



Roj: **SAP TO 291/2015 - ECLI: ES:APTO:2015:291**

Id Cendoj: **45168370012015100153**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Toledo**

Sección: **1**

Fecha: **25/03/2015**

Nº de Recurso: **216/2014**

Nº de Resolución: **84/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EMILIO BUCETA MILLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**TOLEDO 00084/2015**

**Rollo Núm. ....216/2014.-**

**Juzg. 1ª Inst. Núm..1 de Ocaña.-**

**J. Ordinario Núm..... 544/2011.-**

**SENTENCIA NÚM.84**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO**

**SECCION PRIMERA**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

**D. MANUEL GUTIERREZ SANCHEZ CARO**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**D. EMILIO BUCETA MILLER**

**D. URBANO SUAREZ SANCHEZ**

**Dª GEMA ADORACION OCARIZ AZAUSTRE**

En la Ciudad de Toledo, a veinticinco de marzo de dos mil quince.

Esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de TOLEDO, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que se expresan en el margen, ha pronunciado, en NOMBRE DEL REY, la siguiente,

**SENTENCIA**

Visto el presente recurso de apelación civil, Rollo de la Sección núm. 216 de 2014, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 1 de Ocaña, en el juicio ordinario núm. 544/2011 en el que han actuado, como apelante D. Virgilio , representado por el Procurador de los Tribunales Sra. Martín-Fuentes Colastra y defendido por la Letrado Sra. Peña Peña; y como apelados impugnantes Dª Araceli y D. Hipolito Y OTROS representados por el Procurador de los Tribunales Sra. Gómez Iglesias y defendidos por la Letrado Sra. Fuentes Prior.

Es Ponente de la causa el Ilmo. Sr. Magistrado D. EMILIO BUCETA MILLER, que expresa el parecer de la Sección, y son,

**ANTECEDENTES:**



**PRIMERO:** Por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 1 de Ocaña, con fecha 22 de enero de 2014, se dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este rollo, cuyo FALLO dice: "desestimar la demanda presentada por la representación pro9cesal de D. Virgilio . Condenar en costa a D. Virgilio "-

**SEGUNDO:** Contra la anterior resolución y por D. Virgilio , dentro del término establecido, tras anunciar la interposición del recurso y tenerse por interpuesto, se articularon por escrito los concretos motivos del recurso de apelación, que fueron contestados de igual forma por los demás intervinientes, con lo que se remitieron los autos a ésta Audiencia, donde se formó el oportuno rollo, quedando los autos vistos para deliberación y resolución.-

**SE REVOCAN EN PARTE** y en la forma que luego se dirá, los fundamentos de derecho y fallo de la resolución recurrida, que habrán de ser completados en la forma que se exprese, si bien se ratifican los antecedentes de hecho, que relatan la dinámica procesal, por lo que, en definitiva, son

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

**PRIMERO:** Se interpone recurso de apelación frente a la sentencia del Juzgadote Primera Instancia que desestimó una demanda en que se instaba la declaración de nulidad de un testamento ológrafo y en consecuencia se acordara la apertura de la sucesión intestada del causante. La sentencia ha desestimado la demanda al considerar que en realidad no nos encontramos propiamente ante un testamento, ya que promovido expediente de jurisdicción voluntaria por el designado heredero para la protocolización del mismo y ante la oposición de los hoy demandantes se archivó el procedimiento sin protocolizarlo, por lo que la sentencia entiende que no encontrándonos en presencia de un testamento válido no cabe su impugnación en un procedimiento declarativo.

Recorre el demandante e impugnan la sentencia los demandados, en ambos casos con la solicitud de que se entre en el fondo del asunto, si bien evidentemente con pretensiones absolutamente contrarias: la nulidad del testamento el demandante y la validez del mismo los demandados.

En definitiva ambas partes están conformes en que tras el archivo del procedimiento de jurisdicción voluntaria, el presente procedimiento es el adecuado para dilucidar si el testamento litigioso es nulo o debe reputarse válido. Y esa es además la solución de la Jurisprudencia, que señala que para impugnar la validez de un testamento ológrafo no es preciso presentarlo protocolizado ( STS de 28 de enero de 1914 ) así como que se puede pretender la declaración de que un determinado documento es válido y eficaz como testamento ológrafo directamente a través del juicio ordinario, sin tener que obtener previamente la protocolización del mismo ( SSTS de 31 de enero de 1991 y 28 de enero de 1914 ). La falta de protocolización no obsta para que en el procedimiento ordinario se pueda sostener la validez o solicitar la declaración de nulidad del testamento ológrafo ya que en cuanto a lo primero así lo reconoció el TS en sentencia de 21 de enero de 1911 declarando la eficacia de una disposición testamentaria no protocolizada y ello porque el juicio ordinario, con plenitud de conocimiento ofrece mayores garantías de acierto que un acto de jurisdicción voluntaria ( STS de 14 de mayo de 1996 ) cuyo objetivo es comprobar tan solo un requisito de forma ( STS de 14 de enero de 1914 ).

La razón por la que se exige la protocolización del testamento ológrafo responde a la necesidad de aplicar el principio contenido en el art 704 del CC que impone el deber de elevar a escritura pública y protocolizar los testamentos otorgados sin intervención de notario para que así el documento testamentario no solo alcance efectos jurídicos y toda su eficacia transmisiva ( SSTS de 5 de diciembre de 1955 ) sino también para que sea título sufriente para transmitir el dominio y justificar la cualidad de heredero ( STS de 24 de marzo de 1963 ).

El plazo para protocolización señalado en el art 689 en relación con el 743 es de cinco años desde el fallecimiento del causante, tratándose según doctrina y jurisprudencia unánime de un plazo de caducidad ( SSTS de 27 de abril de 1940 , 29 de septiembre de 1956 , 10 de noviembre de 1973 ).

En definitiva, el mecanismo cuando se trata de hacer valer un testamento ológrafo es en primer lugar presentarlo para su protocolización en plazo de caducidad de cinco años, lo que se puede hacer en expediente de jurisdicción voluntaria o como hemos visto acudiendo a un juicio declarativo, bien directamente o si se rechaza la protocolización en el primero. Si el testamento no se ha homologado, carece de toda eficacia para justificar la cualidad de heredero porque todo testamento otorgado sin intervención de notario es ineficaz si no se eleva a escritura pública y se protocoliza en virtud del art 704 del CC .

**SEGUNDO:** La cuestión dudosa y que puede resultar relevante en este procedimiento, es si una vez denegada la protocolización en el procedimiento de jurisdicción voluntaria y surgiendo por tanto la necesidad de acudir al contencioso declarativo, ("quedando a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda" dice el 693), se mantiene el plazo de caducidad de cinco años del art 689 o por el contrario se trata de una acción personal con plazo de prescripción, que no de caducidad, de quince años, ya que aquí la



Jurisprudencia no es unánime, señalando la STS de 19 de enero de 1973 , única que ha hallado la Sala en ese sentido, que "conforme a dicho 689 el plazo de cinco años es para su presentación al juez pidiendo la protocolización del testamento y que en caso de ser denegada, como ocurre en el caso contemplado, según el artículo 693 quedará a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio correspondiente; es evidente que esta última acción no nace hasta el momento de ser denegada la protocolización en cuya fecha comienza el plazo prescriptivo por ser cuando puede ejercitarse y como la negativa dicha se acordó por auto de 15 de septiembre de 1952 hasta igual fecha del año 1967 no se hallaba prescrita al tratarse de acción personal".

Se trata como decimos de una sola sentencia, que resulta contradicha sin embargo `por otras como la STS de 14 de mayo de 1996 antes citada que señala que es posible acudir al declarativo siempre que "no haya transcurrido el plazo de caducidad que establece el primero de los citados preceptos..." (689 CC), lo que parece ratificar la de 12 de noviembre de 1964 cuando señala que la necesidad de protocolización del escrito testamentario debe cumplirse tras la muerte del testador y ha de realizarse dentro del plazo señalado pues sinó las disposiciones en él contenidas serán por completo ineficaces. La razón de quedar sometida la validez del testamento ológrafo a que se cumplan los requisitos dentro del plazo señalado se justifica no solo por el carácter de documento privado que tiene en el momento de su otorgamiento sino además porque su existencia puede ser secreta al intervenir solamente el testador en su redacción y porque con ello se evita que permanezca en la incertidumbre la validez de las disposiciones testamentarias ( STS de 27 de abril de 1940 ).

En idéntico sentido de considerar que el plazo lo es para protocolizar el testamento y no meramente para presentarlo a protocolización la SAP de La Coruña de 10 de mayo de 2012 cuando dice que el término de caducidad en ella contemplado -se refiere a la norma del 689 del CC- es el que rige la presentación al Juez del testamento ológrafo para su protocolización , que lo eleva a la condición de documento público, como requisito para su validez "o, en su caso, la acción dirigida a obtener la declaración judicial de tal validez y eficacia deducida en el juicio declarativo correspondiente, como vía procesal alternativa a su protocolización en expediente de jurisdicción voluntaria, regulado en los arts. 690 y ss. del Código Civil ( STS 14 mayo 1996 )".

**TERCERO:** Traída la anterior doctrina al caso que nos ocupa y haciendo muestra la tesis de que el plazo de caducidad de cinco años lo es no solo para presentar ante el Juez el testamento ológrafo sino para protocolizarlo, ya por vía de jurisdicción voluntaria ya por vía del juicio declarativo, se aprecia que el causante falleció el 1 de febrero de 2004 y que los posibles beneficiarios del testamento ológrafo no lo han protocolizado, ya que el expediente de jurisdicción voluntaria instado por D Aurelio , heredero designado en el testamento discutido, concluyó mediante diligencia de ordenación del Secretario acordando su archivo el 16 de junio de 2004 y desde entonces no han acudido al juicio declarativo correspondiente para solicitar la protocolización del testamento denegada en aquel procedimiento. Como admitimos la tesis de que una vez denegada la protocolización en el expediente de jurisdicción voluntaria se aplica también el plazo de caducidad, el presente procedimiento resulta ocioso ya que si la acción para protocolizar el testamento ha caducado, los demandantes y aquí recurrentes estarían instando la declaración de nulidad de un testamento que no es tal o al menos que carece *per se* de toda eficacia jurídica porque todavía no se ha protocolizado por quien pudiera tener interés en ello y ya no podrá serlo al haber caducado la acción para ello.

Solo admitiendo que tras diligencia de ordenación del Secretario acordando el archivo del expediente de jurisdicción voluntaria el 16 de junio de 2004 surge una acción personal sometida a plazo prescriptivo y no de caducidad el procedimiento tendría plenamente objeto, pues se trataría de pedir la nulidad de un testamento ológrafo todavía no protocolizado pero susceptible de serlo hasta el 16 de junio de 2019.

Desde luego lo que no se puede considerar es el ejercicio de la acción de petición de herencia encaminada a esa protocolización en el presente procedimiento a instancia de los demandados en la contestación a la demanda de D<sup>a</sup> Araceli y D Hipolito , pues aunque no solo pidieron la desestimación sino además la declaración de validez del testamento, es claro que toda acción de petición de herencia debe ejercitarse mediante demanda o reconvencción, no por medio de contestación como han hecho. Con mucho mayor motivo tampoco se puede considerar ejercida la acción por D<sup>a</sup> Teodora y D<sup>a</sup> Trinidad ya que ni siquiera solicitan esa declaración de validez del testamento en su contestación sino la mera desestimación de la demanda.

**CUARTO:** Por todo lo anterior, como quiera que la Sala considera que se ha producido la caducidad de la acción para intentar protocolizar el testamento ológrafo, caducidad de la acción que puede y debe ser apreciada de oficio por los tribunales en cualquier momento aunque no la hubiera alegado la parte a quien interese ( SSTS de 18 de marzo de 2008 , 11 de abril de 2005 , 10 de noviembre de 2004 , 26 de noviembre de 2002 etc), consideramos que la acción entablada de nulidad del testamento ológrafo carece de contenido y por tanto ha sido correctamente desestimada por la demanda.

**QUINTO:** Respecto a las costas de la instancia sin embargo forzoso es dar la razón al apelante en el sentido de que la desestimación de la demanda no significa en puridad un total rechazo de sus pretensiones



impugnatorias del testamento, sino en realidad la imposibilidad de declarar la nulidad de un testamento que al no haberse llegado protocolizar no ha llegado a alcanzar eficacia alguna, y por tanto resulta irrelevante si la firma es del testador, si este tenía o no capacidad para testar etc.

En consecuencia no procede efectuar especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en la apelación ya que se estimará parcialmente, imponiendo las de la impugnación a la parte impugnante, impugnación que en cualquier caso estaba abocada al fracaso toda vez que una sentencia desestimatoria de la demanda como la que nos ocupa, nunca puede perjudicar el demandado no reconviniendo, en aplicación del art. 398 de la Ley 1/2000 , de Enjuiciamiento Civil.-

#### **FALLO:**

Que **ESTIMANDOPARCIALMENTE** el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de D. Virgilio , y **DESESTIMANDO** la impugnación de la sentencia interpuesta por D Hipolito y otros debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS EN PARTE** la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 1 de Ocaña, con fecha 22 de enero de 2014 , en el procedimiento núm. 544/2011 de que dimana este rollo, en el particular relativo a las costas de la instancia, que no se imponen a ninguna de las partes, confirmándola en lo restante, todo ello sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en el recurso de apelación e imponiendo las de la impugnación a la impugnante, con devolución del depósito para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada la anterior resolución mediante su lectura íntegra por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. EMILIO BUCETA MILLER, en audiencia pública. Doy fe.-