

Id Cendoj: 28079110012007101048
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 3571/2000
Nº de Resolución: 1063/2007
Procedimiento: Casación
Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

SUCESIONES.TESTAMENTO OTORGADO POR PERSONA SIN CAPACIDAD INTELECTIVA Y VOLITIVA .DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Octubre de dos mil siete.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla , como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía nº 186/97 , seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de Utrera cuyo recurso fue interpuesto por el Procurador Don José Ignacio Noriega Arquer, en nombre y representación de Don Emilio , Doña Elsa , Doña Rosario ,Don Benedicto , D. Juan Pablo y D. Luis María , y como recurridos el Procurador Don Luciano Rosch Nadal , en nombre y representación de Don Jose Ángel , Don Ricardo y Doña Guadalupe y Don Emilio .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador Don Javier Isern Coto, en nombre y representación de Don Jose Ángel , Don Ricardo y Doña Guadalupe , interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, contra Don Emilio ,Doña Elsa , Don Benedicto , Don Juan Pablo ,Doña Leonor , Don Luis María y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que declare la nulidad del testamento otorgado por Doña Mónica el día 4 de marzo de 1987 ante el Notario de Sevilla Don Joaquín Serrano Valverde, bajo el número 443 de su protocolo por incapacidad de la testadora para su otorgamiento y con violencia, dolo o fraude en el otorgamiento del mismo, o por cualquiera de las dos causas, con cuantas consecuencias legales se derivan de dicha declaración, condenando a los demandados a estar y pasar por ellas y al pago de las costas, por ser de justicia.

2.- El Procurador Don Juan María Murciano Flores , en nombre y representación de Don Emilio y otros , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda base de estas actuaciones, absolviendo a mis mandantes de los pedimentos en la misma contenida y declarando en consecuencia que no procede decretar la nulidad del testamento otorgado por Doña Mónica el día 4 de marzo de 1987, condenando a los actores a estar y pasar por dicha declaración y al pago de las costas pues todo ello es de justicia. El Procurador Don Manuel Terrades Martínez del Hoyo, en nombre del Albacea Testamentario de Doña Mónica , D. Luis María ,contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia desestimando íntegramente la demanda, absolviendo de ella a la parte demandada , y con expresa condena en costas a la parte actora, por su temeridad y mala fé.

Contestada la demanda y dando los oportunos traslados, se presentaron los respectivos escritos de réplica y dúplica y habiendo solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes que fueron declaradas pertinentes y con el resultado que obra en autos .

3.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas estas a los autos, las mismas partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus escritos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de Utrera , dictó sentencia con fecha 16 de diciembre de 1994 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que desestimo la demanda interpuesta por el Procurador Sra.García de la Vega ,en nombre y representación de D. Ildefonso , D Emilio , Doña Elsa , Doña Rosario y D. Benedicto , Don Juan Pablo , Doña Leonor y Don Luis María , absolviendo a los demandados de todos los pedimentos que se es formulan, con expresa imposición de costas procesales a la parte actora.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Don Ildefonso y Don Jose Ángel , Don Ricardo y Doña Guadalupe , la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla , dictó sentencia con fecha 8 de mayo de 2000 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: La estimación del recurso de apelación formulado por el Procurador Don Juan B. García de la Vega Tirado, en representación de Don Ildefonso ; y por el Procurador D. Javier Isern Coto, en representación de Don Jose Ángel , Don Ricardo y Doña Rosario ; frente a la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Juez de Primera Instancia del Juzgado número uno de Utrera (Sevilla) el 16 de diciembre de 1994. Resolución que revocamos. Estimamos la demanda promovida por referidas representaciones contra Don Emilio , Doña Elsa , Doña Rosario , D. Benedicto , Don Juan Pablo , Doña Leonor y Don Luis María .

Declaramos la nulidad del testamento que figura como otorgado por Doña Mónica , el día 4 de Marzo de 1987, ante el Notario de Sevilla Don Joaquín Serrano Valverde, bajo el numero 443 de su Protocolo, por incapacidad de mencionada señora.Con todas las consecuencias legales procedentes.

Condenamos a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y a satisfacer las costas de la primera instancia.

TERCERO.- 1.- El Procurador Don Ignacio Noriega Arquer , en nombre y representación de Don Emilio , Doña Elsa , Doña Rosario , D. Benedicto , Don Juan Pablo , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS : PRIMERO.- Al amparo del *ordinal 3º artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por quebrantamiento de las normas que rigen las normas y garantías procesales, habiéndose producido indefensión para esta parte, citando como infringido el *artículo 340 de la LEC* y el *artículo 24 de la Constitución y la Doctrina de este Tribunal*.SEGUNDO.-Al amparo del *ordinal 3º del artículo 1.962 de la LEC* , por quebrantamiento de las normas que rigen los actos y garantías procesales, habiéndose producido indefensión para esta parte,citando como infringido el 340 de la LEC y los *artículos 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*. TERCERO.-Al amparo del *ordinal 3º del artículo 1692 de la LEC* , por quebrantamiento de las normas que rigen los actos y garantías procesales, habiéndose producido indefensión para esta parte, citando como infringido el *artículo 340 párrafo último de la LEC* y el *artículo 341 de la citada Ley* y los *artículos 238 y 240 de la Ley Organica del Poder Judicial* .CUARTO- Al amparo del *ordinal 3º del artículo 1.692 de la LEC* , por incurrir la sentencia recurrida en quebrantamiento de las normas que rigen los actos y garantías procesales, habiéndose producido indefensión para la parte, citando como infringidos los *artículos 238 y 240 de la LOPJ* y los *artículos 340 y 341 de la LEC*. QUINTO.- Al amparo del *ordinal 3º del artículo 1692 de la LEC* por quebrantamiento de las normas que rigen los actos y garantías procesales, habiéndose producido indefensión para la parte,citando como infringidos el *artículo 342 de la LEC*. SEXTO.- Al amparo del *ordinal 4º del artículo 1.692 de la LEC* , por incurrir la sentencia recurrida en infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicable a las cuestiones objeto de debate,citando como infringidos los *artículos 1281 y 1283 del Código Civil*. SEPTIMO.- Al amparo del *ordinal 4º del artículo 1.692 de la LEC* , por incurrir la sentencia recurrida aplicable a las cuestiones objeto de debate . Se citan los *artículos 1242 y 1243 CC* , en relación con el *art. 632 LEC* . OCTAVO .- Al amparo del *artículo 5.4. de la Ley Orgánica del Poder Judicial* por incurrir la sentencia recurrida en infracción del *artículo 24 de la Constitución Española* . NOVENO.- Al amparo del *ordinal 4º del artículo 1.692 de la LEC* , por incurrir la sentencia recurrida en infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicable a las cuestiones objeto de debate, infracción que concreta en los *artículos 663 2º y 666 del Código Civil* y la Doctrina reiterada del Tribunal establecida en las sentencias que se cita.

Por el Procurador D. José Ignacio Noriega Arquer, en nombre y representación de D. Luis María interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS : PRIMERO.- Al amparo del *artículo 5.4. de la Ley Orgánica del Poder Judicial* por infracción del *art 24 de la Constitución Española* . SEGUNDO.- Al amparo del *ordinal 3º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por quebrantamiento de las normas que rigen los actos y garantías procesales habiéndose producido indefensión para esta parte,citando como infringidos los *apartados 8º y 9º del artículo 219 de la LOPJ*.TERCERO.- Al amparo del *artículo 5.4. de la Ley Orgánica del Poder Judicial* por infracción del *artículo 24 de la Constitución*. CUARTO Al amparo del *ordinal 3º del artículo 1992 de la Ley de*

Enjuiciamiento Civil por quebrantamiento de las normas que rigen los actos y garantías procesales habiéndose producido indefensión para esta parte, citando como infringidos los *artículos 340 y 341 de la LEC*. QUINTO Al amparo del ordinal 3º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por quebrantamiento de las normas que rigen los actos y garantías procesales con producción de indefensión para esta parte, citando como infringido el *artículo 342 párrafo último de la L.E.C*. SEXTO.- Al amparo del ordinal 3º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por quebrantamiento de las normas que rigen los actos y garantías procesales habiéndose producido indefensión para esta parte, citando como infringido lo dispuesto en el nº 2 del artículo 10 de la L.O.P.J . SEPTIMO.- Al amparo del ordinal 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por incurrir la sentencia recurrida en infracción de las normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia aplicable a las cuestiones objeto de debate, citando como infringidos el *párrafo 2º del artículo 1282 del Código Civil* . OCTAVO.- Al amparo del ordinal 4º del artículo 1.692 de la LEC , por incurrir la sentencia recurrida en infracción de las formas de la jurisprudencia aplicable a las cuestiones objeto de debate. Se vulnera la Doctrina de este Tribunal en sentencias de 29 de septiembre de 1998, 18 de abril de 1992, 15 de noviembre de 1997, 15 de abril de 1998 y 15 de junio de 1998. NOVENO.- Al amparo de lo previsto en el ordinal 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por incurrir la sentencia recurrida en infracción de las normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia aplicable a las cuestiones objeto de debate citando. Como infringido se cita el *artículo 1243 de Código Civil* . DECIMO.- Al amparo del ordinal 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por incurrir la sentencia recurrida en infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable a las cuestiones objeto de debate, citando como infringidos los *artículos 663 2º y 1261 1º del Código Civil* en relación con el *art. 666* del mismo Cuerpo Legal.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Luciano Roscha Nadal , en nombre y representación de D. Jose Ángel y otros , presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 27 de septiembre del 2007, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son hechos probados de la sentencia recurrida en casación los siguientes: 1º) Dª Mónica , nacida el día seis de Marzo de mil novecientos ocho, el veintiocho de Febrero de mil novecientos ochenta y siete padecía graves enfermedades físicas y deterioro psíquico, manifestado por confusión mental, que afectaba a su capacidad intelectual y volitiva, en su falta de discernimiento de la realidad, incapaz para tomar decisiones importantes en la organización de su vida y de su patrimonio, y, más en concreto, era incapaz de reflexionar y decidir sobre el destino de su patrimonio, ni de ordenar su sucesión hereditaria, como tampoco respecto a actos importantes de nombramiento de administradores o albaceas, ante la absoluta ausencia de inteligencia y voluntad sobre estas cuestiones. 2º) En años anteriores, Doña Mónica , después de haber otorgado un testamento el once de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete, no manifestó su intención de disponer de su patrimonio por "actos mortis causa", ni a favor de sus sobrinos carnales (actores en el proceso civil, con los que había mantenido discrepancias por otras cuestiones sucesorias), ni respecto de lejanos parientes o servidores (que integran los designados en el testamento discutido, y como demandados), y cuando, en todo caso, antes de perder sus facultades mentales, muy bien hubiera podido otorgar testamento, si lo consideraba oportuno, sin moverse de la localidad de su residencia en Las Cabezas de San Juan (Sevilla). 3º) El día veintiocho de Febrero de mil novecientos ochenta y siete, sufriendo las graves enfermedades físicas y psíquicas mencionadas, sin voluntad propia, y la sola decisión (pero sin autoridad, ni facultades para acordarlo) de ciertas personas de su entorno, parientes lejanos o sirvientes -instituidos herederos en el testamento-, fue trasladada en una camilla, y por una ambulancia, desde su localidad a la Clínica Santa Isabel de Sevilla. 4º) El día tres de marzo de mil novecientos ochenta y siete se presentó en una Notaría de Sevilla, una persona desconocida del Notario, al que impartió instrucciones al objeto de redactar el testamento de Dª Mónica , a través de persona no autorizada, que no presentó minuta manuscrita por la enferma. 5º) El día cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y siete, el Letrado D. Luis María , ejerciente en Sevilla, del que no consta adecuada, ni especial relación de amistad, confianza, o profesional con Dª Mónica , atribuyéndose la importante calidad de "albacea de la señora", acompañó al Notario a la Clínica (en razón a estar interesado en el testamento y estarlo, ahora, en el proceso, y personado en la habitación de la Clínica donde yacía la enferma, dio lectura a un documento sobre acto "mortis causa", donde se reseña como fecha de nacimiento de Mónica , la del "8 de Febrero de 1.908" que también figura en su D.N.I. pero que no es la de la partida de nacimiento el 6 de Marzo de 1.908, siendo testigo el mismo albacea, sin que su contenido se corresponda a la supuesta voluntad de Dª Mónica , ni a sus instrucciones verbales, directas y personales al Notario; 6º) Aun suponiendo la lectura del documento, Dª Mónica no comprendió nada, a pesar de extender el trazado

vacilante y automático de una firma que "corresponde a una persona de avanzada edad, fatigada y de escasa energía vital", el Notario, no cumplió escrupulosamente la normativa imperativa regulada por los arts. 142 y 147 del vigente Reglamento Notarial de 8 de Junio de 1.984 .

Con estos datos, adverbados por la prueba que valora la Audiencia, declara que el testamento otorgado no reunía requisito alguno de veracidad, legalidad y eficacia jurídica, y que el día cuatro de Marzo, D^a Mónica carecía de facultades mentales para hacerlo dada la falta de capacidad, por ausencia de facultades mentales "para reflexionar y decidir sobre el destino de su patrimonio, ni de ordenar su sucesión hereditaria, como tampoco respecto a actos importantes de nombramiento de administradores o albaceas, ante la absoluta de ausencia de inteligencia y voluntad sobre estas cuestiones". En su vista estimó el recurso de apelación interpuesto por los actores, y, acogiendo la demanda promovida, declaró la nulidad del testamento por incapacidad de la testadora con aplicación del *número segundo del artículo 663 del Código Civil* y del *artículo 666* , en relación con el *artículo 1261.1* del mismo Texto.

SEGUNDO.- Recurren la sentencia tanto los herederos de Doña Mónica , como Don Luis María , en su calidad de Albacea, y como quiera que el segundo motivo del recurso de esta parte, amparado en el *núm. 3º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, se refiere a la *recusación de los tres* miembros de la Sala que fallaron el recurso de apelación, que se planteó en su momento y desestimó la Excm. Sala Especial de recusaciones del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía Ceuta y Melilla, mediante resolución de fecha 11 de abril de 2000, es pertinente examinarlo previamente en atención a las consecuencias que produciría su eventual estimación, conforme a lo dispuesto en el *art. 228 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* .

El motivo se desestima no solo porque se está invocando una causa nueva, como es la 6 del *artículo 219 LOPJ* , por un hecho que no se produjo como es la denuncia de la Sala a una de las partes cuando la única actuación en este sentido fue poner en conocimiento de la Fiscalía una determinada conducta por si pudiera ser constitutiva de infracción, sino porque la enemistad manifiesta del Tribunal con una de ellas, además de ser una mera y rechazable conjetura, fue rechazada por extemporánea al haberse planteado después de comenzada la vista del pleito, con vulneración de lo dispuesto en el *artículo 193 de la LEC* que establece que en ningún caso podrá hacerse recusación después de haber sido citadas las partes para sentencia en primera instancia, ni después de comenzada la vista en el pleito o en el Tribunal Supremo.

TERCERO.-En el tercero de la misma parte refiere una supuesta infracción del *artículo 24 .2 CE* por haberse vulnerado el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley al haberse modificado la composición de la Sala que debía conocer y fallar el recurso de apelación. Los cambios de los Magistrados que componen los Tribunales, designados conforme a la normativa legal, que no constituyan plantilla de la Sala, han de ser notificados a las partes -se hará saber, dice el *artículo 202 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* - por lo que se aprecia falta de diligencia y atención en el Tribunal que no cumple dicha obligación, que el *artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* autoriza incluso a llevarla a cabo de forma verbal antes de darse principio a la vista.

Ahora bien, con referencia a la cuestión planteada, la doctrina mayoritaria y mantenida por esta Sala, con cita de la doctrina del Tribunal Constitucional, ha establecido que el cambio de Magistrado sólo tiene incidencia material si el nuevo Magistrado incurre en concreta causa de recusación y la inobservancia del deber de poner en conocimiento de los litigantes la composición de la Sala, incluso del Ponente, se presenta como irregularidad que no comporta en si misma lesión del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, pues el defecto procesal cometido ha de tener una incidencia material concreta, que solamente ocurre con consiguiente relevancia constitucional, cuando a la denuncia sobre la composición de la Sala se acompaña manifestación expresa de la parte de la eventual concurrencia de una causa de recusación que pudiera afectar a dicho Magistrado. Y es evidente que, los tres magistrados que conocieron del recurso, integran la plantilla la Sección en cuestión, y, en cualquier caso, ninguna causa de recusación del Magistrado que intervino se ha alegado, por lo que el motivo ha de ser rechazado.

CUARTO.-El mismo recurrente introduce al amparo del *artículo 5.4 de la LOPJ* diversas cuestiones dispares, también de solución preferente, puesto que se refiere a la falta de parcialidad de los integrantes de la Sala por su colaboración "activa y decisivamente" en el nombramiento por una de las partes de un perito de su elección; a la denuncia interpuesta contra el recurrente por un presunto delito de coacciones y amenazas a los peritos designados para mejor proveer; a la precipitación con que la Sala dictó sentencia, que no solo no esperó a que el Juzgado de Instrucción se pronunciara sobre la admisión o no de la querrela, sino que lo hizo sin acabar el proceso, y, finalmente, a diversas circunstancias, como la expresada en la sentencia de haber puesto en conocimiento del Excmo. Presidente del Tribunal Superior de Justicia lo acontecido en el proceso "retraso sufrido en el rollo de apelación", por si procediera ponerlo en

conocimiento del CGPJ y del Colegio de Abogados de Sevilla; la que refleja un proveído de 3 de Julio de 2000, remitiéndole con carácter reservado una comunicación sobre las circunstancias del proceso, y, la que resulta de la violación del principio de igualdad de las partes en el proceso y de la admisión de pruebas en segunda instancia.

El motivo resulta absolutamente improcedente e inadmisibile. La ausencia de imparcialidad debe evitarse por los cauces de la abstención y de la recusación, en virtud de alguna de las causas previstas en la Ley, y el derecho a formular recusación es un remedio procesal en principio útil para garantizar el derecho a un juez imparcial, desplazando del conocimiento del proceso a aquellos Jueces o Magistrados cuya imparcialidad suscite recelo (STC 19 de diciembre 2003 , y las que en ella se citan); recusación que fue actuada y denegada con el añadido de una multa por la manifiesta mala fe y la utilización espúmea de su derecho por parte del recusante. Pero es que, además: a) ningún dato acredita la veracidad de lo que se manifiesta; b) tuvo el recurrente la posibilidad de intervenir en la prueba que cuestiona, sin incidencia, por otra parte, en la sentencia, y c) entra dentro de las facultades del Tribunal dirigir las comunicaciones que parezcan convenientes para el mejor funcionamiento de los Tribunales y de quienes intervienen ante ellos, cuando advierten alguna irregularidad. Es precisamente el carácter procesal de las resoluciones dictadas lo que impide que tales actos, entre otros motivos, puedan dar lugar a la recusación, ya que el simple hecho de haberlas dictado, aunque contradigan las pretensiones de las partes, en modo alguno permiten deducir animadversión u hostilidad hacia alguna de ellas.

QUINTO.-Se denuncia en el sexto de D Luis María vulneración de lo dispuesto en el *número 2 del artículo 10 de la LOPJ* por cuanto uno de los apelados interpuso una querrela por falso testimonio contra los peritos, "presuntamente cometido al faltar ambos a la verdad en los respectivos informes periciales" sin que la Sala suspendiera el procedimiento. El motivo carece, como los anteriores, de fundamento alguno. En primer lugar, el *artículo 10.2* exige para paralizar el procedimiento la existencia de una cuestión prejudicial y que esta condicione de forma determinante la resolución civil, y es evidente, porque así resulta de la sentencia recurrida, que la falta de capacidad de la testadora aparece avalada por otras pruebas y, en concreto, la pericial del Sr. Daniel (la otra no se menciona), siendo una más de las que conforman la motivación del fallo.

SEXTO.-Los cinco primeros motivos del primero de los recursos, así como el cuarto y el quinto del segundo, vienen a denunciar infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, en ambos casos con indefensión. Lo que se cuestiona, en breve síntesis, es que la Sala acordó para mejor proveer unas pruebas supliendo "la actuación fraudulenta de las partes"; que se practicó una prueba de informes, sin darse los supuestos previstos en el *artículo 631 de la LEC* ; que no se les dio traslado para formular las alegaciones que previene el *artículo 342 de la misma Ley* y que no se tramitó un incidente de nulidad de actuaciones contra las pruebas médicas practicadas para mejor proveer, al no haber sido estas ejecutadas de conformidad con lo acordado por la Sala, ni haber examinado la documentación que expresamente ordenó la Sala.

Todos ellos se analizan conjuntamente para desestimarlos. El *artículo 630 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* autoriza al Juez, cuando lo crea necesario, hacer uso de la facultad que le concede el *artículo 340.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , conforme al cual los Jueces y Tribunales podrán acordar para mejor proveer practicar cualquier reconocimiento o avalúo que reputen necesario, o que se amplíen los que ya se hubiesen hecho, precepto que ha sido interpretado reiteradamente por ésta Sala en el sentido de que las diligencias para mejor proveer pertenecen al ámbito de facultades del juzgador de instancia, y conforman, al tiempo, una excepción al principio dispositivo y de aportación de parte que rige en el proceso civil, cuyo ejercicio o falta de ejercicio aparece excluida de recurso alguno y por tanto también del de casación (SSTS, 3 de diciembre de 2001; 10 de mayo de 2005; 27 de abril de 2006). En lo que aquí interesa supone que fue correcta la decisión del Juez de acordar las diligencias en lo relativo a la práctica de la prueba pericial y otra de informes, dirigidas ambas a acreditar la falta de capacidad de la testadora y a formar su propia convicción al respecto, puesto que ya, de una forma o de otra, venía reclamada en la instancia y fue admitida como prueba en la apelación. La prueba se realizó de forma procesalmente correcta pues una cosa son las intenciones que, a juicio de la recurrente, subyacen el la petición y otra distinta que se dejaron sin cumplimentar las previsiones legales en orden a la insaculación o que se emitiera un informe, sin darse los supuestos previstos en el *artículo 631 de la Ley* , cuando este informe es silenciado en la sentencia, y la prueba pericial no ha sido tenida en cuenta de modo aislado, sino a través de una valoración y de un análisis cuidadoso de las demás practicadas en el pleito, y , en cualquier caso, previa valoración de toda la documentación obrante en autos que el perito consideró de interés y más objetiva.

Hubo, además, contradicción y debate sobre la prueba practicada que tiene su origen en la que fue interesada en la primera instancia, y aceptada en apelación, cumplimentándose la *regla del artículo 342 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , conforme al cual el resultado de las diligencias para mejor proveer se han de

poner de manifiesto a las partes para que aleguen por escrito cuanto estimen conveniente acerca de su alcance e importancia, puesto que en relación a la prueba de informes se dio el traslado de forma expresa mediante providencia de fecha 30 de diciembre de 1.999, y respecto del informe del perito Sr. Daniel , se acordó con fecha 26 de enero de 2000 la entrega de la diligencia a cada uno de los Letrados a los efectos legales pertinentes; todo ello con antelación a dictarse la sentencia el día 8 de mayo siguiente.

Pero es que, además, para apreciar la infracción del *artículo 1692,3* debe haberse producido indefensión, y es evidente que no se trata aquí de la denegación de ninguna prueba, sino de la admisión de una que los recurrentes consideran extemporánea ,sin que sea posible equiparar un supuesto de admisión de pruebas a los casos en que se priva a una de las partes de sus posibilidad probatorias, mediante la negación de alguno de los medios que el derecho autoriza. Ello sin desconocer que la doctrina de esta Sala ha venido manteniendo la necesidad de hacer un uso ponderado de las diligencias para mejor proveer, de modo que su ejercicio sea conforme a la función o finalidad que le es propia, de que el órgano jurisdiccional adquiriera un conocimiento exacto de aquellos hechos que, sirviendo para fundamentar el fallo, se estime que han quedado confusos o poco determinados por las pruebas aportadas por las partes y que es necesario esclarecer en forma adecuada para dictar la sentencia procedente; debiendo evitarse su utilización como mecanismo para suplir la negligencia o pasividad de los litigantes (STS 25 de noviembre 2002 , y las que en ella se citan), y es evidente que esta pasividad no puede predicarse en quien, desde la instancia, trató de buscar en la pericia o en los informes un medio idóneo para acreditar la pretensión formulada, por lo que al margen de aspectos meramente formales en su solicitud, lo que en ningún caso ha producido indefensión a quienes participaron en la prueba y pudieron complementar de forma distinta los medios probatorios de su interés.

Finalmente, por lo que al incidente de nulidad se refiere, las normas invocadas (*artículos 340* , en relación con el *art. 341, ambos de la LEC* , y *artículos 238 y 240 de la LOPJ*), nada tienen que ver con las alegaciones que se contienen en el motivo, ni se indica por la recurrente que números, apartados o causas de entre las previstas en estos dos últimos artículos entienda han sido infringidas por la sentencia de apelación, lo mismo que sucede con el *artículo 340 de la LEC* , y lo que realmente pretenden es que la Sala valore de nuevo la prueba pericial, lo que no es posible, y que se tenga en cuenta lo que resulta del informe que, "al detectar las citadas anomalías", solicitó del Colegio Oficial de Médicos de Sevilla, expresiva de una situación contraria sobre la capacidad de la testadora, lo que resulta absolutamente inaudito e inadmisibile. Lo cierto es que, como señaló la Audiencia, "la petición de nulidad y el incidente promovido en la fase probatoria, como diligencias para mejor proveer, infringe la norma del *artículo 742 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y desde luego no determina la aplicación de los *artículos 238 y 240 de la LOP* (redactado el apartado de dicho último *precepto por la Ley de 4 de diciembre de 1.997*), que, si se lee correctamente, se refiere a la nulidad de actuaciones por defectos de forma que hubieran causado indefensión. Y una diligencia de prueba no está incluida en esa amplia categoría de actuaciones procesales y menos cuando se practica conforme a lo acordado por el Tribunal".

SEPTIMO.-En el motivo sexto del primer recurso se denuncia bajo el *ordinal 4 del artículo 1692 LEC* infracción de los *artículos 1281 y 1283 del CC* , sobre interpretación de los contratos, ya que la Sala ha valorado erróneamente los dos documentos fundamentales, de los que el Tribunal deduce que Doña Mónica se encontraba en situación de minusvalía psíquica desde su ingreso en la clínica hasta su fallecimiento (carta diagnóstico e historia clínica). La misma denuncia se formula en el motivo séptimo del segundo recurso, esta vez por infracción del *párrafo 1 del artículo 1281* . Ninguno de ellos puede ser estimado por cuanto confunden un tema de interpretación contractual con un problema de índole probatoria, que esta Sala tiene separados (STS 24 de noviembre 2006 , y las que se citan), desde la idea de que como problema de interpretación contractual lo que somete a la consideración de la Sala es un aspecto relativo a la capacidad de Doña Mónica en el momento de otorgar testamento a través de un análisis del verdadero contenido alcance de los citados documentos privados cuya resolución en la instancia se efectuó desde la perspectiva de la valoración probatoria conjunta de todos los medios de prueba que consideró de interés y lo que realmente interesa, más allá de una correcta o incorrecta interpretación, es que se alteren los hechos que sirvieron de base a la Sala para llegar a una conclusión distinta, y es evidente que no ha sido atacado este resultado probatorio mediante las vías legales oportunas sino acudiendo a la normas sobre la interpretación de los contratos, que no son normas de prueba. Pero es que, además, la carta del Dr. Salvador dice lo que señala la sentencia, es decir, que Doña Mónica ha presentado "en varias ocasiones" estados de desorientación temporoespacial con pérdida de memoria, "posiblemente por episodios isquémicos vascular cerebral" , y si bien ha respondido al tratamiento con citicolina y piracetam (la carta es de fecha 28 de febrero de 1.987,día de su ingreso), esto no significa que hubiese superado total o parcialmente esas deficiencias de conducta o que no se iban a volver a repetir unos nuevos episodios, teniendo en cuenta la forma en que se produjo el ingreso y se materializó su última voluntad. Lo mismo ocurre con la historia clínica en la que el hecho de que no aparezcan datos expresos referidos a un bajo nivel de conciencia, no supone que no los hubiera. Estamos, en suma, ante intento de desvirtuar o

desarticular por medios probatorios aislados una valoración de conjunto realizada en la instancia.

OCTAVO.- En el motivo octavo del recurso de Don Luis María se vuelve a cuestionar los citados documentos, esta vez a partir de la infracción de la doctrina jurisprudencial que cita y que nada tiene que ver con los hechos objetos a debate, sino con el error en la valoración de la prueba y con la doctrina reiterada de que esta valoración corresponde al tribunal de apelación y debe mantenerse salvo que ésta resulte ilógica, contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica, que son supuestos de exclusión no concurrentes en este caso, pues lo contrario transformaría el recurso de casación en una tercera instancia, máxime cuando las consideraciones del tribunal sentenciador sobre los documentos en cuestión nada tienen de arbitrarias, sino que guardan relación a su vez con la valoración de las demás pruebas e incluso con el curso de los acontecimientos en una materia en la que es la suma de toda una suerte de datos la que se analiza y se somete a proceso valorativo por ser material probatorio obrante en el pleito y los que a la postre llevaron a la convicción del Tribunal la situación personal de la testadora, más allá de lo que el recurrente pretende manifestar a través del recurso. Todo ello con independencia de que el desarrollo del motivo se hace al amparo de diversas sentencias de esta Sala, que no hacen sino mantener una doctrina ya reiterada que aplica en función de los hechos litigiosos que en cada momento juzga, lo que implica o puede implicar soluciones distintas.

NOVENO.-El motivo séptimo y el noveno de ambos recursos, pretenden combatir la valoración de la prueba pericial realizada por el tribunal de instancia, mediante la cita de los *artículos 1242, 1243 del CC* y 632 de la LEC, ya que la valoración que hace la sentencia del informe pericial del Dr. Daniel es tachada de ilógica, arbitraria y no razonable.

La valoración de la prueba pericial corresponde a las facultades del tribunal de instancia por lo que sólo puede ser impugnada en casación cuando arroja un resultado erróneo, arbitrario o ilógico, contrario a las reglas de la sana crítica, pero no cuando se trata de sustituir el criterio de valoración seguido razonablemente por el tribunal de instancia por el que la parte recurrente estima más adecuado o acertado (SSTS 21 de julio de 2006; 9 de marzo 2007), que es lo que aquí sucede. Y es que, a partir de una descalificación global del informe emitido por el Sr. Daniel le acusa de "falta de rigor científico", se viene a cuestionar que Doña Mónica tenía capacidad plena en el momento de su ingreso, que lo fue por una apendicitis crónica, y que no hay ninguna referencia a que la misma estuviera confusa, desorientada u obnubilada. Con tales argumentos lo que se pretende por los recurrentes es convencer a este Tribunal del error en la apreciación de esta prueba por parte del de apelación, sin tener en cuenta que la prueba que se impugna tiene evidente naturaleza complementaria de las demás obrantes en autos, con independencia de su valor para fundamentar el fallo, y como tal no ha sido tenida en cuenta de modo aislado, y su resultado no puede ser desvirtuado por la eficacia contraria de alguno de los elementos que integraban el conjunto.

La Sala de Instancia funda su fallo no sólo en la apreciación negativa de la única pericia que estima digna de considerarse (el informe del Sr. Casimiro no lo tiene en cuenta), sino en otra suerte de datos que se inician el día veintiocho de Febrero de mil novecientos ochenta y siete, cuando, sufriendo las graves enfermedades físicas y psíquicas que la sentencia menciona, "sin voluntad propia, y la sola decisión (pero sin autoridad, ni facultades para acordarlo) de ciertas personas de su entorno, parientes lejanos o sirvientes, -instituidos herederos en el testamento-", es trasladada en una camilla, y por una ambulancia, desde su localidad a una Clínica de Sevilla, y que se concretan en pruebas tales como la "carta-diagnóstico" del Dr. D. Salvador al Dr. Carlos María; en el hecho de que la testadora no manifestara su intención de disponer de su patrimonio por "actos mortis causa", ni a favor de sus sobrinos carnales (actores) ni respecto de lejanos parientes o servidores (demandados); en la testifical del conductor de la ambulancia y de la sirvienta; en el historial clínico de fecha cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y siete y siguientes; en el tratamiento de urgencia y concreta referencia a "enferma desorientada, obnubilada"; en el Informe Pericial Psiquiátrico Judicial, nombrado por insaculación, y en las aclaraciones posteriores, en cuanto examinó y valoró, en el orden científico, cuantos datos consideró necesarios, así como todos los antecedentes clínicos de la enferma; en los errores inexcusables contenidos en el testamento; en el Informe de la Policía Científica expresivo de que la firma extendida en el testamento "corresponde a una persona de avanzada edad, fatigada y de escasa energía vital", y en el nombramiento, en suma, del ahora recurrente y Letrado ejerciente en Sevilla, Sr. Luis María, como contador partidor y albacea, cuando no consta adecuada, ni especial relación de amistad, confianza, o profesional con D^a Mónica, junto con la prueba de confesión de esta parte y "la pretendida ignorancia del Letrado, absolviendo posiciones, sobre cuestiones de D^a Mónica y los sucesos de su enfermedad, y si era albacea in pectore, negar que buscó al Notario y le entregó la nota para redactar el testamento". En este contexto, la prueba que se cuestiona viene a corroborar toda una suerte de datos que se desarrollan fuera de lo que no es normal o habitual en esta suerte de negocios jurídicos, cuidando de precisar la sentencia de instancia las anomalías concurrentes sobre su estado en el momento en que ordena su testamento, de cuya apreciación global le permite concluir que "carecía de facultades mentales para tomar decisiones de cualquier clase, en el orden personal, o familiar, o social, y

nunca, desde luego, para otorgar libremente negocios jurídicos, ni prestar su consentimiento, en un acto tan importante cual es el testamento. Sin que a ello sea óbice el juicio de capacidad del Notario y de los testigos instrumentales para realizar tal acto jurídico, a quienes el Código les obliga a procurar asegurarse de la capacidad mental del testador por lo que su juicio favorable únicamente crea una presunción de capacidad que puede destruirse mediante prueba en contrario, como con reiteración ha declarado esta Sala (SSTS 12 de mayo de 1998; 31 de marzo 2004 , entre otras).

DECIMO.-Esta valoración global de la prueba no es contraria a lo dispuesto en el *artículo 24 CC*, como se dice en *motivo octavo* del primer recurso, ni supone que la sentencia carece del "más mínimo proceso deductivo" para aceptar sus conclusiones o para mantener que acreditan la incapacidad, puesto resulta patente que ni se ha producido vulneración alguna de los derechos fundamentales de quien lo formula, que ha obtenido un pronunciamiento que no se fundamenta en una mínima actividad probatoria sino a partir de la prueba practicada en los extremos que a la Sala de instancia le parecieron de interés, descartando unos y aceptando otros de forma expresa, y no conforme a los datos que a la parte podían haberle interesado, desde la idea de que esta valoración corresponde exclusivamente al Juzgador y ha servido, de un lado, para sentar las apreciaciones fácticas de interés a la solución del conflicto y, de otro, para que la parte pudiera impugnar los medios de prueba que le parecieron convenientes como resultado de reflejar de forma clara y evidente el proceso lógico jurídico que condujo a una decisión judicial comprensible y fundada en derecho, y ajena por supuesto a todo asomo de arbitrariedad.

UNDECIMO.- La desestimación de los anteriores motivos lleva aparejada la del noveno y décimo, también de los dos recursos, en que se denuncia la infracción por violación de los *artículos 663.2 y 1261.1 del CC* , en relación ambos con el *art. 666* del mismo cuerpo legal, conforme a la doctrina jurisprudencial que cita, puesto que los hechos enjuiciados no son subsumibles en el ámbito de los primeros preceptos, ya que, en absoluto, se ha acreditado que la testadora no se hallaba habitual o accidentalmente en su cabal juicio cuando otorgó testamento. En primer lugar, vuelve a insistir una vez más en modificar los hechos declarados probados en la sentencia para tratar de convencer a la Sala que D^a Mónica se hallaba en su cabal juicio. No es el recurso de casación una tercera instancia donde esta Sala pueda valorar nuevamente la prueba, según su reiterada jurisprudencial, para llegar a una solución contraria. La apreciación de la capacidad del testador es una mera cuestión de hecho, sometida por modo exclusivo a la Sala de instancia, como también lo es la potestad de valorar libremente la prueba pericial, sin más sujeción que la pauta que ofrecen las reglas de la sana crítica, bien sola o armonizándola con la resultancia de los demás elementos de convicción, como hizo. En segundo, el principio de capacidad que establece el *artículo 662*, tiene como una de sus excepciones la del n^o 2 del *artículo 663* , en que se incapacita para otorgarlo al que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio, disponiendo el *artículo 666* que para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento, y es evidente que el Tribunal de instancia interpretó tales disposiciones, así como la doctrina legal que los desarrolla, en el recto sentido derivado de sus propios términos, atendiendo no solo a su estado los días anteriores, sino al tiempo del otorgamiento de la declaración de última voluntad, el mismo que se mantuvo hasta la fecha de su fallecimiento unos días después, durante el cual la enferma careció de entendimiento y comunicación y, en definitiva, de la conciencia que le hubiera permitido comprender la importancia y las consecuencias de las propias acciones.

La capacidad para testar equivale a capacidad o aptitud natural y según la jurisprudencia reiterada se presume asiste a todo testador. Ahora bien, la situación de no encontrarse en su cabal juicio, conforme a la formula utilizada en el *artículo 663 CC* , no reduce su ámbito de aplicación a la existencia de una enfermedad mental propiamente dicha y prolongada en el tiempo, sino que engloba cualquier causa de alteración psíquica que impida el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos por carecer de conciencia y libertad y de la capacidad de entender y querer sobre el significado y alcance del acto y de lo que con el mismo se persigue (SSTS de 11 de diciembre de 1962 y 7 de octubre de 1982).Y es indudable que esta voluntad no puede ser atrapada en un documento notarial en un momento de la vida de una persona que ni desea dejar patente su última voluntad ni podía expresarla de forma consciente y libre. Los hechos probados son en este aspecto evidentes en cuanto revelan la absoluta falta de voluntad de la enferma anciana para tomar decisiones de cualquier clase, tanto en el orden personal, como familiar o social, y nunca, desde luego, para otorgar libremente negocios jurídicos en un momento de su vida indudablemente confuso y penoso.

DUODECIMO.- La desestimación de ambos recursos conlleva la imposición de las costas a los recurrentes, conforme a lo dispuesto en el *artículo 1715 de la LEC de 1881* .

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

FALLAMOS

Declarar no haber lugar a los recursos de casación formulados por el Procurador D José Ignacio Noriega Arquer, en la representación que acredita de Don Emilio , Doña Elsa , Doña Rosario ,Don Benedicto , D. Juan Pablo y D. Luis María , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla -Sección Sexta-, en fecha ocho de Mayo de 2000 ; con expresa imposición de las costas de casación.

Remítase testimonio de esta resolución a la citada Audiencia, con devolución de autos y rollo a su origen, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Román García Varela.-José Antonio Seijas Quintana.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.-Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.