



Roj: **SAP CO 1788/2007 - ECLI: ES:APCO:2007:1788**

Id Cendoj: **14021370012007100772**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Córdoba**

Sección: **1**

Fecha: **12/12/2007**

Nº de Recurso: **366/2007**

Nº de Resolución: **447/2007**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA Nº 447/07**

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Eduardo Baena Ruiz

Magistrados:

D. José María Magaña Calle

D. Pedro Roque Villamor Montoro

APELACIÓN CIVIL

Juzgado: Primera Instancia nº 2 de Pozoblanco

Autos: JUICIO ORDINARIO Nº 91/06

Rollo nº 366

Año 2007

En Córdoba, a doce de diciembre de dos mil siete.

Vistos por la Sección Primera de esta Audiencia Provincial el recurso de apelación interpuesto en Autos de juicio ordinario nº 91/06, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Pozoblanco a instancia de DOÑA Pilar representada por la Procuradora Sra. Caballero Rosa y asistida de la Letrada doña Nuria Moyano Jurado, contra

ASOCIACIÓN NUEVA AURORA RESIDENCIA DE ANCIANOS y DON Humberto representados por la Procuradora Sra. Calero Serrano y asistidos del Letrado don Javier Antrás García, pendientes en esta Sala en virtud de recurso de apelación

interpuesto por la representación de la parte demandante contra la sentencia recaída en los autos, siendo ponente del recurso el

Presidente de la Audiencia Ilmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Se aceptan los de la sentencia apelada

PRIMERO.- Seguido el Juicio por sus trámites se dictó sentencia con fecha 27-6-07 por la Sra. Juez de Primera Instancia nº 2 de Pozoblanco cuya parte dispositiva dice así: "Que desestimo la demanda principal interpuesta por doña Pilar, contra don Humberto y la Asociación Nueva Aurora Residencia de Ancianos, y en consecuencia debo absolver y absuelvo a los demandados de las acciones frente a ellos ejercitadas en el



presente procedimiento. Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda reconvenional planteada por don Humberto y la Asociación Nueva Aurora Residencia de Ancianos, contra doña Pilar, y en consecuencia, declaro la nulidad del acta de fecha 31 de octubre de 2005, de protocolización de testamento ológrafo realizada por el Notario don Francisco Javier Castilla Prados, en Córdoba, con número de protocolo 1594, cumpliendo lo ordenado por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Córdoba, en los autos de Jurisdicción Voluntaria nº 1194/2004, quedando este revocado".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia y por la representación de doña Pilar, se interesó la preparación del recurso de apelación en escrito de fecha 4/7/07, que se tuvo por preparado por resolución de fecha 5/7/07, emplazando a la recurrente para que lo interpusiera en el plazo legal, lo que verificó, recurso que fue admitido, emplazándose a la contraparte por termino legal, para que presentase escrito de oposición o impugnación, en cuyo trámite se presentó escrito de oposición al recurso, y remitidas las actuaciones a este Tribunal, donde fue recibido y turnado, habiéndose celebrado vista el día 10/12/07.

TERCERO.- En la tramitación de esta alzada se han observado las prescripciones y formalidades legales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Se aceptan los de la resolución recurrida, en cuanto no se opongan a los de la presente resolución.

PRIMERO.- Para la mejor inteligencia de la resolución conviene hacer un resumen de los hechos sobre los que recae la litis:

a) Doña Valentina otorgó testamento abierto el día 4 de mayo de 1.999 ante el Notario de Lucena don Joaquín Zejalbo Martín por el que legaba a su hijastro don Humberto (hijo de su difunto esposo don Jose Pablo) una finca de olivar en Montoro e instituía heredera universal a la Asociación Nueva Aurora en todos sus bienes, derechos y acciones.

b) Con fecha 31 de octubre de 2.005 se procedió a confeccionar Acta de Protocolización de Testamento Ológrafo por el Notario don Francisco Javier Castilla Prados en Córdoba con nº de protocolo 1594, cumpliendo lo ordenado por el Juzgado de Primera Instancia nº seis de Córdoba, en auto de fecha 31-3-2005, de procedimiento de jurisdicción voluntaria nº 1194/2004 en el que se declara justificada la identidad de un testamento ológrafo que realizó doña Valentina con fecha 23 de Agosto de 2.003, por el que dejaba todos sus bienes a la demandante y recurrente doña Pilar.

c) Con tales antecedentes, y con fundamento en ellos, la Sra. Pilar deduce la presente litis contra Asociación Nueva Aurora Residencia de Ancianos y contra don Humberto a fin de que se declare la nulidad del testamento abierto otorgado por doña Valentina el día 4 de mayo de 1.999 ya referenciado, y por ende lo dispuesto en el mismo, concediendo eficacia al testamento ológrafo por el que se declara a ella como única y universal heredera de los bienes de doña Valentina.

d) A tales pretensiones se oponen, y además reconviene las partes demandadas, impugnando el testamento ológrafo por las siguientes razones:

1º) Por ser incompetente el Juzgado que tramitó la protocolización del testamento ológrafo, ya que la testadora tuvo su último domicilio en la Residencia de Villanueva de Córdoba, donde falleció y no en Córdoba capital.

2º) Por infracción en el expediente de protocolización del artículo 691 del Código Civil al tenerse en cuenta como hábil a la testigo Carolina quien había manifestado "...que no podía aseverar que la letra y firma que consta en el testamento ológrafo sea de la fallecida", no habiéndose acudido al cotejo pericial de letras a la vista de ello.

3º) Por ser ilegible la fecha siendo básica la data para conocer principalmente la capacidad de la presunta testadora.

4º) Por falta de capacidad de la testadora al testar el 23 de Agosto de 2.003 porque estaba en la UCI del Hospital Reina Sofía de Córdoba, según manifestación de la actora en la denuncia penal que formuló.

SEGUNDO.- A la vista de que la sentencia de instancia acoge todos estos motivos de impugnación, veamos si cabe ratificarlos o no.

En principio, y poniéndose en tela de juicio la regularidad procesal del expediente de protocolización, cabría decir que los dos argumentos en que los demandados se apoyan, y en contra de la sentencia de instancia, no deben ser acogidos.

Queda acreditado en autos que si bien el domicilio de la finada era Lucena, en concreto en la Residencia de Ancianos La Aurora, por discrepancias sobre su cuidado la actora se la volvió a llevar con ella a Córdoba, donde,



aunque sin refeljo administrativo, fijó su residencia a partir del 25 de Julio de 2.003 (folio 97), siendo éste su domicilio. Es cierto que por razones de cuidados fue ingresada en la Residencia de Villanueva de Córdoba en la que falleció pero su estancia en esta fue tan corta, de unos 7 días, que notoriamente falta el elemento de estabilidad y fijeza como para tener este pueblo como domicilio a efectos de la competencia que aquí se debate, pues falleció el 12 de mayo de 2.004, con lo que en su última etapa de Córdoba estuvo desde el 25 de Julio de 2.003 hasta primero de Mayo de 2.004, con mayor asentamiento familiar y social a efectos de ser conocida y tratada para poder investigar sobre su posible testamento.

De ahí, que el vicio procedimental que se invoca no tenga la relevancia pretendida.

Respecto del segundo tampoco, porque el Juzgado tiene "facultad" que no obligación, de acudir a la prueba de cotejo de letras, lo que no hizo por cuanto con dos testificales concluyentes quedó convencido, ya que la tercera, que era la de doña María Teresa y no de doña Carolina como dice la contestación a la demanda, no es que sea negativa, es que dice que nunca vio escribir a la finada y por tanto no sabe como era su letra, si bien en dicha declaración tan imparcial y objetiva sí reconoce que le comentó que pensaba hacer testamento a favor de su hija Anita.

Pero es que, con independencia de lo expuesto, para que un testamento ológrafo sea tenido como tal no es indispensable la protocolización a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria sino que (S.T.S. 14-5-1996) puede pretenderse su validez y eficacia en cuanto tal a través de un juicio declarativo ordinario, sin tener que haber obtenido previamente la protocolización del mismo, como así lo tiene proclamado la Sala en sentencia de 31-1-1911 y 28-1-1914, la primera de las cuales declara lo siguiente: "... siendo así que esas mismas solemnidades, en lo que tengan de fundamental para hacer constar la voluntad de un testador y su forma legal de expresión, pueden y deben acreditarse, bien en el expediente de jurisdicción voluntaria previsto en el Título 6º, libro 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien en el correspondiente juicio contradictorio", y agregando la segunda que "... no puede admitirse, como se pretende en el recurso, que la no existencia de esa protocolización les prive de su carácter ni obste para que en el procedimiento de juicio ordinario, como se ha hecho en este caso, pueda sostener su validez o solicitar la declaración de nulidad, porque en cuanto a lo primero, así lo reconoció este Tribunal, entre otras, en su Sentencia de 31 de enero de 1.911, declarando la eficacia de la disposición testamentaria que no estaba protocolizada".

Por todo ello, mutatis mutandi, si este juicio ordinario es hábil para conceder validez y eficacia a un testamento ológrafo no protocolizado, también lo sería para cuando deviniese tal situación por nulidad de la efectuada, con lo que los vicios denunciados, que ya hemos visto que no son tales, no obstarían a entrar en el fondo de la cuestión.

TERCERO.- Entrando en el fondo de la cuestión, cabe traer a colación algo que recoge la sentencia del T.S. de 18 de Junio de 1.994 en el sentido de que "... de tal suerte que, según el artículo 691, el Juez tras acreditar el fallecimiento del testador y la identidad así lo reconocerá previa citación de los parientes o Ministerio Fiscal que preceptúa el artículo 1.692, declarando que ese instrumento es testamento, lo que vincula ab initio a los interesados sin perjuicio de su impugnación en vía declarativa según citado artículo 693; en consecuencia, en este juicio es donde se podrá replantear la observancia de toda esa legalidad compleja bajo los principios propios de la jurisdicción contenciosa, en el bien entendido que, salvo evidencia probatoria en contrario, se habrá de aceptar cuanto el Juez acordó en la precedente protocolización de tal testamento".

Si así se obra no alcanzamos a comprender cómo la Juzgadora de instancia pone en tela de juicio el requisito de la autografía, por cuanto lo decidido en el expediente de protocolización se refuerza en este juicio ordinario no sólo mediante testifical sino mediante la prueba pericial caligráfica en la que se concluye por la Sra. Perito, tras un detallado estudio que "existen indicios suficientemente razonados de autenticidad y común autoría en el testamento ológrafo analizado que obligan a determinar su legitimidad y su procedencia de puño y letra de doña Valentina", lo que corrobora en el acto del juicio, afirmando que es muy difícil que sea falsificado.

CUARTO.- A continuación se ha de analizar el requisito de la fecha que se vincula estrechamente con el de la capacidad de la finada para testar.

La fecha es un requisito formal no sólo del testamento ológrafo (art. 688, párrafo segundo, CC), sino en general de todo tipo de testamento escrito (artículos 695, 706 y demás concordantes CC). Se trata de un requisito trascendente por la relevancia que tiene para determinar la capacidad del testador, los posibles efectos revocatorios del acto respecto de otros anteriores, etc.; y es un requisito esencial, según reiterada jurisprudencia, que no permite suplir su ausencia por otros medios de prueba que acrediten la data del otorgamiento.

Ahora bien el requisito no es tan absoluto que no admita excepciones, y así la doctrina sólo niega validez al testamento ológrafo cuando hay falsedad o alteración intencionada en la fecha, pero no cuando existe una



simple equivocación si el error carece de relevancia jurídica ya que cualquiera que resultara su fecha no es oponible a la de ningún otro testamento del causante o a su capacidad.

En el caso de autos no existe duda sobre el mes y sobre el año, con lo que es llano que es posterior al otorgamiento del abierto, sino que la única duda es el día, pues siendo claro el primer dígito, que es un "2", ofrece dudas el segundo entre el "2" ó el "8", lo que es importante a juicio de la parte demandada porque, según la denuncia penal de la recurrente, la finada el día 22 se encontraba ingresada en la UCI con un traumatismo craneoencefálico y, por ende, privada de capacidad de testar.

Es cierto que la perito se inclina en el acto del juicio aunque con dudas, porque el segundo dígito sea un "2", así como que la actora declara que el testamento se redactó y fechó el 28.

Pues bien, este Tribunal ha examinado detenidamente el testamento en cuestión y observando el primer dígito y el segundo alcanza la convicción por su trazos que el segundo nada tiene que ver con el primero y se asemeja más a un "8" que a un 2", por lo que se inclina por la fecha que declara la actora ya que (STS 10-2-1994) esta Sala puede sustituir al perito -que por otra parte dudaba y no era contundente- cuando se considere suficientemente informada por sí según su preparación para conocer y apreciar el objeto o la cuestión litigiosa que hubiera necesitado de la intervención de otra persona que tenga los conocimientos científicos, artísticos o prácticos requeridos por las circunstancias del caso.

Pero ello no es la "ratio decidendi" ya que sea el día 28 ó el 22, lo que está claro es que la recurrente sólo pone una denuncia con evidente intención de dañar a la Residencia de Ancianos, y refiere traumatismo craneoencefálico, término médico que dudamos que ella pudiese diagnosticar por lo que se echa en falta, y era carga de la parte demandada una prueba completa y seria sobre el estado mental de la finada esos días.

La sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (sentencia 1 de febrero 1956), pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (sentencia 25 abril 1959); de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción "iuris tantum" que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que sólo puede destruirse por una prueba en contrario "evidente y completa" (sentencia 8 mayo 1922 y 3 febrero 1951), "muy cumplida y convincente" (sentencia 10 de abril 1944 y 16 febrero 1945), "de fuerza inequívoca" (sentencia 20 febrero 1975 EDJ 1975/105), cualquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aún en estado latente en el sujeto (sentencia 25 abril 1959), pues ante la dificultad de conocer donde acaba la razón y se inicia la locura, la ley requiere y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración (23 de febrero 1944 y 1 de febrero 1956).

Así pues (SAP Lugo, Sec. 1ª, 9-11-2004), aunque puedan existir dudas de si en el momento de escribir el testamento ológrafo tuviera o no plena capacidad cognitiva o volitiva, falta una "cumplida demostración de su incapacidad" referido al momento de hacer el testamento y al no ser destruida la presunción "iuris tantum" por prueba fehaciente, más allá de toda duda razonable, debe mantenerse que tenía tal capacidad.

QUINTO.- En atención a lo expuesto el recurso debe prosperar pero la estimación de la demanda ha de ser parcial con el consiguiente reflejo en las costas, pues el problema que se plantea erróneamente no es que el testamento abierto sea nulo sino el de su revocación tácita por el posterior perfecto.

No ha lugar a hacer expresa condena en costas en ninguna de las instancias.

VISTOS los preceptos mencionados y los demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Pilar contra la sentencia dictada por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Pozoblanco el 27 de junio de 2.007 en los autos de juicio ordinario nº 91/2.006, con revocación de ella, debemos conceder y concedemos validez y eficacia al testamento ológrafo otorgado el 23 de Agosto del 2.003 por doña Valentina, protocolizado en la Notaría de don Francisco Javier Castilla Prados, notario del Ilustre Colegio de Sevilla, el 31 de octubre de 2.005, con revocación tácita de los otorgados con anterioridad.

No ha lugar a hacer expresa condena en costas en ninguna de las instancias.

Notifíquese la presente resolución a las partes, y verificado, expídase testimonio de la misma que, con los autos originales, se remitirá al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



DILIGENCIA.- El original de la presente sentencia se lleva al libro de sentencias y resoluciones definitivas para publicidad legal, quedando testimonio unido a autos a efectos de documentación. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ