



Roj: **STS 816/2023 - ECLI:ES:TS:2023:816**

Id Cendoj: **28079110012023100186**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/02/2023**

Nº de Recurso: **1268/2019**

Nº de Resolución: **156/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Salamanca, Sección 1ª, 13-12-2018 (rec. 319/2018),
STS 816/2023**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 156/2023

Fecha de sentencia: 03/02/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1268/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/01/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE SALAMANCA, SECCIÓN 1.ª

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

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1268/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 156/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg



En Madrid, a 3 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Joaquín , representado por el procurador D. Diego Sánchez de la Parra Septián, bajo la dirección letrada de D. Francisco José Ramos Vega, contra la sentencia n.º 495/2018, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Salamanca, en el recurso de apelación n.º 319/2018, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 849/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Salamanca. Ha sido parte recurrida D. Leandro , representado por la procuradora D.ª M.ª Jesús Hernández González y defendido por la letrada D.ª Elvira Hernández Hernández.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Purificación Valle Corcho, en representación de D. Marino y D. Mateo , interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Leandro , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en la que se declare la NULIDAD DEL TESTAMENTO otorgado por Doña Lourdes ante el Notario Jesús García Sánchez, número de protocolo 508 de fecha 14 de marzo de 2014 y la expresa imposición de costas al demandado".

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Salamanca y se registró con el n.º 849/2016. Una vez fue admitida a trámite, por auto de 13 de diciembre de 2017, se acumuló a dicho procedimiento el procedimiento ordinario n.º 865/2016 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de esa misma ciudad.

3.- Los autos de procedimiento ordinario n.º 865/2016, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 6, traían causa de la demanda interpuesta por el procurador D. Diego Sánchez de la Parra Septián, en nombre y representación de D. Joaquín , contra D. Leandro , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en la que se contengan los siguientes pronunciamientos declarativos y de condena:

"1.- SE DECLARE LA NULIDAD DEL TESTAMENTO OTORGADO POR DOÑA Lourdes CON FECHA 14 DE MARZO DE 2014 ANTE EL NOTARIO JESÚS GARCÍA SÁCHEZ, NUMERO DE PROTOCOLO 508, por falta de capacidad del otorgante y/o por considerar que el mismo fue otorgado sin las formalidades legales requeridas a tenor de los arts. 687 y 665 del CC.

".- Condenar al demandado al pago de las costas causadas y que se causen en el presente litigio".

La procuradora D.ª M.ª Jesús Hernández González, en representación de D. Leandro , había contestado a dicha demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dictar sentencia por la que desestimándose la demanda, se absuelva íntegramente a mi representado de todos los pedimentos contenidos en la misma, con todos los pronunciamientos favorables; y todo ello, con expresa condena en costas causadas a la actora".

Y esa misma procuradora, D.ª M.ª Jesús Hernández González, en la citada representación, una vez acumulados los autos, contestó a la demanda interpuesta por D. Marino y D. Mateo , mediante escrito que terminaba con el mismo suplico consignado anteriormente.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Salamanca dictó sentencia de fecha 22 de febrero de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D.ª. PURIFICACION VALLE CORCHO en nombre y representación de D. Marino y D. Mateo y por el Procurador de los Tribunales D. DIEGO DE LA PARRA Y SEPTIEN en nombre y representación de D. Joaquín , contra D. Leandro representado por la Procuradora de los Tribunales D.ª. MARIA JESUS HERNANDEZ GONZÁLEZ, debo absolver y absuelvo al demandado de todas las pretensiones contra él ejercitadas, con expresa imposición a los demandantes de las costas procesales causadas en esta instancia".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Joaquín .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Salamanca, que lo tramitó con el número de rollo 319/2018, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 13 de diciembre de 2018, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: Estimar parcialmente el recurso de apelación promovido por el Procurador Don Diego Sánchez de la Parra y Septien en nombre y representación DON Joaquín contra la sentencia dictada el 22- febrero-2018, por el Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de esta Ciudad, en los autos de Juicio Ordinario nº 849/2016 a que se refieren estas actuaciones, revocando tan solo el pronunciamiento que sobre costas se contiene en la referida sentencia, sin efectuar especial imposición de las causadas en la instancia, pronunciamiento extensivo a todos los demandantes.

"Sin efectuar especial imposición de las causadas en esta alzada".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación*

1.- El procurador D. Diego Sánchez de la Parra Septien, en representación de D. Joaquín , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"PRIMERO MOTIVO Jurisprudencia del Tribunal Supremo: En virtud del art. 473.2, 3º y 473,3 presenta interés casacional por infracción e inaplicación de los artículos 687 y 665 del Cc existiendo Jurisprudencia del TS en sentido contrario al de la sentencia recurrida.

"SEGUNDO MOTIVO Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales: En virtud del art. 473.2, 3º y 473,3 presenta interés casacional por infracción e inaplicación de los artículos 687 y 665 del Cc., constando de manera notoria al Tribunal Supremo la existencia de jurisprudencia contradictoria entre las distintas Audiencias Provinciales sobre el problema jurídico planteado en sentido contrario al de la sentencia recurrida. En todas ellas, en supuestos idénticos, consideran que se deben cumplir con todos los requisitos exigidos imperativamente por la Ley para la validez del testamento otorgado por el incapacitado judicialmente".

La procuradora D.^a M.^a Jesús Hernández González, en representación de D. Leandro , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Vulneración del artículo 216, 218 Y 458.1 Y 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

"La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca de fecha 13 de diciembre de 2018 hace extensivo el pronunciamiento relativo a la no imposición de costas en primera instancia, a los demandantes no recurrentes, al considerar que se trata de un pronunciamiento absoluto e indivisible por su naturaleza, como consecuencia del cual quiebra el principio general de que en segunda instancia, no cabe favorecer la situación de quien no apela".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 26 de mayo de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Leandro contra la sentencia dictada el 13 de diciembre de 2018 por la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 319/2018, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 849/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Salamanca, con imposición de costas a la parte recurrente.

"2.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Joaquín contra la citada sentencia.

"3.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte o partes recurridas formalicen por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

"Contra la presente resolución no cabe recurso alguno".

3.- Se dio traslado a la representación de D. Leandro para que formalizara su oposición al recurso de casación interpuesto de contrario, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 2 de diciembre de 2022 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 24 de enero del presente, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

El proceso versa sobre la nulidad de un testamento por defectos formales en su autorización. A los efectos resolutorios del recurso interpuesto partimos de los antecedentes siguientes:

1º.- Por sentencia, de fecha 3 de noviembre 1999, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Salamanca, se estimó en parte la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal, y se declaró la incapacidad parcial de D.^a Lourdes , con rehabilitación de la patria potestad en la persona de su madre D.^a Adolfinia , única y exclusivamente en el orden patrimonial, y para llevar a cabo los actos a los que se refieren los arts. 164 a 168 del Código Civil y 271 y 272 del mismo texto legal.

En la fundamentación jurídica de dicha resolución consta que, en atención a las pruebas practicadas y en especial el informe del Médico Forense,

"[...] aparece que Lourdes presenta una debilidad mental en la que está injertada una esquizofrenia de larga evolución que en el momento actual no presenta síntomas productivos. Por ello desde el punto de vista psiquiátrico forense, creemos que la explorada es incapaz para gobernar sus bienes, siendo capaz para gobernar su persona".

La sentencia no se pronuncia sobre la capacidad de testar.

2º.- Consta certificado del INSS (24/3/2011) informando que D.^a Lourdes tiene reconocida, desde el 6-2-1973, una discapacidad psíquica del 69% por "esquizofrenia simple".

3º.- Tras el fallecimiento de la madre de D.^a Lourdes , el 4 de octubre de 2011 se inició procedimiento para la designación de tutor, cargo que, por auto 163/2012, recayó en D. Leandro , que lo aceptó el 17 de mayo de 2012.

En la designación de tutor se tomó en consideración la preferencia manifestada por D.^a Lourdes , pues convivía con su hermano en compañía de la madre de ambos. En ese trance procesal se evidenciaron los enfrentamientos entre los litigantes, que han persistido durante las rendiciones de cuentas.

4º.- Con fecha 22 de enero de 2014, D.^a Benita , catedrática de neuropsicología y neurorrehabilitación de daño cerebral, tras explorar a D.^a Lourdes , a petición del doctor D. Bartolomé , con el fin de valorar sus capacidades mentales y su personalidad, emite informe neuropsicológico, y concluye que D.^a Lourdes posee unas capacidades mentales normales, sin apreciarse síntomas de enfermedad esquizofrénica.

5º.- Con fecha 14 de febrero de 2014, D. Bartolomé , médico especialista en Medicina Legal y Forense, emitió dictamen, tras explorar a D.^a Lourdes , y recibir el informe elaborado por la doctora Benita , en el que concluye que:

"i) D.^a Lourdes sufre cardiopatía, con sus facultades psíquicas conservadas, con muy leve deterioro, sin detectarse en la actualidad sintomatología residual de cuadro psicopatológico (tipo esquizofrenia).

"ii) En el momento actual no presenta alteraciones cognoscitivas, manteniendo las funciones cognoscitivas superiores conservadas.

"iii) La paciente reconoce el dinero, posee un correcto razonamiento abstracto, correcta memoria ... Es por lo cual estimo que mantiene su conciencia reflexiva y discriminativa . . . sin que exista ninguna patología que le impida gobernar su persona.

"iv) En el momento actual considero que conserva la capacidad de testar y/o otorgar poderes a quien estime oportunos".

6º.- Con fecha 14 de marzo 2014, D.^a Lourdes otorga testamento abierto, ante el Notario D. Jesús García Sánchez, en dicho documento público consta:

"Conozco a los comparecientes y les identifiqué por sus reseñados documentos nacionales de identidad, que me han exhibido, interviniendo la primera en propio nombre y particular derecho y el último en su calidad de médico forense y a los solos efectos de apreciar y certificar, como así hace, la capacidad para este acto de Doña Lourdes .

"Y doña Lourdes , manifiesta su voluntad de otorgar testamento abierto, y teniendo a mi juicio y al de Don Bartolomé , la capacidad legal necesaria en derecho para otorgarlo, ordena su última voluntad en las siguientes manifestaciones".

En el precitado testamento, único otorgado por D.^a Lourdes , instituye heredero universal de todos sus bienes, derechos, acciones y obligaciones a su hermano D. Leandro , a quien sustituye la hija del mismo, D.^a Evangelina , así como nombra albacea, comisario, contador partidor, con amplias facultades para dar cumplimiento a cuanto dispone el testamento, a D.^a Gregoria .



7º.- Con fecha 15 de mayo de 2016, fallece D.^a Lourdes , en estado de soltera, sin descendientes, ni ascendientes.

8º.- Se promovieron demandas, que fueron acumuladas al presente juicio declarativo ordinario número 844/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Salamanca, interpuestas por los hermanos de la causante D. Marino y D. Mateo , así como por D. Joaquín , contra D. Leandro , interesando la declaración de nulidad del testamento otorgado por D.^a Lourdes el 14 de marzo de 2014.

En el procedimiento acumulado se aportó informe médico del doctor D. Genaro , que concluye que D.^a Lourdes carecía, antes de otorgar testamento, de una capacidad intelectual, cognitiva y volitiva, así como de obrar o actuar suficientes para otorgar, con pleno conocimiento, el testamento de 14 de marzo de 2014, al no estar en plena posesión de sus facultades mentales.

En dicho informe consta que se emite sobre la base de la documentación que relaciona, sin haber explorado nunca a D.^a Lourdes , con la precisión de que, al menos, desde 1999, no existe ningún tratamiento médico para la esquizofrenia, lo que, a juicio del especialista, la agrava, y favorece la ausencia de periodos de lucidez mental que sin ninguna duda existirían con un adecuado tratamiento.

9º.- El juzgado de primera instancia dictó sentencia desestimatoria de la demanda de nulidad que fue recurrida en apelación por D. Joaquín .

10º.- El conocimiento del recurso correspondió a la sección primera de la Audiencia Provincial de Salamanca que dictó sentencia confirmatoria de la pronunciada por el juzgado. En su fundamentación descartó que la sentencia recurrida incurra en un error al apreciar la capacidad de testar de la causante.

Se basa, para ello, en que no resulta que D.^a Lourdes haya seguido tratamiento en relación con la esquizofrenia desde 1999, sin constancia alguna en su historial clínico, ni tratamiento de dicha enfermedad. La catedrática de neuropsicología no apreció síntomas psicóticos, y concluye que, si hubieran requerido su presencia en el acto del otorgamiento del testamento, hubiera emitido dictamen en el sentido de que D.^a Lourdes tenía capacidad para testar. Con el mismo criterio se expresó el otro perito, que declaró en el juicio, el Dr. Bartolomé , el cual solo apreció un deterioro cognitivo leve. El informe elaborado por el perito propuesto por los actores se funda en el examen de la documentación facilitada, sin que en ella constaran antecedentes de tratamiento de esquizofrenia desde 1999, y manifiesta su autor que no reconoció a D.^a Lourdes .

El notario apreció, igualmente, la capacidad de la testadora para disponer mortis causa de sus bienes. Igualmente, se ratificó la valoración de la prueba testifical practicada a instancia del demandado, y rendida por personas allegadas a la causante expresivas de su autonomía y capacidad mental.

Por ello, razona la Audiencia:

"La conclusión que alcanzamos tras examinar el material probatorio traído a estas actuaciones, es idéntica a la que alcanza el Juez en la Instancia, Doña Lourdes cuando fue a otorgar testamento, tenía plena capacidad de conocimiento, inteligencia y voluntad y que en esas condiciones nombró heredero de todos sus bienes, derechos y acciones a su hermano Leandro , en atención a la especial relación que le unía a él y porque era ese su deseo".

Con relación al incumplimiento de lo dispuesto por el art. 665 del CC, la sentencia considera que no procede declarar la nulidad postulada en virtud del siguiente conjunto argumental, que sintetizamos:

Se basa en la vigencia de la Convención de Nueva York de 2006, suscrita por España, que supone un cambio radical en el tratamiento de la discapacidad, ya advertido por la sentencia de esta Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. Razona, con base en la protección prevalente que merecen los derechos humanos, y en especial la dignidad de las personas. Parte de la circunstancia debidamente constatada de la capacidad de la testadora para disponer mortis causa de sus bienes. Valora la existencia de dos dictámenes médicos coincidentes en tal sentido, la opinión de uno de los especialistas consta en el propio testamento, así como la apreciación notarial de la capacidad de testar de la otorgante. Sobre tales fundamentos concluye:

"En las presentes actuaciones en dicho acto y único testamento otorgado por Doña Lourdes , manifiesta su voluntad inequívoca de instituir heredero universal a su hermano Leandro y era plenamente consciente del alcance de su decisión, a su fallecimiento y exteriorizada su voluntad sin ninguna dificultad, de manera que así fue recogida por el Notario autorizante y quedó plasmada en su testamento, que si bien no da cumplimiento con todo el rigor que exige el art. 687 del Código Civil, esta irregularidad formal en atención a todo lo expuesto no puede llevar a la declaración de nulidad solicitada".

11º.- Contra dicha sentencia se interpuso por D. Joaquín recurso de casación, y por D. Leandro , extraordinario por infracción procesal. Este último no fue admitido a trámite por auto de esta sala de 26 de mayo de 2021.

SEGUNDO.- Recurso de casación

El recurso de casación se interpone por interés casacional (arts. 473.2, 3.º y 473.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC). Se fundamenta en sendos motivos que serán objeto de examen conjunto, dado que se encuentran íntimamente vinculados entre sí, al apoyarse en los mismos argumentos.

El primero de ellos, por infracción e inaplicación de los artículos 687 y 665 del Código Civil (en adelante CC), existiendo jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentido contrario al expresado en el fallo de la sentencia recurrida. Cita, a tal efecto, las sentencias 112/1975, de 8 de marzo, y 563/1997, de 16 de junio, concernientes al carácter formal y solemne del testamento, de manera que el incumplimiento de los requisitos legales provoca su nulidad. Igualmente, las sentencias 479/1994, de 20 de mayo, y 228/1987, de 10 de abril, sobre la exigibilidad del cumplimiento de los requisitos del art. 665 del CC.

En segundo lugar, por la existencia de criterios resolutorios divergentes de las audiencias provinciales sobre la interpretación de los artículos 687 y 665 del CC. Dichos tribunales, en supuestos idénticos, consideran mayoritariamente que se deben cumplir con todos los requisitos exigidos, de forma imperativa, por la Ley para la validez del testamento otorgado por el incapacitado judicialmente.

En definitiva, la cuestión a resolver en este recurso es determinar si procede decretar la nulidad del testamento, en el cual la otorgante cuenta con plena capacidad para testar, pero que había sido incapacitada parcialmente por mor de una sentencia previa de 1999, no revisada, toda vez que, en su otorgamiento, solo concurrió un facultativo, y no dos, como señala el art. 665 del CC.

La parte recurrida postula la validez y eficacia del testamento con base en la plena capacidad constatada y no impugnada de la causante, así como argumentando que una interpretación formalista del art. 665 CC entraría en colisión con la finalidad y protección dispensada a las personas con discapacidad por el Convenio de Nueva York de 2006, al tiempo que generaría una situación de discriminación en relación con una persona que no hubiera sido incapacitada judicialmente, aunque adoleciera de una discapacidad mental, máxime cuando la sentencia de modificación de capacidad dictada no había privado a la causante de la capacidad de testar. Igualmente, se apoya en la nueva regulación de la discapacidad llevada a efecto por la Ley 8/2021.

TERCERO.- Consideraciones generales sobre los requisitos de forma en los testamentos

El testamento, definido por el art. 667 del CC como "el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos los bienes o de parte de ellos", se configura jurídicamente bajo las características de tratarse de:

- (i) Un negocio jurídico unipersonal que no puede otorgarse, en el derecho común, de forma mancomunada (art. 669 del CC).
- (ii) Personalísimo (art. 670 CC), como así se ha reconocido por la sentencia del Pleno de esta Sala 146/2018, de 15 de marzo, en la que se señaló que: "[...] ni el tutor, como representante legal puede otorgar testamento en lugar de la persona con la capacidad modificada judicialmente ni el curador puede completar su capacidad cuando sea ella quien otorgue el testamento".
- (iii) Formal o solemne, que exige el cumplimiento de los cauces de exteriorización de la declaración de voluntad que establece el ordenamiento jurídico, así como los requisitos que para el otorgamiento señala la ley (arts. 687, 705 y 715 del CC). En este contexto, se ha declarado la nulidad del testamento en el caso de la falta de expresión de la hora del otorgamiento (STS 21 de junio de 1986); ausencia de indicación de la fecha del testamento ológrafo (STS 6 de febrero de 1968), omisiones en la identificación del testador en testamento cerrado (STS 7 de julio de 1943) o por no existir constancia de la imposibilidad de acudir al notario en el testamento en peligro inminente de muerte (STS de 22 de marzo de 1983).

No obstante, la jurisprudencia, en atención a las circunstancias del caso, fue progresivamente dispensando un tratamiento flexible a los defectos formales en que se incurrió al tiempo del otorgamiento, con la finalidad no anular, en todo caso, a los mismos la consecuencia jurídica de la nulidad del testamento.

Podemos citar, al respecto, las resoluciones siguientes:

Ya una antigua sentencia de 24 de abril de 1896 señaló al respecto que:

"[...] no es necesario que la manifestación del notario acerca de la capacidad de la otorgante se consigne con las palabras precisas e insustituibles a su juicio, bastando que cualquier otro modo o con locución distinta exprese clara y evidentemente su parecer u opinión respecto de la capacidad legal para otorgar testamento".



En la STS de 26 de noviembre de 1901, se descartó la nulidad por aplicación de la doctrina que obliga a respetar los actos propios (conformidad con lo dispuesto en el testamento), y la posterior solicitud de nulidad por infracción de solemnidades testamentarias.

En similar sentido, la sentencia 98/1951, de 15 de marzo, se desestimó la nulidad del testamento, dado que el actor ahora recurrente tuvo conocimiento completo del testamento, que impugna, desde hacía tiempo, y estaba igualmente enterado de la relación que mediaba entre el Notario autorizante del mismo y un testigo, a pesar de lo cual no sólo se abstuvo de señalar la falta que, a su juicio, afectaba a dicho testamento, sino que, además, con reiterados actos le prestó su conformidad, y en cumplimiento de la cláusula segunda del mismo procedió a dividir con su coheredero las alhajas y otros objetos de valor existentes en la herencia, haciendo suya sin reserva alguna la parte que le correspondía.

En el supuesto de la sentencia 436/1998, de 12 de mayo, no constaba en el testamento que los testigos apreciaron la capacidad de la testadora. Se desestimó el recurso con el razonamiento de que la ley exige que los testigos procurarán asegurarse de la capacidad del testador (artículo 685 del Código civil), pero no se ordena, como requisito de forma, que se haga constar en el testamento tal apreciación por los testigos, sí, por el Notario, en aplicación del artículo 695, último párrafo, en la redacción de tales preceptos entonces vigente.

La sentencia 893/2008, de 14 de octubre, desestima la nulidad del testamento por la falta de expresión del conocimiento del testador por dos de los testigos instrumentales, que era una de las formalidades testamentarias exigidas por el art. 685 CC, toda vez que el actor recurrente no ha probado la falta de idoneidad de, al menos, dos de los testigos instrumentales; y, además, la Disposición Transitoria de la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, que es la que realiza una interpretación objetiva de la realidad social, preceptuaba la validez de los testamentos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de esa Ley que, no cumpliendo los requisitos establecidos en la legislación anterior, se ajusten a lo previsto en aquélla, siempre que no hubiesen sido anulados por resolución judicial firme.

La sentencia 140/2013, de 20 de marzo, en que la impugnación radicaba en la omisión de la expresión formal de que el testador, a juicio del notario, contaba con la capacidad legal necesaria para otorgar el testamento (art. 696 CC), se descartó la nulidad, toda vez que ésta se infería del resto del documento, al constar en él locuciones suficientemente expresivas que se referían al "consentimiento libremente prestado por la testadora", así como que "el otorgamiento se adecúa a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de la persona que testa"; todo ello, además, conjugado con los principios de *favor testamenti* y *favor contractus* (STS 827/2012, de 15 de enero de 2013).

La sentencia 435/2015, de 10 de septiembre, en un supuesto en el que no figuraba, de nuevo, la declaración notarial de que, a juicio del fedatario autorizante, "se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento", declaró que, conforme al principio de *favor testamenti*, 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.

La STS 622/2016, de 19 de octubre, del Pleno, en la que, acreditados tanto la autenticidad de la declaración testamentaria con la conformidad de los testadores como el juicio de capacidad de los mismos, concluyó que no puede apreciarse que la ratio del artículo 682 del Código Civil, en orden a preservar la autenticidad de la declaración del testador, se haya visto vulnerada por la participación como testigo instrumental de la pareja sentimental de la instituida heredera.

Con carácter general señala la sentencia 535/2018, de 28 de septiembre, que:

"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"".

CUARTO.- Examen de las circunstancias concurrentes

Expuesta la doctrina jurisprudencial, debemos abordar las especiales connotaciones del caso que examinamos en el que, si bien la causante había sido incapacitada parcialmente en la esfera patrimonial, gozaba de plena capacidad para testar, de la que no había sido privada por la sentencia de 3 de noviembre de 1999, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Salamanca, que solo limitaba la modificación de la capacidad de la otorgante a la esfera patrimonial para la realización de actos de disposición inter vivos, y además la declaraba expresamente capaz para regir su persona.

En el acto de otorgamiento del testamento sólo compareció un facultativo, que suscribió el testamento y no los dos que requería el art. 665 del CC, en su redacción entonces vigente, requisito que actualmente no es exigido, tras la nueva redacción del precepto llevada a efecto por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Es finalidad de dicha ley, expresamente explicitada en su exposición de motivos, la

"[...] adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que, en su artículo 12.2, proclama que "las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida".

El instrumento de ratificación de la precitada convención se publicó en el BOE de 21 de abril de 2008, y es derecho vigente en España desde el 3 de mayo de dicho año, formando parte de nuestro ordenamiento jurídico interno como resulta de lo dispuesto en el art. 96.1 de la Constitución (en adelante CE). Esta incorporación es trascendente, en tanto en cuanto, de acuerdo con el art. 10.2 CE, se conecta con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades (SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5 y 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2) y conforma criterio interpretativo de las normas.

Pues bien, como señalamos en nuestra sentencia 269/2021, de 6 de mayo:

"Es mérito del Tratado reconocer a las personas, que presentan disfunciones, la misma capacidad jurídica de la que gozan las otras personas que no sufren deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo en los términos del art. 1.1 del Convenio, sin perjuicio de que, para el concreto ejercicio de los derechos, precisen un sistema de apoyos. Así se dispone, en el apartado 3 de las tantas veces invocado art. 12, según el cual: "los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica", que no olvidemos ostentan en igualdad de condiciones con los demás".

El art. 662 CC establece que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe "expresamente". De esta manera se consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción (STS 146/2018, de 15 de marzo). Por otra parte, en atención a su diferente naturaleza y caracteres, la disposición de bienes mortis causa no puede equipararse a los actos de disposición inter vivos, y, por ende, a los consignados en el art. 271 CC, en su redacción vigente al desarrollarse los presentes hechos.

Para apreciar la capacidad debe atenderse al estado en el que el testador se hallase al tiempo de otorgar el testamento (art. 666 CC); por eso, el testamento hecho antes de la "enajenación mental" es válido (art. 664), y el notario debe asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar (art. 685 CC), y, en el presente caso, el notario autorizante se cercioró y manifestó, en su interrogatorio, que, a su juicio, la causante contaba con ella.



Es cierto que la fuerza probatoria plena del documento público (art. 319 LEC) no se puede extender a lo que constituyan apreciaciones subjetivas del fedatario autorizante; pero, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, constituyen una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede desvirtuarse mediante una evidente y completa prueba en contrario, (SSTS 250/2004, de 29 de marzo; 289/2008, de 26 de abril; 685/2009, de 5 de noviembre; 20/2015, de 22 de enero; 435/2015, de 10 de septiembre; 461/2016, de 7 de julio; 146/2018, de 15 de marzo y 465/2019, de 17 de septiembre, entre otras).

En cualquier caso, es hecho probado de las sentencias de instancia que, cuestionada la salud mental de la testadora, ésta contaba con plena capacidad para testar.

Al acto de otorgamiento concurre un especialista en medicina legal y forense que declaró sobre la capacidad plena de la causante para testar, y suscribió el acto de última voluntad, el cual, además, se basó en otro informe elaborado por una catedrática de neuropsicología que manifestó, tras reconocimiento personal y próximo en el tiempo de la causante, que si hubiera sido llamada al acto del otorgamiento hubiera ratificado la plena capacidad de la testadora para expresar, consciente y voluntariamente, su acto de última voluntad, lo que igualmente comprueba el notario.

El requisito del doble informe de especialista para testar no está contemplado en la nueva redacción del precepto tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, dictada precisamente para adecuar nuestra legislación interna a las exigencias derivadas del Convenio de Nueva York, que sin embargo sí estaba vigente al tiempo del otorgamiento, y que reconocía que las personas con discapacidad "tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida", y, por lo tanto, para testar, sin que, por la naturaleza personalísima del acto, pueda concurrir asistida por otra persona para conformar su voluntad testamentaria, y siempre que pueda comprender y manifestar sus disposiciones mortis causa, como es el caso que nos ocupa.

Las personas con deficiencias sensoriales, mentales o intelectuales, sin capacidad modificada por sentencia al tiempo del otorgamiento del testamento impugnado, así como, actualmente, todas las personas, sean o no discapaces, pueden testar cuando el notario aprecie su capacidad sin necesidad de un preceptivo informe médico, que suponía entonces un tratamiento jurídico diferente, y todo ello sin perjuicio, claro está, de su impugnación judicial.

Por todo lo cual, entendemos, que el defecto observado no puede ser determinante de la nulidad del testamento, sin que ello suponga aplicar retroactivamente la reforma del CC derivada de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

Por todo ello, el recurso de casación no debe ser estimado.

QUINTO.- Costas y depósito

1.- La desestimación del recurso conlleva la preceptiva imposición de costas en aplicación de lo dispuesto en el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Procede decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

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

Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Joaquín contra la sentencia n.º 495/2018, de 13 de diciembre, dictada por la sección primera de la Audiencia Provincial de Salamanca, en el recurso de apelación n.º 319/2018, con imposición de costas y pérdida del depósito constituido para recurrir.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.