



Roj: **STS 1936/1960 - ECLI:ES:TS:1960:1936**

Id Cendoj: **28079110011960100655**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/01/1960**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación por infracción de Ley**

Ponente: **DIEGO DE LA CRUZ DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **Número 46.-**

Sentencia de 29 de enero de 1960

En la villa de Madrid a 29 de enero de 1960; en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Alcántara, y en grado de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, por doña Remedios , hoy sus

herederos don Francisco y doña María del Pilar , mayores de edad solteras, labradoras y vecinos de Brozas, y doña Inmaculada , asistida de su esposo, mayor de edad, sin profesión especial y de la misma vecindad, con doña María Angeles , mayor de edad, viuda, sin profesión especial, y vecina de Brozas, sobre nulidad de testamento; autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte actora, representada por el procurador don Paulino Monsalve Flores, y dirigida por el Letrado don Antonio Hernández Gil, habiendo comparecido ante esta Sala la parte demandada y recurrida, representada por el Procurador don Ignacio Corujo Valvidares y dirigida por el Letrado don Eduardo Cerro y Sánchez Herrera:

#### **RESULTANDO**

RESULTANDO que la representación de doña Remedios , conocida por Cristina , viuda, y doña Inmaculada , casada y asistida de su esposo, don Alfonso , formuló demanda por medio de su escrito de 4 de junio de 1954, presentado al Juzgado de Primera Instancia de Cáceres, de juicio declarativo de mayor cuantía, sobre nulidad de testamento, contra doña María Angeles ; alegando como hechos;

Primero. Que don Jon y su esposa, doña María Angeles , otorgaron conjuntamente testamento mancomunado en provecho recíproco en un solo documento privado fechado en Brozas a 28 de septiembre de 1950. Jon y su mujer, María Angeles , de acuerdo los dos por no parecerle oportuno el testamento y por si la muerte les sorprende, hacen este documento, quedándose el uno al otro para hacer y deshacer yo Jon le quedo e mi mujer, María Angeles , todos los bienes habidos y por haber para hacer y deshacer; yo María Angeles le quedo a mi marido, Jon , todos los bienes habidos y por haber para hacer y deshacer; los bienes que poseemos son los siguientes; una casa Peñafuer, número NUM000 ; un tenao en CALLE000 , un huerto caleja de Coria, el derecho de labor de una cuadrilla en Hoja de Santa María, cada seis años, de cuatro fanegas todos estos bienes han sido comprado por el matrimonio, siendo por lo tanto la mitad de cada uno. Además, hay una casa herencia de mi mujer en CALLE001 , número NUM001 , pertenecen a mi mujer y séptima octava parte de una casa en CALLE002 , número NUM002 , la tercer parte mía, todos estos bienes como está expresados nos los quedamos el uno y otro para hacer y deshacer. Brozas, 28 de septiembre de 1950. - Jon .-Rubricado. Y María Angeles , por no saberlo hacer, firma con el dedo.- Hay una huella. - Firman dos testigos, Baltasar .- Jorge .-Rubricados.

Segundo. Que don Jon , medio hermano y tío, respectivamente, de las demandantes, falleció sin dejar descendientes ni ascendientes en la villa de Brozas el día 17 de julio de 1953.-Lo que se probaba con las oportunas certificaciones de defunción que se unían a este escrito, con el número uno, de defunción del citado don Jon , dos, de defunción del padre del citado y tres, de defunción de la madre.



Tercero. Que aquel documento privado fué protocolizado como testamento ológrafo del fallecido don Jon por acta notarial del día 14 de diciembre de 1953, otorgada por el Notario de la villa de Alcántara en virtud de auto dictado por el Juzgado de Primera instancia en 24 de octubre del mismo año, a instancia de la esposa del finado, demandada en este juicio, doña María Angeles .

Cuarto. Que la demandante doña Remedios , citada en forma para presenciar las diligencias de información testifical en la protocolización aludida en el hecho anterior manifestó en toda ocasión que conocía la existencia del citado testamento por referencias del propio testador, e hizo constar su opinión de que dicho testamento era nulo y carente de fuerza legal.-Para probar los hechos uno, tres y cuatro relatados se acompañaba copia primera del acta de protocolización de testamento ológrafo otorgada por don Jon a favor de su esposa, doña María Angeles , autorizada por el Notario de Alcántara el día 14 de diciembre de 1953, señalada con el número 4 de documentos, cuyo original obraba en el archivo de protocolos del Notario autorizante.

Quinto. Que el fallecido don Jon no otorgó más testamento que el referido, cuya validez no impugnaba, por lo que las demandantes considerándose únicas herederas abintestato del mismo, habían intentado repetidamente solucionar amistosamente esta controversia pidiéndole considere nulo y sin valor tal testamento, pretendiendo la distribución de la herencia del finado previa la liquidación de la sociedad de gananciales, celebrando incluso acto conciliatorio sin avenencia ante el Juzgado de Paz de Brozas el día 15 de enero último, por lo que se veían precisadas a este acudimiento judicial en defensa de sus derechos.-Las alegaciones de este hecho se probaban con los documentos cinco y seis.

Sexto. Que don Jon era hijo legítimo de don Ignacio y de doña Claudia , y la actora doña Remedios era hija del mismo don Ignacio y de doña Ana María , casada en primeras nupcias con aquél, y la también actora doña Inmaculada era hija legítima de don Eduardo , quien a su vez era hermano de doble vínculo del causante don Jon y también fallecido en Brozas el 7 de julio de 1945. Por lo que resultaba ser la demandante doña Remedios medio hermana y la actora doña Inmaculada sobrina, hija de hermano de doble vínculo del citado causante don Jon , y sus herederas abintestato acreditando estos hechos los documentos siete al catorce que presentaba

Séptimo. En este hecho se hace un resumen de los expuestos.-Alegó los fundamentos de derecho que estimó aplicables, solicitando se dictase sentencia, declarando nulo y sin ningún valor ni efecto el testamento otorgado por don Jon y doña María Angeles en documento privado que lleva fecha 28 de septiembre de 1950, declarando también nulos el acta de protocolización del mismo, autorizado por el Notario de Alcántara el día 14 de diciembre de 1953, y consiguiente toma de razón del Registro General de Actos de Ultima Voluntad, imponiendo a la demandada las costas de este juicio:

RESULTANDO que con el anterior escrito de demanda se presentaron los documentos aludidos en los hechos, entre ellos el acta notarial de protocolización del documento privado de 28 de septiembre de 1950 del documento reseñado íntegramente en el hecho primero, cuyo acta ocupa el folio 18 de los autos y es el documento número cinco, reseñándose en el apuntamiento del modo siguiente copia autorizada del testamento protocolado en el del Notario de Alcántara don Leonardo Herrero Miranda, con fecha 14 de diciembre de 1953, en virtud del expediente instado por María Angeles , relativa al testamento ológrafo de su esposo don Jon , en cuyo expediente se habían observado las formalidades legales; y en el cual se practicó la correspondiente información testifical, en la cual Cristina manifiesta que sabía la existencia del testamento que era objeto de las diligencias, pues se la había dicho que lo había hecho su difunto hermano Jon , pero ha de hacerse constar que dicho testamento es nulo que no tiene fuerza legal. Se dictó auto en 24 de octubre de 1953, mandando protocolizar el testamento ológrafo de don Jon y cuyo testamento dice: "Que inserta ya el copiado:

RESULTANDO que admitida la demanda y emplazada la demandada compareció la misma en forma en los autos y su representación contestó la aludida demanda por medio de su escrito de 10 de agosto de 1954 exponiendo en síntesis como hechos:

Primero. Que no era cierto por los argumentos jurídicos que luego se expondrán que los cónyuges Jon y María Angeles , otorgasen al aludido testamento mancomunado en provecho recíproco.-Lo exacto era que el marido escribió de su puño y letra y suscribió con su firma, habitual, el documento que literalmente se reproducía en el correlativo de la demanda, con el ánimo de disponer en él su última voluntad.-La esposa, hoy demandada, no hizo otra cosa que estampar en repetida documento su huella dactilar.

Segundo. Tercero y Cuarto. Que admitía los correlativos de la demanda.- Que era de destacar que el ánimo de testar que inspiró a Jon , al escribir y firmar el repetido documento era tan nítido y evidente que más tarde, convencido que en él se encerraba su disposición "mortis causa", hubo de decirle a la hoy actora su hermana Cristina , que había hecho su testamento. Ella los reconocía en las diligencias de protocolización, si bien luego, por su cuenta, lo reputaba nulo.



Quinto. Que en cuanto al correlativo de la demanda, no tenía inconveniente en admitir que las actoras tendrían la cualidad de herederos abintestato si su hermano no hubiera fallecido bajo testamento.-A cualquiera sugerencia sobre la invalidez del testamento ológrafo, su representada hubo de responder con la negativa.-Y el acierto, hasta ahora de ella lo confirman que el señor Juez de Alcántara reputó el documento como tal testamento ológrafo y ordenó su protocolización. Por la misma razón, en el acto conciliatorio no pudo avenirse a una petición que lesionaba de interés desconocía la voluntad de don Jon que la demandada quería defender y cumplir.

Sexto. Que admitían el de igual número de la demanda.

Séptimo. Que en cuanto al correlativo que era resumen de los precedentes se atenía a lo que ya tenía expuesto. Invocó los fundamentos de derecho que juzgó aplicables y suplicó se dictara sentencia desestimando la demanda con imposición de costas a la parte actora:

RESULTANDO que conferido traslado para réplica, la representación de las demandantes le evacuó insistiendo en los hechos y fundamentos de derecho de su demanda y solicitando se dictara sentencia de conformidad con la misma; estimando innecesario que se recibiera a prueba el juicio por haber quedado reducida la cuestión a una mera cuestión de derecho; y la representación de la demandada al evacuar el traslado de duplica reprodujo su contestación solicitando se dictara sentencia en el sentido absolutorio que habla pretendido

RESULTANDO que estando conformes ambas partes en que se fallare el pleito sin necesidad de prueba, se mandaron traer los autos a la vista con citación de las partes para sentencia; y el Juez de Primera Instancia de Cáceres dictó la de 30 de septiembre de 1954 por la que, estimando la demanda interpuesta por la representación de doña Remedios , conocida por Cristina , y de doña Inmaculada , asistida de su esposo, contra doña María Angeles , declaró nulo y sin ningún valor ni efecto legal el testamento otorgado por don Jon y doña María Angeles en documento privado que lleva fecha 28 de septiembre de 1950 declarando igualmente nulo el auto de protocolización del mismo, autorizada por el Notario de Alcántara, el 14 de diciembre de 1953, como así también la consiguiente toma de razón del Registro General de Actos de Ultima Voluntad; sin hacer especial imposición de costas:

RESULTANDO que aceptada dicha sentencia por la representación de la parte demandada y tramitada en forma la lazada, en 27 de enero de 1955, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres , dictó sentencia por la que revocando la apelada desestimó la acción concreta de nulidad promovida en la demanda originaria de la litis, absolviendo a la demandada y apelando doña María Angeles de dicha demanda; sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias:

RESULTANDO que sin consignación de depósito, dada la disconformidad de ambas sentencias, el Procurador don Paulino Monsalve Flores a nombre de las demandantes doña Inmaculada , asistida de su esposo, de don Francisco y de doña María del Pilar , estos dos últimos como herederos de doña Remedios , ha interpuesto recurso de casación por infracción de Ley, como comprendido en el número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , alegando sustancialmente en su apoyo los siguientes motivos:

Primero. Autorizado por el número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción por Interpretación errónea y violación del artículo 669 del Código Civil, en relación con el 675 y por aplicación indebida los artículos 678 y 688, todos del mismo cuerpo legal :

A) El pleito que ha dado lugar al presente recurso de casación, se contrae estrictamente a determinar la interpretación y la calificación jurídica que corresponde atribuir al documento fechado en Brozas a 28 de septiembre de 1950 que se copia, y está firmado por don Jon , que la redactó, y por los testigos don Baltasar y don Jorge .-Doña María Angeles , estampó sus huellas dactilar.- Fallecido don Jon fué protocolizado notarialmente en cumplimiento del auto de 24 de octubre de 1953.-Aplicando las reglas de interpretación establecidas por el artículo 675 del Código Civil y que se señalan con fin esencial inquirir la instrucción a través de criterios gramaticales, lógicos y sistemáticos se descubre, sin margen alguno por los otorgantes fué, según expresaron; ordenar de manera conjunta, una disposición por causa de muerte; actuar "de acuerdo los dos" e instituirse recíprocamente herederos universales en los respectivos bienes.-Una declaración de voluntad con tal alcance, constituye una disposición "mortis causa" mancomunada y recíproca que prohíbe, con sanción de nulidad radical, el artículo 669 del Código Civil .-Ahora bien, el problema que se plantea, es el de si, partiendo de dicha nulidad y teniendo en cuenta que doña María Angeles , por no saber firmar estampo la huella dactilar, puede tener validez tal documento como testamento ológrafo del marido (que es lo sostenido por la sentencia de la Audiencia) o bien, es totalmente nulo (tesis de la sentencia del Juzgado y del recurrente).

B) La sentencia de la Audiencia intenta una rectificación del planteamiento de la cuestión tal como había sido correctamente hecho por la sentencia del Juzgado.-La cuestión-dice-no es la de si constituyendo el documento un testamento mancomún tiene o no validez jurídica. La cuestión en debate es otra; es la de saber si ese



documento redactado de puño y letra por el causante, fechado, firmado y rubricado por éste (amén de otras firmas y huella dactilar) tiene o no a la luz de nuestro Derecho positivo, la virtualidad y eficacia propias del testamento ológrafo de su redactor.-A juicio de la Audiencia, en el caso litigioso concurren las solemnidades fundamentales, del testamento ológrafo (autografía, fecha, firma e intención de testar).-Las manifestaciones de última voluntad que el testador pone en boca de su mujer, por su radical nulidad han de tomarse por no hechas, y ni esas manifestaciones de última voluntad que el testador pone en boca de su mujer, por su radical nulidad han de tomarse por no hechas, y ni esas manifestaciones ni la intervención de la mujer poniendo su huella y de los testigos poniendo sus respectivas firmas, desvirtúan la autografía del documento ni contradicen la evidente intención de testar que en él se contiene. Pero esta argumentación tendente a descentrar el verdadero planteamiento de la cuestión, no puede negar la indiscutible realidad de que el documento ha de ser considerado en su conjunto; y en él está patente que la intención de los dos cónyuges que intervinieron fué la de ordenar una disposición "mortis causa" de carácter mancomunado.-Por ello la Audiencia, al admitir que el documento objeto de la litis puede tener eficacia como testamento ológrafo de uso de ellos, no hace-aunque ni lo diga-sino atribuir el negocio jurídico contenido en aquel insignificado distinto, encuadrándole en otro tipo legal, a virtud de lo que en la doctrina se concede con el nombre de conversión; copiándose sobre el tema de varios tratadistas de Derecho Civil. En la conversión se parte siempre de un contenido que, en el plazo de la declaración o declaraciones de voluntad, es lícito, intrínsecamente válido y apto para dar vida al negocio que surge a virtud de la conversión, lo que mediante ella se corrige es la nulidad derivada de un defecto de forma, generalmente no atribuible a las partes.-En el presente caso, la sentencia recurrida toma en consideración sólo la deficiencia de forma en cuanto a lo declarado en el documento por doña María Angeles , y la suficiencia de forma, desde el punto de vista del testamento ológrafo por lo que concierte a lo declarado por don Jon , pero olvida, y de ahí las infracciones en que incide:

a) Que el documento en si mismo, en cuanto expresión de auténticas declaraciones de voluntad-negocio jurídico- tiene un contenido ilícito o prohibido, como corresponde a la disposición "mortis causa" mancomunada que se quiso ordenar; y tal prohibición alcanza por igual a los actos de las dos personas que intervinieron en su otorgamiento; de donde resulta que falta el presupuesto esencial de la conversión que es la licitud y la validez del contenido.-El artículo 669 del Código Civil prohíbe el testamento mancomunado. En virtud de tal prohibición, el testamento mancomunado es nulo por contrario a la Ley (artículo cuarto).-El Código lleva su rigor en esta materia hasta el extremo de declarar que "no será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las Leyes de la nación donde se hubiese otorgado" (artículo 733) con lo que viene a introducir una excepción a la regla "locus regitactum" reconocida en el artículo 11 La razón principal-entre otras-que ha movido al legislador a prohibir el testamento mancomunado (que en el Derecho anterior se producía principalmente entre cónyuges) la encuentra la doctrina en la consideración de que tal testamento favorecía las sugerencias o captaciones de voluntad ejercidas por un cónyuge sobre el otro.-El testamento mancomunado tiene un cierto parentesco con las disposiciones captatorias, prohibidas también en el artículo 794. En esto radica la principal causa de la prohibición establecida en el artículo 669, pues es la misma libertad de testar la que está en juego.-Por otra parte, el testamento mancomunado desvirtúa la gratuidad y el desinterés propios de una disposición de última voluntad, introduciendo un matiz de reciprocidad; casi de "contraprestación".-Al prohibir el testamento mancomunado se hace algo más que excluir una determinada forma de testar. Ante un testamento mancomunado, lo menos en que se haya hecho en una forma no permitida por la Ley; lo verdaderamente grave es que en su fondo exista una voluntad de cuya autenticidad hay que desconfiar, o que, al menos, no merece el respeto que de ordinario se reconoce a la voluntad testamentaria.-De ahí que no pueda admitirse la subsanación del testamento mancomunado mediante la conservación del negocio. Aunque el acto reúna los requisitos formales del testamento ológrafo, no puede admitirse como tal testamento ológrafo. Lo importante es que en el contenido-el contenido-o el acto replandezca la voluntad de mancomunidad. Esto es lo que desconoce la sentencia recurrida, que contra toda la cuestión en un mero problema de forma ron vulneración de lo dispuesto en el artículo 669.- Así la razón fundamental que se invoca es la ostentación correctiva de la jurisprudencia respecto a la valoración del rigor formalista de nuestro sistema testamentario. Pero el problema sólo sería de forma si pudiera partirse de un contenido válido, lo que aquí no acontece; porque si, como sostiene la sentencia, hay intención de testar es "mancomunadamente", y como aquella intención no puede desprenderse de este defecto, no hay modo de eludir la prohibición legal.-El hecho de que la intervención de la mujer en el testamento no se ajustara a la forma del testamento ológrafo, no puede servir para apoyar en él la validez del acto como testamento ológrafo del marido, que, lo redactó y firmó.-Fácilmente se ve el absurdo a que podría llegarse con este criterio; el testamento mancomunado sólo sería nulo si hubiera otorgado cumpliendo todos los requisitos de forma, b) Pero, además, abstracción hecha de que el contenido pugna con una prohibición legal no cabe aceptar la existencia de una voluntad de testar sólo del marido, confiriéndola validez al amparo de la forma del testamento ológrafo, ya que tal voluntad se engendró y exteriorizó de manera mancomunada y recíproca, es decir, en dependencia y correspondencia con la voluntad



de su esposa, partiendo los otorgantes de la eficacia de ambas y de las consecuencias prácticas y económicas inherentes. Así lo demuestra el documento en su conjunto; y sobre todo, cuando en él dicen: " Jon y su mujer María Angeles , de acuerdo los dos por no procederle oportuno el testamento y por si la muerte les sorprende, hacen este testamento dándose el uno para el otro para hacer y deshacer, yo Jon le quedo a mi mujer' María Angeles todos los bienes habidos y por haber para hacer y deshacer, yo María Angeles le quedo a mi marido Jon todos los bienes habidos y por haber para hacer y deshacer". Y más adelante después de haberse referido a los bienes "todos estos bienes como están expresados nos los quedamos el uno al otro para hacer y deshacer".- No se puede, por tanto, eliminar una de las declaraciones de voluntad-la de la esposa-y deja subsistente la otra-la del marido-. Porque ello implica atribuir sustantividad o independencia, esto es, puro significado unilateral, a una voluntad la del marido que se formó y exteriorizó con el condicionamiento de una esencial bilateralidad. No se trata meramente de que los cónyuges -en el documento de 28 de septiembre de 1950 actuaron simultánea y conjuntamente, sino de acuerdo y de manera recíproca.-La nulidad de la declaración de voluntad de doña María Angeles por no reunir los requisitos del testamento ológrafo, la de don Jon , que surgió en íntima vinculación con aquélla. Al no haberlo entendido así la Sala, infringe por violación el artículo 675 y aplica indebidamente-infringiéndole-el artículo 688.

c) Alude el recurso a la posición que en torno al problema adopta el Código Civil alemán, concluyendo. De esta manera, resulta que en la sentencia recurrida se trata a una disposición "mortis causa" mancomunada y recíproca con criterio más favorable que el que recibe en el Derecho alemán, en el que está admitida la validez del testamento mancomunado y recíproco con criterio comunado otorgado por los cónyuges.

Segundo. Autorizado por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción por inaplicación y consiguiente violación, de los artículos 667 , 670 y 1.271 del Código Civil , en relación con el artículo 675.- Aun cuando con arreglo a lo sostenido en el motivo anterior, la correcta aplicación de los conceptos legales del testamento ológrafo y del prohibido testamento mancomunado, así como de la conversión del negocio jurídico. Impone la casación de la sentencia, en artículos además el presente motivo porque el presente motivo porque la sentencia recurrida, al desestimar la demanda, ha infringido también las normas que en él se citan.-El artículo 670 del Código Civil proclama el dogma fundamental en nuestro Derecho Hereditario de que "el testamento es un acto personalísimo" con lo que excluye la intervención de un tercero en todas las posibles manifestaciones bien concurriendo al otorgamiento o sustituyendo al otorgante y hace que el testamento encarne una voluntad estrictamente personal y unilateral. Esta idea late ya en el artículo 667 cuando lo define como "el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos".-Como consecuencia de todo ello, el artículo 1.271, párrafo segundo, prohíbe los pactos o contratos sucesorios, al establecer que sobre la herencia futura no se podrán celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1056.-En el caso presente, la sentencia, al reconocer validez al documento de 28 de septiembre de 1950 como testamento ológrafo de don Jon , viola los artículos 667 y 670; porque en su otorgamiento intervino otra persona-su esposa-como resulta no sólo de su contenido, sino de la huella dactilar estampada y de la manifestación de los testigos, que suscribieron el documento; y si hay que aceptar, por ser una declaración de hecho que no medió violencia u otro vicio de la voluntad lo que puede negarse es la realidad de tal intervención, que es de suyo suficiente para contravenir el carácter personalísimo del testamento. Pero es más, la concurrencia de las dos citadas personas se tradujo en un verdadero pacto sucesorio, pues se dice expresamente, sin posibles dudas acerca de la interpretación que "proceden de acuerdo las dos", agregando a renglón seguido que "por no parecerle oportuno el testamento y por si la muerte sorprenden, hacen este documento.-La sentencia de la Audiencia, en el considerando cuarto, aproximadamente que hubiera sido un acertado ejercicio de la cuestión, apunta que la intención de testar parece contradicha por la locución por no parecerle oportuno el testamento", pero cree encontrarla en la locución "por si la muerte sorprenden".-Lo cierto, sin embargo, es que, llevando a cabo una interpretación correcta conforme al artículo 675 no se descubre la menor contradicción sino una absoluta coherencia. Si la expresión "no parecerle oportuno el testamento" se pone en relación, como es obligado, con lo que inmediatamente le precede de que es la de que "proceden de acuerdo los dos" fácilmente se comprende que, con un inequívoco sentido de la realidad y con clara intención de los conceptos jurídicos, lo que el documento expresa es que los otorgantes quisieron dar vida a un acuerdo, pacto o convenio, pero no juzgaron oportuno acudir al testamento, y si después el documento alude a "por si la muerte sorprende" y continúe disposiciones "mortis causa", ello no significa que aquí hay de descubrirse una intención de testar en aparente contradicción con la exclusión del testamento. Lo que quiere decir y dice que a virtud del acuerdo o pacto, se dispone de las respectivas y futuras herencias.-Tal vez, en vigor, el pacto sucesorio más como esta forma voluntaria-pero convencional-de diferir la herencia-con lo que el testamento mancomunado guarda estrecha relación- la prohíbe el párrafo segundo del artículo 1.261 -el acto ha de reputarse total y radicalmente nulo, por lo que la sentencia al afirmar su validez, infringe el citado precepto.

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Diego de la Cruz Díaz:



## CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que planteado como único tema a resolver en el presente recurso, el de la calificación jurídica del documento de 28 de septiembre de 1950, es procedente destacar, no sólo sus formalidades, sino también, por su trascendencia, cuál fuere su contenido, pues éste, al reflejar por las manifestaciones de voluntad en él vertidas, su propósito y finalidad, había de conducir a la acertada resolución del problema, consistente en definitiva, en la discrepante conceptualización de dicho documento, ya que, en tanto los recurrentes lo reputan testamento mancomunado, y por consiguiente nulo, la demandada y recurrida, despojándolo de tal carácter, lo considera ológrafo, otorgado por su marido, sin que para esta calificación ni para su validez, influyan, ni su personal intervención, ni los términos en que se halla redactado; cuya tesis es compartida por la sentencia de instancia, lo que no obstante reconocer como cierto que su redactor pretendió que testase su mujer, que por no saber firmar estampó su huella dactilar, prescinde, por inútil de cuanto a ésta en el documento hace referencia y entiende, que el cumplimiento de requisitos formales, insiste de la categoría de testamento ológrafo a la supuesta manifestación unilateral de voluntad del cónyuge, cuya sucesión legítima interesa a los recurrentes:

CONSIDERANDO que si bien el discutido documento fué fechado, firmado y escrito en su totalidad por el marido de la demandada, es lo cierto, que después de consignarse en él los nombres de ambos cónyuges y su condición de tales, se declara textualmente que, "de acuerdo los dos... y si por la muerte les sorprende hacen este documento, quedándose el uno al otro para hacer y deshacer", y a continuación, uno y otro separadamente, refuerzan esta rotunda, conjunta e inequívoca manifestación de voluntad, dejándose recíprocamente sus bienes "habidos y por haber para hacer y deshacer" y, tras enumerar cuáles sean éstos, concluyen repitiendo, "nos los quedamos el uno al otro para hacer y deshacer", sin que en parte alguna del lacónico documento exista nada que permita suponer que marido y mujer se propusieron cosa distinta que la de manera tan diáfana expresada, instituirse recíprocamente herederos, lo que en esencia no es sino el otorgamiento de un testamento mancomunado, en su modalidad de mutuo con unidad de acto y documento, en el que las respectivas declaraciones de voluntad se ligan de tal suerte, que lo querido y dispuesto por uno de los otorgantes, se halla supeditado a lo ordenado y querido por el otro, constituyendo esta concordancia en el propósito la entraña del negocio jurídico, que no permite disociar la intervención de las partes, ni conceder virtualidad a una sola de ellas, por ser causa de cada una la de la recíproca; lo que no es admitido por la Sala sentenciadora, ya que estima que cumplidos por el marido de la demandada todos los requisitos que el artículo 668 del Código Civil exige para la validez de los testamentos ológrafos, como tal ha de conceptuarse el documento de 28 de septiembre de 1950, fundándose para entenderlo así -prescindiendo de la intervención de la mujer por no concurrir en ella dichos requisitos-, en que no puede atribuírsele carácter de testamento mancomunado, no obstante la conjunción y propósito de testar de ambos cónyuges, porque la Ley prohíbe los de esta naturaleza, cuando precisamente esta prohibición es la que prevé la posibilidad de su existencia, que al producirse, dicha terminante e insoslayable prohibición determina su nulidad radical, así como la imposibilidad de que una disposición de esta índole pueda convertirse fragmentariamente y por sólo valorarse defectos formales, haciendo caso omiso de los esenciales, en negocio jurídico válido y eficaz, pues ello no puede producirse en derecho, cuando ha de preceder necesariamente una declaración de nulidad por ilicitud integral de lo realizado:

CONSIDERANDO que la conclusión a que llega la Sala sentenciadora, al estimar testamento ológrafo válido el documento examinado, que por lo razonado tiene el carácter de mancomunado, claramente pone de manifiesto la infracción del artículo 669 del Código Civil en que incurre y de la que se acusa en el primer motivo del recurso, formulado al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, y que por ello debe ser estimado, siendo innecesario el examen del segundo motivo formulado con el mismo soporte procesal y cita de los artículos 667 y 670 del citado Código sustantivo, ya que en el mismo, invocando el carácter de personalísimo del acto de testar, se insiste en los argumentos que fundamentan la consideración que debe merecer el documento de 28 de septiembre de 1950.

## FALLAMOS

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por doña Inmaculada, asistida de su esposo don Francisco y doña María del Pilar, éstos dos últimos como herederos de doña Remedios, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres con fecha 27 de enero de 1955, la que dejamos sin efecto; sin hacer especial imposición de las costas causadas en este recurso, y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento 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.-Manuel de la Plaza.-Juan Serrada.- Francisco Eyré Várela.-Francisco R. Valcarce.-Diego de la Cruz Díaz (rubricados.

Publicación.-Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. don Diego de la Cruz Díaz, Magistrado de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo y Ponente que ha sido en estos autos, celebrando audiencia pública la misma en el día de su fecha de que, como Secretario certifico.-Firmado: Alejandro Rey-Stolle (rubricado).

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ