



Roj: **SAP SA 6/2018 - ECLI: ES:APSA:2018:6**

Id Cendoj: **37274370012018100006**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Salamanca**

Sección: **1**

Fecha: **17/01/2018**

Nº de Recurso: **613/2017**

Nº de Resolución: **2/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JUAN JACINTO GARCIA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

SALAMANCA

SENTENCIA: 00002/2018

Modelo: N10250

GRAN VIA, 37-39

Tfno.: 923.12.67.20 Fax: 923.26.07.34

N.I.G. 37274 42 1 2015 0009590

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000613 /2017

Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.N.1 de SALAMANCA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001002 /2015

Recurrente: Belarmino

Procurador: MARIA ELENA JOSEFA JIMENEZ RIDRUEJO AYUSO

Abogado: EMILIO PEREZ VECINO

Recurrido: Eufrasia , Josefa

Procurador: MARIA JESUS HERNANDEZ GONZALEZ, MARIA JESUS HERNANDEZ GONZALEZ

Abogado: JESUS HERNANDEZ MORA, JESUS HERNANDEZ MORA

SENTENCIA NÚMERO: **2/2018**

ILMO. SR. PRESIDENTE:

DON JUAN JACINTO GARCIA PEREZ

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DOÑA MARIA LUISA MARRO RODRIGUEZ

DOÑA CARMEN BORJABAD GARCIA

En la ciudad de Salamanca a diecisiete de enero de dos mil dieciocho.

La Audiencia Provincial de Salamanca ha visto en grado de apelación el **JUICIO ORDINARIO N° 1002/2015** del Juzgado de Primera Instancia N° 1 de Salamanca, **Rollo de Sala N° 613/2017**; han sido partes en este recurso: como demandante-apelado **DOÑA Eufrasia Y DOÑA Josefa** representadas por la Procuradora Doña María Jesús Hernández González y bajo la dirección del Letrado Don Jesús Hernández Mora y como demandada-apelante **DON Belarmino** representado por la Procuradora Doña Elena Jiménez Ridruejo y bajo la dirección del Letrado Don Emilio Pérez Vecino.



ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día 26 de junio de 2017 por la Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de esta ciudad, se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente: "FALLO: Estimo sustancialmente la demanda interpuesta por Dª Eufrasia y Dª Josefa frente a D. Belarmino , y, en su virtud:

1.- Se declara la nulidad del testamento otorgado por Don Eliseo el día 14 de febrero de 2014, ante el Notario D. Juan Antonio Blanco González, con número de protocolo doscientos noventa.

2.- Se declara la validez del testamento otorgado por D. Eliseo el día 31 de agosto de 2005 ante el notario D. Juan Antonio Blanco González, con número de protocolo mil trescientos sesenta y seis.

3.- Condeno a D. Belarmino a reintegrar a la masa hereditaria de D. Eliseo la cantidad de 13.100 euros.

Las costas procesales se imponen a la parte demandada.

2º.- Contra referida sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandada, quien después de hacer las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones terminó suplicando, dicte en su día sentencia por la que se estime íntegramente el presente recurso de apelación, revocando la sentencia recurrida, declarando la validez del testamento otorgado por el padre de los ahora litigantes, la indebida acumulación de acciones y se impongan las costas procesales ocasionadas en ambas instancia a la parte demandante y ahora apelada, con los demás pronunciamientos inherentes a esta declaración, por ser todo ello de justicia que pedimos en Salamanca, a veintisiete de julio de dos mil diecisiete.

Dado traslado de dicho escrito a la representación jurídica de la parte contraria por la misma se presentó escrito en tiempo y forma oponiéndose al recurso de apelación formulado para terminar suplicando, se dicte sentencia en la que desestimando el recurso interpuesto, se confirme en su integridad la sentencia dictada por el Juzgado, todo ello con expresa imposición de costas a la parte apelante.

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia se formó el oportuno Rollo, y habiéndose propuesta prueba por la parte apelante en su escrito de recurso de apelación, por auto de fecha 13 de noviembre de 2017 , se inadmitió la misma, y se señaló para la **votación y fallo** del presente recurso de apelación el día 21 de diciembre de 2017, pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente para dictar sentencia.

4º.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON JUAN JACINTO GARCIA PEREZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Por la representación procesal del demandado, Belarmino , se interpone el presente recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 1 de esta ciudad, con fecha 26 de junio de 2017 , la cual estimó sustancialmente la demanda promovida contra el mismo por las demandantes, Eufrasia y Josefa , declarando la nulidad del testamento otorgado por Eliseo el día 14 de febrero de 2014 ante el Notario D. Juan Antonio Blanco González, con número de protocolo 290; declarando la validez del testamento otorgado por Eliseo el día 31 de agosto de 2005 ante el mismo Notario, con número de protocolo 1366, y condenando al demandado a reintegrar a la masa hereditaria del testador la cantidad de 13.100 euros, con imposición de las costas procesales a dicho demandado.

Y se interesa en esta segunda instancia por el demandado recurrente, con fundamento en las alegaciones realizadas por su defensa en el correspondiente escrito de interposición del recurso de apelación, (intituladas: 1ª- *Sobre antecedentes de hecho de la sentencia* ; 2ª- *Sobre infracción de normas o garantías procesales* ; 3ª- *Sobre los fundamentos jurídicos* ; 4ª- *Sobre costas procesales*), la revocación de la mencionada sentencia y que se dicte otra por la que se declare la validez del testamento otorgado por el padre de los ahora litigantes, la indebida acumulación de acciones y se impongan las costas procesales ocasionadas en ambas instancias a la parte demandante y ahora apelada, con los demás pronunciamientos inherentes a esta declaración.

SEGUNDO. - A los efectos de lo que vendrá expuesto en su momento conviene retener, de inicio, las siguientes consideraciones doctrinales y jurisprudenciales:

a) señala la doctrina que en el Código Civil se contemplan tres tipos de ineficacia del testamento, cuales son la revocación, la caducidad y la nulidad. Esta última implica un defecto o vicio concurrente en su otorgamiento, que determina su invalidez y, por ende, su carencia de efectos jurídicos. La nulidad puede venir de las siguientes causas: falta de capacidad del otorgante (arts. 663. 1º; 662. 2º, y 688); inobservancia de las solemnidades



legales (art. 687); otorgamiento en forma prohibida (arts. 669 y 670); y concurrencia de vicios en la voluntad del testador a que se refiere el art. 673 del mismo Código.

b) Los efectos que comporta la falta de las solemnidades establecidas por la Ley para cada una de las formas testamentarias, han sido sobradamente puestos de manifiesto de forma reiterada e inveterada por la doctrina emanada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a tenor de la cual, la solemnidad como requisito intrínseco de los testamentos implica que su ausencia, total o parcial pero siempre esencial, conlleva la ineficacia de la declaración de la informalmente manifestada; esto es, la forma se erige en requisito "ad solemnitatem" y no "ad probationem", afectando a la propia sustancia del negocio, que si no se ajusta a ella no llega a nacer, según el tan conocido principio de "datesserei" y ni aun acreditándose más tarde que tal era la auténtica voluntad del testador cabe concederle efecto alguno, pues voluntad y forma de expresión marcada por la Ley forman una unidad indisoluble, de imposible disociación..., de manera que si no se cumple con el medio señalado, el testamento será ineficaz, nulo, cual sanciona el art. 687 CC .

Dicho de otro modo: para la validez de todo testamento, es de absoluta necesidad que se cumplan de manera rigurosa todas las solemnidades esenciales y requisitos establecidos en la normativa contenida en el art. 695 del CC , que establece los requisitos de orden formal que determinan la validez del testamento abierto, inobservancia de formalidades que determina, conforme el art. 687 del mismo que proclama, la nulidad de la disposición testamentaria... (doctrina sentada en las SSTs de 27- 5-1914, 12- 6- 1926, 10-7-1944 , 28-10-1965 , 27-9-1968 , 21-6-1986 , 9-5-1990 , 25-4-1991 , etc.).

Ya la vetusta STS de 22-11-1899 , declaraba que según los preceptos terminantes del CC, en perfecta consonancia con las leyes que regían antes de su publicación, y según invariable doctrina del Supremo Tribunal, nunca puede legalmente ser apreciada la voluntad de un testador por conocida que sea, si no resulta expresada en alguna de las formas y con los requisitos esenciales que en cada una deben concurrir, sin que sea consiguientemente, lícito prescindir de ninguno de ellos para mantener aquélla, aun cuando aparezca moralmente fundada...

Y precisa, finalmente, la de 16 de junio de 1997, que: "*Evidentemente, el criterio de libertad que impera en el ámbito contractual -del que es ejemplo el artículo 1255 del CC -quiebra en lo sucesorio, en especial, en materia de testamentos, como ponen de relieve sus disposiciones reguladoras, al ser constante la jurisprudencia en el sentido de establecer que el carácter formalista del testamento obliga al cumplimiento escrupuloso de los requisitos extrínsecos y a su interpretación restrictiva, de manera que para su validez es absolutamente necesario que se cumplan de modo riguroso todas las solemnidades esenciales y requisitos exigidos por el Código Civil, como explícitamente reconoce su artículo 687 , que estatuye la nulidad de los testamentos en cuyo otorgamiento no se observasen las formalidades establecidas, y ello, hasta el punto en que este aspecto formal -imperativamente impuesto- predomina sobre la búsqueda interpretativa de la voluntad del testador, interpretación que avala el art. 675 del Código... "*

No obstante ello, y aun cuando, en definitiva, como se dice, el testamento es un negocio jurídico formal y solemne, de modo que sólo la declaración de voluntad manifestada conforme a los requisitos establecidos en la ley producirá plenos efectos jurídicos y los requisitos son esenciales y deben cumplirse escrupulosamente para que el testamento tenga eficacia jurídica a la muerte del testador, y deben ser objeto de interpretación restrictiva, etc., es de matizar que no todos los requisitos tienen la categoría de "ad solemnitatem", es decir, no todas las formalidades son esenciales para que el testamento tenga eficacia, pues, en determinados casos, la infracción de las solemnidades no supondrá la nulidad del testamento, si no se exigen para configurar la propia forma testamentaria en razón de que por aplicación del principio *favortestamenti*, se suaviza el rigor del art. 687 CC y se entiende que sólo deben incluirse en este precepto aquellas formalidades que afecten a la esencia y validez del otorgamiento, pero la falta de algún testigo o la inidoneidad de alguno de los presentes suponen la nulidad, etc. (STS 8-3-1975).

c) de principio, es de afirmar que el testamento abierto notarial del ciego o de persona con percepción visual limitada, sin duda, es un testamento ordinario, pero dotado de mayores garantías, de modo que si la ceguera total o parcial impide la lectura o la firma del testamento, -momento del otorgamiento-, son exigibles las formalidades, solemnidades y requisitos prevenidos en el art. 697. 2 del CC , entre otros, el de la presencia de dos testigos.

Téngase en cuenta que la redacción original del CC en materia de testamento abierto contemplaba la necesidad de que al acto de otorgamiento concudiese, caso de que el testador presentase ceguera, además de tres testigos idóneos. el que uno de estos testigos instrumentales u otra persona firmase por él a su ruego y que adicionalmente se diere lectura por dos veces del testamento, por el Notario y por testigos o por persona designada por el testador, presupuestos que, por decirlo así, se suavizan con la reforma operada por Ley 30/ 1991, de 20 de diciembre.



El art. 695 CC , que regula las formalidades que deben cumplirse en la redacción y confección del testamento abierto otorgado ante Notario, señala la lectura del testamento como requisito fundamental en el otorgamiento, dada su finalidad de que el testador compruebe que su última voluntad ha quedado plasmada en el mismo, y así dar su conformidad mediante la firma; lectura completa, en alta voz, en un solo acto, que corre de cuenta del Notario autorizante (art. 25 de la LN), sin perjuicio del derecho que tiene el testador de leerlo por sí mismo, del que deberá informarle el Notario, en su presencia, así como de los testigos y demás personas que en su caso deban concurrir e intervenir.

Y sobre la presencia de testigos, a los efectos del art. 697 CC , como se dijo, la Ley 30/1991, supuso una profunda modificación en la materia, por cuanto que de ser regla general y exigirse siempre como formalidad solemne e indispensable para la validez del testamento, pasa a ser la excepción su concurrencia y presencia, eso sí en el acto del otorgamiento (durante la lectura, prestación de consentimiento, firma y autorización del documento; no siendo necesaria la presencia de testigos durante la fase previa de preparación del mismo); excepción de comparecencia obligatoria de dos testigos que se impone cuando, por ejemplo, el testador sea ciego y por ello no puede leer por sí mismo el testamento, siendo así que en la anterior redacción de esta norma se obligaba a hacer una doble lectura del testamento, una por el Notario autorizante, y otra por uno de los testigos, o por otra persona designada por el testador, mientras que en la redacción actual, si el testador ciego sabe y puede firmar, aunque declare que no sabe o no puede leer por si el documento, el otorgamiento de su disposición de última voluntad sólo exige la presencia obligada de dos testigos instrumentales; habiendo matizado la STS de 12-4-1973 que no es necesario que la ceguera sea total o absoluta, sino que basta con que la lesión o defecto visual tenga tal importancia que impida la lectura y estampe su firma en condiciones de que no puedan plantearse dudas sobre su autenticidad, etc.

TERCERO. - Con arreglo a estas consideraciones precedentes, y entrando ya a ventilar los dos primeros motivos del recurso apelatorio que nos ocupa, respecto de ellos, la Sala debe señalar que ninguna queja puede admitirse por infracción de normas o garantías procesales, etc., por cuanto que la inadmisión de determinada documental (la que se menciona en el recurso) por el juez a quo en el acto de la audiencia previa, resulta fundada y conforme a derecho, aparte de que en esta alzada se le ha admitido parte de ella, quedando unido al presente Rollo de Sala de este procedimiento el documento consistente en copia de una transferencia bancaria llevada a cabo el 17 de diciembre de 2014- por importe de 10.000 euros en favor del ahora recurrente-.

Resulta fundado el rechazo del documento principal referido a un "contrato" concluido en su día entre el testador (el fallecido, Eliseo) y su nieto, y así lo estableció ya esta Sala en el auto dictado con fecha trece de noviembre de 2017 en el dicho Rollo, por lo que poco más ha de decirse al respecto.

Ha sido la falta de cuidado y diligencia del propio recurrente Belarmino al no presentar en tiempo y forma (al contestar la demanda de adverso) aquel documento (que sí que pudo tener en la fecha de dicha contestación a su disposición, pues, apuntaba en la misma que lo tenía o podía tener su hijo), la que ha propiciado la orfandad de prueba respecto del hecho que pretendía acreditar con el mismo, cual la disposición o manifestación de voluntad del testador de entregar la suma de 10.000 euros a su nieto (hijo del recurrente), para, supuestamente, remunerarle o compensarle por la asistencia y cuidado que le habría dispensado por las noches, etc., cosa que vendría a hacer *inextremis*, a la puerta de la muerte...

Es de significar que de ser ello así y venir así pensado pro futuro, es sorprendente que el testador en el testamento impugnado de 14 de febrero de 2014 y declarado nulo en la sentencia de instancia, no dejara ningún tipo de manda o legado dinerario en favor de su nieto por los cuidados que pudiera prodigarle a partir del momento de su otorgamiento, cuando pasaba a estar en compañía del mismo y de su padre.

De otra parte, es inconcluso, a salvo de que la razón y el sentido común se tiren por la borda, que el testador no pudo personarse en la oficina bancaria de la entidad Banco Santander S.A, (página 516) en la mañana del pasado 17 de diciembre de 2014, a fin de ordenar la señalada transferencia de 10.000 euros que tiene como destinatario no a su nieto, lo que se correspondería o guardaría congruencia con el otro documento contractual, sino al propio recurrente, quien, tampoco, acredita haya hecho entrega de dicha suma a su propio hijo para cumplir lo que supuestamente había querido el causante, padre de los litigantes.

Por tanto, no puede equivocarse, ni se equivoca, el juez de instancia sobre la identidad de la persona que dispuso, mediante la tal orden de transferencia, de la cantidad de diez mil euros, al concluir que dicha orden no la pudo materializar el Sr. Belarmino , como titular de la cuenta desde la que se transfieren los fondos, por mucho que en la fotocopia de la transferencia unida al Rollo figure el mismo como ordenante; y no la pudo materializar porque los informes médico- hospitalarios (no impugnados) son demostrativos de que en dicho día 17 de diciembre se encontraba en una situación vital muy delicada y cuasi crítica (de hecho, fallece a los dos días, en la mañana del 19 de diciembre siguiente) y, sin duda, en ese estado y hospitalizado venía impedido



para acudir a Banco alguno..., constando, según la historia clínica del paciente, que en esos días de diciembre (desde el día 6 al 19 en que fallece) no salió del Hospital en que se hallaba ingresado.

Y en lo que toca a la denunciada indebida acumulación de acciones (la de la nulidad del testamento, y la del reintegro de cantidad a la masa hereditaria), dicho reproche carece de sustento legal, ya que, dicha acumulación es conforme a derecho, ex art. 71. 2 de la LEC, siendo evidente que no concurre incompatibilidad entre las acciones ejercitadas acumuladamente en la demanda..

No tiene razón el recurrente al indicar que el juez a quo se ha limitado a analizar el periodo posterior al otorgamiento del último testamento en febrero de 2014, momento en que el testador habría pasado a estar en compañía del apelante, pues, el examen de las disposiciones y extracciones dinerarias anteriores desde la cuenta bancaria del causante y padre de los litigantes y el que fueran tenidas en cuenta en este pleito a los efectos que en el recurso se pretenden, constituye una pretensión que hubiera exigido de la formulación por parte de aquel de reconvencción, ex art. 406 de la LEC, al presentar conexión con una de las pretensiones u acciones acumuladas de la demanda principal.

Es decir, si ante la reclamación de sus hermanas de reintegro a la masa hereditaria de determinadas cantidades de la cuenta del causante por disposiciones o extracciones indebidas o carentes de justificación, el recurrente entendía que, asimismo, debía ser objeto de la litis el análisis de otras disposiciones y extracciones dinerarias de la misma cuenta u otras del causante, realizadas en años anteriores a febrero de 2014, que pudieran ser indebidas o injustificadas y de cargo de sus hermanas (parte actora), era imperativo el ejercicio por su parte, vía reconvenccional, de la acción de reintegro correspondiente; y no lo ha hecho.

Consiguientemente, el juzgador de instancia entra en las consideraciones de gastos o disposiciones de cantidades de la cuenta del causante en los límites y con el alcance con que podía hacerlo, en atención a lo que le era exigido conforme a las acciones formuladas en el escrito de demanda, sin que pudiera y debiera entrar en similares consideraciones de reintegros de cantidades de la misma cuenta en otros periodos temporales anteriores, constitutivos supuestamente de abuso en la disposición de fondos por las demandantes, so pena de que, de hacerlo de oficio, incurriera en el vicio de incongruencia extra o ultra petita, pronunciándose sobre una pretensión que no le habría venido solicitada en legal forma.

En el alegato en el que, de una u otra forma, se viene a imputar a la sentencia recurrida una errónea fundamentación jurídica y una predeterminación en el fallo, y referido al mantenimiento de la validez del testamento declarado nulo, de febrero de 2014, el recurrente -con cita y apoyo en las SSTs de 11 de diciembre de 2009 y 20 de marzo de 2012, que, se dice, se pronuncian en la línea de conservar la validez del testamento, y en la de esta Audiencia de 30 de diciembre de 2013 -, en primer lugar, pone de manifiesto que está ausente la prueba médica necesaria acerca del grado de ceguera del testador Sr. Eufrasia, prueba que no puede venir integrada y colmada con los certificados médicos y de otro tipo aportados al proceso, por no venir siquiera ratificados en juicio; en segundo lugar, que en el primero de los testamentos dispuestos por dicho testador, este beneficiaba a sus hijas en su detrimento, mientras que en el posterior impugnado distribuye sus bienes entre sus tres hijos por partes iguales y, en último término, que como el Sr. Notario autorizante ya conocía al testador por el anterior testamento, en el que sí concurrieron dos testigos, en el segundo no consideró precisa su concurrencia, no valorando, en consecuencia, adecuadamente, el juez a quo el juicio de capacidad del testador llevado a cabo en cada caso por el aludido fedatario, desconociendo, así, las atribuciones legales que sobre el dicho juicio de capacidad el mismo tiene conferidas..., dado que el testador a través del dicho Notario conoció por sí mismo el contenido del testamento que otorgaba, por lo que la falta de comparecencia de testigos no autoriza la declaración de nulidad verificada, dado que el rigor formalista no puede alcanzar a rebatir y dejar sin efecto la voluntad del testador garantizada por la fe pública del Notario autorizante.

CUARTO. - Pues bien, coincidiendo con el criterio del juzgador a quo, de partida, este Tribunal mantiene que ha de darse por probada suficientemente por las demandantes-apeladas, principalmente con la documental médica obrante en autos, no contradicha por otra prueba que se le enfrente, la falta o carencia de visión del testador, su padre, el Sr. Eliseo, en un grado tal, cuasi absoluto, y tan patente que permite afirmar que en el otorgamiento de testamento de dicha persona debía entrar en juego la excepción legal prevista en el art. 697. 2 del CC de la presencia y concurrencia de testigos.

Una circunstancia inicial incontestable lo sustenta: casi nueve años antes del otorgamiento del testamento controvertido y declarado nulo, -de febrero de 2014-, el mismo Notario autorizó otro del mismo testador (el día 31 de agosto de 2005) exigiendo, en este supuesto, la presencia de testigos, de modo y manera que, como mínimo, habrá de considerarse que la falta o déficit casi total o total de visión del testador en febrero de 2014 serían similares, sino peores o de mayor intensidad, a las que presentaba en agosto de 2005, por razón de su mayor edad y agravamiento de sus dolencias y enfermedades, etc., por lo que resulta inexplicada la variación en el juicio de capacidad en que tanto se incide en el recurso, faltando prueba indicativa de alguna clase de mejora



en la pérdida o carencia de visión tan total, y que se remonta a la infancia del testador por una enfermedad que aparece perfectamente definida.

Es razonable y de estimar lo argumentado por la parte apelada, al contestar el recurso, al recordar que en el testamento de 2005, en cuyo otorgamiento concurren dos testigos, el Notario interviniente hizo constar que el mismo se le leyó en voz alta al testador, también por uno de los testigos a su designación, declarando aquél que no podía firmar debido a su ceguera, haciéndolo por él y a su ruego uno de los testigos; esto es, se vino a reconocer explícitamente en dicho instrumento notarial que en dicho año el testador era ciego y no podía o sabía firmar...

Es por ello que no puede traerse a colación y darle la relevancia pedida, como con acierto señaló el juzgador a quo, a las consideraciones de la STS 789/2009, de 11 de diciembre, pues, ésta, en las mismas, parte de la premisa y presupuesto de la falta de probanza cumplida en el caso que resolvía de la entidad y grado de la ceguera del testador, determinando que si bien la finalidad del art 697. 2 CC es evitar fraudes a una persona cuyas condiciones físicas le impiden enterarse por sí misma del contenido del testamento, y el Notario debe apreciar la capacidad del testador en el momento del otorgamiento (art. 666 CC), es trascendente la prueba contundente acerca de que la falta de visión era impeditiva del otorgamiento de un testamento sin testigos, etc.

Así las cosas, el testamento cuya declaración de validez se reclama en el recurso, adolece, por lo indicado, de una ineficacia intrínseca y radical, no susceptible de convalidación en forma alguna. Lo anterior lo ha puesto de manifiesto la citada, en su momento, numerosa jurisprudencia respecto de la falta de los requisitos de forma en las disposiciones de última voluntad, en razón de que el espíritu del art. 695 CC pretende que cuando el testador manifieste su última voluntad, conforme a la que deberá redactar el Notario el testamento, lo haga ante el fedatario y los testigos para que, unos y otros, queden enterados de aquélla y, tras ello, el Notario redacta el testamento y procede a su lectura en voz alta ante los testigos y el testador, para poder comprobar los asistentes al acto de otorgamiento que la redacción responde a lo expresado por quien desea testar.

Y en este segundo testamento, a diferencia del anterior o precedente, lejos de seguirse las formas esenciales predicadas para el otorgamiento de un testamento abierto por una persona invidente, con incidencia prácticamente total (repetimos, no es discutible, seriamente, que su agudeza visual en cada ojo era de 0,0), se omitió la presencia de testigos y esta circunstancia, invalida la conformidad del testador con la redacción de su disposición testamentaria, puesto que su consentimiento se proyectó sobre el contenido de un documento que desconocía, que quizás presumía coincidente con la expresión manifestada al Notario, pero tal circunstancia no pudo ser constatada en el acto del otorgamiento de modo pleno, por la ausencia de uno de los requisitos de forma esenciales en el otorgamiento del testamento abierto: disposición testamentaria así ineficaz y que no puede producir efecto alguno traslativo de dominio ninguno; sin que el enfoque del problema, como hace el recurrente, deba ponerse en el juicio de capacidad del Notario respecto de la persona del testador, pues el juicio de capacidad ya venía predeterminado con el otorgamiento de un previo testamento y otros instrumentos o escrituras públicas.

Finalmente, debe esclarecer la Sala el alcance que puede tener el pronunciamiento que hace el juzgador a quo relativo a la declaración de la *validez* del testamento otorgado por el repetido Eliseo el día 31 de agosto de 2005 ante el mismo Notario, con número de protocolo 1366; alcance que no puede producir efectos de cosa juzgada.

Es inobjetable que en tanto el testamento de febrero de 2014 ha mantenido su validez y no sea firme su declaración de nulidad, la carencia de vigencia y eficacia del precedente de agosto de 2005 deriva de mera disposición legal, -sin necesidad de declaración judicial ninguna al respecto-, pues, es sabido que, de acuerdo con el tenor, entre otros, de los arts. 737 y 739 del CC, cuando el testador hace un testamento posterior a otro ya existente, salvo previsión específica en contrario, queda derogado expresamente en su plenitud lo dicho y dispuesto en el primero.

De este modo, ciertamente, en nuestro caso, firme la nulidad del testamento de febrero de 2014 y visto el certificado de últimas voluntades aportado a los autos recobrará, entonces, su vigencia o su "fuerza" el anterior, el otorgado el día 31 de agosto de 2005, pero ello no significa que esté libre de impugnación éste último, por mor de la sentencia de instancia dictada en este proceso que declara su *validez*, porque lo que ha de entenderse por validez, dados los términos de la demanda rectora de la litis, es que recobra su vigencia o fuerza *ope legis*, sin que, desde luego, hayan sido analizados en concreto, porque nadie lo ha solicitado, los presupuestos de conformidad legal y la inexistencia de vicios o defectos que lo hagan inhábil, etc.

QUINTO. - En lo que si considera la Sala que es estimable el recurso de apelación examinado, es en la cuestión de la condena en costas al demandado en la sentencia de instancia, que no puede fundamentarse en su oposición a la declaración de nulidad del testamento controvertido, respecto de cuyo tema son evidentes y cognoscibles las dudas de hecho y de derecho que autorizan y legitiman su no imposición, de conformidad



con el párrafo final del apartado primero del art. 394 de la LEC , más allá del debate de si la estimación de la demanda es parcial o sustancial.

Aquí, no puede olvidarse que el interés del demandado no es tanto la defensa de sus intereses privados y particulares, que lo es sólo en determinada medida si comparamos las disposiciones testamentarias en confrontación (en las anuladas, el testador se habría limitado a "igualar" a sus hijos herederos, frente a la desigualdad precedente favorecedora de los intereses de las dos demandantes), como la defensa de la voluntad del testador en dicho testamento, que aparece expresada en el mismo como aparece expresada, habiendo de convenirse en que el vicio de nulidad que se estima no depende o ha dependido directa e inmediatamente de acto de voluntad alguno de dicho demandado-apelante, por lo que la existencia de dudas fácticas y jurídicas, al tratarse de casos límites en que pugnan razones de orden público legal y razones de favorecimiento y conservación de la voluntad del testador en un acto tan personalísimo como el comentado, conducen y justifican el apartamiento de la regla general o principio del vencimiento objetivo, pues, la controversia ofrecía, de antemano, serias dudas, es decir ante una de las pretensiones cuyos fundamentos de hecho eran cuestionables.

Por consiguiente, ha de ser acogido parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el demandado Sr. Belarmino y, en consecuencia, con revocación parcial de la sentencia impugnada, decretar que no procede imponerle las costas causadas en la primera instancia.

SEXTO.- Y, en cuanto a las costas de esta alzada, al estimarse en parte el presente recurso de apelación, no procede hacer especial imposición a ninguna de las partes de las originadas en la misma, de conformidad con lo establecido en los arts. 394. 2 , y 398. 2, respectivamente, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y con devolución al recurrente del depósito constituido, en aplicación de lo prevenido en la Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

En consideración a lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de la potestad jurisdiccional conferida por la Constitución,

FALLAMOS

Revocamos, parcialmente, la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia número 1 de esta ciudad, con fecha 26 de junio de 2017 , en el Juicio Ordinario núm. 1002/2015 del que dimana el presente rollo y, estimando en parte el recurso de apelación promovido contra la misma por el demandado, **Belarmino** , representado por la Procuradora Doña Elena Jiménez-Ridruejo Ayuso, decretamos que no procede la imposición de las costas de la primera instancia a dicho demandado-recurrente, manteniendo íntegros los restantes pronunciamientos de dicha sentencia; todo ello sin hacer especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en esta alzada, y con devolución al recurrente del depósito constituido.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.