



Roj: **SAP BA 644/2008 - ECLI: ES:APBA:2008:644**

Id Cendoj: **06015370022008100165**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Badajoz**

Sección: **2**

Fecha: **18/04/2008**

Nº de Recurso: **125/2008**

Nº de Resolución: **63/2008**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ISIDORO SANCHEZ UGENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

BADAJOZ

SENTENCIA: 00063/2008

SENTENCIA Núm.63/2008

Rollo: RECURSO DE APELACION 0000125 /2008

Ilmos. Sres. Magistrados:

D.ISIDORO SÁNCHEZ UGENA

D.CARLOS CARAPETO MÁRQUEZ DE PRADO

D.FERNANDO PAUMARD COLLADO

En BADAJOZ, a dieciocho de abril de dos mil ocho.

La Sección 002 de la Ilma. Audiencia Provincial de BADAJOZ, ha visto en grado de apelación, los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000593 /2007 del JDO.DE 1A INSTANCIA N. 2 de BADAJOZ seguido entre partes, de una como apelante Ramón , representado por el/la Procurador/a Sr/a CALATAYUD RODRIGUEZ y defendido por el/la Letrado/a Sr/a. CARLOS COLAS DE CEXADOR, y de otra, como apelado Marcos , representado por el/la Procurador/a Sr/a. FERNANDEZ DE AREVALO y defendido por el/la Letrado/a Sr/a. EUGENIO MARTIN SALDAÑA FLORES y siendo ponente el Ilmo. Sr. D. ISIDORO SÁNCHEZ UGENA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Seguido el juicio por sus trámites legales ante el JDO.DE 1A INSTANCIA N. 2 de BADAJOZ, por el mismo se dictó sentencia con fecha 16-11-07 , cuya parte dispositiva dice:

Primero.-Desestimo integramente la demanda planteada por don Ramón y , en consecuencia, absuelvo a don Marcos de todo lo pedido.

Segundo.- Condeno a don Ramón al pago de las costas.

TERCERO.- Notificada dicha resolución a las partes, por Ramón se interpuso recurso de apelación, alegando cuanto estimó pertinente, que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado a la parte contraria para su oposición o impugnación y verificado se remitieron los autos a este Tribunal con emplazamiento de las partes, donde se formó el rollo de Sala que fue seguido por sus trámites, HABIENDOSE PERSONADO AMBAS PARTES.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D.ISIDORO SÁNCHEZ UGENA.



FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.-En el primer motivo del presente recurso de apelación afirma el recurrente que al no reunir los testigos la condición de idóneos conforme al art. 682 del Código Civil los mismos no debieron haber estado presentes cuando se otorgó el testamento abierto.

El Art. 697 del Código Civil establece los únicos supuestos en los que deben estar presentes dos testigos idóneos al otorgarse testamento abierto. Entre esos supuestos no se encuentra el de ser la testadora sorda, que es lo que acontecía en el caso que nos ocupa y en el que la testadora sabía perfectamente leer y leyó con total detenimiento su última disposición mortis causa, por lo que queda fuera del nº 2 del Art. 697 del Código Civil. Por ello el testamento es plenamente válido sin la intervención de testigos. Es cierto que el acto del otorgamiento comparecen dos testigos que no eran idóneos, pero la intervención de dichos testigos es absolutamente irrelevante y por lo tanto no pueden ser tenidos en cuenta. La presencia de testigos inidóneos cuando su presencia no es necesaria puede acarrear una consecuencia tan severa como la de originar la nulidad del testamento. No puede olvidarse el principio " favor testamenti".

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso se hace valer el argumento de que la presencia de testigos innecesarios en el otorgamiento conculca el principio del secreto de las disposiciones testamentarias y apareja la nulidad del testamento.

La testadora podría ser la principal interesada en que su última voluntad permaneciera en secreto. No obstante lo cual aceptó de hecho la presencia de los testigos, sin importarle este extremo. A ello ha de añadirse que la testigo inidonea, cuñada del heredero testamentario, no consta que hiciese público el contenido del testamento, no causando por tanto ningún efecto pernicioso para el respeto de la disposición testamentaria la infracción legal que no ocupa.

TERCERO.-En los fundamentos de derecho tercero y cuarto vuelve a insistir el recurrente sobre las mismas cuestiones y este Tribunal se atiene a lo anteriormente dicho. La abundante jurisprudencia aportada por el apelante se refiere a supuestos diferentes al que nos ocupa ya que en el mismo la presencia de testigo idóneos era absolutamente prescindible.

CUARTO.- Cuestión diferente es la relativa a las costas procesales causadas en la primera instancia. Los testigos nunca debieron haber estado presentes en el testamento abierto cuestionado. El propio notario no hace constar en la escritura, como debiera haber hecho de ser obligada su intervención, el porque asistieron al acto dos testigos, extremo sobre el que guarda silencio, limitándose a denominarlos "instrumentales" y de ser cierto, que no lo es, que era obligatoria la presencia de testigos, el notario estaba obligado a informarse si los testigos eran idóneos o no, y si la respuesta era negativa debió haber advertido a la testadora de forma que pudiera entenderlo e impedido la intervención de tales testigos. Con todo ello se habría impedido este innecesario procedimiento y se habría evitado también la existencia de los importantes dudas de derecho que han concurrido y que motivan el que en la primera instancia no deba efectuarse condena en costas. (art. 394 LEC).

QUINTO.- A la vista del sentido de esta resolución no procede efectuar condena en costas.(art. 397 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE EL RECURSO DE APELACION INTERPUESTO POR Ramón contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Badajoz de fecha 16-11-07 en los autos de juicio ordinario nº 593/07 DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS LA INDICADA RESOLUCION en el sentido de no efectuar condena en costas en la primera instancia, adoptando igual acuerdo respecto de las causadas en la alzada.

Contra la presente resolución no cabe ulterior recurso.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.