



Roj: **ATS 1540/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:1540A**

Id Cendoj: **28079110012013200693**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/02/2013**

Nº de Recurso: **1203/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a doce de Febrero de dos mil trece.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1.- La representación procesal de DON Leonardo Y DON Leovigildo , presentó el día 12 de abril de 2012, escrito de interposición de recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, contra la Sentencia dictada, con fecha 2 de marzo de 2012, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª), en el rollo de apelación nº 763/2008 , dimanante del procedimiento de menor cuantía nº 495/1998 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Granadilla de Abona.

2.- Mediante Diligencia de Ordenación de 20 de abril de 2012 se acordó la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes ante este Tribunal, habiéndose notificado y emplazado a las partes litigantes, por medio de sus respectivos Procuradores.

3.- La Procuradora Doña Mercedes Blanco Fernández, en nombre y representación de Don Leonardo y Don Leovigildo , presentó escrito el 25 de mayo de 2012, personándose ante esta Sala como recurrente. Mediante escrito presentado el 30 de mayo de 2012, el Procurador Don José Guerrero Tramoyeres, se personaba en nombre y representación de Doña Marina , como parte recurrida.

4.- Por la parte recurrente se ha efectuado el depósito para recurrir exigido por 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, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

5.- Por Providencia de fecha 6 de noviembre de 2012 se puso de manifiesto las posibles causas de inadmisión del recurso a las partes personadas.

6.- Mediante escrito presentado el 15 de noviembre de 2012, la parte recurrida interesa la inadmisión del recurso formulado de contrario. Por escrito de 27 de noviembre de 2012, los recurrentes formulaban alegaciones manifestando que no concurren las causas de inadmisión, referidas en la Providencia de 6 de noviembre de 2012.

HA SIDO PONENTE EL MAGISTRADO EXCMO. D. **Rafael Saraza Jimena** , a los solos efectos de este trámite.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Los presentes recursos de casación y extraordinario por infracción procesal se interponen por los demandantes en un juicio de menor cuantía, que ejercitaron acción declarativa de nulidad del **testamento ológrafo**, contra la sentencia, dictada en segunda instancia, tras la reforma operada por Ley 37/2011 de 10 de octubre de Medidas de Agilización Procesal.



2.- La procedencia del recurso se desplaza en primer lugar a la comprobación de la concurrencia del interés casacional del recurso de casación que debe quedar debidamente justificada en el escrito de interposición, teniendo en cuenta que la cuantía del procedimiento no supera 600.000 Euros El escrito de interposición en relación al recurso de casación se desarrolla en tres motivos.

En el primero denuncian la infracción de la doctrina jurisprudencial relativa la término "cabal juicio" del art. 663.2 del Código Civil , conforme a las sentencias de la Sala de 11 de diciembre de 1962 y 27 de noviembre de 1995 , se cita también la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16ª, de 20 de enero de 1999 sobre la expresión de cabal juicio que emplea el art. 663 del Código Civil , mantienen los recurrentes que ha quedado acreditada la falta de cabal juicio de la testadora que padecía una demencia senil por tanto la sentencia recurrida ha aplicado indebidamente la presunción de capacidad de la testadora y vulnera la doctrina jurisprudencial relativa a la exigencia de cabal juicio en el momento de otorgar **testamento**, formulado en estos términos el motivo no puede ser admitido, incurre en la causa de inadmisión prevista en el art. 477.2 , y 483.2 , 3º de la LEC , por cuanto la aplicación de la jurisprudencia invocada solo puede llevar a una modificación del fallo recurrido mediante la omisión parcial de los hechos que la Audiencia ha considerado probados, en concreto la sentencia impugnada en el Fundamento de Derecho Tercero concluye que del conjunto de pruebas practicadas no puede apreciarse que la señora Marina , en el momento de otorgar el **testamento ológrafo** presentara una evolución de su enfermedad, demencia senil, que la constituyera en persona incapaz para otorgar el referido **testamento**, no ha quedado acreditado que la causante en el momento de otorgar el **testamento ológrafo** tuviera sus facultades mentales mermadas de tal manera que no tuviera conciencia ni fuera dueña de sus actos.

En el motivo segundo, alegan la vulneración de la doctrina jurisprudencial relativa a la especial exigencia en los **testamentos ológrafos** de los requisitos de capacidad, y en el presente caso denuncian los recurrentes que la capacidad de la testadora debe ser observada con especial rigor teniendo en cuenta el diagnóstico de demencia senil, citan en este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 21 de diciembre de 2006 , que recoge "... que después de un detallado examen de las actuaciones la causante está afectada por una incapacidad concluyentemente acreditada, (SSTS de 26-9-1988 RJ 1988 6860) ; 22-6 [RJ 1992 ,5460] y 26-12-1992 SIC ; 10-2 [RJ 1994 ,848] y 8-6-1994 [RJ 1994 ,4904]..." mantienen los recurrentes que en el presente caso no hay duda sobre la incapacidad testamentaria de Doña Marina . El motivo no puede ser acogido, los recurrentes no han justificado el concepto de jurisprudencia pues es preciso que se citen dos o mas sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo y que se razone cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se estable en ellas, y en el presente caso la remisión que se recoge en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, a la doctrina de la Sala, sin razonar la doctrina que cada una de ellas fija y cómo ha sido vulnerada por la sentencia recurrida determina la inadmisión del motivo, y en todo caso tampoco cabe plantear la existencia de ese interés casacional, pues el supuesto de hecho que contempla la mencionada sentencia no coincide con el presente caso, en el que se concluye que la testadora tenía capacidad para otorgar el **testamento** impugnado.

En el motivo tercero alegan la vulneración de la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial relativa a la especial exigencia de plena concurrencia en los **testamentos ológrafos** de la **autografía** íntegra y la confección en unidad de acto, conforme a las sentencias de la Sala de 7 de febrero de 1923 , 19 de diciembre de 1956 y 18 de junio de 1994 , entre otras y aplicando esta doctrina resulta que según el informe pericial caligráfico de la Guardia Civil, de fecha 23 de julio de 2003, no se puede acreditar que todo el **testamento** haya sido escrito "todo él" por el propio testador, impugnan por medio de este motivo, el análisis del valor probatorio del informe pericial caligráfico, de acuerdo a sus propios intereses, y eludiendo en este extremo la conclusión a la que ha llegado el órgano de apelación que en el Fundamento de Derecho Primero mantiene que tiene especial relevancia las diligencias penales que han sido aportadas a las actuaciones, en virtud de la querrela interpuesta contra la demandada y los testigos que estuvieron presentes en la confección del **testamento** impugnado, de las que resulta que la firma fue puesta por la testadora y no consta que el **testamento** fuera escrito por ninguno de los testigos, que declararon que el **testamento** fue escrito de puño y letra por la testadora firmándolo después al tiempo que reconocieron su firma, el motivo incurre en causa de inadmisión pues la aplicación de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo invocada solo puede llevar a una modificación del fallo recurrido mediante la omisión parcial de los hechos que la Audiencia ha considerado probados.

El recurso, a pesar de las alegaciones que formulan los recurrentes en escrito presentado ante esta Sala el 27 de noviembre de 2012, no puede ser admitido, por falta de los supuestos que determinan la admisibilidad del recurso de casación (arts. 477.2 y 483.23º de la LEC) referido a la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo, en cuanto la aplicación de la jurisprudencia invocada solo puede llevar a una modificación del fallo recurrido mediante la omisión parcial de los hechos que la Audiencia ha considerado probados, y no han justificado el concepto de jurisprudencia pues es preciso que se citen dos o mas sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo y que se razone cómo, cuándo y en qué sentido la



sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se estable en ellas, como contempla el Acuerdo de 30 de diciembre de 2011, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, tras la reforma operada por Ley 37/2011 de 10 de octubre de Medidas de Agilización Procesal y ninguna vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se ha ocasionado en su vertiente de acceso a los recursos, pues, el derecho a los recursos, de neta caracterización y contenido legal (SSTC 3/83 y 216/98 , entre otras), está condicionado al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos por el legislador y delimitados por vía interpretativa por esta Sala, a la que corresponde la última palabra sobre la materia, dado que las normas de acceso a los recursos extraordinarios, deben ser revisadas de oficio por el Tribunal, y están sustraídas al poder de disposición de las partes e incluso del propio órgano jurisdiccional (SSTC 90/86 , 93/93 y 37/95 entre otras).

3.- El recurso extraordinario por infracción procesal, se articulaba en los cinco primeros motivos, al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1 , 2º de la LEC , por la infracción del art. 386 -motivo 1º-, infracción de la valoración de la prueba testifical, -motivos 2º y 3º-, infracción de la valoración de las pruebas caligráficas, motivo 4º-, infracción del art. 460.2, 1ª -motivo 5º-, y al amparo del art. 469.1 , 4º de la LEC , en el motivo sexto denunciaba la infracción de la valoración probatoria por resultar ilógica y vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, tampoco puede ser admitido, pues la improcedencia del recurso de casación determina que deba inadmitirse el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, ya que, mientras esté vigente el régimen provisional, la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la Sentencia dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la Disposición final 16ª, apartado 1, párrafo primero y regla 5ª, párrafo segundo, de la LEC 2000 . Por ello, el recurso extraordinario por infracción procesal también debe ser inadmitido al concurrir la causa de inadmisión contemplada en el art. 473.2.1º, en relación con la mencionada Disposición final decimosesta, apartado 1, párrafo primero y regla 5ª, párrafo segundo, de la LEC , como recoge el mencionado Acuerdo de 30 de diciembre de 2011, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, tras la reforma operada por Ley 37/2011 de 10 de octubre de Medidas de Agilización Procesal.

4.- Consecuentemente procede declarar inadmisibles el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal y firme la Sentencia, de conformidad con lo previsto en los arts. 483.4 y 473.2 LEC 2000 , dejando sentado el art. 473.3 y el art. 483.5 que contra este Auto no cabe recurso alguno.

5.- Siendo inadmisibles el recurso de casación y el extraordinario por infracción procesal ello determina la pérdida de los depósitos constituidos, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

6.- Abierto el trámite de puesta de manifiesto contemplado en el art. 483.3 y art. 473.2 de la LEC 2000 y presentado escrito de alegaciones por la parte recurrida personada, procede imponer las costas a la parte recurrente.

LA SALA ACUERDA

1º) NO ADMITIR LOS RECURSOS EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de DON Leonardo Y DON Leovigildo , contra la Sentencia dictada, con fecha 2 de marzo de 2012, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª), en el rollo de apelación nº 763/2008 , dimanante del juicio de menor cuantía nº 495/1998 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Granadilla de Abona.

2º) DECLARAR FIRME dicha Sentencia.

3º) IMPONER las costas a la parte recurrente.

4º) CON PÉRDIDA de los depósitos constituidos.

5º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, llevándose a cabo la notificación de la presente resolución por este Tribunal a las partes comparecidas ante esta Sala.

De conformidad con lo dispuesto en los art. 483.5 y 473.3 de la LEC contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que como Secretario, certifico.