



Roj: **SAP PO 1907/2012 - ECLI:ES:APPO:2012:1907**

Id Cendoj: **36057370062012100539**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **09/07/2012**

Nº de Recurso: **3156/2011**

Nº de Resolución: **578/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JULIO CESAR PICATOSTE BOBILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6**

**PONTEVEDRA**

**SENTENCIA: 00578/2012**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 de PONTEVEDRA

S40020

C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO

Tfno.: 986817388-986817389 Fax: 986817387

N.I.G. 36057 42 1 2007 0011679

**ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0003156 /2011**

**Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 de VIGO

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001083 /2007

Apelante: Raúl

Procurador: JESUS ANTONIO GONZALEZ-PUELLES CASAL

Abogado: JUAN DIEGUEZ GUERRERO

Apelado: Micaela , María Angeles , Juan Luis , Benedicto , Emma , Felix , Justino , Roberto

Procurador: ROSA CAMBA GARCÍA

Abogado: CAMILO CORRAL RODRÍGUEZ JOSE MANUEL LIAÑO PEDREIRA

**LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO**, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados DON JULIO PICATOSTE BOBILLO, Presidente; DON JUAN MANUEL ALFAYA OCAMPO Y DOÑA MAGDALENA FERNÁNDEZ SOTO, han pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

La siguiente

**SENTENCIA núm. 578/12**

En Vigo, a nueve de julio de dos mil doce

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001083 /2007, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 de VIGO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0003156 /2011, en los que aparece como parte apelante, DON Raúl , representado por el Procurador de los tribunales, Don JESUS ANTONIO GONZALEZ-



PUELLES CASAL, asistido por el Letrado Don JUAN DIEGUEZ GUERRERO, y como parte apelada DON Benedicto , DON Felix ,DON Justino Y DON Roberto , representados por el Procurador de los tribunales, DOÑA ROSA CAMBA GARCIA, asistido por el Letrado DON CAMILO CORRAL RODRÍGUEZ; Y DOÑA Micaela , DOÑA María Angeles ,DON Juan Luis Y DOÑA Emma , en rebeldía procesal.

Ha sido Ponente el Ilmo. Magistrado DON JULIO PICATOSTE BOBILLO, quien expresa el parecer de la Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de Vigo, con fecha 10-11-10, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

*"Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Sr. González Puelles en la representación de D. Raúl contra DÑA Micaela , DÑA. María Angeles , D. Juan Luis en rebeldía procesal y D. Felix , D. Benedicto , D. Roberto , D. Justino y Dña Emma y Dña. Micaela , estos seis últimos en sustitución de la fallecida DÑA. María Luisa , y en su condición de herederos de la misma, comúnmente representados por el Procurador Sra. Rosa Camba con imposición de costas a la parte actora."*

Con fecha 29-11-10 se dictó auto aclaratorio cuya parte dispositiva textualmente dice:

*"Corregir la resolución dictada en los términos que obran en la presente"*

**SEGUNDO.-** Contra dicha Sentencia, por la representación procesal de DON Raúl , se preparó y formalizó recurso de apelación que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, para su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, señalándose para la deliberación del recurso el día 5-07-12.

**TERCERO.-** En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** Es objeto de la demanda la declaración de validez del que se pretende como testamento ológrafo de don Luis Enrique , así como de que el actor, don Raúl , hermano del anterior, es su único heredero y que, en consecuencia, se acuerde la protocolización del citado testamento ológrafo. La formulación de esta demanda y la incoación del presente procedimiento es consecuencia del anterior fracaso del intento de protocolización del testamento que se atribuye al antes citado Sr. Luis Enrique .

Conviene que reseñemos los antecedentes de este proceso. Quien ahora demanda, formuló en su día expediente de jurisdicción voluntaria ante el Juzgado de Primera Instancia número 10 de esta ciudad (procedimiento 132/2001) para la protocolización del testamento ológrafo de su hermano. El Juzgado la denegó por auto de 29-3-2001 que fue confirmado por otro de 22-4-2003 de la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial.

Con posterioridad, el mismo solicitante, es decir, don Raúl , volvió a instar nueva petición de protocolización que esta vez se tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia número 11 (en autos número 657/2003) que por auto de 9-12-2003 acordó la protocolización, la que se llevó a cabo en acta notarial de 14-1-2004. Posteriormente, el 9-3-2004, don Juan Luis otorga escritura de aceptación y adjudicación de la herencia de su hermano don Luis Enrique .

Doña María Luisa , hermana del actor y del causante, interpuso el 16-5-2007 recurso de apelación contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 11; tramitado este, esta misma Sección dicta auto de 20-9-2007 por el que se declara la nulidad de todo lo actuado, incluido el auto de 9-12-2003 que había acordado la protocolización del testamento ológrafo.

Se renueva la petición de protocolización en el presente procedimiento al amparo de lo que dispone el art. 693 del CC .

**SEGUNDO.-** Antes de proseguir, hemos de detenernos brevemente en uno de los reproches que se hacen por el recurrente sobre omisión de contenidos en la sentencia de instancia. Protesta el apelante la falta de decisión por parte del tribunal de instancia acerca de la impugnación sobre la cuantía del proceso que la juzgadora a quo decidió deferir al momento del dictado de la sentencia.



La impugnación de la cuantía se hizo por la parte contraria; la falta de decisión sobre este extremo, por incorrecta que sea (no podía diferirse al momento de la sentencia, pues ello vulnera el art. 255.2 LEC ), solo correspondía denunciarla o recurrirla a la parte demandada; si no lo ha hecho, aquella omisión ha sido consentida por quien podía impugnarla - los demandados-, cosa que no se ha hecho. La cuestión, pues, está fuera del ámbito del recurso.

**TERCERO.-** Como es sabido, la validez del testamento ológrafo no viene determinado solo por la expresión de la última voluntad sino por la acreditada observancia de los requisitos exigidos por el art. 688 del CC , cuya exigencia será especialmente rigurosa - tanto en la observancia de formas como en la cabal prueba sobre la autoría- en la medida que se trata de modalidad testamentaria caracterizada por el otorgamiento en soledad, sin intervención de fedatario alguno. Junto a la plena autografía y firma, el requisito de la fecha ha de ser, además de autógrafa, exacta, completa y verdadera, nota esta última que significa que su manifestación ha de coincidir con el día en que efectivamente se ha producido la exteriorización de la voluntad.

Cumple ahora examinar la prueba practicada en este procedimiento. No deja de sorprender que, traída la cuestión litigiosa al ámbito del procedo declarativo, como consecuencia de la facultad establecida en el art. 693 del CC , no se haya desplegado mayor actividad probatoria en apoyo de la tesis actora, justamente en el plenario llamado a dar cabida a toda prueba, sin límite, y permitir todo tipo de debate (vid. SSTS de 18-6-1994 y 14-5-1996 ). Se renunció así a la prueba testifical inicialmente propuesta para limitarla en el acto del juicio a solo la prueba pericial.

Digamos, ya de entrada, que del documento que se pretende como testamento ológrafo no se cuestiona la autenticidad de la firma de don Luis Enrique . Lo que está en pugna es que tal firma suscriba efectivamente el texto escrito en letras mayúsculas que aparece en la parte superior del texto. Dicho de otro modo, lo que se discute es que el texto manuscrito, aquel que contiene la expresión de última voluntad, haya sido extendido por mano de don Luis Enrique . Y este hecho no está acreditado, como en su día entendió el auto de 29-3-2001 dictado en el primer expediente de protocolización seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 10.

Dos pruebas periciales se han practicado en el acto de juicio. La primera corresponde al dictamen emitido por doña Valentina y doña Bárbara ; de ellas comparece en el acto del juicio la primera. Reconoce un dato evidente; el documento que utiliza para contraste y estudio del texto dubitado no merece, en rigor, ser considerado como indubitado. Se trata de dos documentos que se corresponden con cartilla bancaria donde aparecen sendos textos manuscritos, de breve factura. Esta grafía se corresponde con la del documento que se presenta como testamento del Sr. Luis Enrique , unos y otros han sido extendidos por la misma mano, pertenecen al mismo autor, según esta prueba pericial. Ocurre, sin embargo, que no hay garantía alguna de que los documentos utilizados para el cotejo y estudio, esto es, los textos escritos en las cartillas bancarias, hayan sido escritos por don Luis Enrique . Los documentos pretendidamente indubitados han sido proporcionados por el propio demandante, sin que prueba alguna avale que lo allí escrito lo fuera por mano del citado don Luis Enrique . La ausencia de tal acreditación y la procedencia de la fuente de contraste, aportada por el propio actor interesado en la afirmación de la autenticidad del testamento, impide que con las debidas garantías los mentados textos escritos puedan tenerse por indubitados. En suma, tan dubitado es el escrito del testamento como el documento de contraste y cotejo. Falta una prueba adicional que venga a avalar que lo manuscrito en las cartillas bancarias utilizadas como contraste para el cotejo del pretendido testamento corresponda a la autografía del fallecido don Luis Enrique .

La segunda prueba pericial practicada en el acto del juicio corresponde al dictamen emitido por el perito judicial don Rafael , quien, en relación con el documento que se presenta como testamento de don Luis Enrique , manifiesta que el texto mecanografiado en el testamento se extendió con posterioridad a los garabatos que figuran en el documento, conclusión que nada de interés aporta a los fines que importan para lo que en esta litis ha de resolverse. Ni quita ni añade nada al juicio sobre la autenticidad del texto que se enuncia como de disposición de última voluntad ni a la fecha de su extensión. Y ello al margen de que su contradicción con el testimonio del director de la oficina bancaria a que luego haremos referencia, permite poner en cuestión el acierto de la pericia, sin desdoro, por supuesto, para el quehacer del perito, cuyo juicio, como es sabido, no vincula al tribunal en cuanto que está sometido a las reglas de la sana crítica, y por ende, es prueba de libre valoración ( art. 348 LEC y SSTS de 7-3-1998 , 5-10-1998 , 16-10-1998 , 26-2-1999 , entre otras).

Con la documental, estas periciales constituyen la única prueba practicada en este procedimiento. Con base en ella no es posible, desde luego, sostener que la autoría del texto escrito en el testamento ológrafo pueda atribuirse al fallecido Sr. Luis Enrique .

**TERCERO.-** El recurrente hace una valoración sesgada de las pruebas periciales. En relación con la caligráfica de doña Valentina y doña Bárbara , pretende concluir que estas peritos admiten, de una u otra forma, la atribución de la autoría del texto escrito al fallecido Sr. Luis Enrique . No es así. La referencia al hecho de haber



trabajado también con otros documentos más es afirmación que se hace en el acto del juicio de forma un tanto genérica y, desde luego, indeterminada, pero es lo cierto que en el dictamen escrito no aparecen referidos ni aludidos; como quiera que tal manifestación se hace al hilo de comentar el carácter debitado o indubitado de los documentos 1 y 2, es posible que se esté aludiendo a los otros documentos a que el mismo informe hace mención; desde luego, si se refiere a otros distintos es obvio que, entonces, tenían que estar reseñados en su informe, como se hace con aquellos otros que efectivamente sirvieron de cotejo; por otra parte, debía dar cuenta de ellos al tribunal, entre otras razones elementales, para poder apreciar la condición de indubitado.

También sugiere el recurrente, con base en expresiones de la perito, que para el examen y cotejo de la letra del texto manuscrito se han utilizado como referencia otros grafemas que aparecen en la firma. Pero del informe escrito se evidencia que se han hecho dos cotejos: de texto a texto y de firma a firma, y no en otra forma cruzada. Es decir, que para examinar el texto dubitado del testamento, se ha utilizado el (pretendidamente) indubitado de lo escrito en las cartillas (documentos 1 y 2). Y, correlativamente, para el examen de la firma estampada en el testamento ológrafo, se han utilizado los documentos (indubitados 3 a 8).

Por lo demás, insistimos, la perito, al contestar a las preguntas que se le hacen en el acto del juicio, deja bien claro que, a diferencia de lo que ocurre con la firma, en cuanto a los textos autógrafos escritos en mayúsculas, aún siendo atribuibles a la misma mano, no puede asegurar que la autoría sea de don Luis Enrique .

En relación con la segunda pericia caligráfica, como hemos dicho, hay contradicción entre la pericial del Sr. Braulio y el testimonio del Sr. Juan Luis , contradicción que, cuando menos, neutraliza la credibilidad de las conclusiones de informe pericial. Pretende el recurrente que este desplace al primero, cuando la libre valoración de ambas fuentes probatorias no obliga a ello. El perito emite una opinión o conclusión; el testigo, que no ha merecido tacha alguna, declara sobre hechos históricos percibidos por él de modo personal y directo.

**CUARTO.-** Si recurrimos al examen de los procedimientos seguidos con anterioridad, a los testimonios allí vertidos, no cabe sino llegar a la misma conclusión. No hay inconveniente alguno en acometer tal tarea valorativa. Como dijimos antes, el demandante ha renunciado a la práctica de prueba testifical que hubiera proporcionado al tribunal el conocimiento directo de dichos testimonios, desde la perspectiva de la intermediación del tribunal y en el contaste de la contradicción de partes. Como decimos, ello no impide que analicemos las declaraciones que tuvieron lugar en otro proceso, no solo en lo que de ellas aparece documentado en estos autos y como tal sometidos a libre valoración probatoria, según postulados de la sana crítica, sino también, y dentro de ese ejercicio de libre valoración, considerar la estimación del tribunal civil ante el que tales testimonios tuvieron lugar, como un componente más del ejercicio valorativo.

De especial significación es lo declarado en su día, y en el expediente de Jurisdicción Voluntaria seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 10 de esta ciudad, por don Mariano . Es de hacer notar que el pretendido testamento ológrafo, extendido en el dorso de un documento de una Residencia para la tercera edad del INSERSO; a mitad de ese reverso, y debajo del texto autógrafo, aparece un texto mecanografiado suscrito por el citado testigo, en su condición de director de la Sucursal (Vía Norte) de la Caja de Ahorros Municipal de Vigo, Orense y Pontevedra, fechado el 21 de junio de 2000 sobre reconocimiento de la firma estampada: "Por conocimiento de la firma que antecede como la de don Luis Enrique con D.N.I. NUM000 , y para solo este efecto." Pues bien, en su comparecencia de 12-12-2001 ante el Juzgado de Primera Instancia, y en relación con este documento y este texto mecanografiado, dice el citado testigo que hizo dos o tres documentos como este, que le fueron presentados sin los garabatos y sin el escrito (el correspondiente al texto del testamento) y que la firma la hizo el fallecido Sr. Luis Enrique en su presencia. Supone lo dicho: primero que la firma que aparece en el documento litigioso se estampó a efectos y para fines meramente bancarios; que si el director de la oficina escribe el texto a máquina el 21 de junio de 2000 y no estaba en la parte superior del documento el autógrafo que corresponde al testamento, es claro que este, aunque se fecha el 18-12-1999, se extendió después, pero antedatado.

Importa señalar que en la misma comparecencia, con ocasión de emitir dictamen la perito Sra. Mercedes , se recoge manifestación - se entiende que de la defensa de proponente- en el sentido de que no tiene testigos de la letra del fallecido y que desconoce documentos para hacer cotejo de letras. De ahí que la pericial de entonces versara exclusivamente sobre la autenticidad de la firma del Sr. Luis Enrique , sobre la que, como ya queda dicho, no hay contienda.

En relación con esta prueba, parece que el recurrente incurre en contradicción. Se refiere a la vulneración de la intermediación y oralidad, cuando líneas más atrás, con cita doctrinal basada en la STS de 30-6-1993 , viene a admitir la libre apreciación por el tribunal de declaraciones testificales documentadas y testimoniadas procedentes de anterior actuación jurisdiccional.

En suma, pues, y recapitulando:



1º. No costa que el autor del texto manuscrito que recoge la voluntad testamentaria sea del fallecido don Luis Enrique .

2º. La fecha que aparece al pie del referido texto autógrafo no corresponde a la realidad, esto es, tal texto no pudo ser escrito el 18-12-1999, sino con posterioridad al 21.6.2000 (el fallecimiento ocurrió el 20-9-2000); hay una deliberada antedatación.

Si con lo dicho es suficiente -especialmente con el primero de los extremos- para denegar la protocolización, cabe añadir algunas notas más que sumadas a lo dicho, acentúan la idea de desvinculación del texto manuscrito respecto de la firma: primero, es llamativo que el texto se haya escrito aprovechando al máximo, diríase que anormalmente, el borde superior, pegado al mismo, sin espacio alguno; segundo, la notable separación de la firma respecto del texto manuscrito; no está extendida al pie del texto, sino al margen de él, a una distancia tal que lo hace ajeno al cuerpo del escrito. Ambas notas sugieren la cautelosa acomodación (temerosa del espacio disponible) de lo escrito en el margen superior al lugar de la firma.

Por último, cumple ahora hacer referencia a algunos datos que, con valor indiciario, se han significado en defensa de la autenticidad del texto disputado, o mejor, de la voluntad en él expresada. Se trata, primero, de la existencia de las cuentas a nombre del actor y su hermano fallecido, y, en segundo lugar, de las manifestaciones hechas ante el director de la sucursal bancaria sobre cómo podía hacer para dejar las cosas a su hermano. La cotitularidad de las cuentas, hecho no infrecuente en el ámbito familiar, puede obedecer a razones de índole diversa -facilitación de gestiones, dinero compartido, etc.-; la consulta hecha a director del banco de nada vale si, a la postre, no se materializó en actos concretos de validez jurídica. Por consiguiente, ni por separado ni sumados sirven ambos datos para probar una voluntad dispositiva *mortis causa* que precisa de su expresión formalizada y de su rigurosa prueba.

**QUINTO.-** El art. 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que "cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el art. 394"; en consecuencia, al no prosperar el recuso de apelación interpuesto y ser rechazada la pretensión impugnativa de la parte apelante, le han de ser impuestas las costas de esta segunda instancia.

**SEXTO.-** Según el apartado 9 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , "cuando el órgano jurisdiccional inadmita el recurso o la demanda, o confirme la resolución recurrida, el recurrente o demandante perderá el depósito, al que se dará el destino previsto en esta disposición." Toda vez que el recurso es desestimado y confirmada la sentencia apelada, se tiene por perdido el depósito constituido para recurrir al que se dará el destino previsto en el apartado 10 de la citada norma.

En atención a lo expuesto y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos confiere la Constitución Española.

## FALLAMOS

Que al desestimar el recurso de apelación interpuesto por DON Raúl , debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada en autos 1083/2007 del Juzgado de Primera Instancia número 6 de esta ciudad , con imposición de las costas de esta segunda instancia a la parte recurrente.

Se declara la pérdida del depósito al que se dará el desti **no** legal.

Contra esta sentencia podrá interponerse recurso de casación por interés casacional y, en su caso, extraordinario por infracción procesal.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.