



Roj: **STSJ GAL 3647/2017 - ECLI: ES:TSJGAL:2017:3647**

Id Cendoj: **15030310012017100020**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **19/05/2017**

Nº de Recurso: **51/2016**

Nº de Resolución: **20/2017**

Procedimiento: **Recurso de Casación Autonómico**

Ponente: **MIGUEL ANGEL CADENAS SOBREIRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X.GALICIA SALA CIV/PE**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00020/2017**

**S E N T E N C I A**

Excmo. Sr. Presidente:

Don Miguel Angel Cadenas Sobreira

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don Pablo A. Sande García

*Don José Antonio Ballesteros Pascual.*

A Coruña, diecinueve de mayo de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los magistrados expresados en el encabezamiento, vio el recurso de casación número **51/2016**, interpuesto por doña Ascension , doña Felisa , doña Olga , don Jose Antonio y don María Esther representados por el procurador don José Antonio Fandiño Carnero, con la asistencia letrada de doña María de los Angeles Sanjuán Morais, contra la sentencia dictada el 2 de noviembre de 2016 por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, en el rollo número 249/2016 , conociendo en segunda instancia de los autos de procedimiento ordinario número 22/2015, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vigo, sobre nulidad de testamento, siendo recurrido doña Estela , representada por la procuradora doña Maria José Toro Rodríguez, con la asistencia letrada de doña Ana Daría Salas Iglesias.

Es Ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Angel Cadenas Sobreira.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** El juicio ordinario N° 22/2015 seguido ante el juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Vigo, se inició por demanda presentada por el procurador D. José Antonio Fandiño Carnero en nombre y representación de doña Ascension , doña Felisa , doña Olga , don Jose Antonio y don María Esther , frente a doña Estela , en ejercicio de acción de nulidad de testamento y derivadas, con la siguiente petición literal:

"... 1 - Se declare la nulidad de pleno derecho del testamento otorgado por D. Cornelio en fecha 27 de diciembre de 2007 ante el Notario de Vigo, D. Mariano Vaqueiro Rumbao, con el número 2.089 de su protocolo.

2 - Se declare la nulidad de pleno derecho de las aceptaciones y adjudicaciones de bienes que se hubieren realizado o se realicen desde la interposición de la demanda, en virtud del testamento cuya nulidad se pretende.

3 - Se declare la validez del testamento otorgado por D. Cornelio en fecha 14 de julio de 1986 ante el Notario de Vigo, D. José A. Somoza Sánchez, con el número 616 de su protocolo.



4 - Se condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a restituir a la masa hereditaria los bienes que, habiendo pertenecido al causante, hayan podido percibir en virtud del testamento cuya nulidad se pretende, así como los intereses, rentas o frutos que dichos bienes pudieran generar durante la pendencia del proceso.

5 - Se impongan las costas a la demandada para el caso de que no se allanare a la presente demanda".

**Segundo.-** Admitida la demanda por decreto de 5/2/2015 y emplazada la demandada, por esta se contestó con fecha 9/3/2015. La audiencia previa tuvo lugar el día 14 de abril de 2015, en cuyo acto las partes ratificaron sus alegaciones y propusieron prueba, practicada en el acto de juicio, con el resultado que obra en autos.

**Tercero.-** El juzgado de 1ª Instancia Nº 1 de Vigo dictó sentencia con fecha 22/12/2015 con el siguiente pronunciamiento: "Estimando sustancialmente la demanda promovida por la representación de Jose Antonio , Ascension , Felisa , Adolfo Mosquera Davila y Olga contra Estela , debo declarar y declaro la nulidad del testamento otorgado por Cornelio en fecha 27 de diciembre de 2007, por incumplimiento de la formalidad prevista en el art. 697.2º CC en cuanto a la ceguera del testador; y a consecuencia de ello, la nulidad de las aceptaciones o adjudicaciones de bienes efectuadas en su virtud, y la validez y subsistencia del testamento otorgado por el citado causante en fecha 14 de julio de 1986.

Se hace imposición a la demandada de las costas procesales".

**Cuarto.-** Recurrída en apelación la sentencia del juzgado por la demandada doña Estela , la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia con fecha 2/11/2016 (Rollo Nº 249/2016 ) con el siguiente pronunciamiento: " Estimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador Dª María José Toro Rodríguez, en nombre y representación de Dª Estela , contra la sentencia de fecha veintidós de diciembre de dos mil quince dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vigo , revocamos la misma.

Desestimamos la demanda promovida por el Procurador D. José Antonio Fandiño Carnero, en nombre y representación de D. Jose Antonio , Dª Ascension , Dª Felisa , D. María Esther y Dª Olga , absolviendo a la demandada Dª Estela de las pretensiones de la misma, imponiendo a los actores las costas procesales de su demanda.

No se hace especial declaración en cuanto a las costas procesales del recurso".

**Quinto.-** Formulado frente a tal sentencia por la representación de la parte demandante recurso "extraordinario por infracción procesal y recurso de casación", en él se solicita lo siguiente: "... dicte sentencia mediante la que, estimando íntegramente el recurso extraordinario por infracción procesal, anule la sentencia recurrida, y dicte otra por la que estime íntegramente la demanda presentada por esta parte, condenando al demandante al pago de las costas de primera instancia y del presente recurso: y al propio tiempo, y para el caso en que el anterior recurso fuese desestimado, acuerde la estimación íntegra del recurso de casación interpuesto, procediendo a casar y revocar la misma sentencia recurrida y, en consecuencia, proceda a la estimación íntegra de la demanda formulada por DÑA. Olga , D. Jose Antonio , DÑA. Ascension , DÑA. Felisa , D. María Esther condenando a la demandada al pago de las costas de primera instancia y del presente recurso".

Los motivos del recurso son los siguientes:

**A -** Motivos por infracción procesal: "Motivo Único - Al amparo del motivo 2º del art. 469.1 de la LEC , se alega infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto se alega la infracción de los artículos 216 , 218.1 y 319 de la LEC ; así como al amparo del motivo 4º del mismo art. 469.1 de la LEC , en íntima relación con el artículo 24 de la CE (derecho a la tutela judicial efectiva), en relación con el artículo 218.2 de la LEC )".

**B -** Motivos de casación: "Motivo único - Al amparo del artículo 477.1: INFRACCIÓN DE NORMAS APLICABLES PARA RESOLVER LAS CUESTIONES OBJETO DEL PROCESO, en concreto se alega la infracción de los artículos 1 , 184 y 185 de la Ley 2/2006 , de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia; los artículos 681 , 683 , 687 y 697 del Código Civil ; así como el artículo 182 del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba el Reglamento Notarial".

**Sexto.-** Recibidos en este Tribunal los autos del proceso ordinario 22/15 del juzgado de 1ª Instancia Nº 1 de Vigo y el Rollo de apelación Nº 249 de 2016 de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, se personaron ante la Sala de lo Civil y penal del TSJ Galicia la parte recurrente Doña Olga , don Jose Antonio , doña Ascension , don María Esther y Doña Felisa , representados por el procurador Sr. Fandiño Carnero; y como parte recurrida, doña Estela , representada por la procuradora doña Mª José Toro Rodríguez.



**Séptimo.-** Por auto de la Sala de fecha 2/2/17 se admitió a trámite el recurso de casación interpuesto al que formuló oposición la parte recurrida con fecha 8/3/17. Mediante providencia de 27/3/17 se señaló para deliberación, votación y fallo del recurso el día 25/4/17, como así tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Frente a la sentencia que dictó la Audiencia Provincial de Pontevedra, recurso de apelación Nº 249/16 , revocatoria de la dictada por el juzgado de 1ª Instancia Nº 1 de Vigo en los términos que se dejaron consignados en el Antecedente de Hecho 4º, la parte demandante interpone recurso de casación con la Súplica de que se "... dicte sentencia mediante la que, estimando íntegramente el recurso extraordinario por infracción procesal, anule la sentencia recurrida, y dicte otra por la que estime íntegramente la demanda presentada por esta parte, condenando al demandante al pago de las costas de primera instancia y del presente recurso: y al propio tiempo, y para el caso en que el anterior recurso fuese desestimado, acuerde la estimación íntegra del recurso de casación interpuesto, procediendo a casar y revocar la misma sentencia recurrida y, en consecuencia, proceda a la estimación íntegra de la demanda formulada por DÑA. Olga , D. Jose Antonio , DÑA. Ascension , DÑA. Felisa , D. María Esther condenando a la demandada al pago de las costas de primera instancia y del presente recurso".

**Segundo.-** Los motivos del recurso interpuesto, reflejados en el Antecedente de Hecho 5º, se articulan en los siguientes términos:

**Motivos por infracción procesal:** "Motivo Único - Al amparo del motivo 2º del art. 469.1 de la LEC , se alega infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto se alega la infracción de los artículos 216 , 218.1 y 319 de la LEC ; así como al amparo del motivo 4º del mismo art. 469.1 de la LEC , en íntima relación con el artículo 24 de la CE (derecho a la tutela judicial efectiva), en relación con el artículo 218.2 de la LEC )".

**Motivos de casación:** "Motivo único - Al amparo del artículo 477.1: INFRACCIÓN DE NORMAS APLICABLES PARA RESOLVER LAS CUESTIONES OBJETO DEL PROCESO, en concreto se alega la infracción de los artículos 1 , 184 y 185 de la Ley 2/2006 , de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia; los artículos 681 , 683 , 687 y 697 del Código Civil ; así como el artículo 182 del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba el Reglamento Notarial".

El recurso, sus motivos, están en consonancia con el Hecho de que al tratarse el presente de un proceso seguido por razón de la cuantía, la sentencia es recurrible vía artículo 477.2.2º LEC , con la especialidad de que en Derecho gallego es indiferente la cuantía (LCG), en conexión con el artículo 477.1 LEC , que es el motivo de casación. Sin perjuicio de ello, y en su caso, el interés casacional (vía de recurso para procesos seguidos por la materia), o la invocación jurisprudencial, se contemplan en interpretación de la infracción normativa denunciada, en el caso la ya consignada.

**Tercero.-** La Audiencia Provincial resuelve desestimar la demanda rechazando en el Fundamento 1ª de su sentencia que la parte demandante no haya acreditado la falta de visión del testador en la fecha en que otorgó el testamento abierto cuya nulidad se pretende en la demanda (el día 27 de diciembre de 2007). Y en su Fundamento 2º, tras concreta argumentación jurídica y jurisprudencial, concluye lo siguiente: "Ciertamente y acaso por error se ha consignado que el testador "podía" leer el testamento (cuando se ha acreditado la ceguera), si bien, vino a renunciar a tal derecho, lo que determinó la lectura por el fedatario público. Y, aunque los testigos suplen la firma, al manifestar el testador su imposibilidad, es llano que son testigos ante los cuales el testador vino a manifestar su conformidad, tras la lectura del testamento, por ser su contenido expresión de su última voluntad, garantizándose, por tanto, que la redacción del testamento coincide con la lectura notarial, cumpliéndose de tal modo la finalidad de la norma (según la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre 2009 , evitar fraudes a una persona cuya ceguera le imposibilita percatarse por sí misma del contenido del testamento). Y no se ha cuestionado que ambos testigos presenciales poseían plena capacidad de obrar, entendían al testador y efectivamente firmaron. En definitiva, aunque no se consigne expresamente en el instrumento el defecto físico del testador (la norma no exige la constancia expresa de tal circunstancia), al otorgamiento del testamento concurren dos testigos, que es el único requisito que exige el art. 184 de la Ley de Derecho Civil de Galicia (que, por cierto y al contrario que el art. 697 del Código Civil , no exige ...".

**Cuarto.-** Resulta inviable el motivo único de infracción procesal que se formula. En él, como ya quedó consignado, se denuncia la infracción de los artículos 216 , 218.1 y 319 LEC (al amparo del art. 469.1.2º LEC) y (al amparo del 469.1.4 LEC ) en relación con el artículo 24 CE y 218.2 LEC .

Al hilo de ello, la parte argumenta, en lo sustancial, lo siguiente: Respecto del art. 319 LEC , en esencia que "... no puede servir en modo alguno una mera invocación al error, como se realiza en la sentencia de apelación,



carente de prueba, justificación o motivación alguna, puesto que ello supone una clara y evidente vulneración de lo dispuesto en el art. 319 LECivil ...".

Respecto del art. 216 LEC , en relación con el principio de justicia rogada, principio dispositivo y principio de aportación, la parte, en esencia, aduce que "... ni en la contestación a la demanda, ni en el juicio, ni en la apelación, ni en ninguna otra ocasión procesal, se refirió por la demandada, ni mucho menos por esta parte, que la mención del testamento acerca de que el testador podía leer obedeciese a un error...".

Respecto del art. 218.1 LEC , en relación con el principio de congruencia, "... puesto que la sentencia de instancia se aparta de la causa de pedir, al fundamentar su resolución acudiendo a hechos distintos de los que las partes han querido hacer valer...".

Y respecto del art. 218.2 LEC "en relación con la absoluta falta de motivación de la sentencia en relación con la apreciación del supuesto error", que "... En el caso que nos ocupa... no se ofrece la más mínima justificación acerca de porqué se aprecia la existencia de un error, y qué elemento fáctico le ha llevado a alcanzar tal conclusión, lo que supone una vulneración de la tutela judicial efectiva...".

**Quinto.-** La sentencia dictada por la Audiencia Provincial, en lo sustancial reflejada precedentemente, no fundamenta su decisión desestimatoria de la demanda en que el notario de que se trata "puso por error en el testamento que el testador podía leer cuando ello no era cierto" a causa de su ceguera; o que esta sentencia se aparte de la causa de pedir acudiendo a hechos distintos de los que las partes adujeron o falta de motivación acerca de la existencia de error..., de manera que no incurre en las infracciones que se pretenden del art. 319 LEC , al respecto de la valoración del testamento otorgado el 27/12/2007; del art. 216 LEC , en relación con el principio de justicia rogada, dispositivo y de aportación; ni del art. 218.1 LEC , en relación con el principio de congruencia, contexto en el que la parte también trae a colación el art. 218.2 LEC y 24 CE .

En el fundamento 2º de su sentencia (transcrito anteriormente en parte), la Audiencia Provincial deja claramente establecido que considera válido el testamento otorgado en 2007 por el causante D. Cornelio dado que, aunque no consigne la ceguera que padecía, sin que la norma exija la constancia expresa de tal circunstancia, "al otorgamiento del testamento concurren dos testigos, que es el único requisito que exige el artículo 184 LDCG ..."; testigos respecto a los que, asimismo, dice que no se ha cuestionado que "poseían plena capacidad de obrar, entendían al testador y efectivamente firmaron". Por otro lado, que el referido causante tenía capacidad para testar, con lo consiguiente, lo declara ya la sentencia dictada en 1ª instancia (en especial, Fundamento 3º), así como, tanto que no firmó por sus dificultades físicas, aparte de la vista, en la mano, según manifestó y de ahí también la presencia de testigos, cuanto que no era "enteramente sordo" y "no era preciso recabar la presencia de testigos al acto con tal motivo" (Fundamento 4º), habiendo el juzgado declarado la nulidad del testamento "por infracción de la exigencia prevista en el art. 697.2º CC para el caso de ceguera del testador" (Fundamento 5º y Fallo). De esto es de lo que disiente la Audiencia Provincial y en virtud de lo cual revoca la sentencia; no siendo cuestionable lo restante aludido por probado y así resuelto.

Es en este contexto que la Audiencia Provincial, como se lee en el ya transcrito Fundamento 2º de su sentencia, desde el expresado fundamento fáctico y jurídico, hace el comentario de que "ciertamente y acaso por error se ha consignado que el testador podía leer el testamento (cuando se ha acreditado la ceguera..."; que en sí mismo, como tal y dentro del íntegro fundamento jurídico de la sentencia en que se hace, se manifiesta como una mera consideración hipotética, puramente periférica y, realmente, sin relevancia causal fáctica ni jurídica, desde luego sin el carácter de hecho probado, respecto del pronunciamiento. Así también se pone de relieve en la oposición al recurso por la parte recurrida, doña Estela .

En definitiva, la Audiencia Provincial, afirmando también la capacidad que de los testigos presenciales establece la LDCG, da por acreditada la ceguera del testador y la no consignación de la misma en el testamento último otorgado por el causante, pero no considera que ello resulte por sí bastante para causar la nulidad del testamento a la luz de cómo fue otorgado y su íntegro contenido y de conformidad con la LDCG y, en lo oportuno, el C. Civil. De esta manera, manteniendo la base fáctica de la primera instancia (el testamento abierto otorgado con el contenido que consta y la ceguera y restante situación física -también lesión en la mano- del testador, en lo sustancial) y sin hacer ninguna afirmación probada -por no estarlo en el proceso- acerca de la actuación del Notario autorizante del testamento, fuera de éste, la mención que hace la sentencia de "y acaso por error", constituye, como antes se dijo, mera consideración de tipo especulativo e hipotético sin valor de HP ni de factor jurídico sobre el que articule su pronunciamiento; que, por el contrario, radica en que el testador, ciego, con lesión en mano, y sin padecer una sordera relevante jurídicamente a estos efectos, con capacidad síquica al efecto otorgó el testamento abierto tal y como consta en el documento notarial, expresión de su apta y propia voluntad al efecto, y que el mismo, por tanto, al margen de aquella mención, según razona y a la luz de la LDCG, y, en lo oportuno, del C. Civil, en el contexto jurisprudencial que asimismo cita, no padece



motivo de nulidad, causa que obste a su validez. Consecuentemente, la mención de que se habla carece de relevancia en orden a generar la infracción procesal pretendida.

La sentencia de la Audiencia Provincial, en fin, se encuentra debidamente motivada, resolviendo ciertamente las cuestiones planteadas (también aludiendo a los requisitos de los testigos presenciales), es congruente y respeta los preceptos legales y principios que se invocan en el motivo que ahora se rechaza para alegar "infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia...". Todo ello sin perjuicio de lo que debe ser tratado no como infracción procesal, sino como infracción de norma sustantiva, denunciada en el motivo de casación estricto ( art. 477.1 LEC ), objeto de los fundamentos siguientes.

**Sexto** .- En el motivo único de casación, al hilo de denunciar la infracción de los artículos 1 , 184 y 185 LDCG , 681 , 683 , 687 y 697 del C. Civil, y 182 del Reglamento Notarial , se argumenta, en lo sustancial, lo siguiente, con cita de diversas SSTs, TSJ Galicia y otras: En primer lugar, "... sentada esta premisa, no podemos sino colegir que, tal y como realizaba la sentencia de instancia, que al no hacerse constar en el testamento la ceguera del testador, sino que el testador declaró que sabía y podía leerlo y renunció a ese derecho, sin que se proveyese la presencia de testigos a tal efecto, dicho defecto formal acarrea la nulidad del testamento... ". En segundo lugar, que "hemos de referirnos al hecho de la presencia de los testigos instrumentales en el otorgamiento del testamento por la imposibilidad de firmar del testador, y su posible convalidación para el supuesto de la ceguera del causante...". Y en tercer lugar, que "... nada refiere la sentencia acerca de la idoneidad de uno de los testigos presenciales que concurrieron al acto del otorgamiento, tal y como esta parte había puesto de manifiesto con ocasión del escrito de oposición al recurso de apelación. Se puso de manifiesto en aquel escrito, al igual que en el procedimiento ordinario originario, que al menos uno de los testigos que compareció al otorgamiento del testamento, no era un testigo idóneo para tal acto, puesto que, como ratificó la testigo D<sup>a</sup> Nicolasa en el acto de juicio, la otra persona que firmó con ella el testamento era una trabajadora de la Notaría...".

Tampoco este motivo resulta acogible.

**Séptimo**.- Reiterando lo que venía concluido de las instancias en el sentido de que el causante testador, cuando otorgó su último testamento, el de 27/12/2007, ante el notario de Vigo Sr. Vaqueiro Rumbao, tenía la capacidad intelectual -y la voluntad- oportunas y que aparte de la lesión en mano, con su incidencia justificante en la cuestión de la firma, no padecía una sordera con trascendencia a los efectos de que aquí se trata, que hiciera preciso por tal causa formalidades específicas, la problemática jurídica planteada a los efectos de la reclamada nulidad del referido testamento se ciñe a la ceguera del testador puesta en relación con su otorgamiento tal como se hizo y el contenido que del mismo hizo constar el notario actuante; además de la cuestión suscitada en torno a la idoneidad de uno de los testigos concurrentes al acto.

En el referido testamento se hace constar el juicio de capacidad que hizo el notario y la vecindad civil gallega del testador, quien "ordena este testamento, que redacto conforme a su voluntad que me manifestó oralmente, con el que revoca íntegramente cualquier otro anterior, y que otorga con arreglo a las siguientes cláusulas...". Asimismo en el testamento se expresa lo siguiente: "Leo este testamento íntegramente y en alta voz al testador, quien declara que sabe y puede leerlo y renuncia a este derecho, del que le advierto, ratifica su contenido por ser fiel expresión de su última voluntad, según manifiesta, y no lo firma por manifestar imposibilidad de hacerlo, haciéndolo por él y a su ruego como testigos instrumentales idóneos, según aseveran, y de esta vecindad, Doña Nicolasa , con DNI número... Y Doña Paulina , con DNI número..., y estampando el testador la huella digital de su dedo índice de su mano derecha...".

Resulta de aplicación al caso el artículo 184 de la LDCG 2/2006, capítulo II, título X, "De los testamentos", artículos 3 y 4 de esta propia Ley. El precepto dispone que como excepción, habrán de concurrir testigos al otorgamiento del testamento abierto ordinario cuando: 1º Lo solicite el testador o el Notario. 2º El testador sea ciego, demente en intervalo lúcido o no sepa o no pueda leer o escribir. A su vez, el artículo siguiente establece que en los casos en que sea necesaria su presencia, los testigos serán al menos dos, debiendo tener plena capacidad de obrar, entender al testador y saber firmar.

La exigencia de testigos, en la forma dicha, la hace la LDCG de manera similar, pero no idéntica al Código Civil, cuyo artículo 697 contempla el supuesto, exigiendo en su nº 1, textualmente, la concurrencia de dos testigos idóneos "cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento" y en su nº 2 cuando "aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento...". Y la razón de ello es garantizar la libertad del testador a la hora de otorgar su testamento, su voluntad libre dispositiva testamentaria; contexto en que la STS de 11/12/2009 , al hilo del art. 697.2 CC ("Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento"), dejó dicho que la finalidad de la norma "es evitar fraudes a una persona cuyas condiciones físicas le impiden enterarse por sí misma del contenido del testamento", en su esencia extensible al supuesto del Nº 1 del precepto.



El testamento abierto, el supuesto de estos autos, implica ( artículo 695 del C. Civil ) que el testador exprese oralmente o por escrito su última voluntad al notario y que redactado por el Notario con arreglo a ello, éste lo lea "en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad", si bien el testador tiene derecho a leerlo por sí, advertido por el Notario; si es conforme, "será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo...".

En el caso del testador ciego, al no poder leer por sí el testamento, la LDCG y el Código Civil, no exigen más que la presencia de testigos, sin doble lectura. El inciso último del artículo 697.2 CC sí dispone la lectura por los testigos cuando el testador que no supiese/pudiese leer fuera enteramente sordo, al no poder enterarse por la lectura que ha de hacer el notario. De este modo, el testamento del ciego resulta una modalidad del otorgado por persona que no sabe o no puede leer, explicándose la exigencia de la presencia de testigos, que también se dispone por la LDCG en el caso del que no sabe/puede escribir, y el Código Civil, como se dijo, firmar, por la imposibilidad del testador de leer por sí su voluntad testamentaria y en aras, según ya se dijo, y en todos los supuestos, de garantizar que el testamento redactado contiene verdaderamente su voluntad, evitando, como decía la STS de 11/12/2009 , fraudes a una persona cuyas condiciones físicas le impidan enterarse por sí misma del contenido del testamento que otorga -o que en algún caso no sabe o no puede firmarlo con lo que implica a los efectos de que se habla-. Voluntad aquella que en el caso del testamento de autos fue ciertamente constatada por el notario y los dos testigos concurrentes en el acto y quedó plasmada en su contenido, aunque el testador padecía una ceguera, pero que en ningún caso era "enteramente sordo", y que no llegó a firmar según allí se hizo constar; y ello con independencia de que la presencia de los dos testigos -así prevista legalmente para todos los supuestos antes referidos, pudiendo concurrir más de un motivo sin alteración alguna caso de tener todos ellos la misma previsión de requisitos y efectos- se decía en demanda que obedecía a la imposibilidad de que el testador pudiese firmar, asumido en la sentencia de 1ª Instancia y en fase de apelación, esto previsto por el C. Civil ( art. 697.1º), contemplando la LDCG (art. 184) que no sepa o no pueda escribir.

Así lo explicita, en todo caso, el contenido del testamento de que se trata, en lo oportuno ya transcrito e incorporado al proceso. En el testamento abierto otorgado en diciembre de 2007 por el Sr. Cornelio , el notario interviniente no hace constar la ceguera del testador, pero tampoco hay una exigencia normativa específica al efecto. Y aunque en él el notario explicita que el testador -que, como se dijo, no era enteramente sordo- "declara que sabe y puede leerlo y renuncia a este derecho", así como que "no lo firma por manifestar imposibilidad de hacerlo", lo cierto es que, aparte de estar constatada imposibilidad o una trascendente dificultad física justificante al efecto por secuela en una mano (lo dice ya la sentencia de 1ª instancia, Fundamento 4º, aparte la ceguera, declarando tales dificultades físicas, también consignando que "todos sus hijos reconocen que tenía un problema en el dorso de la mano... que le impedía o dificultaba físicamente la estampación de la firma") y que ambas fueran las manifestaciones del propio testador, al otorgamiento concurren los dos testigos que dispone el artículo 184 LDCG , entre otros supuestos, también para el caso de ceguera de aquel, como asimismo caso de no saber/poder leer o escribir (el Código Civil, firmar); testigos que, con el notario, constataron que la última expresada voluntad del testador era la contenida en el testamento redactado y que en aquel acto de su otorgamiento el Notario leyó en alta voz, firmando los testigos por manifestar el testador su imposibilidad de hacerlo (pero no de oír), quien estampó su huella. Quedó garantizada, pues, la coincidencia de aquella voluntad con el testamento redactado y leído.

Todo ello, unido a la capacidad síquica del Sr. Cornelio a este tiempo de que se habla y demás concurrente constatado, lleva a concluir que en el testamento que otorgó el día 27/12/2007 se cumplen los requisitos legalmente exigibles de validez, conteniendo la última voluntad del causante testador real y libremente -sin constancia de vicio de consentimiento- manifestada; sin incidencia en ello de la invocada STSJG de 29/11/11 , en ningún caso ahora vinculante, y referida a un supuesto diferenciado de considerada indebida falta de firma del otorgante y ésta como expresión de conocimiento y consentimiento del negocio jurídico.

En definitiva, en su otorgamiento concurren los dos testigos exigidos por la LDCG también para el caso de ceguera, los cuales, firmando por la imposibilidad o la trascendente dificultad para hacerlo del testador, se hiciera o no constar en el testamento la ceguera o se manifestase en él por el testador que podía leerlo... si bien su falta de visión, como ya se dijo, constataron la voluntad por éste manifestada y leída por el Notario, cumplieron el papel y la función que la ley dispone también para el caso de que el testador sea ciego, o al igual de que no sepa o no pueda leer o escribir, o, ahora según el Código Civil, que no sepa o no pueda firmar; lo que requería el estado físico del testador, desde la propia conducta de éste. Como dice la Audiencia Provincial en su sentencia: "...Y, aunque los testigos suplen la firma, al manifestar el testador su imposibilidad, es llano que son testigos ante los cuales el testador vino a manifestar su conformidad, tras la lectura del testamento...".

Abunda en la eficacia del testamento otorgado cierta doctrina jurisprudencial, a la que también alude la Audiencia Provincial en su sentencia. La STS de 11/12/2009 dejó dicho lo siguiente: "1º Es cierto que la



exigencia de la forma en el testamento obedece a la necesidad de salvaguardar la voluntad del testador que debe cumplirse cuando ya ha fallecido y así lo ha afirmado la reciente sentencia de 4 noviembre 2009 . Sin embargo, esta necesidad debe coordinarse con el principio *favortestamenti*, especialmente cuando en el testamento interviene el Notario, como también se pone de relieve en la mencionada sentencia. En este caso, se hace constar por el funcionario autorizante del testamento, que el propio notario leyó en voz alta el testamento y que el testador se mostró conforme. Pocas dudas quedan, por tanto, de que su declaración de voluntad fue recogida literalmente por el notario, en un testamento de contenido muy simple. 2º Es cierto también que la falta de la forma determina la nulidad del testamento. Pero no nos hallamos aquí ante la ausencia de la forma testamentaria, sino ante la falta de una formalidad que debe concurrir cuando ocurra alguno de los defectos físicos previstos en el artículo 697.2 CC . La finalidad de la norma es evitar fraudes a una persona cuyas condiciones físicas le impiden enterarse por sí misma del contenido del testamento. Pero al quedar probado que el testador conoció por sí mismo dicho contenido, no puede alegarse la falta de concurrencia de testigos para pedir la nulidad y más cuando no se ha probado... 3º El notario debe apreciar la capacidad del testador en el momento del otorgamiento del testamento ( artículo 666 CC )..."

La STS de 20/3/2012 que cita la anterior, al hilo del caso que examinaba, dice que "pretender una nulidad - que no es otra cosa que eliminar la última voluntad soberana del testador- basada en una discutible ausencia de puras "fórmulas sacramentales" no tiene sentido. Ciertamente, el Código Civil exige que si el testador no puede firmar, lo haga a su ruego un testigo..."

**Octavo** .- Finalmente, la LDCG, cuando dispone para los casos que contempla que concurren dos testigos, deja establecido expresa y exclusivamente que tales testigos deben tener plena capacidad de obrar, entender al testador y saber firmar, requisitos estos que cumplían los que concurren al otorgamiento del testamento de que se habla, como así lo dice la Audiencia Provincial.

Como norma en sí misma expresa y excluyente al respecto, de primera y fundamental aplicación, no cabe acudir vía art. 1 LDCG , como complementaria del régimen de idoneidad de los testigos, al Código Civil, arts. 681 y 682 , no obstante a ello tampoco la invocación del D. de 1944. La ley gallega está regulando las condiciones que han de reunir los testigos que concurren al otorgamiento de testamentos de modo específico y propio, al margen de lo que al respecto contempla el Código Civil, aunque algunos supuestos coincidan, de tal manera que se muestra que está excluyendo la aplicación de éste -in genere y como tal- en materia de causas de inhabilidad para ser testigo, no excluyendo la LDCG como posibles testigos a los parientes y empleados del notario, de forma que, conforme a esta Ley, y sin incidencia obstativa por otras vías, no hay causa impeditiva para ellos al respecto. Y en el caso de estos autos, los dos testigos que estuvieron presentes en el otorgamiento del testamento aquí impugnado, reunían los requisitos que requiere el precepto legal de aplicación, el artículo 185 LDCG .

De otra parte, en el motivo de casación a examen, como se había alegado también en la impugnación del recurso de apelación, se trae a colación la cuestión de la inidoneidad, de la falta de los requisitos legales de uno de los testigos que concurrió al otorgamiento del testamento por ser trabajadora de la notaría, haciéndolo con base al artículo 681 y demás que cita del C.C . y 182 del Reglamento Notarial , en especial el art. 681, que dispone que no podrán ser testigos en los testamentos quienes concretan sus diversos números, y el artículo 682. Si bien ello, esta alegación concreta no aparece expresada como tal en la demanda. Cuando ésta aborda "los requisitos formales a respetar en el otorgamiento de testamento abierto", folios 41 y ss., fundamento 5º, en armonía con su hecho 5º, dice que "de nada ha de servir que concurren dos testigos al otorgamiento, puesto que su intervención vino motivada por otra circunstancia (la imposibilidad del testador de firmar), que a la postre tampoco se daba en la realidad..."

Precisamente, la sentencia dictada en la primera instancia, argumentando acerca del testamento abierto, no cuestiona la idoneidad de los testigos que concurren en el otorgamiento del testamento. Y la de la Audiencia Provincial razona, asimismo, que "no se ha cuestionado que ambos testigos presenciales poseían plena capacidad de obrar, entendían al testador y efectivamente, firmaron"; como se dijo, los requisitos que al efecto exige el artículo 185 LDCG . Contexto este en que -como también se señala en la oposición al recurso- tampoco aparece específicamente declarado el presupuesto fáctico aducido en casación con alusión a uno de los testigos, que además se hace dentro del motivo que se examina, de casación, no de infracción procesal, e invocando una testifical ("... puesto que, como ratificó la testigo Doña Nicolasa en el acto de juicio, la otra persona que firmó con ella el testamento era una trabajadora de la notaría..."), y con olvido de que la casación no es una tercera instancia, con sus consecuencias inherentes, reiteradamente expuestas por este tribunal en numerosas sentencias.

Por todo lo expuesto en este y fundamentos precedentes, no cabe admitir la infracción que de los arts. 1 , 184 y 185 LDCG , 681 , 683 , 687 y 697 del Código Civil y 182 del Reglamento Notarial se alega en el motivo único de casación que se formula al amparo del artículo 477.1 LEC , al igual que tampoco la argumentación y cita



de resoluciones que en él se hacen a los efectos pretendidos, esto es, la estimación de la demanda, casando y revocando la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, pretensión que por tanto decae.

**Noveno.-** La desestimación del recurso conlleva la íntegra confirmación de la sentencia recurrida, según dispone el art. 487.2 LEC . No se hace expresa imposición de las costas del recurso, según autorizan los arts. 398.1 y 394 de la LEC al apreciarse la precisa complejidad del asunto sometido a decisión, junto a la ausencia de criterio fijado precedentemente por esta Sala sobre aspectos sustanciales planteados. Y se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir la conformidad con la disposición adicional decimoquinta, punto 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

En atención a lo expuesto y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

## FALLAMOS

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de la parte demandante, doña Olga , don Jose Antonio , doña Ascension , doña Felisa y don María Esther , contra la sentencia que en grado de apelación y derivada del recurso interpuesto en su día contra la sentencia del juzgado de 1ª Instancia Nº 1 de Vigo de fecha 22 de diciembre de 2015 , juicio ordinario 22/15, dictó la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra con fecha 2 de noviembre de 2016 (rollo de apelación número 249 de 2016 ), la cual confirmamos. No se hace expresa imposición de las costas del recurso.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes en legal forma y hágaseles saber que contra la misma no cabe recurso alguno.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia y devuélvasele las actuaciones que remitió.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se formulará testimonio para su unión al rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.