

Id Cendoj: 28079110012010100181
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 103/2006
Nº de Resolución: 128/2010
Procedimiento: CIVIL
Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x ACCIÓN DE NULIDAD DEL TESTAMENTO x
- x LEGITIMACIÓN (ACCIÓN NULIDAD-TESTAMENTO) x
- x ATRIBUCIONES DEL **TUTOR** x
- x REPRESENTACIÓN DEL INCAPACITADO (TUTELA) x

Resumen:

Nulidad de testamento otorgado por incapaz promovida por su **tutor** en vida del testador. No ha lugar a que el **tutor** pueda solicitarla.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Marzo de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, por Dª Nicolasa , representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. Susana García Abascal, contra la Sentencia dictada, el día 27 de mayo de 2004, por la referida Audiencia y Sección en el rollo de apelación nº 279/2003 que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Madrid. Ante esta Sala comparecen la Procuradora Dª Susana García Abascal en nombre y representación de Dª Nicolasa , en calidad de recurrente. Asimismo comparece la Procuradora Dª Elisa Mª Bustamante García, en nombre y representación de D. Eulalio , en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Madrid, interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía, D. Eulalio , contra Dª. Nicolasa , D. Jon , y la CONGREGACIÓN DEL SANTISIMO REDENTOR. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "*.... dicte sentencia en la que se contenga los siguientes pronunciamientos:*

a) *Nulidad del Testamento otorgado por D. Valentín la fecha de 18-05-95 ante el Sr. Notario D. Antonio Fernández Golfín Aparicio, con un N. de Protocolo 1470 y de cualesquiera otros que hubiese otorgado durante el período de incapacidad, es decir a partir del año 1993 inclusive, con condena a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones.*

b) *Nulidad de cualesquiera actos y/o contratos suscritos por D. Valentín directamente o a través de representación, desde 1993 inclusive, que modifiquen, cesen, donen, vendan, o graven la vivienda de su propiedad sita en la C/ DIRECCION000 N. NUM000 .*

c) *Se modifiquen las cuentas corrientes y demás productos financieros de titularidad de D. Valentín en los que aparezca con otro cotitular, con distinto beneficiario y/o distinto autorizado, y así los transforme en cuentas y depósitos de titularidad única de D. Valentín anulando las calificaciones de cotitular, beneficiaria o autorizada Dª Nicolasa o cualquier otra persona que aparezca en las mismas, condenando a la Sra. Nicolasa y al resto de personas interesadas a estar y pasar por esta declaración:*

- 1.- C/C N. NUM001 del BBV: Oficina C/ Princesa N. 40.
- 2.- C/C N. NUM002 de Caja Madrid (Ofucuba de C/ Rodriguez San Pedro N.71).
- 3.- C/C N. NUM003 de Caja Madrid (Oficina de C/ Rodriguez San Pedro N. 71).
- 4.- C/C N. NUM004 de Caja Madrid de la misma Oficina.
- 5.- Fondos Financieros N. NUM005 .

d) Así como anule la cotitularidad, el carácter de beneficiario, autorizado y demás calificaciones posibles de cualquier persona física, incluyendo a la demandada o persona jurídica que figure en los productos bancarios y financieros de titularidad de D. Valentín que existan desde 1993.

e) Con carácter subsidiario a la acción del apartado c) de modificación de cuentas corrientes a la titularidad única D. Valentín , se condene a la demandada DOÑA Nicolasa al reintegro de LAS CANTIDADES EXTRAIDAS DE LAS CUENTAS DE D. Valentín en el período de incapacidad a partir de 1993 inclusive, y que se valorarán en ejecución de sentencia, pero que en una primera estimación se determinan en la cantidad de 35.548.498 ptas.

f) Se condene expresamente a la demandada a las costas del procedimiento".

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de D^a. Nicolasa y de la CONGREGACIÓN DEL SANTÍSIMO REDENTOR, los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... dicte Sentencia acordando:

A. Admitir las excepciones planteadas por esta parte demandada como CUESTIÓN PREVIA a los Hechos: 1) Falta de legitimación activa del demandante/**tutor** para ejercitar la acción de nulidad de un testamento mientras vive -en vida- del propio testador, don Valentín ; 2) Falta de legitimación pasiva de las tres personas demandadas al carecer de acción alguna para defender un derecho "non nato" al momento de la interposición de la demanda; 3) Defecto legal en el modo de proponer la demanda -Artículo 533.6º L.E.C.v ., al no fijar con claridad y precisión lo que se pide, ni la persona o personas contra quienes se propone la demanda tal como exige el artículo 524 de la citada L.E.C.v ; 4) Acumulación indebida de acciones al proceder de títulos y diferentes, y fundándose en causas de pedir radicalmente opuestas las unas con las otras, y con sujetos distintos y sin concretarles.

B. En cuanto al fondo del asunto, al no haber concretado el demandante, ni la acción/es que ejercita, ni los hechos y sus pruebas, ni el derecho aplicable, acuerde desestimar la totalidad de la demanda, acordando la imposición de las costas a la parte actora, acreditada la temeridad y mala fe con la que pleitea".

Por resolución de fecha 5 de marzo 2001 se dio por contestada la demanda respecto a los demandados Nicolasa y la Congregación del Santísimo Redentor, y declarar en rebeldía a D. Jon ; señalar día y hora para la comparecencia prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la que tuvo lugar en el día y hora señalado, y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Madrid, dictó Sentencia, con fecha 17 de septiembre de 2001 , y con la siguiente parte dispositiva: "FALLO: Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por Eulalio quien actúa en nombre y representación de Valentín contra Nicolasa , Jon y Congregación del Santísimo Redentor, y, en su consecuencia declaro la nulidad del testamento otorgado por Valentín ante el notario Sr. Fernández-Golfín Aparicio con número de protocolo 1460, habiendo los demandados de estar y pasar por esta declaración. Igualmente declaro la nulidad de los actos de Valentín por los que confiere a Nicolasa la condición de cotitular y/o autorizada en alguna de las siguientes cuentas corrientes o fondos financieros que aparecen en el apartado C) del suplico de la demanda, habiendo de estar y pasar tal demandada por esta declaración. Se aprecia, de oficio, defecto en la proposición de la demanda respecto a las pretensiones siguientes; 1º) la contenida en el apartado a) del suplico de la demanda en lo relativo a la declaración de nulidad de cualquiera otros testamentos otorgados por Valentín a partir de 1993; 2º) la contenida en el apartado b) del suplico de la demanda; 3º) la contenida en el apartado c) del suplico de la demanda en lo relativo a la declaración de nulidad de los actos de Valentín en cuanto confiere la condición de cotitulares o beneficiarios de las cuentas corrientes o fondos financieros explicitados a cualquier otra persona diferente de la Sra. Nicolasa ; 4º) la contenida en el apartado d) de la demanda.

Respecto a estas pretensiones procede un pronunciamiento absolutorio en la instancia, sin entrar a conocer del fondo. Por los motivos expuestos en el fundamento de derecho primero de la presente no ha lugar a pronunciarse respecto a la acción declarativa que se ejercita en el apartado c) del suplico de la minuta que presentó la parte actora en el trámite de comparecencia previsto por el artículo 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , para contestar a las excepciones previstas de contrario. En materia de costas no se efectúa especial pronunciamiento".

La representación de D. Eulalio , presentó escrito solicitando aclaración de Sentencia, dictándose con fecha 26 de septiembre de 2001 , Auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "No ha lugar a la aclaración de la sentencia dictada en las presentes actuaciones con fecha 17 de septiembre " .

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D^a. Nicolasa . Sustanciada la apelación, la Sección 9^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia, con fecha 27 de mayo de 2004 , con el siguiente fallo: "Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a Nicolasa contra la sentencia dictada con fecha 17 de septiembre de 2001 en los autos número 96/2001 del Juzgado de Primera Instancia número 9 de los de Madrid, y, en su consecuencia, se confirma dicha sentencia, con expresa imposición de las costas del presente recurso a la parte apelante".

La representación de D^a Nicolasa , presentó escrito solicitando aclaración de sentencia, dictándose con fecha 6 de octubre de 2004 , Auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "LA SALA ACUERDA.- NO HA LUGAR a la aclaración solicitada por la procuradora SUSANA GARCIA ABASCAL en nombre de Nicolasa , manteniéndose en todos sus extremos la sentencia dictada por esta Sala".

TERCERO. Anunciado recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal por D^a. Nicolasa , contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia los tuvo por preparados y dicha parte, representada por el Procurador de los Tribunales D^a. Susana García Abascal, interpuso el *recurso extraordinario por infracción procesal* en base a los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el *número 2 del art. 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , por infracción por vulneración del *art. 218 de la LEC* .

Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el *número 2 del art. 469 de la LEC* , por infracción del *art. 218 de la LEC* .

El recurso de casación se interpuso en base a los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del *art. 477 de la LEC* , por infracción de los *arts. 657, 661, 667 del CC, en relación con el 988, 989 y 991* del mismo texto legal. Segundo.- Al amparo del *art. 477 de la LEC* , por infracción de los *arts. 663, 665, 666* en relación con el *art. 685 todos del Código Civil* , y con el *art. 167 del Reglamento Notarial* .

Tercero.- Al amparo del *art. 477. de la LEC* , por infracción del *art. 299 del CC* .

Cuarto.- Al amparo del *art. 477 de la LEC* , por infracción de los *artículos 244.4º, 269, 270, 271 y 272 del Código Civil* .

Quinto.- Al amparo del *art. 477 de la LEC* , por infracción del principio que prohíbe ir contra los propios actos "*venire contra factum proprium*" y el principio general reconocido de la *buena fe*.

Por resolución de fecha 9 de enero de 2006, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó la Procuradora D^a Susana García Abascal, en nombre y representación de D^a Nicolasa y presentó escrito personándose en calidad de parte recurrente. La Procuradora D^a Elisa M^a Bustamante García en nombre y representación de D. Eulalio , en calidad de parte recurrida.

Admitido el recurso por auto de fecha 21 de octubre de 2008 , y evacuado el traslado conferido al respecto, la Procuradora D^a. Elisa María Bustamante García, en nombre y representación de D. Eulalio , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el veinticuatro de febrero de dos mil diez, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excm. Sra. D^a. Encarnacion **Roca** Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º D. Valentín se hallaba afectado por una demencia progresiva degenerativa (Alzheimer). Fue incapacitado por sentencia de 14 septiembre 1999 y se le nombró **tutor** por auto de 4 febrero 2000 . El cargo recayó en su hermano D. Eulalio .

2º D. Valentín había otorgado testamento notarial el 18 mayo 1995.

3º D. Valentín había dispuesto que la demandada D^a Nicolasa fuera cotitular, beneficiaria o autorizada de una serie de cuentas corrientes y fondos de inversión. D. Nicolasa falleció el 1 septiembre 2001, soltero y sin descendientes.

4º El **tutor**, D. Eulalio , ejerció dos acciones frente a D^a Nicolasa , la Congregación del Santísimo Redentor y D. Jon . Pidió: a) que se declarara la nulidad del testamento otorgado el 18 mayo 1995 y de cualquier otro que D. Valentín hubiese otorgado en el periodo de incapacidad desde 1993, y b) que se declarara la inexistencia de consentimiento y voluntad por parte de D. Valentín en la apertura de contratos bancarios y depósitos financieros y de las extracciones efectuadas sin su consentimiento. La demandada D^a Nicolasa opuso las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva y defecto procesal en el modo de proponer la demanda, además de oponerse a los pedimentos de la misma.

5º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 9 Madrid, de 17 septiembre 2001 , estimó la demanda en parte. Rechazó todas las excepciones planteadas por la demandada y respecto al fondo del asunto, consideró probado que D. Valentín estaba incapacitado para testar el 18 de mayo de 1995 *"a tenor del deterioro de sus facultades intelectivas, por lo que le impedía comprender la virtualidad de tal acto"* , lo que lleva al juzgador a declarar *"nulo el testamento otorgado por Valentín el día 18 de mayo de 1995, no existiendo impedimento legal alguno para la obtención de tal pronunciamiento en vida del causante, padeciendo éste una enfermedad mental irreversible [...]"*. Respecto a la nulidad de los actos referidos a las oberturas de cuentas corrientes y disposición de activos financieros, la sentencia argumentaba que *"la Sra. Nicolasa obtuvo la facultad de disponer o figurar como persona autorizada, respecto de los productos financieros [...] en las fechas en las que D. Valentín tenía deteriorada su capacidad intelectual y, por ende, carecía de la posibilidad de comprender sobre la trascendencia de los actos jurídicos que realizaba, tal como se ha expuesto"* , por lo que se declaraba su nulidad.

6º Apeló la demandada D^a Nicolasa . La sentencia de la Sección 9ª bis de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 mayo 2004 , confirmó la apelada. Respecto a la falta de legitimación activa del **tutor**, la sentencia considera que el motivo no es estimable porque *"[...] se ha producido el fallecimiento del incapaz"* y además, *"ni está excluido de las facultades del tutor ni le está prohibida -Arts. 269, 271 y 272 CC - ni la ahora recurrente formuló demanda reconventional respecto de que la actuación del tutor fuese en interés propio y no en defensa y beneficio del incapaz"* . Respecto a la falta de capacidad en el momento de otorgarse todos los negocios jurídicos patrimoniales, dice la sentencia recurrida que las pruebas llevan a la misma conclusión que la de instancia, es decir que *"carecía de la capacidad necesaria para realizar los actos que son objeto de pretensión de nulidad, criterio que se comparte con el juez a quo"*.

7º La demandada D^a Nicolasa presenta recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, que fueron admitidos por auto de esta Sala de 21 octubre 2008 .

1º RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL .

SEGUNDO. El *motivo primero* se formula por infracción del *Art. 218 LEC* , por insuficiencia manifiesta de motivación respecto de las excepciones opuestas relativas a la falta de legitimación activa y pasiva. Señala que el **tutor** puede hacer una serie de actos, pero no aquello que el testador no puede hacer que es anular su propio testamento, discutiéndose aquí si el **tutor** está legitimado para pedir la declaración de ineficacia del testamento antes del fallecimiento del testador. Además, el testador falleció antes de dictarse la sentencia de 1ª Instancia y el **tutor** continuó el procedimiento en defensa de la dignidad y honor de su hermano, mientras que fallecido el tutelado en cuyo nombre se ejercitaron las acciones, debió de haberse producido la correspondiente sustitución por los sucesores.

El motivo se desestima.

No puede estimarse este motivo del recurso extraordinario por infracción procesal porque la recurrente lo basa en la infracción del *art. 218 LEC* claramente por falta de motivación, aunque no lo diga directamente y de la simple lectura de la sentencia recurrida se deduce que la motivación existe, es amplia y está argumentada y aunque es contraria al interés de la parte recurrente, esta no es una razón para admitir el motivo, como es doctrina constante de la Sala.

En realidad la recurrente esta planteando dos problemas: a) la falta de legitimación activa del **tutor** para impugnar el testamento de quien aun no ha fallecido, y b) la continuación del procedimiento como **tutor** después del fallecimiento del pupilo, pero todo ello al amparo de la falta de motivación. Estas cuestiones se repiten en el primero de los motivos de casación, por lo que se examinarán en aquella sede.

TERCERO. El *segundo motivo* denuncia la infracción de nuevo del *Art. 218 LEC* , en lo relativo a la apreciación y valoración de la prueba, así como a la carga de la misma. Se refiere a la prueba de la capacidad del testador en el momento de otorgar el testamento y considera que no se ha destruido la presunción de capacidad porque existen una serie de pruebas referidas a actos coetáneos y posteriores que indican que poseía el suficiente juicio para otorgar testamento.

El motivo se desestima.

La recurrente equivoca la disposición que considera infringida, puesto que el *art. 218* no se refiere a la carga de la prueba, porque la norma reguladora es la contenida en el *Art. 217 LEC*. En *segundo* lugar, la recurrente está claramente incidiendo en las cuestiones de valoración de la prueba producida en el procedimiento, especialmente las pruebas testifical y pericial, que son de apreciación por parte del juzgador de acuerdo con las reglas de la sana crítica, según lo establecido en los *artículos 348 LEC para la valoración de la prueba de peritos y 376* , en relación a la prueba de testigos. No habiendo incurrido la sala sentenciadora en ninguna de las causas que permiten revisar la valoración de la prueba en casación, debe rechazarse también este motivo.

2º RECURSO DE CASACIÓN.

CUARTO. El *primer motivo* se formula al amparo del *Art. 477, 2, 2º LEC* , por infringir la sentencia recurrida los *Arts. 657, 661 y 667 CC* en relación con los *Arts. 988, 989 y 991 CC* : dice que el **tutor** carece de acción para ejercitar la nulidad del testamento del sometido a tutela durante la vida de éste, ya que al ser el testamento un acto *mortis causa* , *ante mortem* carece de eficacia alguna para los llamados. Nadie puede reclamar la nulidad del testamento mientras carezca de eficacia. Además, el hecho de la muerte del testador acaecida después de haber quedado constituida la relación jurídico-procesal no puede fundamentar la desestimación de las excepciones alegadas con anterioridad a la producción del hecho de la muerte. Conociéndose dicha muerte y habiendo cesado la representación legal del **tutor**, según el *Art. 275 CC* , no se tomó ninguna medida para proceder a la sustitución procesal y, finalmente, el propio **tutor**, sucesor intestado, en lugar de comparecer como tal heredero, lo que sería congruente con su pretensión de nulidad del testamento del hermano incapacitado fallecido, decide no personarse en concepto de tal y declara la voluntad de actuar en representación del pupilo muerto, en defensa de su honor y dignidad.

El motivo se estima.

Dos son las cuestiones que se plantean en el presente motivo del recurso de casación. La primera es la referida al propio procedimiento, continuado por el **tutor** en calidad de tal, lo que lleva a plantear la cuestión de la posible desaparición del objeto del proceso por el fallecimiento del tutelado. La segunda cuestión planteada en el primero de los motivos de casación viene referida a la legitimación para pedir la nulidad de un testamento por causa de incapacidad del testador cuando éste aun no ha fallecido.

La primera de las cuestiones indirectamente planteadas por la recurrente debe resolverse de forma negativa, puesto que la acción planteada en la demanda sigue siendo fundamental para conocer si el **tutor** podía o no pedir la nulidad del testamento en vida del otorgante, lo que determina las acciones para su impugnación en el caso de que se niegue que la acción estaba bien ejercitada por el **tutor**.

QUINTO. Respecto a la cuestión de fondo, es decir lo relativo a si el **tutor** está legitimado para pedir la nulidad del testamento por incapacidad del otorgante antes de su fallecimiento, debe admitirse la tesis mantenida por la recurrente en su recurso de casación. Las razones se exponen a continuación:

1º El testamento es un acto sin eficacia hasta que se produce la muerte del causante. Aunque éste fuese incapaz, no se puede impugnar un testamento que no tiene la condición de acto eficaz hasta que

adquiere dicha eficacia, es decir, en el momento de la muerte del testador.

2º El **tutor** debe actuar en beneficio del tutelado. La acción para pedir la nulidad del testamento no beneficia para nada los intereses del incapaz, porque el testamento no va a ser eficaz en vida y cuando fallece, va a beneficiar a los llamados en el testamento, pero no al incapaz y los interesados tienen legitimación para ejercer aquellas acciones que crean conveniente para pedir la nulidad de un testamento. Es por esta razón que la segunda acción emprendida por el **tutor** en relación a la nulidad de diversos actos de disposición entre vivos relativos a cuentas corrientes e inversiones ha sido estimada, porque dichos actos perjudicaban al propio incapaz, en cuyo nombre está legitimado el **tutor** para actuar.

3º El propio testador no puede pedir la nulidad de un testamento por falta de capacidad o vicio de la voluntad, aunque tiene en su mano la revocación si es capaz. Si es incapaz, serán sus sucesores los que impugnarán el testamento caso de no haberlo revocado el testador. Por lo que no pudiendo el tutelado ejercer esta acción, tampoco estará legitimado el **tutor**.

4º Además, el testamento de D. Valentín fue otorgado en un periodo en el que regía la presunción de capacidad del Art. 664 CC , de modo que la discusión sobre la nulidad o no del testamento no puede centrarse en una incapacidad declarada cuatro años después por medio de la declaración de incapacitación. Lo que debe demostrarse en una acción de nulidad por falta de capacidad es que el testador no estaba capacitado para otorgar el testamento en el momento en que lo hizo y ello no puede deducirse de una posterior incapacitación.

Esta doctrina fue formulada en la sentencia de esta Sala de 7 de abril de 1903 , ya que a estos efectos, una de 1886, contradictoria con la de 1903, no puede tomarse en consideración por ser anterior al Código civil. La citada sentencia dice que las acciones presuponen siempre la violación de un derecho y por ello, *"como las disposiciones testamentarias, por ser esencialmente revocables y estar ordenadas para después de la muerte del testador, no pueden producir efecto alguno hasta que el mismo testador fallezca, es obvio que durante la vida del que ordenó el testamento no puede persona alguna impugnar la eficacia de éste, mediante acción de carácter civil, ya que ningún perjuicio irroga ni puede irrogar al testador, mientras vive, la existencia de la disposición testamentaria que aquél puede derogar o ratificar sin contención de ninguna clase"* y esta doctrina no se altera cuando el testador ha sido declarado incapaz *"por haberle sobrevenido perturbación en sus facultades intelectuales"* , no pudiéndose *"conceder al representante o tutor el incapacitado y con referencia a todos los actos ejecutados anteriormente por éste, acciones que el mismo por sí no hubiera podido ejecutar, pues ni la ley consiente esa especial modificación, ni existe fundamento legal alguno para atribuir al tutor mayores facultades que las que tendría el propio interesado"*.

SEXTO . La estimación del primer motivo del recurso de casación exime a esta Sala de examinar los demás formulados.

SÉPTIMO . Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de Dª Nicolasa .

La estimación del primer motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de Dª Nicolasa , determina la de su recurso. Esta Sala debe dictar sentencia y desestimar en parte la demanda presentada por D. Eulalio , de modo que no procede declarar la nulidad del testamento otorgado por D. Valentín en 18 de mayo de 1995.

No procede imponer las costas del recurso de casación a ninguno de los recurrentes, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 398.1 LEC , que se remite al Art. 394 LEC . Al haber sido admitido el recurso de casación, no procede imponer las costas del de infracción procesal.

No procede imponer las costas de la 1ª Instancia a ninguna de las partes, ni las del recurso de apelación.

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

FALLAMOS

1º Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de Dª Nicolasa contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª bis de 27 mayo 2004 , dictada en el rollo de apelación nº 988/01.

2º Se estima el recurso de casación presentado por la representación procesal de Dª Nicolasa contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª bis, de 27 mayo 2004 , dictada en el rollo de apelación nº 988/01.

3º Se anula en parte la sentencia recurrida.

4º En su lugar, se dicta sentencia declarando la desestimación en parte de la demanda presentada por la representación procesal de D. Eulalio y no procede declarar la nulidad del testamento otorgado por D. Eulalio de 18 de mayo de 1995. Se mantienen los otros pronunciamientos de la sentencia recurrida, excepto lo relativo a las costas.

5º No se imponen las costas originadas por los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación a ninguno de los recurrentes.

6º No se imponen las costas del recurso de apelación a ninguno de los recurrentes.

7º No se imponen las costas de 1ª Instancia a ninguno de los litigantes.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Ríos.- Roman Garcia Varela.- Jose Antonio Seijas Quintana.- Encarnacion Roca Trias .- Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion **Roca Trias**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.