

Roj: **STS 534/1956 - ECLI:ES:TS:1956:534**Id Cendoj: **28079110011956100534**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **29/09/1956**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **FRANCISCO BONET RAMON**Tipo de Resolución: **Sentencia****Núm. 551. Sentencia de 29 de septiembre de 1956.**

En la villa de Madrid, a 29 de septiembre de 1956,

En el juicio declarativo de mayor cuantía, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia del distrito número seis de esta capital y la Sala primera de lo Civil de su Audiencia Territorial, por don Iván y doña Cecilia , farmacéutico militar el primero y sin profesión especial la segunda y vecinos ambos de Madrid, contra dona Remedios y doña Bárbara , vecinas de Madrid, y doña Aurora y doña Magdalena , Maestra nacional la doña Aurora y estudiante doña Magdalena , y vecinas de Alcalá de Henares, por si y como herederos universales de doña Julieta , sobre validez de acta de testamentaria y otros extremos; pendientes ante esta Sala en virtud de dos recursos de casación, por infracción de Ley, interpuesto el primero por don Iván y doña Cecilia , bajo la representación del Procurador don Manuel Olivares, continuando después por el también Procurador don Vicente Olivares Navarro, bajo la dirección del Letrado don Inocencio Iglesias, y el segundo por el Procurador don Vicente Ibarra Medel, a nombre de doña Remedios y doña Bárbara , bajo la dirección del letrado don Justo Lozano, habiendo comparecido doña Aurora y doña Magdalena , representadas por el Procurador don Santos de Gandarillas y defendidas por el Letrado don Felix Martínez de Diego.

RESULTANDO

RESULTANDO que no habiendo dado resultado las gestiones particulares realizadas por don Iván y doña Cecilia cerca de los herederos de don Matías , para que reconociesen a los mismos el derecho que entendían les correspondía a la parte del repetido monte de Lanzahita, promovieron el presente pleito y al efecto, Procurador don Manuel Olivares a nombre y con poder de los repetidos don Iván y doña Cecilia , por escrito de 19 de julio de 1947, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia, que por reparto fue el del número seis de esta capital, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, contra dona Remedios y doña Bárbara y doña Aurora y dona Magdalena y doña Julieta , sobre validez de nota testamentaria y otros extremos, alegando lo ya expuesto, sobre el fallecimiento de doña Paloma , ocurrido bajo el testamento mencionado, en el que se consignaron entre otras las cláusulas sexta y decimocuarta, de que se ha hecho referencia, añadiendo, que la doña Paloma dejó escrita de su puño y letra la nota igualmente transcrita, que ya estaba insinuada en la cláusula 14 del testamento, y por la cual se modificaron las circunstancias del legado constituido por la cláusula sexta, convirtiendo la institución hecha a favor de don Matías , doña Remedios y doña Bárbara , por la que a título de legado se les transmitía la nuda propiedad, y en su día el usufructo de las partes del monte Lanzahita a que se refería, en un fideicomiso, en cuanto a la parte doña Remedios y doña Bárbara , en la que éstos eran fiduciarios, y fideicomisarios los hijos de don Iván , y en una institución bajo condición, en cuanto a don Matías , condición consistente en que éste tuviera al fallecer hijos legítimos y que no cumpliéndose tal condición por don Matías , cesaba a su muerte en el disfrute del legado, que pasaría entonces en plena propiedad a los hijos de don Iván ; que doña Paloma , nombró por la cláusula 17 de su testamento, albaceas testamentarios, contadores partidores de bienes y solidariamente a don Benjamín , padre de los demandantes, a don Matías , don Pedro Enrique , don Luis Carlos , habiendo fallecido don Benjamín , sobrino carnal y ahijado de la testadora con anterioridad a aquélla, en 26 de enero de 1929, falleciendo también el albacea don Pedro Enrique ; que las operaciones particionales se llevaron a cabo por



los otros dos albaceas protocolizadores, en 3 de agosto de 1931; que el monte de Lanzahita a que se hacía referencia en la cláusula sexta del testamento, se describía en el número 15 del inventario, en la forma que se exponía a continuación por los demandantes; que por virtud de las operaciones particionales indicadas, don Matías , doña Pilar y doña Bárbara inscribieron con fecha 23 de marzo de 1934, el pleno dominio de las cuatro quintas partes de la titulada Dehesa de Lanzahita, en el Registro de la Propiedad de Arenas de San Pedro; que la nota de la testadora, de que se había hecho referencia, fue entregada por ésta al padre de los demandantes, don Iván , y fue encontrada con posterioridad a su fallecimiento entre sus papeles, por don Matías quien debió quedar sorprendido poco agradablemente y guardó la nota el don Matías después de realizadas las operaciones dijo a los hijos de su hermano, don Benjamín , que no había necesidad de seguir los trámites onerosos que implicarían la incorporación en forma de la nota en cuestión al testamento, y que habiendo él de por vida de disfrutar la parte que le fue entregada de monte de Lanzahita, oportunamente les haría venta de tal parte, reservándose el usufructo, o en todo caso, las instituiría en su testamento como herederos en tal parte, llegando incluso dicho señor a reconocer a sus sobrinos sus derechos en la parte que les correspondía de la Dehesa de Lanzahita, fijando una renta sobre sus productos que pagó durante años y tratando siempre con ellos sobre el supuesto del derecho indiscutible que a la Dehesa de Lanzahita tenía; que don Matías cumplió lo dispuesto en el acta de doña Paloma en lo referente a las mandas piasas y pequeños legados, pero pensando sin duda en el porvenir de sus hijas adoptivas no quiso jamás formalizar la incorporación al testamento de que formaba parte integrante la nota de la doña Paloma , engañando a los demandantes con promesas que quedaron incumplidas y desde 1942 guardó el secreto de la última voluntad de dicha señora, por lo que esta conducta dolosa la hacia en todo caso responsable de los daños y perjuicios que hubiera causado a los demandantes; que otra conducta muy distinta fue observada por las demandadas doña Remedios y doña Bárbara , ya que tan pronto como conocieron la nota de la testadora, de 20 de abril de 1927, la reconocieron como auténtica e indiscutiblemente en fondo y forma y expresaron su fin de voluntad de que se respetase en todo la voluntad de su tía; que fallecido don Matías , transmitió sus bienes en el repetido monte de Lanzahita a sus citadas hijas adoptivas, incumpliendo plenamente de ese modo la última voluntad de doña Paloma y no queriendo doña Remedios y doña Bárbara que ello pudiera servir de pretexto para el despojo de las demandantes, acudieron con fecha 2 de mayo de 1946, ante el Notario don José Luis Díez Pastor haciendo constar en acta las manifestaciones y requerimientos de que se ha hecho referencia, a lo que contestaron las requeridas, como se ha dicho, que no había tenido noticia de la Memoria testamentaria hasta que en mayo antes les habían mandado una copia y que no la reconocían valor alguno; manifestando finalmente los demandantes que eran hijos legítimos de don Benjamín , habidos del matrimonio con doña Fátima , y en derecho, la representación de los actores razonó ampliamente a base de los fundamentos que consideró pertinentes y que han sido desarrollados con toda amplitud en el escrito de recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por esta parte; terminando por suplicar, que previos los trámites legales, se dictase en su día sentencia con las siguientes declaraciones:

Primero. Que la nota suscrita y firmada en 20 de abril de 1927, por doña Paloma , presentaba ordinal con esta demanda y transcrita en la misma, estaba escrita íntegramente de puño y letra de tal señora, con expresión del año, mes y día en que estaba otorgada.

Segundo. Que tal nota estaba insinuada y comprendida en la cláusula decimocuarta del testamento otorgado por doña Paloma , con fecha 6 de noviembre de 1924, ante el Notario de Madrid, don Luis Gallina) y Pedregal, testamento bajo el cual falleció la otorgante.

Tercero. Que por lo dispuesto en tal cláusula y nota por la testadora, quedó modificada la cláusula sexta del testamento, bajo el que falleció, transformando el legado de la plena propiedad de las cuatro quintas partes del monte de Lanzahita que hizo a sus sobrinos don Matías , doña Remedios , don Benjamín y doña Bárbara (legado que por la muerte anterior a la de la testadora de don Iván , fue adjudicado solamente a don Matías , doña Remedios y doña Bárbara) en legado a don Matías de la parte correspondiente en tal monte, para disfrutarla hasta su muerte y disponer de ella si falleciese con hijos legítimos, pero en caso de no cumplirse tal condición, es decir, si muriese sin hijos legítimos, tal parte de Matías en el monte de Lanzahita pasaría desde su muerte a la plena propiedad de los hijos de don Iván .

Cuarto. Que igualmente y por lo dispuesto en tal nota, el legado de la parte del monte de Lanzahita, correspondiente a doña Remedios y doña Bárbara , hecho en la cláusula sexta del testamento de doña Paloma , quedó modificado, pasando tales bienes a estas legatarias como fiduciarias, y estableciendo como herederos fideicomisarios en la misma parte a los hijos de don Iván .

Quinto. Que como integrante del testamento abierto bajo el que falleció doña Paloma y en cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 14 debía incorporarse al mismo, protocolizándose la cédula o nota de 20 de abril de 1927, escrita y suscrita toda ella por la testadora.



Sexto. Que las operaciones particionales de la testamentaria de doña Paloma , practicadas por los albaceas de don Matías y don Luis Carlos , protocolizadas con fecha 3 de agosto de 1931, ante el Notario de Madrid, don Fidel Perlado Moreno, como sustituto del Notario don Camilo Avila Fernández, y para el protocolo de éste, eran nulas en la primera de sus adjudicaciones y en la parte de ésta que se refería a la adjudicación en plena propiedad de cuatro quintas partes indivisas del monte la Lanzahita, a don Matías , doña Remedios y doña Bárbara , en cuanto tal adjudicación se hizo en contra de lo dispuesto por la testadora en la nota de 20 de abril de 1927, insinuada en la cláusula 14 del testamento.

Séptimo. Que consecuentemente era nula la inscripción practicada en virtud de tal adjudicación en el Registro de la Propiedad de Arenas de San Pedro al tomo y libro y folio que se citaban, y sobre la finca número 452, duplicado, en la parte que tal inscripción se refería al pleno dominio de cuatro quintas partes de tal finca, a favor de don Matías , doña Remedios y doña Bárbara , procediendo la cancelación de tal inscripción y en tal parte.

Octavo. Que asimismo era nula cualquier otra adjudicación que de la parte que disfrutó en vida don Matías en el monte de Lanzahita como legatario de doña Paloma , se hubiese hecho a la demandada doña Julieta , doña Aurora y doña Magdalena , en concepto de herederas de don Matías , o por su propio derecho, a la primera de cónyuge viuda, así como la participación testamentaria de don Matías , por la que se transmitía en las aludidas demandadas tal parte en el monte de Lanzahita y cualquier inscripción posterior a favor de las mismas sobre tal parte y finca, o sobre derecho hereditario a ella, que se hubiese practicado en el Registro de la Propiedad de Arenas de San Pedro, procediendo su cancelación si hubiese tenido lugar la inscripción.

Noveno. Que don Benjamín y doña Cecilia , tenían derecho a partir del momento de la muerte sin hijos legítimos de don Matías , a la parte del monte de Lanzahita que éste disfrutó en vida título de legado de doña Paloma , derecho que surgía de su condición de hijos legítimos del sobrino de aquélla, don Iván , y de lo dispuesto por la testadora en la cláusula 14 del testamento, bajo el que falleció y de la nota que contenía su institución como herederos en tal parte, a partir de la muerte de don Matías , escrita y suscrita por la testadora, con todos los requisitos legales, en 20 de abril de 1927; por lo que procedía que les hiciera entrega inmediata de tal parte por las demandadas doña Julieta , doña Aurora y doña Magdalena , que la detentaban con todos sus frutos y accesiones a partir del día de la muerte de don Matías .

Décimo. Igualmente se declarase que por la misma cláusula 14 del testamento de doña Paloma , y nota del 20 de abril de 1927, modificativa de la cláusula sexta del testamento, estas demandadas no eran sino fiduciarias, en la parte del monte de Lanzahita, que disfrutaban como legatarias de doña Paloma , siendo los demandantes don Iván y doña Cecilia , herederos fideicomisarios de doña Paloma , en esa misma parte.

Undécimo. Que se declarase que don Matías incumplió dolosa y fraudulentamente sus obligaciones como albacea de doña Paloma , ocultando y no presentando ni teniendo en cuenta en la operaciones particionales la cédula o nota de tal señora de 20 de abril de 1927, incumpliendo maliciosamente como heredero y albacea la cláusula 14 del testamento bajo el que falleció la causante, y que cuantos daños y perjuicios se derivasen para los demandantes de tal actuación legal, habían de ser indemnizados por cualquiera de los herederos a título universal de don Matías , del que aceptaron su herencia, pura y simplemente, y que asumieron por tal título sus derechos y obligaciones, y por lo tanto por las demandadas doña Julieta y doña Aurora y doña Magdalena ; daños y perjuicios que serían fijados en ejecución de sentencia, sobre las bases que en la misma se establecieran; que sobre estas declaraciones se condenase a todos los demandados a estar y pasar por ellas en cuanto les afectaban, y a las demandadas doña Julieta , doña Aurora y doña Magdalena , como sucesoras en las obligaciones de don Matías , al pago de los demandantes de la indemnización que en ejecución de sentencia se fijase por los daños y perjuicios que por incumplimiento minucioso de sus obligaciones como albacea de doña Paloma y por la ocultación de la nota testamentaria aludida e incumplimiento de la cláusula 14 del testamento, les había causado; ordenándose asimismo la protocolización de la nota testamentaria a que se referían, como parte integrante del testamento de doña Paloma ; la cancelación de las inscripciones a que aludían, y condenando finalmente a doña Julieta y doña Aurora y doña Magdalena a la entrega inmediata de la parte indivisa del monte de Lanzahita que disfrutó en vida don Matías , y que pertenecía a los demandantes desde su muerte, y con imposición de costas a los demandados. Con el anterior escrito la representación de los demandantes acompañó los siguientes documentos, de que en lo esencial se ha hecho referencia: número dos: copia fehaciente del testamento otorgado por doña Paloma ; número tres: copia literal de la nota redactada por la propia doña Paloma transcrita igualmente; número cuatro: copia simple de las operaciones particionales de la testamentaria de la propia señora; número cinco: certificación expedida por el Registrador de la Propiedad de Arenas de San Pedro, acreditativa de la inscripción hecha a favor de don Matías , doña Remedios y doña Bárbara , con fecha 23 de marzo de 1944 del pleno dominio de las cuatro quintas partes de la titulada Dehesa de Lanzahita; número seis y siete: don cartas dirigidas por don Matías a su sobrino don Benjamín , con arreglo a lo expuesto; números ocho, nueve y diez: certificación de la defunción de don Matías , del Registro de Actos de Ultima Voluntad, en la



que consta que falleció bajo el testamento indicado, y testimonio de unas diligencias preparatorias de este juicio declarativo; número once: copia del acta otorgada en 2 de mayo de 1946, ante el Notario de Madrid, don José Luis Díez Pastor, por doña Remedios , doña Bárbara , haciendo las manifestaciones que se han expresado; número doce: contestación dada por los requisitos, manifestando que no habían tenido noticias de la Memoria testamentaria a la que no reconocían valor alguno y que rechazaban por improcedente y temerario el requerimiento formulado.

RESULTANDO que emplazadas las demandadas el Procurador don Vicente Ibarra, a nombre y con poder de doña Remedios y doña Bárbara , contestó a la demanda por escrito de 9 de marzo de 1948, hallándose en cuanto afectaba a las demandadas a la misma alegando: Que reconocían los hechos alegados por los demandantes en cuanto se referían a las exponentes: Que la nota o cédula presentada con la demanda, como documento número tres, escrita y suscrita por doña Paloma , estaba reconocida por las alegantes y ratificaban este reconocimiento en el presente escrito, como escrito íntegramente de su puño y letra por aquella señora y siendo expresión de su voluntad, y que por ello, y entendiéndola incorporada al testamento abierto, en que tal nota estaba insinuada, querían las exponentes que se cumpliera en todas sus partes: Que reconocían la autenticidad de los documentos presentados con la demanda y ratificaban el contenido del acta notarial que se presentaba con la misma, de fecha 2 de mayo de 1946, y por tanto se ratificaban también en que ellas eran solamente fiduciarias en la parte que estaban disfrutando en el titulado monte de Lanzahita, a que se refería la demanda, y que de esa parte eran fideicomisarias las demandantes, que a la muerte de las alegantes se harían cargo de dicha parte, y mostrándose conforme con los fundamentos de derecho y razonamientos jurídicos, formulados en la demanda, terminando por suplicar se las tuviera por allanadas a la misma y se dictase en su día sentencia de conformidad con lo interesado en aquélla.

RESULTANDO que a su vez el Procurador don Santos de Gandarillas, a nombre de las demandadas doña Aurora y doña Magdalena , por escrito de 7 de abril de 1948, contestó y se opuso a la demanda, manifestándose conforme con el fallecimiento de doña Paloma , bajo el testamento abierto de referencia en el que constaban las cláusulas dichas y lo mismo en cuanto al fallecimiento de don Iván y don Pedro Enrique y protocolización de las respectivas operaciones particionales; que al fallecer don Benjamín , dejó de su matrimonio con doña Fátima , tres hijos, llamados don Iván , doña Cecilia y doña Sara siendo los dos primeros los actuales demandantes y habiendo fallecido la última, en abril de 1940; que ninguna pretensión se dedujo por persona alguna en orden a esa mal llamada nota testamentaria que los demandantes atribuían a doña Paloma , durante el tiempo del albaceazgo de los señores Pedro Enrique Pilar Matías Benjamín Bárbara y Luis Carlos , ni tampoco. transcurriendo así el tiempo y falleciendo mientras tanto todos los albaceas que habían sido nombrados, don Matías y los Hermanos de la causante y cuando ya no quedaba nadie que pudiera estorbar los planes de los actores, éstos, puestos de acuerdo con las demandadas, doña Remedios y doña Bárbara , para preparar el presente pleito convinieron en que comparecieran las últimas ante Notario par reconocer como auténtica la supuesta nota de doña Paloma , de fecha 20 de abril de 1927; que era sospechoso que los demandantes hubieran esperado tanto tiempo, durante el cual las aliadas de los actores nada supieron, dijeran ni hicieran respecto a esa nota, prueba evidente de la poca eficacia que podría merecerlas: que rechazaban lo que se decía en el hecho cuarto de la demanda que en oposición a ello, las alegantes manifestaban que al fallecer Paloma , los hijos de don Benjamín , o sea doña Sara , doña Cecilia y don Iván , tenían respectivamente, veintiséis, diecisiete y veinticuatro años de edad, siendo el don Benjamín farmacéutico, y que ni ellos, ni su madre doña Fátima discutieron, ni impugnaron las operaciones testamentarias de dicha causante, ni intentaron tampoco hacer valer pretensión alguna de derecho sobre el caudal relicto durante diecisiete años y en vida de los albaceas de la misma y de los hermanos; que don Benjamín falleció un año, nueve meses y doce días antes que la testadora, y que por entonces había ya fallecido la heredera de ésta, doña Francisca; que los albaceas testamentarios de doña Paloma realizaron las operaciones particionales de la misma, de acuerdo con la voluntad de ésta, manifestada en su testamento ultimo y de acuerdo en un todo con cuanto conocían de la misma, sin protestas ni impugnación para nadie; que esas operaciones sucesorias en 3 de agosto de 1931, procediendo a inscribir los legatarios sus adjudicaciones en el monte de Lanzahita, el 23 de marzo de 1934, sin que desde una u otra fecha se intentara por persona alguna ni por los demandantes, basándose en el supuesto documento que aportaban, impugnar tales adjudicaciones, a pesar de lo cual lo intentaban después con la demanda de estos autos promovida cerca de diecisiete años después del fallecimiento de la causante; que la hermana de los demandantes, doña Sara , falleció el 8 de abril de 1940, o sea a los nueve años y medio del fallecimiento de la testadora, en estado soltera y sin descendencia forzosa y viviendo todavía su madre; que de acuerdo con las legatarias, doña Remedios y doña Bárbara -también demandadas- los actores promovieron el presente pleito, basándose en una pretendida eficacia del documento que llamaba "Memoria testamentaria" y que decían escrita por la causante, pero que esa mal llamada "nota" o "Memoria" daba lugar a no pocas sospechas, pero aun en el supuesto, que negaban, de que hubiera sido extendida por la testadora, carecía de plena eficacia ya que al morir la causante los albaceas, según el supuesto tercero de las operaciones particionales, refiriéndose a la Dehesa de Lanzahita, y para precisar el alcance de



la voluntad de la testadora, tuvieron en cuenta todas las circunstancias que pudieran referirse a la misma y así pudieron hacer con toda seguridad las adjudicaciones analizando todas las partidas "por el conocimiento de vida de esa señora y sus ideas y pensamientos y afectos, así como por documentos privados suscritos por ella y de fuerza incontestable"; que esa nota, aunque fuese auténtica, sería nula y sin valor jurídico alguno para apoyar en ella cualquier supuesto derecho por lo taxativamente dispuesto en el artículo 743 del Código Civil; que don Matías, de quien tan mal se hablaba en la demanda, dispuso siempre a sus sobrinos y a su cuñada doña Sara, madre de aquellos, antes y después de la muerte de doña Paloma, la atención, afecto y ayuda que de él necesitase y fue ciertamente temeroso con ellos, pero no falsa y acomodaticiamente; que se había dado una interpretación errónea a las cartas que se invocaban en la demanda escritas por don Matías y que realmente los actores tenían el convencimiento de que la nota en cuestión era auténtica y eficaz era extraño cómo no habían hecho uso de ella con anterioridad; que por otra parte, la conducta de las otras dos demandadas no podía ser más sospechosa, habiendo quedado claramente al descubierto, que se trataba de una conjura y confabulación, tramada contra las exponentes, a quienes por medio de un procedimiento judicial trataban de despojar de lo que legalmente les pertenecía, y finalmente, que ni don Matías ni su esposa ni las contestantes tuvieron noticias de la existencia de esta nota que si fue conocida del primero, hubo de ser ignorada por los demás albaceas y especialmente por don Luis Carlos y si como se afirmaba en la demanda -lo cual negaba esta parte- se había cumplido el contenido de esa nota parcialmente, era innegable que había sido conocida de todos los demás que pudieran estar interesados en la sucesión de doña Paloma; y en derecho, alegó la caducidad de la llamada supuesta "nula" o "Memoria testamentaria" de doña Paloma, citando a este propósito los artículos 1.398 y 1.399 de la Ley procesal civil de 1885 y varias sentencias el Tribunal Supremo; la segunda de las disposiciones transitorias del Código Civil vigente y los artículos 672, 704, 714, 718, 720, 729, 788 y 689 del mismo Cuerpo legal y varias sentencias de esta Sala, oponiendo la excepción segunda del artículo 133 del Código Civil, y alegando que la actuación de rescisión que se deducía por los demandantes respecto a las operaciones particionales o sucesorias de doña Paloma, había prescrito citando el artículo 1.076 del repetido Código, y terminando por suplicar que previos los trámites se dictase en su día sentencia absolviendo de la demanda a las demandadas y con expresa imposición de costas a los actores; habiendo acompañado con el escrito, diferentes documentos

RESULTANDO que conferido traslado para réplica, la representación de los demandantes, por escrito de 27 de abril de 1948, evacuó el trámite, insistiendo en los hechos establecidos en la demanda y en la completa autenticidad y validez de la acta testamentaria de referencia, añadiendo que la suposición que hacían las demandadas señoritas Aurora Magdalena de existir una confabulación entre las señoritas Pilar Bárbara y los demandantes era completamente absurda, pues éstos sólo trataban por los medios legales procedentes de que se les reconocieran sus derechos como era muy justo, extendiéndose en otras consideraciones a base de lo ya expuesto en la demanda y suplicando se dictase sentencia de conformidad con lo interpuesto en la misma.

RESULTANDO que a su vez el Procurador don Santos de Gandarillas, a nombre de doña Aurora y doña Magdalena, por escrito de 25 de mayo de 1948, evacuó únicamente el traslado de duplica, insistiendo en las manifestaciones de su escrito de contestación a la demanda que amplió con nuevos razonamientos a base de lo ya expuesto, señaladas la contradicción que existía entre ese allanamiento por parte de las otras demandadas a la demanda, en relación con la conducta anteriormente observada por las señoritas Pilar Bárbara, y suplicando se dictara sentencia absolviéndolas de la demanda como habían interesado.

RESULTANDO que recibido el pleito a prueba, a instancia de los demandantes se practicó la documental, consistente principalmente en los documentos acompañados con la demanda y réplica; testifical y pericial de cotejo de letras; por parte de las demandadas se practicara prueba alguna.

RESULTANDO que unidas las pruebas a los autos y seguido el pleito por sus restantes trámites, en 26 de febrero de 1949, el Juez de primera instancia del número seis de esta capital, dictó sentencia, por la que estimando la demanda origen de estos autos, declaró:

Primero. Que la acta suscrita y firmada en 20 de abril de 1927 por doña Paloma, presentada original con la demanda y transcrita en el segundo de sus hechos, está escrita íntegramente de puño y letra de tal señora, con expresión del año, mes y día en que está otorgada.

Segundo. Que tal nota esta inspirada y comprendida en la cláusula decimocuarta del testamento otorgado por doña Paloma, con fecha 6 de diciembre de 1924, ante el Notario de Madrid, don Luis Gallinal y Pedregal, testamento bajo el que falleció la otorgante.

Tercero. Que por lo dispuesto en tal cédula o nota por la testadora, quedó modificada la cláusula sexta del testamento bajo el que falleció, transformando el legado de la plena propiedad de las cuatro quintas partes del monte de Lanzahita, que hacía a sus sobrinos don Matías, doña Remedios, don Benjamín y doña Bárbara



, legado que por la muerte anterior a la testadora de don Iván , fue adjudicado solamente a don Matías , doña Remedios y doña Bárbara en legado a don Matías de la parte correspondiente en tal monte, para disfrutarlo hasta su muerte, y disponer de ello, si falleciese con hijos legítimos, pero es caso de no cumplirse tal condición, tal parte de don Matías , en el monte de Lanzahita, pasarla desde la muerte de don Matías , a la plena propiedad de los hijos de don Iván .

Cuarto. Que asimismo y por lo dispuesto en tal nota, el legado de la parte del monte de Lanzahita correspondiente a doña Remedios y doña Bárbara , hecho en tal cláusula sexta del testamento bajo el que falleció doña Paloma , quedó modificado, pasando tales bienes a estas legatarias como fiduciarias y estableciendo como herederos fideicomisarios en la misma parte a los hijos de don Iván .

Quinto. Que como parte integrante del testamento abierto bajo el que falleció doña Paloma y en cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 14 debía incorporarse al mismo protocolizándose la cédula o acta de 20 de abril de 1927, escrita y suscrita toda ella la testadora.

Sexto. Que las operaciones particionales de la testamentaria de doña Paloma , practicada por los albaceas don Matías y don Luis Carlos , protocolizadas con fecha 3 de agosto de 1931, ante el Notario de esta capital, don Fidel Perlado Moreno como sustituto del Notario don Camilo Avila Fernández y para el protocolo de éste, eran nulas, en la primera de sus adjudicaciones, y la parte de éstas que se refiera a la adjudicación en plena propiedad de cuatro quintas partes indivisas del monte de Lanzahita a don Matías , doña Remedios y doña Bárbara , en cuanto tal adjudicación se hizo, contra lo dispuesto por la testadora, en la nota de 20 de abril de 1927, insinuada en la cláusula 14 del testamento.

Séptimo. Que en consecuencia era nula la inscripción practicada en virtud de tal adjudicación en el Registro de la Propiedad de Arenas de San Pedro, sobre la finca número NUM000 duplicado, es la parte que tal inscripción se refería al pleno dominio de cuatro quintas partes en tal finca a favor de don Matías , doña Remedios y doña Bárbara , procediendo la cancelación de tal inscripción y en tal parte.

Octavo. Que asimismo era nula cualquier adjudicación que de la parte que disfrutó en vida don Matías , en el monte de Lanzahita, como legatario de doña Paloma , se hubiese hecho a doña Aurora y doña Magdalena en concepto de herederas de don Matías y de doña Julieta , así como la participación testamentaria de don Matías , por la que transmitió a las aludidas demandadas tal parte en el monte de Lanzahita, y cualquier inscripción posterior a favor de las mismas, sobre tal parte y finca, sobre derecho hereditario a ella que se hubiese practicado en el Registro de la Propiedad de Arenas de San Pedro, procediendo su cancelación si hubiera tenido lugar la inscripción.

Noveno. Que los actores don Iván y doña Cecilia , tenían derecho a partir del momento de la muerte, sin hijos legítimos, de don Matías a la parte del monte de Lanzahita, que éste disfrutó en vida, a título de legado de doña Paloma , por lo que procedía se les hiciera entrega inmediata de tal parte por las demandadas doña Aurora y doña Magdalena que la detentaban con todos sus frutos y accesiones a partir del día de la muerte de don Iván .

Décimo. Que por la misma cláusula 14, doña Remedios y doña Bárbara , no eran sino fiduciarias, siendo don Jose Enrique y doña Cecilia , herederos fideicomisarios de doña Paloma en esta misma parte.

Undécimo. Que con relación al pedimento de este número, doña Aurora y doña Magdalena , debían pagar a los actores los frutos percibidos de la finca repetidamente aludida, desde el día 7 de abril de 1948, que se determinaría en período de ejecución de sentencia, y condenando como consecuencia de las precedentes declaraciones, a doña Aurora y doña Magdalena y doña Remedios y doña Bárbara , a estar y pasar por dichas declaraciones en cuanto les afectaban, y a las dos primeras, como sucesoras de don Matías y doña Julieta al pago de los frutos percibidos del monte de Lanzahita, donde el 7 de abril de 1948, que se fijaría en periodo de ejecución de sentencia, y decretando la protocolización de la expresada nota testamentaria como parte integrante del testamento de doña Paloma , y la cancelación de las inscripciones mencionadas en los pronunciamientos números séptimo y octavo de esta resolución, condenando igualmente a doña Aurora y doña Magdalena a la entrega inmediata a los actores de la parte indivisa del monte de Lanzahita, que disfrutó en vida don Matías , y sin hacer expresa condena de costas a ninguna de las partes.

RESULTANDO que apelada dicha sentencia por doña Aurora y doña Magdalena , por si y como herederos universales de doña Julieta y admitida la apelación en ambos efectos, se remitieron los autos a la Audiencia Territorial de esta capital ante la que comparecieron las partes, y substanciada en forma la apelación, en 23 de abril de 1950, la Sala primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de esta capital, dictó sentencia revocando la pronunciada por el Juez de primera instancia número seis de la misma, en 26 de febrero de 1947 y en su consecuencia absolvió a las demandadas doña Remedios y doña Bárbara y doña Aurora y doña Magdalena , estas últimas por si y como herederas universales de doña Julieta , de la demanda interpuesta contra las



mismas por don Iván y doña Cecilia , sobre validez de la nota testamentaria de 20 de abril de 1920, suscrita por doña Paloma , y otros extremos, y sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias:

RESULTANDO que el Procurador don Manuel Olivares Navarro, a nombre de don Iván y doña Cecilia , ha interpuesto recurso de casación por infracción de Ley, fundado en los números primero, tercero y séptimo del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil , por los siguientes motivos: Fundado en el número primero de dicho artículo, por infringir la Sala sentenciadora, por interpretación y violación del artículo 672 del Código Civil, en relación con el 688 del mismo Cuerpo legal , infringido además por inaplicación indebida el 689 del propio Código Civil. En el primer Considerando de la sentencia recurrida se da por sentado que esta plenamente justificada la autenticidad testamentaria a base de la cual acciona señores Sara Iván Cecilia Jose Enrique en el pleito, y la Sala se plantía en ese mismo razonamiento para fundar el fallo por el que infringe la Ley al no estar éste de acuerdo con la realidad, y con el problema a resolver, que dice se limita a determinar el concepto que merezcan tales Memorias, extendidas dentro de la vigencia del Código Civil, o sea si ellas conservan características diferenciales del testamento ológrafo, como sostiene la parte actora, o por el contrario están prohibidas de no reunir las solemnidades necesarias para testar como pretende la parte demandada, o más concretamente, si el requisito de la protocolización dentro del plazo del testamento ológrafo, alcanza también a la referencia del artículo 672 para la validez de las cédulas o papeles privados. Sobre este problema así planteado razona la Sala en posteriores Considerandos, identificando totalmente las actas o papeles privados a que se refiere el artículo 672, con los testamentos ológrafos, e identificándolos igualmente con las antiguas Memorias testamentarias que dice implícitamente, que están suprimidas por la disposición transitoria segunda del Civil. Esa identificación lleva a la Sala a la conclusión de que es requisito intrínseco y esencial para la validez de las actas en cuestión el de su protocolización en el plazo del artículo 689 y a la de que al no haberse protocolizado en tal plazo la acta sobre la que accionan los señores Sara Iván Cecilia Jose Enrique , es inválida e ineficaz en derecho, por lo cual dicta un fallo absolutorio infringiéndose las disposiciones que se han mencionado. La representación existencia de esas infracciones pasa a demostrar lo siguiente:

Primero. Las cédulas o papeles privados a que artículo 672 del Código Civil "no son Memorias testamentarias".

Segundo. Esas actas o cédulas o papeles privados "no son testamentos ológrafos".

Tercero. Los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo que han de concurrir en tales actas, para la validez de la cláusula del testamento formal en que estén insinuadas y en el que quedan absorbidas, son únicamente los prevenidos en el artículo 688 del Código Civil .

Cuarto. La protocolización no es requisito intrínseco del testamento ológrafo. Añaden los recurrentes que nada tienen que ver las cédulas o papeles a que se refiere el artículo 672 del Código Civil , con las antiguas Memorias testamentarias, que fueron impuestas en la legislación anterior al Código por la costumbre contra Ley, acabando el Código Civil con tales Memorias, y desde su promulgación no cabe hablar en derecho de tales disposiciones de última voluntad, a no ser que se hubiesen producido con anterioridad a su vigencia, añadiendo que el artículo 672 del Código Civil no revalida las Memorias testamentarias, pues este artículo aporta a nuestra legislación y la consagra una iniciación del testamento "per relationem", mentó en el que manifestada la voluntad del testador en uso principal perfecto, tal voluntad está desarrollada y completada en otro documento anterior o posterior que tenga las debidas garantías de autenticidad. Y esto es lo que hizo y quiso hacer el legislador al disponer la norma del artículo 672 del Código Civil y por ello al borrar las Memorias testamentarias carentes de toda garantía, estableció que las cláusulas de un testamento referirlo al desarrollo de la voluntad del testador, en cuanto a institución de heredero, mandas o legados, a cédulas privados, sólo podían ser válidos si en el documento que las desarrollaba concurrían los mismos requisitos que en el testamento ológrafo, pero desde luego los requisitos intrínsecos de este testamento. No se puede por consiguiente confundir en derecho lo que se llamaron Memorias testamentarias con las cédulas o papeles privados a que se refiere el artículo 672 del Código Civil . Estas cédulas o papeles privados no son testamentos ológrafos, pues si se identificasen con los tales testamentos ológrafos la norma del artículo 672 carecía de función y sentido. Las notas a que tal norma hace relación no son verdaderos testamentos, en cuanto no son actos autónomos de última voluntad como es el testamento abierto, el cerrado, el ológrafo o el testamento perfecto otorgado en cualquiera de las formas especiales que el Código admite y sanciona. Las notas o cédulas enmarcadas en la norma del artículo 672, son parte integrante del testamento principal otorgado en forma común o especial que las refiere y determina primero, y las subsume después, si el testador falleció bajo el testamento en el que fueron insinuadas. Un testamento ológrafo posterior perfecto deroga a otro anterior también perfecto, producido en forma abierta, cerrada o en cualquiera de las formas especiales de testar, admitidas; pero una cédula o papel privado de aquellos a que se refiere el artículo 672 del Código Civil , jamás puede ser derogatoria del testamento donde está insinuada, porque precisamente su virtualidad la tiene en tal testamento y en la cláusula del mismo que le da vida, y por ello no puede derogarlo, sin que se diese el absurdo



da derecho de que la disposición derogativa se autoderogase a la vez. Y es que las cédulas o papeles privados a que se alude, carecen en absoluto de autonomía, y sólo trascienden para aclarar o modificar disposiciones del testamento de que dimanen, referidos a institución de herederos, mandas o legados, y viven en derecho si el testamento principal vive y fenecen en derecho, si el testamento principal fenecer. La cláusula testamentaria que concorde con la norma del artículo 672 del Código Civil se refiera a estas cédulas, puede establecerse en cualquiera de las clases de testamento que nuestra legislación admite. Puede establecerse como en cualquier otra, en inminente peligro de muerte a tenor del artículo 700 del Código, o en el otorgado en tiempo de epidemia, es la manera establecida en el 701. Y si tales testamentos quedasen ineficaces en los casos de los artículos 703 y 704, las actas o cédulas testamentarias en ellos aludidas, a tenor del artículo 672, quedarían plenamente ineficaces, porque tales notas no son testamentos ológrafos, sino que siguen la suerte del testamento principal donde están insinuadas, y aun cuando contuviesen los requisitos intrínsecos de los testamentos ológrafos, no podrían servir a determinar la validez de la cláusula del testamento principal, del que devienen, porque si tal testamento principal caduca o queda ineficaz, no pueden desarrollar, ampliar o modificar disposiciones de un testamento que en derecho esté caducado, o sea invalido o ineficaz. La diferencia esencial entre las cédulas o papeles privados a que se refiere el artículo 672, y el testamento ológrafo es la que la de los primeros han de devenir y quedan incorporados a un testamento anterior perfecto, del que pueden ser modificatorios, pero no derogatorios, es tanto que el testamento ológrafo se determina autónomamente como forma de testar con sustancia propia, y es revocatorio en todo, salvo que otra cosa en el mismo se exprese, de cualquier testamento anterior. Los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo, que han de concurrir en las cédulas o papeles privados a que se refiere el artículo 672 del Código Civil, para la validez de la cláusula del testamento principal, en el que están insinuados y al que quedan incorporados, son únicamente los prevenidos en el artículo 688, del Código Civil. Las notas, cédulas o papeles privados a que se refiere el artículo 673, para que podían hacer válida la disposición del testamento principal que a ellas se refiere, han de contener los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo.

El legislador, no identifica estos papeles o cédulas con el testamento ológrafo, sino que en la disposición citada los diferencia. Si hubiese querido establecer identidad entre unos y otro, se hubiese ahorrado el trabajo de proyectar, discutir y aprobar, la norma del artículo 672 del Código Civil o hubiese establecido sencillamente, que las cédulas o papeles privados aludidos por el testador en su testamento, carecían de toda validez y eficacia salvo lo que pudieran tener como testamento ológrafo si revistiesen su forma y requisitos. Pero es que además la norma del artículo 772 del Código Civil, no establece la validez ni la nulidad de las cédulas o papeles privados a que se refiere. Establece la nulidad de las disposiciones testamentarias en las que quedan referidas tales cédulas o papeles privados, si éstos no reúnen los requisitos prevenidos por el testamento ológrafo. Y esos requisitos son los taxativamente determinados en el artículo 672 y aunque pudiera ponerse en duda, si cabe o no, al menos con testamentificación activa, establecer validamente disposiciones de las encuadradas en la norma del artículo 672, al margen de tal cuestión, lo que esa norma establece para evitar la nulidad de las disposiciones testamentarias "per rotationem" producidas a su amparo, es la garantía de autenticidad de las cédulas o papeles privados. Para ello no transforma ni asimila estos documentos al testamento ológrafo, sino que quiere garantizarlos concurrencia en ellos de los requisitos de este testamento según dispone el artículo 688 del Código y por tanto los que deben concurrir en las cédulas o papeles privados del 672, son los de que tales cédulas o papeles están escritos todos ellos y firmados por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorguen y de que si contienen palabras tachadas o enmendadas, o entre renglones, los salve el testador bajo su firma. Cuando una persona mayor de edad, manifiesta su voluntad en la forma anteriormente expresada surge a la vida del Derecho, de modo perfecto, el testamento ológrafo, y no se puede afirmar sin error que el documento autónomo de expresión de última voluntad que contenga tales requisitos no sea un testamento ológrafo, ni nadie tampoco puede afirmar sin error, que cuando en una cédula o papel privado de los aludidos en el artículo 672, concurren tales requisitos, esa cédula o papel privado, no contiene todos los que avalan una voluntad "mortis causa" como la del testamento que la Ley establece. Y si esos requisitos se dan en la cédula o papel privado con su sola concurrencia, no puede ser tachado de nulidad la cláusula del testamento principal que a ellos se refiere. Ni la eficacia de tal cláusula, que es precisamente la que entraña la voluntad del testador a cumplir como Ley, se enerva o caduca a menos que se enerve o caduque el testamento mismo. Y el testamento abierto producido automáticamente por su forma no caduca jamás, pues la protocolización no es requisito esencial del testamento ológrafo. Este testamento, como se ha dicho, nace a la vida del Derecho cuando por una persona, capaz para ello, se determina en voluntad "mortis causa" en la forma y manera establecida en el artículo 688 del Código y los requisitos esenciales del mismo, han de darse, necesariamente en la persona que testa bajo tal forma (capacidad y mayoría de edad) o han de producirse también necesariamente por actuación personal del testador (escribirlo de su puño y letra), con expresión del año, mes y día en que se otorgue y salvar bajo su firma las palabras tachadas o enmendadas que contenga. Pero la protocolización en el plazo en el artículo 689 del Código es un acto ajeno al testador, ya que se produce después de su muerte, y aun cuando la falta de tal protocolización en el plazo debido, invalide



o haga ineficaz el testamento, tal protocolización no puede ser requisito esencial del mismo. Doctrina esta ratificada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, citando a este propósito los recurrentes la sentencia de 28 de marzo de 1914, y la de 30 de junio del mismo año, que reitera esa doctrina al decir que "la estimación de la concurrencia de los requisitos que deben contener los testamentos para ser válidos, debe siempre referirse al momento de su otorgamiento, y no al en que produzca sus efectos". Y siendo esto así es indudable que esos requisitos no pueden ser otros que los especificados en el artículo 668, y visto está que las disposiciones testamentarias a que se refiere el 672, son plenamente operantes, en cuanto a las cédulas y papeles privados a que tal alude concurren únicamente los requisitos establecidos por aquel artículo 688 del Código Civil. La sentencia recurrida infringe los preceptos mencionados por identificar las cédulas o papeles privados a los testamentos ológrafos, estimando que la protocolización es requisito esencial de esta clase de testamentos y por sentar (Considerando sexto) contra lo establecido por la Ley y la doctrina de esta Sala "que no cabe sostener que exista el testamento ológrafo por la sola concurrencia de la holografía y autografía, prescindiendo del requisitos de la protocolización y por sentar la base de que la cédula o nota de doña Paloma, sobre la que se funda la pretensión, que la Sala desestima en su fallo, de los señores Sara Iván Cecilia Jose Enrique, no reúne los requisitos del testamento ológrafo por no haber sido protocolizado en el plazo de cinco años, que señala el artículo 689. Interpretación errónea en que incurre la Sala sentenciadora en cuanto a la letra y espíritu del repetido artículo 672 del Código Civil, al apreciar "que las cédulas o papeles privados a los que el mismo se refiere, únicamente pueden ser testamentos autónomos, sin que por lo tanto queden incorporados al testamento principal en el que están insinuados", y al no darse cuenta de que en el artículo 672, se alude a la validez o nulidad de tales cédulas o papeles, sino a la validez o nulidad de las cláusulas del testamento principal y que hace referencia a los papeles o cédulas en cuestión. Para dar validez a tales cláusulas el artículo 672, sólo exige la garantía de que en las cédulas o papeles privados, como la extendida por doña Paloma, en 20 de abril de 1927, concurren los requisitos del testamento ológrafo, o sea los del artículo 688 y por consiguiente una plena garantía de la autenticidad de tales documentos, y la autenticidad de la nota de dicha señora la reconoce la Sala en el Considerando primero de la sentencia recurrida, y llega a sentar en el sexto, que no desconoce "el valor intrínseco de la Memoria de autos como auténtica expresión de la voluntad de la testadora, su natural motivación de conservar dentro del orden familiar el patrimonio, inmobiliario a que la nota se refiere y que es norma fundamental del derecho sucesorio el debido acatamiento a la voluntad de la testadora" y no obstante lo cual dicta un fallo que infringe notoriamente la Ley y mucho más cuando por la parte contraria, no sólo no se impugnó, excepcionando o reconviendo, la validez de la cláusula 14 del testamento abierto, bajo el que falleció doña Paloma, única impugnación posible a sus fines, sino que se mantuvo la validez integral del testamento, y por tanto de dicha cláusula 14". La sentencia dictada por la Audiencia revocando la pronunciada por el Juez de primera instancia número seis de esta capital pugna con el criterio de esta última que resolvió el problema planteado, estimando la demanda deducida por los recurrentes, infringiendo el de la Audiencia notoriamente los preceptos de Ley citados anteriormente.

Quinto. Fundado en el número primero del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil, por infringir además la Sala sentenciadora por interpretación errónea y aplicación indebida el artículo 738 del Código Civil y por violación los 704 y 743 del mismo Código y la doctrina legal establecida en sentencias de 26 de noviembre de 1901 y 28 de julio de 1906. En efecto, la Sala interpreta indebidamente dicho artículo 738 del Código, que invoca en el segundo de sus Considerandos, y que prescribe, que el testamento no puede ser revocado en todo ni en parte, sino con las solemnidades necesarias para testar, pero en el caso presente la nota de doña Paloma, de 20 de abril de 1927, ni intenta derogar el abierto, el que procede y bajo el que se produjo el fallecimiento de la testadora. Y que esa nota no es testamento auténtico, ante la Ley es evidente, y que no deroga, sino que modifica simplemente las circunstancias del legado del monte de Lanzahita, hecho en cláusula sexta del testamento principal, resulta con la sola lectura de la misma. Pero además, si ésta constituyese un testamento autónomo, siendo posterior en fecha al otorgado en 6 de noviembre de 1924, revocaría por esa "sola circunstancia totalmente el testamento anterior, aun cuando él a su vez quedase ineficaz por falta de protocolización, porque la perfección del testamento ológrafo hay que referirla al momento de su otorgamiento, y la derogación del testamento anterior se mantiene aun cuando el posterior caduque. Invocar la norma del artículo 738 del Código Civil, en el caso presente, como fundamento de la desestimación de la demanda, como se hace en el fallo, implica una interpretación indebida de ese precepto con infracción del mismo. V es que en la realidad legal, las cédulas o papeles privados del artículo 672, como se ha dicho, no son testamentos, sino parte del testamento que relaciona y jamás pueden entenderse derogatorias del testamento principal. E infringe también la sentencia recurrida en el artículo 704 del Código Civil, recordando los recurrentes que en el quinto de los pedimentos de la súplica de la demanda se solicitaba: "Que como parte integrante del testamento abierto bajo el que falleció doña Paloma y en cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 14, debe incorporarse al mismo protocolizándose la cédula o nota de 20 de abril de 1927 escrita toda ella por la testadora". La Sala como base del fallo recurrido sienta, que es insostenible la pretensión "de que sea protocolizada la nota testamentaria originadora de esta litis" (Considerando séptimo de la sentencia recurrida) porque supone que



ello implica un reconocimiento de la necesidad de ese requisito "para que se produzca la voluntad jurídica de tal Memoria, cual venía exigiéndose en la ley de Enjuiciamiento Civil de 1885, y en la actualmente vigente, y como quiera que los artículos 1.969 y siguientes de la Ley de trámites, se hallan derogado por los 689 y sucesivos del Código Civil, que ordenan la protocolización dentro del plazo de cinco años, contados desde el fallecimiento del testador, a este término imperativamente fijado queda vinculado el derecho". Pero en este razonamiento de la Sala puede apreciarse la interpretación errónea en que incurre y a que se refiere el motivo anterior, en cuanto a la disposición del artículo 672 del Código Civil y la confusión, sobre lo que ya se ha tratado, de identificar las cédulas o papeles privados, a que tal norma se refiere, con las antiguas Memorias testamentarias y con los testamentos ológrafos. La petición formulada por esta parte en el apartado quinto de la súplica de la demandada, concretaba rotundamente su alcance principal en cuanto a que la nota o cédula de 20 de abril de 1927, se incorporase al testamento abierto de doña Paloma, en cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 14 del mismo, y la protocolización accesoria a esta petición principal iba en ella incluida. Pero esta protocolización en este caso, ni concede ni quita virtualidad a la cédula, porque como se ha repetido, esta forma parte integrante del testamento abierto bajo el que falleció aquella señora y al incorporarlas, no se hace sino cumplir lo dispuesto en la cláusula 14 de tal testamento, cláusula que no sólo no fue combatida en su validez, sino que fue mantenida como la de todo el testamento aludido por las propias demandadas, señoritas de Aurora Magdalena. Si la nota se hubiera tenido en cuenta, como debió hacerse, al llevar a cabo las operaciones particionales de la herencia de doña Paloma, no hay que decir que sus albaceas y herederos hubieran cumplido estrictamente la voluntad de la testadora, y que las operaciones realizadas, teniendo en cuenta el contenido de la nota, no hubieran podido ser jamás atacadas, porque previamente aquélla no se hubiese protocolizado. Y esto es así por la razón de que herederos o albaceas hubieran cumplido lo dispuesto en la cláusula 14 del testamento desarrollada por aquella nota. Conocida ésta por las personas afectadas por la modificación, del legado hecho en la cláusula sexta del testamento abierto, doña Remedios y doña Bárbara, y reconocida desde su conocimiento por ellas, como integrantes de dicho testamento abierto, doña Remedios y doña Bárbara, y reconocida desde su conocimiento por ellas, como integrante de dicho testamento abierto de su tía doña Paloma, no existía cuestión respecto a la misma. Pero únicamente cuando en 1946, falleció don Matías, sin hijos legítimos, surgió para los actores, don Iván y doña Cecilia, el derecho al dominio de la parte del monte de Lanzahita que aquél disfrutó en vida, procedente del legado de doña Paloma, hecho en la cláusula sexta de su testamento abierto y modificado de puro en condicional, por la nota de la misma de 20 de abril de 1927, a tenor de la cláusula 14 de aquel testamento, y surgió también para los actores el derecho, al reclamar tal parte, y al serles desconocido y negado este derecho por las hijas adoptivas de don Matías y herederas de éste, hubieron de ejercitar las acciones que les asistían para la efectividad de tal derecho, y por negarse eficacia por las señoritas de Aurora Magdalena, a la cédula o papel privado en cuestión, hubo de solicitarse en la súplica de la demanda, con su incorporación al testamento del que era parte integrante, su protocolización "es como testamento autónomo y distinto, sino como parte del testamento principal no incorpora a aquél". Ni las cédulas o papeles privados a que alude el artículo 672 del Código Civil y que no son Memorias testamentarias, ni testamentos ológrafos, sino aclaraciones, modificaciones o ampliaciones del testamento principal, son impugnadas, entonces hay que tener en cuenta la disposición del artículo 704 del Código Civil, en relación a las cédulas y papeles privados a que alude el artículo 672 para la fehaciencia de la ampliación o aclaración del testamento principal, y el artículo 704 del Código Civil, no señala un plazo fatal para la protocolización de las disposiciones testamentarias autorizadas por determina la ineficacia de los testamentos no protocolizados, la ineficacia no es la invalidez, en cuanto tales testamentos serán eficaces por la protocolización, y esto aparte, la norma de tal artículo, no resta ni puede restar eficacia a la cláusula 14 del testamento abierto de referencia, otorgado por tanto ante Notario y bajo el que falleció doña Paloma, cláusula que expresa en forma eficiente por sí una voluntad que hay que cumplir conforme a su desarrollo en la nota de 20 de abril de 1927. Y por ello viola la Sala sentenciadora el artículo 704 del Código Civil e igualmente el 743 del propio Código, según el cual, las disposiciones testamentarias sólo caducan o son ineficaces en los casos expresamente prevenidos en el mismo Código. Y en armonía con ese precepto la Resolución de la Dirección General de los Registros, de fecha 5 de diciembre de 1945, estableció la doctrina de que "dados los términos de este artículo" no es posible ampliar las causas de caducidad a supuestos pretéritos por nuestro ordenamiento jurídico. No cabe duda, por consiguiente, en cuanto a la imposibilidad de caducidad de la cláusula 14 del testamento abierto, en cuestión, bajo al que falleció doña Paloma, y no cabe duda tampoco en cuanto a la validez de tal cláusula que nunca fue tachada invalida en el pleito y que por lo dispuesto en el artículo 672 del Código Civil, surge imperativa en cuanto está demostrado y reconocido que la nota en cuestión reúne todos los requisitos del testamento ológrafo. No hay en el Código Civil, disposición alguna por la que se establezca, como causa de caducidad o de ineficacia de las disposiciones testamentarias a que se refiere el artículo 672, o de las cédulas o papeles privados a que el mismo alude, el que tales cédulas o papeles se protocolicen en plazo determinado, pues esas notas, cédulas o papeles no se identifican con los testamentos ológrafos y la misma Sala lo reconoce en el Considerando quinto de la sentencia recurrida al admitir "la falta de absoluta identidad" entre lo que se llama Memoria y el testamento ológrafo. Y si la materia de nulidad es "per sé" por



restrictiva, y si por ello la disposición del artículo 743 del Código Civil, es limitativa de la caducidad o ineficacia de las disposiciones testamentarias a los únicos casos expresamente prevenidos en el Código, es evidente que al basar la sentencia recurrida la imposible caducidad en derecho de una cédula o papel privado, de los aludidos en el artículo 672, en su falta de protocolización en un plazo de cinco años, a partir de la muerte de la testadora, infringe el artículo 743 del Código Civil. Ese derecho no pudo caducar, ni ser ineficaz la repetida cláusula 14 de dicho testamento, ni la nota de 20 de abril de 1920, que la desarrolla, y es más, su eficacia aparece claramente (como se reconoce en la sentencia dictada por el Juez de primera instancia, aunque un elemento tan importante de juicio sea silenciado en la recurrida), del hecho de que la cláusula 14 aludida, fue cumplida en lo que a pequeñas mandas se refiere, por los herederos o albaceas de dicha señora, en el momento que se dice en la sentencia revocada en el noveno de sus Considerandos en el que establece el Juez "que la autenticidad, identidad y eficacia de la nota está abonada por las manifestaciones formuladas en el acta notarial de 2 de mayo de 1946, por las hermanas de don Matías, allanadas luego a la demanda; por la declaración de un testigo que siguiendo instrucciones de don Matías, intervino en la partición del monte de Lanzahita, al fallecimiento de la causante y le oyó manifestar a sus sobrinos, que como la finca había de ser para ellos, estimaba que las cuatro quintas partes que correspondían a él y a sus hermanas, deberían quedar juntas, y muy especialmente, por el cumplimiento de unos pequeños legados ordenados en la nota en correlación con el expreso encargo a los testamentarios de que la respeten y cumplan. Y esto añaden los recurrentes como con lógica jurídica aplastante razona el Juez de primera instancia, únicamente pudo efectuarse "por persona conocedora del documento, convencida de su validez y obligada a ejecutar el pago". La disposición testamentaria de doña Paloma fue pues, reconocida en su validez y cumplida en parte, y no cabe por tanto alegar después defectos formales, en primer lugar porque no existen, y además, porque como establece la doctrina de esta Sala, en sentencias de 26 de noviembre de 1901 y 28 de junio de 1906, así como en la consignada en la resolución de la Dirección General de los Registros, de 10 de diciembre de 1917 "en materia de sucesiones los actos que tácita o expresamente impliquen por parte del heredero o legatario el reconocimiento de la voluntad del testador, convalidan su efecto" formales, si existiesen". Doctrina legal que también se infringe (por violación en el fallo recurrido).

Sexto. Fundado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, por incidir la sentencia recurrida en error de hecho en la apreciación de la prueba. Induce a deducir este motivo de casación la afirmación que se hace por la Sala en el Considerando sexto de su sentencia, en cuanto a que la pretendida nota carece de los datos, señales o características precisas para su perfecta identificación. Y esta apreciación la hace a continuación de sentar al comienzo del razonamiento, lo siguiente: "Que sin desconocer el valor intrínseco de la Memoria de autos, como auténtica expresión de la voluntad de la testadora es natural motivación de conservar dentro del orden familiar el patrimonio inmobiliario a que la nota se refiere y que es norma fundamental del derecho sucesorio el debido acatamiento a la voluntad de la testadora". Y de establecer en el primer Considerando "que plenamente justifica la autenticidad de la nota testamentaria en base de la cual se acciona, y hallándose además reconocida de contrario en el escrito de conclusiones, queda el problema centrado en el concepto que merezcan tales Memorias, extendidas dentro de la vigencia del Código Civil". Y después de afirmaciones tan contundentes, en cuanto a la autenticidad de la nota, la Sala insistiendo en su equivocado criterio de confundir las antiguas Memorias testamentarias con las cédulas o papeles privados del artículo 672, dice que la nota no está perfectamente identificada por carecer de datos, señales o características precisas. Estas cédulas o papeles redactados al amparo del artículo 672, no son identificables por datos o señales. Para su eficacia y para dar validez a la cláusula del testamento principal, del que procede, no han de reunir otras circunstancias que las ya dichas y estar escritas de puño y letra de la testadora y demás manifestadas, y la realidad de esas circunstancias en el caso presente nunca había sido impugnada por la parte contraria, estando reconocidas por la misma la indispensable autenticidad de la nota, no haciendo los alegantes hincapié sobre la propia sentencia, porque ésta no es documento auténtico a efectos de casación, pero auténtica esa nota y fehaciente como todo documento reconocido por la parte a quien perjudica el afirmar como hace la Sala sentenciadora, que no está perfectamente identificada lleva consigo el incurrir en error de hecho determinado por esa misma nota o cédula unida, original, a los autos y reconocida, como se ha dicho, como auténtica por la propia parte demandada en el pleito.

Séptimo. Fundado en los números primero y séptimo del repetido artículo 1.692, en cuanto la sentencia recurrida viola por inaplicación el artículo 672 del Código Civil, en relación con el 688, e incide en error de derecho en la apreciación de la prueba. Manifiestan los recurrentes que este motivo se alega como subsidiario del anterior, y que es indudable la infracción del artículo mencionado, ya que éste sólo exige que en las cédulas o papeles a que se refiere concurren los requisitos del artículo 688, y si doña Paloma expresó -y esto era indiscutible- en la cláusula 14 del testamento abierto, bajo el que falleció "que si dejase escrita alguna nota de su puño y letra, sus testamentarios y herederos cumplan lo que ella disponía", y si la nota de 20 de abril de 1927, estaba escrita de su puño y letra, por ello solamente, y sin más señal o característica, quedaba perfectamente identificada y mucho más cuando estaba expresamente reconocida de contrario y debidamente averdada.



Y si además contenía todos los requisitos prevenidos en el artículo 688 del Código Civil , la Sala infringía este artículo y el 672 al pretender otras señales o características para darla por perfectamente identificada. Y esa apreciación de la Sala implicarla además error de derecho en la apreciación de la prueba al no dar a un documento público la trascendencia que de derecho tiene, ya que la cláusula 14 del testamento abierto, en cuestión, establece el requisito de que estén escritos de puño y letra, por lo que la apreciación de la Sala infringe el artículo 1.218 del Código Civil .

Octavo. Fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley procesal civil , en cuanto la Sala infringe por violación el principio general de derecho de que "la cosa juzgada debe tenerse por la verdad" y el artículo 408 de la ley de Enjuiciamiento Civil . En efecto, las demandadas doña Remedios y doña Bárbara , además de haberse allanado a la demanda en cuanto las afectaba, reiterando en su contestación que reconocían la certeza de sus hechos en cuanto a ellas se referían y la justicia de los fundamentos de derecho invocados, no tuvieron intervención posterior en el juicio y como lógica consecuencia de su allanamiento, consintieron y no apelaron la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. En virtud de ello y en cuanto a tales demandadas se refería, quedó en autoridad de cosa juzgada consentida la sentencia y por tanto declarado y firme con tal autoridad, que la parte del monte de Lanzahita que a tales señoras fue legada por su tía doña Paloma , en virtud de lo dispuesto en la cláusula 14 del testamento, en relación con la repetida nota escrita de su puño y letra, la poseían en concepto de fiduciaria y había de pasar a su muerte a los fideicomisarios, o sea y doña Bárbara . Las demandadas que se allanaron, no intervinieron, como era lógico, ni fueron parte en el pero la Sala sentenciadora infringiendo el principio general de derecho citado anteriormente y la norma del artículo 408 de la Ley Enjuiciamiento Civil , no tiene en cuenta que la sentencia de primera instancia está consentida y basada en autoridad de cosa juzgada para Remedios y doña Bárbara , absolviendo a estas demandadas. Añadiendo los recurrentes, que los fundamentos de este motivo eran también presupuestos para el que regula a continuación.

Noveno. Fundado en el número tercero del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil , por incidir el fallo recurrido en incongruencia con violación del artículo 359 de dicha Ley . Las sentencias han de dictarse sometiéndose a las normas de dicho artículo, y al demandado que se ha allanado, en nada puede afectarle un recurso de a; contra la sentencia dictada y que pueden interponerse por otro demandado con el que no esté unido por vínculo de solidaridad. A doña Remedios y a doña Bárbara , no les une ningún vínculo de esta clase con las apelantes, hijas adoptivas y herederas de don Matías . Y la parte del monte de Lanzahita, que en cumplimiento de la voluntad, que acatan de la causante, doña Paloma , reconocen que les fue legada sólo con el carácter de fiduciaria, para que a su muerte pasase a los hijos de su hermano don Iván , es decir, a los actores don Benjamín y doña Bárbara , es completamente distinta de la legada bajo condición resolutoria por doña Paloma , a don Iván , Por esto la Sala sentenciadora, no pudo, sino incidiendo en incongruencia con violación del artículo 359 de la Ley procesal civil , hacer declaración alguna, ni condenando ni absolviendo a las demandadas allanadas que consintieron la sentencia de primera instancia y para las que, tal sentencia quedó pasada en autoridad de cosa juzgada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 408 de aquella Ley. Y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha establecido en sentencia de 7 de mayo de 1920 , que es incongruente el fallo que absuelve de una petición a la que el demandado se había allanado, y la que se consigna en la de 9 de mayo de 1914, al decir que absuelve al demandado condenado en primera instancia, que lejos de apelar, pidió la confirmación. Y si en general, no son impugnables por incongruencia las sentencias absolutorias, hay casos reconocidos de excepción, como el presente, en el que por las razones expuestas la incongruencia surge de una manera evidente del fallo absolutorio pronunciado por la Sala

RESULTANDO que a su vez el Procurador don Vicente Ibarra, a nombre de doña Remedios y doña Bárbara , ha interpuesto recurso de casación por infracción de Ley, fundado en los números primero y tercero del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil , por los siguientes motivos:

Primero. Fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Enjuiciamiento Civil, por infringir la sentencia recurrida el principio general de Derecho, según el cual la cosa juzgada se tiene por la verdad, y el artículo 408 de la ley de Enjuiciamiento Civil . Lo que se define en un juicio contradictorio por sentencia consentida, es cosa juzgada para la parte que consintió tal sentencia, ya que la cosa juzgada presumiéndose verdadera, constituye una verdad legal a la que la Ley otorga, desde luego, el carácter de irrevocabilidad. Consentida por las recurrentes la sentencia dictada en este pleito por el Juzgado de Primera Instancia, nunca pudo la Sala, sin infringir el principio de Derecho mencionado, modificar la sentencia, en cuanto a los exponentes se refiere, pues cualquiera que hubieran sido las declaraciones del fallo recurrido en el mismo, salvo infracción de Ley, no cambia procesalmente, ni en el fondo hacer referencia alguna a doña Remedios ni a doña Bárbara . Y con la violación de ese principio general de Derecho "res judicata pro veritate habetur", concurre la del artículo 408 de la ley de Enjuiciamiento Civil , que terminantemente expresa, que transcurridos los términos, para preparar, interponer o mejorar cualquier recurso, quedará de derecho constituida y pasada en autoridad de cosa juzgada la declaración judicial a que se refiera, sin necesidad de declaración expresa sobre ella. Doña



Remedios y doña Bárbara , que cumplieron siempre la voluntad de su tía doña Paloma , expresada en la nota de 20 de abril de 1927, en relación con la cláusula 14 de su testamento, es decir, que cumplieron tal voluntad en el modo que les era dable, o sea teniéndolas sólo por fiduciarias en la parte específica que les fue legada en el monte de Lanzahita y teniendo por fideicomisarios a sus sobrinos, los hijos de su hermano don Iván , que así lo manifestaron fehacientemente, consintieron, como era natural, la sentencia que declaraba lo que ellas reconocían y aceptaban, y ese consentimiento vedaba a la Sala de apelación el hacer en su fallo pronunciamiento alguno que afectase a las exponentes.

Segundo. Fundado en el número tercero del artículo 1.692 de dicha Ley , por ser el fallo recurrido incongruente, con violación del artículo 359 de la propia Ley procesal civil . Reproduce la representación de las recurrentes y reitera las alegaciones hechas en el motivo anterior en cuanto al allanamiento a la demandada hecho por las recurrentes y al consentimiento de la sentencia dictada en primera instancia en cuanto les afectaba y a su incomparecencia y apartamiento absoluto, en consecuencia, en todas las actuaciones de la apelación, en las que no fueron ni quisieron ser parte. La congruencia en términos generales en relación de necesidad, conveniencia u oportunidad en una indagación lógica, y a su contraria, la incongruencia, implica en la indagación lógica de un proceso, el violar tal indagación con el consiguiente recurso para la determinación o subsanación de dicho vicio. En la tecnología jurídica moderna se clasifica la incongruencia como error "in procedendo" en la fase decisoria del proceso. Y este error se da indudablemente, cuando como en el caso presente, una parte demandada, sin vínculo de solidaridad con las demás, también demandados, se allana a la demanda, consiente y deja pasar con autoridad de cosa juzgada la sentencia en cuanto le afecta y no comparece, por tanto es parte en el recurso de apelación que otras litigantes hayan interpuesto, y no obstante se le absuelve en tal apelación. Doña Remedios y doña Bárbara , tienen en el monte de Lanzahita, una parte que nada tiene que vez con la que en el mismo monte tuvo don Matías . Su reconocimiento de que su parte en el monte de Lanzahita la tienen en cumplimiento de lo dispuesto por su tía doña Paloma , como fiduciarias, siendo fideicomisarios de la misma parte don Iván y doña Cecilia y su consentimiento a la sentencia que así lo declaró se mantenía al margen de la oposición que a las pretensiones de los actores hubiesen hecho, o hicieran las herederas testamentarias de don Matías , que discuten su derecho a otra parte distinta del monte de Lanzahita. Y por consiguiente al absolver la Sala en el fallo recurrido a doña Remedios y doña Bárbara , dicta tal fallo con manifiesta incongruencia en cuanto resuelve sobre lo que no está sometido a su conocimiento en el curso de apelación y sobre lo que pasado en autoridad de cosa juzgada "pro veritate habetur".

Visto, siendo Ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón.

CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que en el Derecho anterior al Código las Memorias testamentarias eran manifestaciones de última voluntad, escritas de puño y letra de los testadores, o al menos firmadas por ellos, que arrancaban su fuerza del testamento, en que había de hacerse mención de ellas, o reservarse el testador la facultad de ordenarlas, disponiendo que si fuera encontrado a su muerte alguna nota o escrito autografiados o firmados o que estuvieran revestidos de determinadas circunstancias, se tuvieren como parte integrante del testamento, que adicionaban o reformaban, imponiendo nuevas condiciones a los instituidos, fijando las reglas a que hubiera de ajustarse la sucesión, o estableciendo algunas mandas o legados.

CONSIDERANDO que esta institución testamentaria no se origina en fuente legal alguna de nuestro Derecho, siendo introducida por la costumbre y práctica jurídicas, reconocidas por la jurisprudencia, y más tarde regulada por la ley de Enjuiciamiento Civil, obedeciendo su existencia, a remediar un estado de cosas que la realidad imponía, para satisfacer los deseos del testador, que, por motivos muy respetables, quisiera dejar hasta última hora, la expresión de ideas y mandatos que al principio no estaba en el raso o no quería dar a conocer, la manifestación de ser su heredero o legatario quien, ni ocasión para él más propicia, designase, etc., sin necesidad de recurrir al otorgamiento en forma solemne y, por tanto, más molesta, dispendiosa y difícil de un testamento con escribanos, testigos y demás formalidades, siendo reconocida actualmente esta necesidad por el legislador civil, al ordenar que la Memoria testamentaria se haga constar por lo menos en la forma de testamento más sencilla y más al alcance de todas las personas.

CONSIDERANDO que no había predeterminada solemnidad alguna por la Ley procesal, y sí sólo debía reunir la Memoria testamentaria aquellas circunstancias que produjeran su identificación y vinieran a demostrar su autenticidad, la cual se acreditaba, generalmente, por contener la contraseña, lema o palabras con que se dijo en el testamento serían encabezadas aquella o aquellas que el testador se reservaba otorgar él mismo, y por la observación judicial ulterior de que había de ser objeto al presentarse al Juez, o a tenor de lo establecido en los artículos 1.969 a 1.979 de la ley de Enjuiciamiento Civil .



CONSIDERANDO que el Código Civil no prohíbe en absoluto las Memorias y cédulas testamentarias, como hace con el testamento de mancomún y con el testamento por comisario, sino que se limita a declarar nulas e ineficaces las disposiciones hechas en esa forma, y que no reúnen los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo, lo que presupone la validez de aquellas que estén revestidas de dichas formalidades, tanto intrínsecas como extrínsecas, simultáneas a su redacción, o posteriores o complementarias; pero si bien permite la subsistencia de dichas Memorias y cédulas, no es con el carácter y efectos que les daba la antigua jurisprudencia, sino como un nuevo testamento, revestido de todas las formalidades del ológrafo aunque supongan la existencia de un testamento que las insinúa, al cual completan, modifican o derogan.

CONSIDERANDO que tanto en el anterior orden legal como en el vigente, es indispensable para la eficacia de las cédulas, papeles privados y Memorias testamentarias, que éstas se eleven a instrumento público o se protocolicen, según su clase, para cuya formalidad, la ley de Enjuiciamiento Civil tenía establecido en los títulos VI y VII, primera parte de su libro III, el procedimiento a seguir en cada uno de los casos, pero equiparadas al testamento ológrafo, dichas manifestaciones de última voluntad, en cuanto a los requisitos precisos para su validez, ha de emplearse para la protocolización de las mismas, el establecido en los artículos 689 y 693 del Código Civil, y no el ordenado en dicha Ley, cuyos preceptos en este punto han quedado derogados virtualmente.

CONSIDERANDO que de acuerdo con el principio establecido como base de las disposiciones transitorias del Código Civil, según el cual no tendrán efecto retroactivo las variaciones introducidas en el mismo que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, y a la regla segunda de las consignadas en dichas disposiciones, surtirán todos sus efectos las Memorias testamentarias que se hubiesen otorgado o escrito antes de empezar a regir dicho Código, si bien la revocación o modificación de las mismas, o de alguna de sus cláusulas, no podrá llevarse a efecto después, sino testando con arreglo al mismo, puesto que éste es un acto jurídico ocurrido bajo el régimen de la nueva legislación.

CONSIDERANDO que esto sentado, como acertadamente afirma la Sala sentenciadora, "es insostenible la pretensión suplicada en la demanda de que sea protocolizada la nota testamentaria originadora de la litis, porque si bien con ello se reconoce la necesidad de ese requisito, para que se produzca la virtualidad jurídica de tal Memoria, cual venía exigiéndose en la ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, y en la actualmente vigente, como quiera que los artículos 1.969 y siguientes de la Ley de trámites, se hallan derogados por los 689 y sucesivos del Código Civil, que ordenan la protocolización dentro del plazo de cinco años, contados desde el fallecimiento del testador, y a este término fijado imperativamente queda vinculado el derecho, de forma que su caducidad deviene "ope legis", por el transcurso del tiempo señalado para reído, sin que posteriormente pueda convalidarse, resulta una plena decadencia de derechos por invalidez del testamento o nota, con efecto radial y automático que imposibilita accionar, ya que el amplio plazo concedido para la protocolización tiende a procurar la seguridad jurídica, y a evitar permanezcan indefinidamente en lo incierto, la eficacia y validez de las disposiciones testamentarias"

CONSIDERANDO que como tiene declarado esta Sala en su sentencia de 27 de abril de 1940, el testamento ológrafo formalizado por el testador, única persona que interviene en tu Otorgamiento, prescindiendo de toda formalidad de carácter público, no adquiere validez, según el artículo 689 del Código Civil, hasta la protocolización, que le confiere una especie de confirmación judicial que le eleva a la categoría de documento público, y este artículo formulado en forma imperativa -deberá protocolizarse- lo que exige es que se obtenga la protocolización, sin otra determinación en cuanto al modo de proceder que la presentación del testamento al Juez de primera instancia del último domicilio del testador o al lugar en que éste hubiera fallecido y "con el requisito esencial de que esa presentación se realice dentro de cinco años, contados desde el día del fallecimiento, estableciendo el citado precepto un plazo de caducidad o decadencia", de cesación de valor jurídico del testamento, con efecto radical y automático y con determinación precisa del día en que comienza su computación, por lo que no puede invocarse para su interpretación el artículo 1.969 del mismo Código Civil, sólo aplicable a la prescripción, institución ésta sujeta a otros principios en atención a que, reconociendo por causa la inercia del titular del derecho, admite impedimentos "ratione initu" y motivos de interrupción y de suspensión, no pudiendo ser omitidas las solemnidades establecidas por la Ley para los actos jurídicos, sin que se produzca el efecto de la invalidez, especialmente en materia de testamentos, pues en cuantos a éstos, las prescripciones legislativas propenden a garantizar los derechos del testador, los de terceras personas que pueden tenerlos adquiridos y a veces el interés social, y la protocolización tiene en el testamento ológrafo extraordinaria importancia, por ser la solemnidad que le imprime carácter de documento público.

CONSIDERANDO que como también tiene declarado esta Sala en su sentencia de 11 de febrero del año actual, establecido en los artículos 689 y siguientes del Código Civil, los requisitos inexcusables para advenir los testamentos ológrafos, y el modo, tiempo y forma de hacer esta adveración, no es posible sin que se cumplan esos inexcusables requisitos, tener como última voluntad del finado, lo que puede expresarse en



los documentos, ni suplir de oficio esos requisitos, ni pretender que en el pleito y al socaire de las concretas pretensiones que en él se formularon, se obtengan tardíamente declaraciones que tienen inicialmente su cauce adecuado, aunque últimamente pueden ser combatidas en un ulterior proceso declarativo:

CONSIDERANDO que en virtud de lo expuesto es desestimable el motivo primero del recurso interpuesto por los actores don Iván y doña Cecilia , al amparo del número primero del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil , en cuanto parten de que en el requisito de la protocolización, dentro del plazo del testamento ológrafo, no alcanza a la referencia del artículo 672 del Código Civil , para la validez de las cédulas o papeles privados.

CONSIDERANDO que igual suerte ha de correr el motivo segundo, que amparado en el propio número, acusa infracción por interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 738 del Código Civil y por violación de los artículos 704 y 743 del mismo Código y de la doctrina legal que cita, por ser simple consecuencia del motivo anterior ya desestimado.

CONSIDERANDO que tampoco la Sala sentenciadora ha incidido en el error de hecho en la apreciación de la prueba que se le imputa en el tercer motivo del indicado recurso, ya que la ineficacia de la nota por falta de protocolización en de plazo de cinco años, señalado por el artículo 689 del Código Civil , le ha impedido extraer otras consecuencias que tengan trascendencia en el fallo, por cuyo fundamento es desestimable el motivo examinado, así como el cuarto del propio recurso, alegado como subsidiario del anterior.

CONSIDERANDO que como tiene declarado esta Sala en su sentencia de 3 de abril de 1946 , si bien el allanamiento de alguno de los demandados puede y debe, por regla general, surtir el efecto que le es propio, en justo acatamiento al principio de la congruencia y la facultad de disposición de los derechos privados renunciables, tal doctrina carece de aplicación, como reiteradamente tiene declarado esta Sala, cuando la actuación que se ejercita contra varios es la misma, idéntica la razón de pedir y análoga mi finalidad, porque existiendo en tal caso solidaridad jurídica entre los demandados, a quienes se exige una misma prestación, no hay posibilidad de fallar en forma distinta en cuanto al allanado, por el solo hecho de serlo, a no ser con mengua de la unidad que debe presidir las resoluciones judiciales, dictadas en estas circunstancias.

CONSIDERANDO que es inexcusable aplicación de esta doctrina legal al caso de autos, son improcedentes los motivos quinto y sexto del recurso interpuesto por don Iván y doña Cecilia , y primero y segundo del formalizado por doña Remedios y doña Bárbara , procediendo en consecuencia la desestimación total de ambos recursos.

FALLAMOS

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación por infracción de Ley, interpuestos, respectivamente, por don Iván y doña Cecilia , de una parte, y doña Remedios y doña Bárbara , de la otra, contra la sentencia que en 22 de abril de 1950, dictó la Sala primera de lo Civil, de la Audiencia Territorial de esta capital ; condenados a dichos recurrentes al pago de las costas de sus respectivos recursos, y líbrese a la citada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.

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. Acacio Charrín y Martín Veña. Manrique Mariscal de Gante. Joaquín Domínguez. Francisco Bonet Ramón (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 que certifico como Secretario de la misma.

Madrid, 29 de septiembre de 1956. Por mi compañero señor Echegaray, Emilio Gómez Vela (rubricado).