

que don Roque pudo escribir el testamento y su firma en la fecha del 5 de enero 2015 no se contradice con el precitado documento, es decir, pudo haberse redactado entre las 0 horas hasta su traslado de la habitación.

De las testificales de doña Consuelo y doña Emma no podemos determinar quien permaneció con don Roque la noche del 4 al 5 de enero del 2015 o si estuvo solo, pues doña Consuelo manifiesta que acudió pronto al hospital a sustituir a Emma el 5 de enero del 2015, quien había pasado la noche con él; sin embargo, doña Emma manifiesta que viajó a Madrid desde Jerez el día 5 de enero del 2015 y llegaría sobre la 1 o las 2 (ha de entenderse las 13 o 14 horas), pues a primera hora operaban a don Roque. Las contradicciones de los testigos no pueden ser óbice para la conclusión de la sentencia apelada en cuanto a la fecha en que se redactó y firmó el testamento, es decir, que se efectuó en la data que consta en el mismo, pues pudo suscribirlo permaneciendo solo en la habitación o en compañía de doña Emma. Las manifestaciones del testigo don Lucio en cuanto a los comentarios que le realizó don Roque dos meses antes del fallecimiento, respecto a su consejo de que testara a favor de doña Purificación, no tienen relevancia a los efectos de la data del testamento y a su voluntad de testar.

En consecuencia, entendemos que la sentencia no infringe los artículos 326 y 376 LEC a los que se refiere el motivo que resolvemos.

SÉPTIMO: En el motivo quinto del recurso de la representación de don Porfirio se alega que la sentencia apelada vulnera el artículo 386 LEC, respecto de la prueba de presunciones.

Con relación al artículo 386 de la Ley Procesal sobre prueba indirecta de presunciones, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero del 2007 Recurso: 787/2000, que recoge el criterio de la STS de 20 de julio de 2006 y de otras anteriores, señala: " ... no pueden confundirse las conclusiones que el juzgador obtiene mediante su actividad intelectual de apreciación y valoración de las pruebas con el proceso deductivo que constituye la esencia de la presunción(SS. 27 de diciembre de 1999 ; 2 de abril , 24 de mayo , 5 y 6 de julio de 2004 , 19 de diciembre de 2005 ; 16 de marzo de 2006)...", ni " ... constituyen presunciones las deducciones o inferencias lógicas, basadas en la experiencia, que posibilitan juicios hipotéticos, obtenidos de hechos o circunstancias concluyentes que llevan a conclusiones razonables en el orden normal de las cosas(SS. 5 de julio de 2004 y 19 de diciembre de 2005)...".

Si trasladamos lo dispuesto en el artículo 386 LEC y la doctrina jurisprudencial a la sentencia apelada no se infringe este precepto porque el Juzgador en una frase (sin relación directa con lo solicitado en la demanda) atribuya a don Roque la voluntad de no testar a favor de sus familiares, con fundamento en una resolución que no había adquirido firmeza; siempre y cuando el testamento ológrafo a favor de la demandante, al apreciarse su validez, tendrá los efectos del artículo 739 LEC respecto del anterior, empero la voluntad del testador se ha de derivar de cada uno de los testamentos otorgados.

De lo resuelto en los fundamentos segundo y siguientes de la presente resolución, en el testamento ológrafo otorgado por don Roque no se infringen los artículos 678, 687 y 688 CC, a los que se refiere en motivo segundo (en cuanto al fondo) formulado por la representación de don Porfirio, máxime si tenemos en cuenta que en el mismo se recoge la voluntad del testador, se aprecian los requisitos formales de estar estrito, en su integridad, por el testador, con la firma de éste, con expresión del año, mes y día en que se otorga, sin que el error en cuanto al lugar pueda tener incidencia, como hemos desarrollado en el fundamento segundo, encontrándose el testador en plena capacidad para testar (en el momento de su otorgamiento), a los efectos del artículo 666 CC, pues la enfermedad no le afectaba a sus capacidades intelectivas y, por último, corroborando lo establecido en la sentencia apelada en cuanto a su otorgamiento en la fecha reseñada en el mismo (5 de enero de 2015), aunque fuera intervenido en el mismo día en el establecimiento sanitario en el que se encontraba hospitalizado. En cuanto al primer motivo de fondo, al referirse a cuestiones que también se suscitan en el recurso de la representación de doña Ofelia, debemos resolverlos conjuntamente.

OCTAVO: En los dos recursos interpuestos (por las representaciones de doña Ofelia y don Porfirio), se cuestiona la validez del testamento ológrafo al recogerse en el mismo "La validez de este testamento es de 1 año, es decir hasta 5-enero-2016" (folio 140 de las actuaciones).

En primer lugar, en la oposición al recurso formulado por la representación de doña Ofelia, se alega que se trata de cuestiones nuevas que no fueron planteadas en primera instancia, al no haber sido demandada, pues su intervención lo fue a los efectos del artículo 13 LEC, sin que se formulara contestación y sin comparecer al acto de la audiencia previa en forma, al no haber asistido su letrado, por lo que no propuso prueba; todas estas circunstancias no suponen que no podamos resolver sobre las cuestiones que en el mismo se suscitan, máxime cuando en el recurso se solicita la ineficacia del testamento, lo que podría ser apreciado de oficio y, por último, al tratarse de cuestiones que también se plantean en el recurso formulado por la representación de don Porfirio, y que se contenían en la contestación a la demanda (folio 172 y vuelto), al plantearse "la

inexistente voluntad de disponer que obraría en el documento a someter la validez del documento a un periodo de tiempo (1 año) siendo incompatible con la institución testamentaria".

En principio, debemos corroborar lo establecido en el Fundamento de derecho quinto (folios 426 a 428) de la sentencia de instancia, referido a la "existencia de animus testandi", excepción hecha a la remisión al artículo 805 CC.

Debemos de partir de lo establecido en el artículo 675 del Código civil al disponer "Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme con la intención del testador, según el tenor del mismo testamento".

Al ser el testamento un negocio jurídico mortis causa, que se perfecciona con la emisión de voluntad del testador y despliega su eficacia en el momento de la muerte, la voluntad real del testador, de conformidad al precepto citado, es la del momento en que emitió su declaración, es decir, cuando otorgó testamento; tras ese momento, puede haber un cambio de circunstancias, pero el testador siempre puede revocarlo y otorgar nuevo testamento hasta el instante mismo de su muerte, conforme a los artículos 737 y ss Código Civil. En consecuencia, el testamento no puede recoger una voluntad del testador que sea posterior a su otorgamiento; y pensar en su voluntad real por unos hechos posteriores a la muerte del testador, pues, de conformidad a la jurisprudencia, sería caer en el absurdo (como se recoge en la STS 29 de diciembre de 1997 Recurso: 3178/1993, así como en otras anteriores SSTs de 26 de julio de 1994, 20 de septiembre de 1994, 6 de octubre de 1994, 31 de diciembre de 1996, 30 de enero de 1997).

Ahora bien, el que la voluntad del testador deba determinarse en el momento de su otorgamiento y no por unos hechos posteriores, no puede implicar que la disposición del testamento ológrafo de otorgarle validez para un año, es decir, hasta 5 de enero del 2016, pueda implicar su ineficacia o, en su caso, la nulidad de todo el testamento, máxime si tenemos en cuenta la dicción del artículo 737 CC, en su primer párrafo, al establecer la revocabilidad de las disposiciones testamentarias, incluso aunque en el mismo se exprese *"su voluntad o resolución de no revocarlas"*, por lo que se añade en su párrafo segundo: *"Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras"*, y esto es lo que procede apreciar en el presente supuesto, es decir, deberíamos tener por no puesto el plazo de validez de un año establecido por el testador, pues pese a esta disposición, don Roque hubiera podido revocar el testamento ológrafo, en cualquier momento, desde el 5 de enero de 2015 hasta la fecha de su fallecimiento (19 de enero de 2015).

Por lo tanto, nos encontraríamos ante las denominadas causas de nulidad parcial, que sólo afecta a la cláusula que contraviene un determinado precepto legal, en el presente supuesto, respecto del principio de revocabilidad de las disposiciones testamentarias, empero, sin comunicarla a todo el testamento, máxime si tenemos en cuenta lo establecido en el artículo 743 CC al establecer la ineficacia de las disposiciones testamentarias, en todo o en parte, *"...sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código"*.

A tales efectos, debemos traer a colación la SAP Madrid, Civil sección 21 del 11 de junio de 2013 recurso 87/2011, citada en la oposición al recurso, *"Sin que debamos dejar de significar que el artículo 743 del Código Civil dispone que "Caducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, salvo en los casos expresamente prevenidos en este Código", y como declaró la sentencia de la Sección duodécima de esta Audiencia Provincial de Madrid de 29 de octubre de 2001 "debemos comenzar señalando con Castán que las legislaciones y doctrina modernas ha simplificado mucho la ineficacia de los testamentos, reduciendo en general las causas que las originan a la nulidad, la caducidad y la revocación, dándose la primera cuando en el testamento no concurren los requisitos y solemnidades necesarios para su validez, la segunda cuando la ley le priva de efectos, en determinadas circunstancias, pasado cierto plazo a contar de la fecha de su otorgamiento y, por último, la tercera o revocación cuando pierde el testamento su eficacia por voluntad expresa o presunta del testador y proclamando nuestro Código Civil en su artículo 743 el principio restrictivo de que caducarán los testamentos o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias "solo en los casos expresamente prevenidos en este Código"; esto sentado y concretándonos a la nulidad de los testamentos, que es la acción ejercitada por la actora y hoy apelante Doña Asunción, debemos añadir que en el Derecho Romano y legislación de Partidas, la nulidad del testamento podría proceder de la inobservancia de las llamadas solemnidades internas (entre las que se contaba la propia institución de heredero) o de la falta de solemnidades externas, pero sobrepasada esta doctrina por lo dispuesto en el artículo 764 Código Civil al decirnos que el testamento será válido aunque no contenga institución de heredero o esta no comprenda todos los bienes, las causas de nulidad total del testamento quedan reducidas a las siguientes, primera, la falta de capacidad del testador - art. 663 C. Civil - por ser menor de catorce años o por no hallarse en su sano o cabal juicio, segunda, la inobservancia de cualquiera de las solemnidades establecidas por la ley - arts. 687, 688, 705 y 715 C. Civil -, tercera, la existencia o intervención de violencia, dolo o fraude en el otorgamiento del testamento- art. 673 C. Civil -, cuarta, la mancomunidad en el otorgamiento - art. 669 C. Civil -*

y, quinta, delegación en un tercero para que otorgue el testamento, al ser este un acto personalísimo - art. 670 C. Civil - y debiéndose destacar que la nulidad produce acción para impugnar el testamento, nulo a quien tenga un interés legítimo y una vez declarada, priva de toda eficacia al mismo".

En términos semejantes se había pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de noviembre de 1964 al declarar que: "Que nuestro ordenamiento civil, no recoge en un título o capítulo la doctrina general relativa a la ineficacia de los negocios jurídicos, con su gana de inexistencia, nulidad, anulabilidad, resolución, rescisión, revocación, denuncia, caducidad, etc., ni contiene tampoco una normación general sobre la ineficacia de los testamentos; por lo que no habrá que inducir la de los diversos preceptos que a una y otra aluden, pero sin que pueda reputarse aplicable íntegramente a los testamentos, la doctrina general sobre la nulidad de los negocios jurídicos, por ser aquéllos, unos negocios de estructura unilateral y comprensivos de declaraciones no recepticias.

Que partiendo de la base de que la definición que del testamento da nuestro código en su art. 667 no resulta exacta -pues además de las disposiciones de índole patrimonial, puede contener otras relativas a fines pios, designación de organismos tutelares, reconocimiento de hijos naturales, cláusulas revocatorias de otros anteriores-, y teniendo en cuenta los diversos preceptos que regulan el testamento, y sus clases y formalidades, llega a la conclusión de que existen dos grupos de causas de nulidad, unas, que llaman de nulidad general, pues afectan al testamento considerado como un todo orgánico indivisible -son las referentes a la capacidad, al consentimiento, a las solemnidades esenciales para su validez, y otras, denominadas causas de nulidad parcial, que sólo originan la ineficacia de la cláusula que contraviene un determinado precepto legal, sin comunicarla a todo el testamento .

Que esta no comunicabilidad de la ineficacia a todo el testamento, la predica nuestro CC, en varios de sus preceptos, entre los cuales se destacan: a) el art. 743, en el que, además de admitir que los testamentos pueden ser ineficaces en todo o en parte, establece un criterio restrictivo en cuanto a tales ineficacias, cuando dice que lo serán "sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código"; b) el art. 737, en el que ordena que las cláusulas derogatorias de disposiciones futuras, se tengan por no puestas; c) el 750, que prescribe la nulidad de las disposiciones en favor de personas inciertas; d) el art. 752 y el 754, que declaran sin efecto las cláusulas en favor del sacerdote que asista al testador en su última enfermedad, o del Notario y familiares, respectivamente; e) el 792, que establece que determinadas condiciones, se tienen por no puestas y en nada perjudican al heredero o legatario; y f) el art. 814, que dispone que aun la pretensión más grave -la de los herederos forzosos en línea recta no produce la invalidez de las mandas y legados" .

En conclusión, con relación a la disposición testamentaria objeto de los recursos, al no encontrarnos ante un supuesto de ineficacia o nulidad radical, pues en todo caso nos encontraríamos ante un supuesto de tener por no puesta la disposición referida al plazo de validez, sin que afecte a las demás disposiciones del testamento ológrafo de 5 de enero de 2015, lo que implica que procede desestimar los recursos interpuestos.

Por lo tanto, y de conformidad a lo establecido en los fundamentos de la presente resolución, procede confirmar la sentencia apelada en todos sus extremos.

NOVENO: Al desestimarse los recursos, de conformidad al artículo 398.1 LEC, procede imponer las costas a los apelantes.

VISTOS los preceptos legales invocados, sus concordantes y demás de general aplicación.

En atención a lo expuesto, en nombre S.M. el Rey y por la autoridad conferida en la Constitución,

FALLAMOS

Que DESESTIMANDO los recursos de apelación interpuestos por DOÑA Ofelia , representada por el Procurador DON JOSÉ BERNARDO COBO MARTÍNEZ DE MURGUIA, y DON Porfirio , representado por el Procurador DON IGNACIO ARGOS LINARES, contra la Sentencia dictada con fecha 19 de febrero de 2021 por el Juzgado de Primera Instancia número 42 de Madrid, en los autos de juicio ordinario número 478/2018, debemos CONFIRMAR la referida resolución. Y todo ello con condena a los apelantes a las costas de esta segunda instancia.

La desestimación de los recursos determina la pérdida de los depósitos constituidos, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días