



Roj: **STS 1663/1967 - ECLI:ES:TS:1967:1663**

Id Cendoj: **28079110011967100260**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/02/1967**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JULIO CALVILLO MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Núm. 107.-Sentencia de 16 de febrero de 1967.

PROCEDIMIENTO: Infracción de ley.

RECURRENTE: Don Juan Antonio .

FALLO: Declarando no haber lugar al recurso interpuesto contra la Sentencia de 20 de mayo de 1965 pronunciada por la Sala de

lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria.

DOCTRINA: Interposición del recurso. Cuestiones nuevas. Las cuestiones nuevas son inatendibles en el recurso.

En la villa de Madrid, a 16 de febrero de 1967;

En los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, sobre nulidad de resolución que acordó protocolizar testamento ológrafo, promovido en el Juzgado de Primera Instancia de Telde por don Silvio . Médico, casado, vecino de Las Palmas, por sí y a nombre de sus hermanos don Rosendo , don David , don Gustavo (ausente en Venezuela), doña Daniela , doña Inés y doña Mónica todos mayores de edad, las tres últimas asistidas de sus respectivos cónyuges don Carlos Daniel , don Manuel y don Clemente , contra don Juan Antonio , doña Leticia y doña Rosa , las dos últimas menores de edad y representadas por su padre don Eusebio , vecino de Las Palmas, y contra el también menor don Adolfo a quien legalmente representa su padre don Alfonso vecino de Telde, de cuyos demandados así en el encabezamiento de la demanda, compareció don Juan Antonio , siendo declarados en rebeldía los restantes demandados: que fueron vistos en grado de apelación por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria y penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandado don Juan Antonio , que litiga como pobre, representado por el Procurador don Cristóbal San Juan González, bajo la dirección del Letrado don Antonio Ortega Rodríguez habiendo comparecido en este Supremo Tribunal, como recurrida el actor don Silvio , con la representación y defensa, respectivamente, del Procurador don Juan Avila Pía y del Abogado don Marcelino Piñel Miguel, y sin que lo hayan verificado los demás contendientes.

RESULTANDO

RESULTANDO que la demanda formulada por el. Procurador don Juan Valero Martín, en representación de don Silvio , por sí y a nombre de sus hermanos don Rosendo don David don Gustavo , doña Daniela , doña Inés y doña Mónica , asistidas las tres últimas de sus esposos don Carlos Daniel , don Manuel y don Clemente , respectivamente; contra don Juan Antonio , doña Leticia y doña Rosa , estas dos últimas menores de edad, representadas por su padre don Eusebio y contra el también menor don Adolfo , a quien legalmente representa su padre don Alfonso , sobre nulidad de resolución que acordó protocolizar parcialmente un testamento ológrafo, estableció en síntesis lo siguiente: Que el 20 de junio de 1961, a consecuencia de accidente de automóvil falleció en Telde, soltero, el hermano de los actores, don Leonardo y en la habitación del fallecido abrieron unas maletas encontrando el testamento ológrafo materia de controversia, que examinado por todos



los concurrentes convinieron: que su autenticidad estaba fuera de toda duda, que de todos modos siendo igualmente auténtica y eficaz, la nota marginal que dice: "anulado 6-6-61 Leonardo ." las disposiciones testamentarias habían sido dejadas sin efecto y procedía la apertura de la sucesión abintestato, dejándolo en poder de don Silvio , tramitándose declaración de herederos abintestato, y los designados herederos abintestato entraron en posesión de la herencia y pagaron el impuesto de Derechos Reales, que el mismo don Juan Antonio ha reconocido tácitamente la autenticidad de la nota marginal revocatoria, aunque promovió el expediente de protocolización más tarde, siendo el Juzgado el que, de oficio, ha rechazado parte del texto, teniéndolo por no puesto, sin que nadie la solicitara; cualquiera puede comprobar de una sola ojeada en el original o en la fotocopia que la nota marginal es notoriamente de la misma mano y persona que el resto del texto y afirmar lo contrario, como hace el Perito traído por el Juzgado, encierra una acusación de falsedad contra persona honorable y pone en tela de juicio el sentido común del presunto autor. Que con independencia de tan poderosas razones de fondo el auto dictado por el Juzgado es nulo por múltiples razones de forma ya que el Juzgado no ha respetado principios tales como la rogación, jurisdicción ni normas específicas sobre la protocolización del testamento ológrafo. Alegó fundamentos de Derecho y suplicó se dictase sentencia, declarando.

Primero. Que no estando sustanciado con arreglo a Derecho, es nulo y sin valor ni eficacia legal el expediente de protocolización del testamento ológrafo de don Leonardo , a que la demanda se contrae, a partir de la primera providencia recaída en el mismo, requiriéndose a don Silvio , vecino de Las Palmas, a presentarlo en el Juzgado de Telde, y nulas por tanto, tales actuaciones y la protocolización de dicho testamento acordadas por auto de 12 de junio de 1963 , que le puso fin.

Segundo. Subsidiariamente y para el caso de que no prosperara íntegramente la precedente pretensión que es nulo y sin valor el expresado auto, de 12 de junio de 1963 , en cuanto en acto de jurisdicción voluntaria y sin instancia de parte, acordó la protocolización del referido testamento ológrafo, entendiéndose por no puesta alguna de las cláusulas testamentarias de vital importancia, por exceder dicho acuerdo de las atribuciones del Juzgado en esa clase de jurisdicción.

Tercero. Que, en cualquier caso, es auténtica y puesta de puño y pulso del testador don Leonardo , la nota marginal del testamento cuestionado que aparece al margen superior izquierda y dice "anulado 6-6-61 Leonardo ." debiendo surtir por tanto, plenos efectos como expresión de última voluntad conocida del testador de revocar anulándolo dicho testamento.

Cuarto. Que en consonancia con el pronunciamiento anterior es válido y eficaz en derecho, mientras no se declare lo contrario por sentencia firme, el auto de ese mismo Juzgado de declaración de herederos abintestato de don Leonardo , de fecha 14 de septiembre de 1961 (expediente 94/61) por el que se declararon herederos de aquél a sus hermanos doña Daniela , don Rosendo , don Eusebio , doña Inés , doña Mónica , don David , don Pablo , don Gustavo y don Silvio , y a los hijos de la hermana fallecido doña María Rosa , don Adolfo y doña Camila .

Quinto. Condenando a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones y a las costas del juicio a los que no se allanen. Acompañó los documentos de que el escrito hace mérito.

RESULTANDO que admitida la demanda y emplazados los demandados, compareció en los autos el Procurador don Ramón Ramírez Fernández representando en concepto de pobre al demandado don Juan Antonio , no compareciendo los demás demandados, que fueron declarados, en rebeldía, y contestando dicho Procurador la demanda, oponiendo a la misma, en síntesis: Que negaba los hechos todos de la demanda. Que no se sabe quién o quiénes hayan sido el falseador de la nota marginal pero de modo concluyente afirma que esa nota es falsa siendo trazada por mano distinta que la que redactó el texto del testamento siendo anómalo que una persona que otorgó testamento en 1 de agosto de 1949, que lo conserva en su poder hasta su fallecimiento en 20 de junio de 1961, que doce días antes de su óbito aparece revocado o anulado máxime habiendo acaecido la muerte impensadamente por accidente de la circulación. Que a falta de otras razones más convincentes, los actores señalan una serie de supuestos defectos formales en la tramitación del expediente, siendo así que el Juzgado ha observado en la tramitación las reglas prescritas en el Código Civil, sin incidir en infracción legal alguna que vuelva inidónea el expediente. Alegó fundamentos de Derecho y seguidamente formuló reconvencción con base en los siguientes hechos: Que reproducía los contenidos en la contestación a la demanda. Que según se afirma en dicha demanda, los actores instaron expediente de declaración de herederos abintestato del causante en cuyo expediente se declararon herederos a los que relaciona. Que no les faltó tiempo para promover dicho expediente cuando todavía está fresca en la memoria de todos la muerte de su hermano Leonardo , a pesar de que le constaba que había otorgado testamento ológrafo a favor de los sobrinos que detalla. Que su representado y demás instituido en el citado testamento aceptaron la herencia lo que se acredita con copia autorizada de la escritura de emancipación y aceptación de herencia que aportaba y despreciando la voluntad del testador, los actores solicitaron el declaratorio de herederos, a los que se pusieron



los herederos testamentarios por no comprender las consecuencias jurídicas que el mismo entrañaba. Alegó fundamentos de Derecho y suplicó se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos

Primero. Desestimar la demanda absolviendo de ella a su representado.

Segundo. Estimar la reconvencción, declarando la nulidad del auto de declaración de herederos abintestato de don Leonardo .

Tercero. Declarar deferida la sucesión de don Leonardo en los términos que expresan en su testamento ológrafo de 1 de agosto de 1949, que fue protocolizado mediante escritura pública de fecha 20 de junio de 1963, ante el Notario de aquella ciudad don Alberto . Condenando a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones imponiéndoles las costas. Y acompañó los documentos a que el escrito hace mérito.

RESULTANDO que la parte actora, al evacuar el traslado que, para réplica y contestación a la reconvencción, le fue conferido, insistió en los hechos y fundamentos de Derecho de su escrito de demanda, oponiéndose a la reconvencción como consecuencia de ello y terminando con la súplica de que se dictase sentencia de acuerdo a lo pedido en la demanda y desestimando la reconvencción. Y la parte demandada, al evacuar el traslado de duplica, insistió en los hechos fundamentos de Derecho y súplica de su escrito de contestación y reconvencción.

RESULTANDO que recibido el juicio a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y figura en los ramos respectivos, que fueron unidos a los autos.

RESULTANDO que no habiendo solicitado ninguna de las partes la celebración de vista pública, se pasaron los autos a la parte actora para conclusiones, trámite que evacuó, solicitando sentencia conforme a lo que tenía pedido en sus anteriores escritos; y en este estado el proceso, a virtud de querrela, se suspendió el curso de los autos hasta que recayera ejecutoria en la causa criminal. Y continuada la tramitación del procedimiento, el demandado evacuó el trámite de conclusiones solicitando sentencia de acuerdo con lo pedido en sus precedentes escritos de autos.

RESULTANDO que el Juez de Primera instancia de Telde dictó Sentencia con fecha 19 de diciembre de 1964 por la que estimando de oficio las excepciones de falta de legitimación pasiva y litisconsorcio pasivo necesario declaró no haber lugar a resolver sobre el fondo del asunto objeto de la demanda interpuesta contra los demandados todos; y asimismo estimando de oficio las propias excepciones referidas declaró no haber lugar a resolver sobre la demanda reconvenccional. Absolviendo en las instancias en las respectivas relaciones juridico-procesales. Todo sin hacer expreso pronunciamiento en costas.

RESULTANDO que interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por la representación de los demandantes, a cuyo recurso se adhirió el demandado don Juan Antonio ; tramitando el recurso con arreglo a Derecho, a instancia de la parte apelante y sin recibir el pleito a prueba se solicitó se acordase traer a los autos certificación del dictamen emitido en el sumario número 141/1964, seguido en virtud de querrela de don Juan Antonio contra don Rosendo , por falsificación, por la Dirección General de Seguridad en el que se afirmaba que la nota marginal situada en el ángulo superior izquierdo del documento reseñado, y que dice "anulado 6-6-61 Leonardo ." está escrita por la misma mano que firmó el texto principal de documento; y la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas dictó Sentencia con fecha 20 de mayo de 1965 , por la que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto y desestimando la adhesión a la apelación formulada por la contraparte y con revocación de la sentencia recurrida en cuanto estima de oficio las excepciones de falta de legitimación pasiva y litis consorcio pasivo necesario, y entrando a resolver sobre el fondo, declaró:

Primero. Que es nulo y sin valor el auto de 12 de junio de 1963 dictado por el Juez de Primera instancia de Telde , en acto de jurisdicción voluntaria sobre protocolización de testamento ológrafo de don Leonardo al entender por no puesta la nota marginal del testamento que dice: "Anulado 6-6-61 Leonardo ." la cual es auténtica y puesto de puño y pulso del testador, debiendo surtir plenos efectos con expresión de última voluntad del testador, de revocar, anulando el testamento ológrafo de 1 de agosto de 1949.

Segundo. Que es válido y eficaz en Derecho, mientras no se declare de contrario, por sentencia firme, el auto del Juzgado de Primera instancia de Telde de declaración de herederos abintestato de don Leonardo , de fecha 14 de septiembre de 1961 (expediente 94/611 por el que declararon herederos de aquél a sus hermanos doña Daniela , don Rosendo , don Eusebio , doña Inés , doña Mónica , don David , don Pablo , don Gustavo y don Silvio y a los hijos de la hermana fallecida don María Rosa , don Adolfo y doña Camila ; y

Tercero. Se desestiman las demás pretensiones del actor así como la reconvencción formulada; no haciéndose expresa condena en costas en ninguna de las instancias.



RESULTANDO que el Procurador don Cristóbal San Juan González, representando en concepto de pobre al demandado don Juan Antonio , interpuso recurso de casación por infracción de ley contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas, con apoyo en el siguiente motivo.

Único. Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , porque la sentencia recurrida viola por Inaplicación, el artículo 738 del Código Civil en relación con los artículos 739, 743, 787, 788 y 789 del propio Código y la doctrina legal contenida, entre otras, en las Sentencias de 17 de julio de 1905, 10 de marzo de 1906, 1 de diciembre de 1927, 4 de enero de 1952, 8 de julio de 1940, 10 de diciembre de 1956, 5 de enero de 1924 y 29 de septiembre de 1956. La cuestión a examinar en el presente recurso es si la nota marginal del testamento ológrafo "anulado 6-6-61 Leonardo ." reúne los requisitos necesarios para revocar, de Derecho, el testamento ológrafo protocolizado de don Leonardo , es decir, si constituye o no- un testamento posterior perfecto, como exige el artículo 739 del Código Civil . A) dice el artículo 738 del Código que el testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar. Y el artículo 781 dispone que será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en el Capítulo I del Título III del Libro tercero, requisitos que no se cumplen en la nota de referencia para poder revocar el testamento anterior. Y además, porque el emplear la palabra "anulado" sin complemento alguno, no indica qué cosa concreta queda anulada, ni establece distinción de cualquier clase sobre los bienes del testador, ni expresa cuál sea su voluntad para después de su muerte, con lo que falta la esencia misma del testamento. No puede, pues, dicha nota considerarse como el testamento perfecto de que habla el artículo 739 del Código, y ni siquiera como un estamento imperfecto. Constituye sólo una indicación de carácter abstracto, consignada "al margen" precisamente del testamento. Que falta también otro requisito esencial. El de la firma usual del testador, es decir, la que una persona acostumbra a estampar al pie de sus escritos. Así lo exige, entre otros la Sentencia de 5 de enero de 1924. La firma que aparece en a nota marginal " Leonardo ." no es la habitual o usual del testador, y así lo prueba la indubitada puesta al pie del testamento, en la que emplea su nombre completo y sus dos apellidos, con rúbrica distinta: No admite, por tanto, ninguna clase de efectos revocatorios de testamento ológrafo no protocolizado; menos aún pueden admitirse respecto de una simple nota de una sola palabra que nada concreto expresa, por lo que ni constituye un testamento ni siquiera puede atribuírsele la calificación jurídica de célula o memoria testamentaria prevista en el artículo 672 del Código Civil . De todo lo expuesto se desprende claramente que la sentencia recurrida, al reconocer efectos revocatorios a la nota marginal que aparece en el ángulo superior izquierdo del testamento ológrafo de don Leonardo de 1 de agosto de 1949, viola por inaplicación los preceptos y la doctrina legal invocados en la exposición del motivo.

RESULTANDO que admitido el recurso y evacuado el trámite de instrucción, se declararon los autos conclusos y se mandó traerlos a la vista con las debidas citaciones; y una vez formada la nota a que se refiere el artículo 1.740 de la Ley Procesal Civil , se señaló y ha tenido lugar la celebración de la vista pública del recurso el día 6 de febrero actual, con la asistencia de los Letrados directores de las partes que informaron en apoyo de sus pretensiones respectivas.

Visto siendo Ponente, para este trámite, el Magistrado don Julio Calvillo Martínez

CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que aparte de los dos problemas de índole procesal concretados en los pedimentos primero y segundo de la demanda origen del pleito que ha motivado el presente recurso la única cuestión, suscitada dentro de la fase preclusiva de alegaciones propia del período expositivo de la primera instancia quedó centrado en la autoría de la nota escrita que dice: "Anulado 6-6-61 Leonardo ." y que figura en el ángulo superior izquierdo del testamento ológrafo otorgado por el causante con fecha de 1 de agosto de 1949 a favor de sus cuatro sobrinos cuestión que dividió a las partes en ambas instancias pues mientras el actor sostuvo insistentemente que tal nota era auténtica y puesta de puño y pulso del testador, don Leonardo , tesis que en definitiva, fue acogida en la sentencia recurrida, la parte demandada y hoy impugnante se limitó a alegar la falsedad civil de la referida anotación, siendo las demás peticiones formuladas por las partes simples consecuencias jurídicas de la discutida genuinidad de la nota.

CONSIDERANDO que en cambio, la cuestión planteada en el único motivo de este recurso, sobre la base ya no discutida de la autenticidad de la anotación desvaloradora, gira exclusivamente en torno a su validez y eficacia alegándose por el recurrente que es nula e ineficaz para revocar el testamento citado: nula, a causa de ser incompleta e informal le declaración de voluntad que contiene, e ineficaz, en razón a no haber sido protocolizada, dividiendo, a su vez, la alegación relativa a la insuficiencia de la declaración de voluntad, en dos subcausas: una que apunta a la ausencia, en la nota mencionada, de toda disposición positiva concerniente



al destino "mortis causa" de los bienes del difunto, y otra, que se refiere a la pretendida inexpresión del objeto de la "anulación".

CONSIDERANDO que el mero enunciado de las cuestiones suscitadas en instancia y en casación, muestra con evidencia la falta de identidad entre ellas y que la que se plantea ahora es una cuestión nueva e inatendible, de acuerdo con la uniforme doctrina de esta Sala y con lo prevenido expresamente en el número quinto del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en orden a la inadmisión del recurso, causa que llegados ya a la presente fase decisoria se convierte en fundamento de desestimación, sin que a ello pueda oponerse que los problemas apuntados en el único motivo ya fueron contemplados en el apartado cuarto del escrito de conclusión de la parte demandada y en la actualidad recurrente, pues también es doctrina jurisprudencial constante que los escritos de tal clase son instrumentos romos e inhábiles para transformar o sustituir lo que venía siendo objeto principal del pleito así como tampoco aducirse en contrario que el Tribunal "a quo", cediendo, sin duda, a la sugestión oratoria de la parte apelada y adherida a la apelación, aluda, en los Considerandos de la resolución recurrida, a uno de los temas tratados intempestivamente en aquel apartado del escrito de conclusión de la misma parte, pues es de sobra sabido que, con arreglo al artículo 359 de la expresada Ley, la sentencia que ponga fin a la instancia no puede ni debe hacerse cargo de las cuestiones suscitadas por primera vez en el escrito de conclusiones.

FALLAMOS

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley y doctrina legal interpuesto por don Juan Antonio, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria en 20 de mayo de 1965, al conocer, en grado de apelación, de autos promovidos por don Silvio y otros, sobre nulidad de resolución que acordó protocolizar un testamento ológrafo, contra otros y el aquí recurrente, al que se imponen las costas causadas en este Supremo Tribunal; y, a su tiempo, líbrese a la mencionada Audiencia certificación de esta resolución y devuélvasele el apuntamiento.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" e insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA. facilitándose las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Juan Serrada.-Julio Calvillo Martínez.-Manuel Lojo.-Jacinto García Monge.-J. Beltrán de Heredia (rubricados).

Publicación.-Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente excelentísimo señor don Julio Calvillo Martínez, celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Madrid, 16 de febrero de 1967.-Ramón Morales (rubricado).