



Roj: **STS 2409/1968** - ECLI: **ES:TS:1968:2409**

Id Cendoj: **28079110011968100417**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/11/1968**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **FRANCISCO BONET RAMÓN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Núm. 740.-Sentencia de 26 de noviembre de 1968.**

PROCEDIMIENTO: Infracción de Ley.

RECURRENTE: Doña Gloria .

FALLO: Declarando no haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia de 5 de octubre de 1967, pronunciada por la Sala

de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca.

DOCTRINA: Testamento ológrafo. Acto irregular. Fideicomiso de residuo.

La falta de rúbrica del Juez y del Secretario de las hojas del documento presentado para la adveración y posterior protocolización

del testamento ológrafo, no produce la invalidez del mismo.

El fideicomiso de residuo no puede gravar la legítima.

En la villa de Madrid, a 26 de noviembre de 1968.

En los autos promovidos en el Juzgado de Primera Instancia de Ibiza y en grado de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, por doña Gloria , asistida de su esposo don Jose Manuel , vecinos de Ibiza, contra doña Sara , mayor de edad, viuda y vecina de Ibiza, sobre nulidad de testamento ológrafo y la universal de petición de herencia; autos pendientes ante esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en virtud de recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte demandante, representada por el Procurador don Santos de Garandillas y defendida por el Letrado don Felipe Ruiz de Velasco; habiendo comparecido la parte demandada y recurrida, representada por el Procurador don Tomás Romero Nistal y defendida por el Letrado don Eugenio Redonet Maura.

**RESULTANDO**

RESULTANDO que el Procurador don Vicente Tur Tur, en representación de doña Gloria , asistida de su esposo don Jose Manuel , formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Ibiza, demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía contra doña Sara , sobre nulidad de testamento ológrafo y otros extremos, estableciendo en síntesis los siguientes hechos: Primero: que el padre de la actora, don Ángel , falleció en esta ciudad el día 23 de mayo de 1963, habiendo otorgado testamento ante el Notario que fue de ésta don José Sáez Martínez con fecha 1 de diciembre de 1947, testamento que está vigente y no revocado por otro posterior. En dicho testamento, declaró el testador hallarse casado con doña Laura , de cuyo matrimonio tuvo dos hijos, llamados Rodrigo y Gloria , y como cláusula final dispuso: Que si su hijo Rodrigo falleciera sin sucesión, los bienes que no hubiera enajenado o de que no hubiera dispuesto, pasarán en usufructo a doña Sara vitaliciamente y con relevación de fianza, pero sólo mientras se conserve viuda; y al fallecimiento de ella, pasarán en absoluto-dominio a la hija del testador, Gloria , y si ésta hubiera fallecido a sus hijos o descendientes". En virtud de dicha cláusula de sustentación, la actora devenía heredera de los bienes que su



hermano Rodrigo había heredado de su padre y a su fallecimiento y, fallecida la demandada doña Sara y extinguido el usufructo universal de los bienes de dicho causante, pasaban los bienes de dicha herencia a ser del absoluto dominio de la actora o sus descendientes. Segundo: don Ángel, padre de la actora, falleció en esta ciudad, donde tuvo su domicilio el día 23 de mayo de 1963. Don Rodrigo, difunto marido de la demandada y hermano de la demandante, falleció en esta ciudad, donde tuvo su domicilio el día 30 de julio de 1964. Tercero: Por muerte de don Rodrigo, hermano de la actora, por la misma virtualidad de la cláusula sustitutoria del testamento de su padre, don Ángel y que quedó transcrita literalmente en el hecho primero de esta demanda, doña Gloria es heredera de la nuda propiedad de los bienes de su difunto hermano, y que éste, heredero de su padre, hasta el fallecimiento de la usufructuaria universal de los bienes de dicha herencia, la demandada doña Sara, momento en que la actora adquiera la absoluta propiedad de tales bienes, o en que en su defecto sus hijos o descendientes. Cuarto: De la repetida cláusula transcrita del testamento de don Ángel, se desprende claramente que su hijo Rodrigo no podía disponer por acto de última voluntad, pues la frase "los bienes que no hubiera enajenado o de que no hubiera dispuesto", prohíbe, por la propia naturaleza de la disposición, disponer al heredero fiduciario por acto de última voluntad, prohibición implícita en todas las cláusulas de residuo, cuando no se ha facultado expresamente al fiduciario para disponer "mortis causa". Por otra parte, dicho heredero fiduciario, acepta la herencia de su padre el día 20 de noviembre de 1963, conoce la cláusula ya transcrita, sabía perfectamente cuál era la voluntad de su padre y que éste no quería que sus bienes pasaran a una estirpe que no fuera la suya, conforme a la naturaleza propia del fideicomiso de residuo, entroncado con la reserva tradicional, sin mermar el causante las facultades de enajenación y disposición intervivos. Quinto: La demandada doña Sara, pocos días después del fallecimiento de su marido don Rodrigo, hermano de la actora, presentó ante el Juzgado de Ibiza, un documento que manifestó ser testamento ológrafo de su marido, fechado el 2 de octubre de 1955, o sea, años antes que la fecha en la que su supuesto testador había aceptado la herencia de su padre con la cláusula transcrita, instando expediente para su adversación y acordado por auto de ese ilustre Juzgado de 20 de agosto de 1964, fue protocolizado como tal testamento ológrafo 44 días después, incorporándose al protocolo del Notario don José Cruz Carrasco con el número 2.103 de orden "del mismo año de 1964, y cuya acta de protocolización figura acompañada a la demanda. En virtud del expresado documento, protocolizado como testamento ológrafo de don Rodrigo, aparece como heredera universal de los bienes del causante, incluidos los que éste había heredado de su padre don Ángel; su esposa, la demandada doña Sara, que hoy detenta como poseedora todos los bienes de la herencia de su marido y contra la que ejercitan la acción universal de petición de herencia, fundándolo en el título testamentario y en la cualidad de heredera de la actora. Sexto: Sólo se ha hecho relatar la anomalía que representa -hasta el presente punto- la aparición de un testamento ológrafo que aun cuando fuera autógrafo de quien se imputa, por prohibido por la Ley no cambia de legítima cualidad de heredera de la actora, quien en virtud de la cláusula del testamento de su padre, antes reseñada reivindica todos los bienes de la herencia de su hermano procedentes de su padre, y no han entrado en el fondo principal de la demanda, cuando la absurda postura de la demandada se tambalea, al pretender aparezca como testamento ológrafo, lo que la Ley, la pura lógica y el sentido común rechazan. Absurdo resulta, como se desprende de las propias circunstancias personales que rodearon en vida al supuesto autor de dicho testamento, disponer-olográficamente- consciente de que el testamento de su padre le prohíbe testar en cualquiera de las formas admitidas por la Ley, cuando en plenitud de facultades físicas y mentales murió a los 57 años de edad, a dos pasos de las Notarías de esta ciudad. Absurdo, que se lance a escribir una clase de testamento al que los más ilustres tratadistas señalan inconvenientes tales como el quedar ocultas circunstancias que hacen que el testamento sea esencialmente nulo por falta de consentimiento y que, por falta de consentimientos, no ya jurídicos sino de simple redacción, esté el texto de aquél en radical discordancia con la voluntad del testador, muy expuestos a falsedades y simulaciones dadas las sorprendentes imitaciones de letra que en nuestra época se hacen y que, en cambio, otros autores establecen el que sea una forma de testar cómoda y sencilla muy útil para los enfermos que no siempre tienen tiempo ni medios para llamar a un Notario, ventajas que en el caso de autos no se dan; o sea, que amparados por una cuestión jurídica que nos desgrava de la carga de la prueba, razones puramente humanas, pero de consideración, hacen del documento referido y su aparición un absurdo. Séptimo: Que el testamento ológrafo aludido presenta indicios objetivos de inautenticidad y le ordena ciertas irregularidades y nos sentimos obligados en aras a la colaboración que se debe prestar a la humana justicia a esclarecer tales indicios máxime cuando la aparición de tal documento -como se ha visto- extraña e imprevisible. Existen pues, razones puramente objetivas al margen de lo que se lleva dicho que nos obligan a rechazar el documento por no ser autógrafo de quien se impugna y que enumera. Octavo: Declarada la nulidad del testamento que se impugna, ológrafo, por cualquiera de las causas enumeradas en el hecho anterior o por todas dichas causas por inexistencia de su cesión testada, procede que en su día se abra la sucesión intestada para que sean declarados herederos los que lo sean legalmente del difunto don Rodrigo, y con respecto a los bienes propios de este último causante, no adquiridos por las disposiciones de última voluntad de su padre don Ángel. Noveno: La actora fue citada en el expediente de averación del documento presentado por la demandada como testamento ológrafo, compareciendo su esposo por hallarse ella impedida y sufrir larga enfermedad.



Décimo: Que el día 23 de septiembre próximo pasado se celebró el acto conciliatorio sin avenencia como se acredita por la certificación que se acompaña como documento número 8. Alegó los fundamentos de Derecho que estimó aplicables y terminó suplicando se dicte sentencia en la que se declare: A) Nulo e inoperante, con nulidad radical y de pleno derecho, el testamento ológrafo que aparece escrito y suscrito por don Rodrigo , de fecha 2 de octubre de 1955, protocolizado en virtud de auto de ese mismo ilustre Juzgado de fecha 20 de agosto de 1964 en el protocolo del Notario don José Cruz Carrasco con el número 2.103 de orden, por contravenir la disposición final del testamento otorgado por don Ángel el 1 de diciembre de 1947, y por el que se nombra heredera universal de la nuda propiedad de los bienes de la herencia de don Rodrigo , aceptados por escritura de división y aceptación de herencia de 20 de noviembre de 1963, a la actora, doña Gloria , sus hijos o descendientes y usufructuaria de los mismos bienes a doña Sara , la demandada, y en virtud de fideicomiso de residuo habiendo fallecido don Rodrigo sin descendencia. B) Nulo e improcedente, con nulidad radical y de pleno derecho, el testamento ológrafo descrito en el apartado anterior por faltar en el mismo el requisito esencial de forma de las rúbricas del señor Juez y Secretario judicial. C) Nulo e inoperante con nulidad radical y de pleno derecho, el documento que aparece como testamento ológrafo descrito en el apartado A) por no ser autógrafo de don Rodrigo , marido difunto de la demandada y hermano de doble vínculo de la actora. D) Canceladas cuantas inscripciones se hayan producido en el Registro de la Propiedad de este Partido Judicial, consecuencia del acto declarado nulo. E) Heredera de los bienes descritos en la escritura de aceptación y división de herencia de fecha 20 de noviembre de 1963, heredados por el difunto don Rodrigo , a la actora, a sus hijos o descendientes y usufructuaria de los mismos, a la demandada doña Sara . F) Que los bienes del caudal relicto del causante don Rodrigo , propios de dicho causante no descritos en la escritura de aceptación y división de herencia de su padre antes reseñada pertenecen a los herederos legales que en su día sean declarados tales en virtud del correspondiente abintestato. G) Que en caso de fallecimiento de la demandada doña Sara , heredará del pleno dominio de los bienes de la herencia de don Rodrigo , heredados de su padre don Ángel , descritos en la escritura de aceptación de herencia, a su principal doña Gloria , sus hijos o descendientes en caso de premorir a la demandada. H) Que la demandada doña Sara , sus herederos terceros adquirentes o poseedores de los mismos vienen obligados a restituir los bienes del apartado F) sus frutos o accesiones a la actora, o, en su defecto, a sus hijos o descendientes. I) Que la demandada, sus herederos, terceros adquirentes y poseedores vienen obligados a restituir los bienes del apartado F), sus frutos y acciones a los que sean en su día declarados herederos abintestato del difunto don Rodrigo . J) Que en caso de enajenación de los bienes del causante don Rodrigo o de alguno de ellos el importe íntegro de los mismos, debe restituirse a la actora, o fallecida ésta a sus hijos o descendientes como los que se hubieren adquirido con el importe de los mismos, que deberán restituirse a los mismos herederos. K) Condenar a la demandada, a sus herederos y a los terceros adquirentes de los bienes antes descritos a estar y pasar todas y cada una de las anteriores declaraciones. L) Condenar a la demandada a todas las costas causadas en el presente juicio, por su manifiesta temeridad y mala fe. En su primer otrosí, manifestó que conforme el artículo 42, número primero de la vigente Ley Hipotecaria , faculta para pedir la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad, al qué demandare en juicio la propiedad de bienes, inmuebles, o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real disponiendo el artículo 43 de la propia Ley, que la anotación se ordene por providencia judicial, dictada a instancia de parte legítima y en virtud de documento bastante al precedente arbitrio del juzgador, el cual según el artículo 139 del vigente Reglamento Hipotecario , mandará hacer la anotación al admitir la demanda.

RESULTANDO que admitida la demanda y, emplazada la demandada doña Sara , compareció en los autos en su representación el Procurador don Adolfo Villalonga Fajarnés, que contestó la demanda, oponiendo a la misma, en síntesis: Primero: Conforme con el correlativo de la demanda en cuanto se refiere al hecho o a la fecha de la muerte del padre político de la demandada, don Ángel , así como en que el testamento del expresado señor figuraba la cláusula que se especifica con respecto a los bienes de su hijo Rodrigo , según la cual aquéllos que no "hubiere enajenado o de que no hubiera dispuesto pasarían en usufructo a doña Sara vitaliciamente y con relevación de fianza, pero sólo mientras se conserve viuda; y al fallecimiento de ella, pasarán en absoluto dominio a la hija del testador, Gloria , la actora, y si ésta hubiese fallecido, a sus hijos o descendientes". Hay que hacer resaltar en relación con la expuesto, que don Ángel no impone limitación de clase alguna a su hijo José en el uso y disposición de sus bienes; autorizándole implícitamente a "enajenar" y a "disponer" en la forma que tenga conveniente. Segundo: Conforme con el correlativo de la demanda. Tercero: Niega el correlativo, pues don Rodrigo al morir había dispuesto ya todos sus bienes en favor de su esposa y, por tanto, de los heredados de su padre, en virtud de testamento ológrafo el día 2 de octubre de 1955. Cuarto: Negamos el correlativo, pues se considera, precisamente, que a la simple cláusula testamentaria en virtud de la cual se indicaba que "los bienes que no hubiese enajenado o de que no hubiese dispuesto pasarán en absoluto dominio a la hija del- testador, Gloria , y si ésta hubiese fallecido "a sus hijos o descendientes", no cabe transformarla en la institución de un fideicomiso de residuo, sino que hay que examinarlo bajo la simple realidad de un sencillo abundamiento en la legalidad establecida, limitada, incluso por disponerse que



primeramente pasarán en usufructo a doña Sara , vitaliciamente y con revelación de fianza, ya que así habrían ocurrido con reducción en el usufructo si don Rodrigo hubiera fallecido sin disponer de sus bienes. Hay que pensar, por otra parte, que el testamento otorgado ante un Notario, concededor del Derecho, quien si el testador hubiera querido establecer un fideicomiso de residuo así lo habría hecho constar. Y recordar finalmente, que acudiendo al sentido gramatical al hablar de "bienes que no hubiese enajenado o de que no hubiese dispuesto" se está aludiendo claramente con la utilización de tan amplias formas de cesión a la transmisión "intervivos" y a la transmisión "mortis causa". Quinto: Que efectivamente, la demandada, a los pocos días de morir su esposo don Rodrigo y dado que se hallaba en posesión del testamento ológrafo del mismo, lo presentó al Juzgado de Primera Instancia del último domicilio del testador, o sea, el de Ibiza, tal y como determina el Código Civil. Posteriormente el testamento fue protocolizado y en su virtud la demandada adquirió los bienes de su marido. Sexto: Ridículo el razonamiento del correlativo a quien desconociera la pasión que rezuma una buena defensa, pues la diatriba que se lanza contra el testamento ológrafo, con la conclusión de que sólo un demente o un ente extraño puede utilizar tal forma de testar, establecida en nuestra legislación como forma común y ordinaria, equiparada a las más solemne y los solidísimos conocimientos jurídicos que atribuye al fallecido don Rodrigo , quien de una cláusula en la que a "contrario sensu" se le autoriza a disponer y enajenar tenía que deducir que había un fideicomiso que aquél era el residuo y que en éstos hay jurisprudencia que afirma no procede transmitir "mortis causa", son afirmaciones puramente gratuitas. Séptimo: Dando la parte adversa a la mencionada diatriba contra el testamento ológrafo caracteres de prueba incuestionable de que el testamento hecho de puño de don Rodrigo era tal testamento, sigue en el correlativo hallando con una sagacidad verdaderamente policial indicios de irregularidad e inautenticidad en el testamento que tanto le perjudica y todo en aras a la colaboración que se debe prestar a la humana justicia". Octavo: Incierto el correlativo, porque sigue teniendo plena vigencia el testamento de don Rodrigo , cuyos bienes propios, por cierto, aún en el supuesto absurdo de que existiera la sustitución fideicomisaria aludida por la parte contraria, con prohibición de enajenar, tendrían que acrecentarse con la legítima correspondiente por los bienes de su padre. Noveno: Efectivamente, como se dice en el correlativo, don Jose Manuel , marido de, la demandante, fue citado para el acto de adversación del testamento, sin que entonces hiciera objeción alguna al mismo sino que, al contrario, le dio su asentimiento. Décimo: En efecto, se celebró el acto de conciliación a que se refiere la parte actora, el cual por cierto, tiene su sabroso contenido. Alegó los fundamentos de Derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando que teniendo por presentado este escrito con su copia para traslado, así como los documentos que se adjuntan y sus copias, se sirva admitirlos, y, en consecuencia, teniendo por evacuado el trámite de contestación dando al pleito el curso correspondiente, dictar sentencia desestimando por completo la demanda y absolviendo de la misma a la demandada, con imposición a la demandante de todas las costas causadas.

RESULTANDO que por haber renunciado la parte actora al trámite de réplica, fue recibido el pleito a prueba practicándose la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y figura en las respectivas piezas.

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes por su orden para conclusiones, trámites que evacuaron en respectivos escritos, en los que solicitaron se dictase sentencia de acuerdo a lo que tenían interesado en los autos.

RESULTANDO que el señor Juez de Primera Instancia de Ibiza, dictó sentencia con fecha 16 de marzo de 1967, por la que: Fallo que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador habilitado don Vicente Tur Tur en nombre de doña Gloria , contra doña Sara , representada por el Procurador don Adolfo Villalonga Fajarnés, debo declarar y declaro: a) La nulidad, salvo en cuanto se dispone de bienes propios y de los que integran la porción hereditaria destinada legítima que le corresponde en la herencia de su padre, de la cláusula IV del testamento ológrafo otorgado por don Rodrigo , de fecha 2 de octubre de 1955, protocolizado en virtud de auto de este Juzgado de fecha 20 de agosto de 1964, en el protocolo del Notario don José, Cruz Carrasco con el número 2.103; por controvertir la disposición final del testamento otorgado por don Ángel el 1 de diciembre de 1947, y por el que se nombra heredera de la nuda propiedad de los bienes de la herencia de don Rodrigo , aceptados por escritura de división y aceptación de herencia de 20 de noviembre de 1963, a doña Gloria , sus hijos o descendientes, y usufructuaria de los mismos bienes a doña Sara , y en virtud de fideicomiso de residuo, habiendo fallecido don Rodrigo sin descendencia; y su validez en cuanto dispone el testador de sus propios bienes y de los que constituyen la legítima que le correspondía en la herencia de su padre, así como la de las demás cláusulas del mismo; b) Canceladas cuantas inscripciones se hayan producido en el Registro de la Propiedad de este Partido, consecuencia de la parte nula del citado testamento; c) Heredera de los bienes descritos en la escritura de aceptación de herencia de 20 de noviembre de 1963, heredados por el difunto don Rodrigo , a la actora, o a sus hijos o descendientes, y usufructuaria de los mismos a la demandada, a quien corresponderán, además, en propiedad, los que constituyen la legítima que pertenece, a aquél en la herencia de su padre; d) Que los bienes del caudal relicto del causante don Rodrigo , propios del mismo, no descritos en la escritura de aceptación y división de la herencia de su padre antes reseñada, pertenecen a doña





Sara ; e) Que en caso de fallecimiento de la demandada, es heredera del pleno dominio de los bienes de la herencia de don Rodrigo , heredados de su padre don Ángel descritos en la repetida escritura de aceptación de herencia, la actora, o sus hijos o descendientes en caso de premorir a la señora Sara , salvo en la porción legitimaria que correspondía a aquél en la herencia de su padre. Condenando a las partes a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y absolviendo a la demandada de las demás peticiones de la demanda; sin perjuicio de cualesquiera otras acciones que procedan en el caso de que se hayan enajenado bienes en contra de lo dispuesto en dichas declaraciones; todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

RESULTANDO que interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por la representación de doña Gloria y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca dictó sentencia con fecha 5 de octubre de 1967 , polla que: Fallamos que desestimando el recurso de apelación interpuesto por cada una de las partes, debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia de Ibiza el día 16 de marzo último en los autos de mayor cuantía de que dimana este rollo, sin hacer imposición de las costas causadas en esta alzada.

RESULTANDO que previo depósito de 3.000 pesetas, el Procurador don Santos de Gandarillas Carmona, en representación de doña Gloria , asistida de su esposo don Jose Manuel , ha interpuesto recurso de casación por infracción de Ley, contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, con apoyo en los siguientes motivos:

Primero: Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se alega infracción de Ley consistente en la violación de los artículos 689 , 690 , 691 , 692 y 693, del Código Civil , en relación con los artículos 4 y 687 del propio texto legal, así como violación de la doctrina legal contenida en las sentencias de 28 de enero de 1914, 27 de abril de 1943 y 3 de enero de 1947. Parece inútil recordar como preámbulo de este primer motivo de casación, que el legislador mira con notoria prevención este tipo de testamentos, toda vez que en el artículo 688 del Código Civil , primero de los dedicados al ológrafo, ya nos dice que "para que sea válido este testamento, deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue".

Segundo: Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , alegamos infracción de Ley consistente en la violación del artículo 675 del Código Civil , así como infracción por aplicación indebida de los artículos 813 y 782, del Código Civil , y de la doctrina legal contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1913 , 16 de enero de 1915 , 21 de diciembre de 1928 , 13 de febrero de 1953 , 13 de noviembre de 1948 , 21 de noviembre de 1956 , 7 de enero de 1959 y muy especialmente la de 29 de diciembre de 1939 .

RESULTANDO que admitido el recurso, e instruida la parte recurrida, se declararon los autos conclusos y se mandaron traer a la vista con las debidas citaciones.

Visto siendo Ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón.

## CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que la doctrina sobre los grados de invalidez del negocio jurídico en general, tiene plena aplicación al testamento, con las especialidades derivadas de su naturaleza eminentemente formal, según una interpretación declarativa equidistante, por tanto, de la extensiva y de la restrictiva, como ha tenido ocasión de realizar la jurisprudencia de esta Sala, y con las peculiares consecuencias obligadas del negocio jurídico unilateral no recepticio "mortis causa" que encarna, a diferencia del bilateral "inter vivos" ínsito en los contratos, con lo que serán, pues, causas de nulidad radical del testamento; la ausencia de capacidad del testador, y la falta de forma prescrita como garantía de la realidad de la declaración de voluntad del causante.

CONSIDERANDO que el apartado primero del artículo cuarto del Código Civil se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, que no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino, como sugiere la doctrina científica, con criterio flexible, y teniendo en cuenta que no es preciso que la validez de los actos contrarios a la Ley sea ordenada de modo expreso y textual, sin que quepa pensar que toda disconformidad con una Ley cualquiera, o toda omisión de formalidades legales que puedan ser meramente accidentales con relación al acto de que se trate, haya siempre de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad, máxime en aquellos casos en que exista una legislación especial que regule la materia, o el problema que se suscite recaiga en realidad sobre una materia que revista gran complejidad y no pueda quedar resuelta por la muda y aislada aplicación de dicho artículo ( sentencias de 19 de octubre de 1944 , 28 de enero y 8 de abril de 1958 , 8 de octubre de 1963 , 22 de marzo y 2 de noviembre de 1965 , 1 de febrero de 1966 , 19 de enero de 1967 y 31 de mayo de 1968 ).



CONSIDERANDO que concretamente el artículo 687 del Código Civil dispone que será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en las diversas secciones del capítulo I del título III del libro III, que por lo que concierne al testamento ológrafo se hallan contenidas en el artículo 688, que exigía antes de su reforma por la Ley de 21 de julio de 1904, se extendiera en el papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento, y en la actualidad establece en el párrafo segundo que para que sea válido este testamento, deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue, disponiendo también el artículo 689 que no será válido si no se presenta para su protocolización al Juez de Primera Instancia dentro de cinco años contados desde el día del fallecimiento del testador, y no se obtiene esta caducidad.

CONSIDERANDO que la aplicación de esta doctrina hace parecer el motivo primero del recurso, ya que ninguno de estos defectos formales se imputan al testamento ológrafo de 2 de octubre de 1955 otorgado por don Rodrigo, para obtener su declaración de nulidad radical, sino el simplemente procesal de no haber rubricado el Juez ni el Secretario las hojas del documento presentado para su adverbación y posterior protocolización según ordena el artículo 691, que ha de calificarse de irregularidad, que por sí mismo no produce la invalidez, si como en este caso ocurre, existió un sumario sobreesido por falsificación, y la sentencia recurrida declara probada su identidad y niega toda suplantación, afirmaciones de hecho no combatidas por el cauce adecuado con lo que han quedado firmes en casación.

CONSIDERANDO que la legítima como institución de orden público o de derecho necesario no puede ser derogado por la voluntad de los particulares, por lo que el testador no podrá imponer sobre la legítima, gravamen, ni condición ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo (artículo 813 y sentencias de 6 de marzo de 1891 y 9 de julio de 1917), no pudiendo las sustituciones fideicomisarias gravar nunca la legítima (artículo 782), procediendo análogamente en caso de fideicomiso de residuo, con lo que es visto que la sentencia recurrida no ha infringido por aplicación indebida los citados artículos ni por violación el 675, así como tampoco la doctrina legal invocada, en que pretende fundarse la argumentación del motivo segundo, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso.

#### FALLAMOS

que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por doña Gloria, asistida de su esposo don Jose Manuel, contra la sentencia que en 5 de octubre de 1967, dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca; se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido al que se dará la aplicación prevenida en la Ley; y líbrese a la citada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y actuaciones, que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" e insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Francisco Bonet Ramón.-Julio Calvillo.-Federico Rodríguez Solano.-Jacinto García Monge.-Antonio Cantos. -Rubricados.

Publicación.-Leída y publicada fue la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Francisco Bonet Ramón, Ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando, audiencia pública la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo, en el día de hoy, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Madrid, 26 de noviembre de 1968.-Rafael G. Besada.-Rubricado.