de una persona, cuyo estado civil pasa a ser el de incapaz, se presume siempre que, al celebrar un negocio Jurídico, tiene capacidad mental, no pudiendo destruirse la presunción más que mediante una prueba concluyente en contrario, a través de una acreditación directa-de que, en el preciso momento en el que celebra el negocio Jurídico, se hallaba en una situación psíquica en la que no le era posible entender y querer el acto jurídico que realiza.

Conforme a la anterior doctrina, concluye la parte que la sentencia de incapacidad tiene carácter constitutivo y la declaración produce efectos «*ex nunc*» y no «*ex tuc*», esto es, se produce a partir del momento de la firmeza de la sentencia de incapacidad y no con efectos retroactivos, entendiéndose válidos todos los actos del incapaz realizados antes de la declaración de incapacidad, sin perjuicio de la posible anulabilidad de los mismos a instancia de parte.

3.- *El motivo debe estimarse.*



La doctrina viene manteniendo que los efectos de la incapacitación se inician al devenir firme la sentencia que la declara, que es constitutiva, pues decide sobre el cambio del estado civil de la persona.

Tan es así que la primera nota a destacar en la ejecución de las sentencias de incapacitación es la imposibilidad de que sean ejecutadas provisionalmente, según establece el art. 525.1.1.º LEC . Por tanto será necesario que la resolución de incapacitación sea firme para poder ser llevada a cabo.

De ahí, que la sentencia declarando la incapacitación es eficaz desde el momento en que sea firme, aunque no despliegue sus efectos *erga omnes* sino desde el momento de su inscripción o anotación en el Registro Civil.

Así lo ha venido a sostener la sala en la sentencia 234/2016, de 8 de abril , al considerar acertada la motivación de la sentencia revisada, en el sentido de que para determinar la nulidad del testamento por falta de capacidad mental del testador hay que probar, de modo concluyente (entre otras, STS de 26 de abril de 2008, núm. 289/2008), la falta o ausencia de dicha capacidad en el momento del otorgamiento del testamento objeto de impugnación; sin que la declaración judicial de incapacidad del testador, posterior al otorgamiento del testamento, sea prueba determinante, por sí sola, de la falta de capacidad para testar cuando fue otorgado el testamento, dado el carácter constitutivo y sin efectos «*ex tunc*» de la sentencia de incapacitación.

Por ello, afirma, que ante la ausencia de una prueba concluyente de la incapacidad del testador, al tiempo de otorgar el testamento, la sentencia de la Audiencia aplica correctamente el principio de «*favor testamenti*» y su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado (SSTS de 26 de abril de 2008 , núm. 289/2008, de 30 de octubre de 2012 , núm. 624/2012, de 15 de enero de 2013 , núm. 827/2012 , y 19 de mayo de 2015, núm. 225/2015).

En el mismo sentido, entre muchas otras, sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de julio de 2010 señala que:

"... si bien la resolución que declara la incapacidad de una persona tiene el efecto de cosa juzgada, la sentencia de incapacidad tiene carácter constitutivo y la declaración produce efectos «ex nunc» y no «ex tunc», entendiéndose válidos todos los actos del incapaz realizados antes de la declaración de incapacidad, sin perjuicio de la posible anulabilidad de los mismos a instancia de parte.

Así, como dijimos en la sentencia dictada por esta misma sección cuarta, en fecha 28 de marzo de 2.008, en el rollo de apelación número 55/2008 , «la declaración de incapacidad tiene efectos « ex nunc» y no « ex tunc », es decir, se produce a partir del momento de la firmeza de la sentencia de incapacidad y no con efectos retroactivos, por lo que es patente la validez de los actos procesales en los que ha intervenido la persona antes de ser declarada incapaz...».

Consecuencia de lo expuesto es que, al interpretar el presupuesto de hecho del art. 665 CC , «...el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar...», se ha de entender que la citada sentencia sea firme.

Tal interpretación no ha de verse como una dificultad para anular los actos otorgados por las personas en tanto no haya recaído una declaración judicial firme de incapacidad, pues siempre cabe la posible anulabilidad de los mismos a instancia de parte. En nuestro caso la de instar la nulidad del testamento por falta de capacidad mental de la testadora, que fue el supuesto objeto de enjuiciamiento en la sentencia 234/2016, de 8 de abril .

4.- Se podría objetar, si la anterior interpretación, y a efectos puramente dialécticos fuese dudosa, que la forma del testamento constituye una garantía del testador respecto a la exactitud y permanencia de su voluntad testamentaria. Que no es, por tanto, un elemento inútil (sentencia 694/2009, de 4 de noviembre).

Insiste en ello la sentencia 789/2009, de 11 de diciembre , al afirmar que «[...] la exigencia de forma en el testamento obedece a la necesidad de salvaguardar la voluntad del testador que debe cumplirse cuando ya ha fallecido...».

Pero matiza que «[...] sin embargo, esta necesidad debe coordinarse con el principio *favor testamenti*, especialmente cuando en el testamento interviene el notario...».

Tal argumento constituyó, entre otros, *ratio decidendi* de la sentencia 622/2016, de 19 de octubre , que remite a lo sentado en la sentencia 435/2015 .

En esta se afirma que:

«[...]» De esta nueva configuración, tendente a flexibilizar el ámbito de la ineficacia contractual, también participa el principio de «*favor testamenti*» , como una proyección particularizada a la peculiar estructura y naturaleza de los negocios jurídicos *mortis causa*, de forma que, constatada la autenticidad de la declaración y el plano sustantivo de la capacidad, debe darse prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador



frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y formas que, sólo por necesidades de seguridad jurídica, imponen ciertas restricciones o limitaciones a la eficacia de la declaración testamentaria realizada. De ahí, que en contra de lo alegado por la parte recurrida, cobra más sentido, hoy en día, el criterio de flexibilidad que ya aplicó la antigua Sentencia de 24 de abril de 1896, descartando la necesidad de que el cumplimiento del plano formal del juicio de capacidad se tenga que materializar, a su vez, de un modo expreso y ritualista, bastando con que de cualquier otro modo, o con locución distinta, se exprese con claridad dicho juicio de capacidad.»

En suma, como afirma la sentencia 170/2012, de 20 de marzo, «la declaración de nulidad de un testamento no puede ser exageradamente formalista, para no dañar el principio de la suprema soberanía de la voluntad del causante».

Aunque a la sala no se le plantean dudas interpretativas, se ha querido puntualizar que, si así fuese, nos habríamos de inclinar por la menos restrictiva, en atención al favor *testamenti* como respeto a la voluntad de la testadora.

Bien entendido que, rechazada la ausencia de requisitos formales sobre el juicio de capacidad, siempre cabría la impugnación del testamento por falta de capacidad para testar de la causante.

TERCERO.- De conformidad con lo previsto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC no se impone a la parte recurrente las costas del recurso de casación.

En aplicación de tales preceptos se condena a la parte actora a las costas de la primera instancia y del recurso de apelación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal D.ª Yolanda y D. Francisco, contra la sentencia dictada con fecha 27 de enero de 2016 por la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 6.ª), en el rollo de apelación n.º 371/2014 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 201/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Ribeira.

2.º- Casar la sentencia recurrida y, con la desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, confirmar ésta, declarando su firmeza.

3.º- No se impone a la parte recurrente las costas del recurso de casación.

4.º- Se condena a la parte actora a las costas de la primera instancia y del recurso de apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.