



Roj: **STS 1966/1973 - ECLI:ES:TS:1973:1966**

Id Cendoj: **28079110011973100511**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/01/1973**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ANTONIO DE VICENTE TUTOR Y GUEL BENZU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Núm. 17.-Sentencia de 19 de enero de 1973.

PROCEDIMIENTO: Infracción de ley.

RECURRENTE: Doña Fátima .

FALLO: Declarando no haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia que en 14 de abril de 1972 dictó la Sala Segunda

de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

DOCTRINA: Nulidad de testamento y otros extremos. Artículo 689 del Código Civil .

Conforme al artículo 689 del Código Civil , el plazo de cinco años es para la presentación del testamento al Juez, pidiendo su

protocolización, y en caso de ser denegada -como ocurre en el caso de autos-, según el artículo 693 de dicho Cuerpo Legal ,

quedará a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio correspondiente; lo cual evidencia que esta última

acción no nace hasta el momento de ser denegada la protocolización, en cuya fecha comienza el plazo prescriptivo, por ser

cuando puede ejercitarse.

En la villa de Madrid, a 19 de enero de 1973; en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 23 de Madrid y, en grado de apelación, ante la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital por don Rubén , mayor de edad, casado, actuario de seguros y vecino de Madrid, contra doña Fátima , como

heredera e hija adoptiva de don Juan , mayor de edad, soltera, maestra nacional y de la misma vecindad, y contra don Fermín , mayor de edad, soltero, Abogado y vecino de Cádiz; sobre nulidad de testamento y otros extremos; autos pendientes ante esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por doña Fátima , representada por el Procurador don Fernando Aguilar y defendida por el Letrado don Antonio Hernández Gil, habiendo comparecido don Rubén representado por el Procurador don Alfonso Palma y defendido por el Letrado don Filiberto Díaz Flores, y don Fermín representado por el Procurador don Bernardo Feijoo y defendido por el Letrado don Felipe Ruiz de Velasco.

RESULTANDO

RESULTANDO que el Procurador don Francisco 4e Palma González, en representación de don Rubén , formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid que por reparto correspondió al de Primera Instancia número 23 de los de esta capital, contra don Juan y contra don Fermín , sobre nulidad de testamento y otros extremos, estableciendo en síntesis los hechos y fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, y suplicó se dictase sentencia estimándola en cuanto a ambos demandados



y declarando: Primero. Que el documento con fecha rectificada a 17 de febrero de 1951, en el que aparece al firma Inés , carece de los requisitos que la Ley exige para que tenga carácter de testamento ológrafo válido otorgado por doña Inés . Madrid, 7 de octubre de 1950, es un testamento ológrafo válido y eficaz por reunir los requisitos que la Ley exige para otorgar con validez y eficacia testamento ológrafo y que en él doña Inés instituyó heredero a don Rubén , por lo que debe de ser protocolizado notarialmente en la forma que la Ley previene a cuyo fin se expedirán al señor Rubén los testimonios o copias de la sentencia que se dicte. Y, por último, que se condene a los demandados: Primero. A estar y pasar por las dos anteriores declaraciones que en la sentencia se formulen. Segundo. A pagar las costas que se devengasen en los autos indicados por medio de esta demanda.

RESULTANDO que el Procurador don Fernando Aguilar Galiana se personó en los autos en nombre del demandado don Juan , y el también Procurador don Bernardo Feijoo Montes lo hizo igualmente en nombre del demandado don Fermín , contestando ambos la demanda, allanándose el Procurador señor Feijo al pedimento primero de la súplica de aquélla, y el Procurador señor Aguijar aportando reconvencción.

RESULTANDO que la parte actora evacuó el traslado que para replica le fuera conferido, insistiendo en lo que ya tenía alegado anteriormente y añadiendo: Que por la cédula de citación de que mi representado se proponía plantear el presente declarativo, se producen una serie de hechos que al ser ignorados por don Rubén en el momento de articular su demanda, nos vemos obligados a consignar en la presente réplica, y que obligaron a adicionar- fundamentos de Derecho, así como a la necesaria aplicación en la súplica de la demanda inicial de autos: Primero. El 14 de febrero de 1967 en el Juzgado número 3 de Madrid se celebró el acto de conciliación indicado sin la comparecencia del señor Juan ni de persona que le representase. Documento número 13 de la demanda. Segundo. El 7 de marzo de 1967 el señor Juez de Primera Instancia número 15 de Madrid, ignorando, sin duda alguna, la declaración prestada por el adverteante señor Pedro Miguel , al actuar como testigo en el Juzgado de Instrucción número 5, obrante a los folios números 65 y vuelto del sumario número 173 de 1953, digo 7, procede a ordenar la protocolización del documento del año 1930, enmendado a 1951; desconociendo al propio tiempo el acto de conciliación celebrado en el Juzgado número 3, como trámite previo de este declarativo, en que se pide la nulidad de referido documento. Tercero. Por acta notarial de 3 de abril de 1967 se protocoliza dicho documento como testamento ológrafo de doña Inés . Cuarto. El 8 de mayo de 1967, mi representado formula la demanda, la iniciadora de estos autos en la ignorancia más absoluta de que el Juzgado de Primera Instancia número 15 había acordado la protocolización de dicho documento veinte días después de haber sido demandado a conciliación el señor Juan por mi representado, para discutir las cuestiones litigiosas del presente pleito. Quinto. El mismo día 8 de mayo de 1967 el señor Pazos obtiene del Registro de la Propiedad número 1 de Madrid, cancelación de determinadas trabas que pesaban sobre inmuebles integrantes de la herencia de doña Inés . Sexto. El 22 de mayo de 1967 este Juzgado al que tengo honor de dirigirme, en idéntica ignorancia de las actividades del señor Juan , admite la demanda que inició este pleito, pero deniega las medidas, cautelares solicitadas en otrosíes "de la misma. Séptimo. El 27 de junio de 1967, el señor Juan , para burlar el problema planteado en el juicio a que se refiere este escrito, no duda en procurar poner a buen recaudo los bienes que integraban la herencia de doña Inés y, a tal fin, va al pueblo de Pinto y ante el Notario de Valdemoro hace manifestación de bienes y de aceptación de herencia, valiéndose para ello del acta que citó en el número tercero. Octavo. El 28 de julio de 1967 este Juzgado ordena contestar a la demanda en término de veinte días, pero el señor Juan , en plena actividad maniobrera, no presta mucha atención al trámite judicial. Noveno. Tres días después, el 31 de julio de 1967, el señor Juan presenta en el Registro de la Propiedad número 1 de Madrid los documentos oportunos para inscribir a nombre propio los bienes inmuebles que integraban la herencia de doña Inés , Décimo. El 5 de agosto de 1967 el señor Juan , a fin de habilitar tiempo necesario para consumir sus propósitos de escamoteo de los bienes de la herencia, plantea ante ese Juzgado unas absurdas excepciones dilatorias, que no son tales, pero que este Juzgado se ve obligado a admitir en su planteamiento con suspensión del curso de los autos y del plazo para que el señor Juan contestase a la demanda, Dichas excepciones dilatorias fueron denegadas por auto de este Juzgado de 12 de septiembre de 1967 que dictó la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de Madrid . Decimoprimer. El 9 de septiembre de 1967 las fincas integrantes de la herencia de doña Inés las inscribe el señor Juan a su propio nombre en los Registros de la Propiedad. Es curioso observar que en las dos ocasiones en que su representado cita a conciliación a don Juan , como trámite previo al ejercicio de su acción, para obtener por los medios legales la protocolización del documento de 7 de octubre de 1950, dicho señor Juan no comparece al acto conciliatorio, y con desprecio evidente del espíritu que animara al legislador a establecer dicho acto, responde, fuera de procedimiento, con la más inesperada reacción ante la postura perfectamente lícita de mi representado. Ante el Juzgado número 7, presentando querrela, que no fue admitida, contra don Rubén , coaccionándole a fin de que desistiera de la acción que se proponía ejercitar. Ante el Juzgado número 23, al que nos dirigimos, escamoteando los bienes del patrimonio de la causante; en previsión de que pudiera prosperar la acción que se ejercita en los presentes autos. En resumen: En la primera circunstancia, el señor Juan , responde a mi representado con una coacción y en la segunda con un fraude. Duodécimo. Es en ese momento



cuando mi representado conoce las actividades del señor Juan , que fueron denunciadas a ese Juzgado mediante escrito al que se acompañó prueba documental pública auténtica de dichos hechos. Certificación del Registro de la Propiedad número 1, que figura unida a los autos, por providencia de 12 de Septiembre de 1967, acordándose por este Juzgado la anotación preventiva de la demanda en los Registros de la Propiedad número 1, de Madrid y de Cádiz, en cuanto a los bienes de la herencia de doña Inés , la Audiencia Territorial ratifica dicha medida cautelar y acuerda ampliarla a muebles, valores y rentas.

RESULTANDO que contestando a la reconvenición y como hecho único alega. Niega terminantemente los hechos expuestos por la contraparte, reproducía y mantenía los de la demanda y réplica, que les dan rotundo mentís (sic); y sobre ello, expongo como hechos los siguientes: Que antes de casarse, en vida de don Domingo , ya Fátima constituyó una serie de problemas, aunque aquél nunca creyera en ese matrimonio y acostumbraba a decir las frases " Fátima no pasa". Muerta la persona que hubiera impedido el desastre, la única con posibilidad de evitarlo, se consumó la catástrofe. Porque lo fue y bien grave para la persona de Inés y para su matrimonio, cuyos restos, sólo los restos, tratan de reivindicar los únicos parientes de sangre. Y si a perjuicios hubiera de referirse, tendría que recordar que el señor Juan : Primero. 17 de diciembre de 1930. Impugna los legados que en favor de mi representado había ordenado don Domingo en codicilo de fecha 31 de marzo de 1929 para cursar estudios y origina un largo pleito que es fallado en favor del señor don Rubén , de su hermano y de la señora Marí Trini , en las tres instancias, según resulta de sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 3 de julio de 1933 . Segundo. 12 de septiembre de 1933. Don Juan formula querrela criminal para impedir la ejecución de aquella sentencia. Dicha querrela interpuesta ante el Juzgado número 9 de Madrid, fue radicalmente rechazada. Señaló a efectos de prueba la Secretaría de dicho Juzgado. Tercero. 17 de octubre de 1933. A base de un documento que el señor Juan presentó a protocolización y logró obtener, sin conocerlo como en el caso de autos los legatarios señores Fermín Rubén , y que como en el caso de autos el señor Juan sacó a, relucir próximo al límite de plazo de los cinco años del fallecimiento de don Domingo , el señor Juan interpone ante el Tribunal Supremo un recurso de revisión, de- la sentencia dictada por el mismo el 3 de julio de 1933 . El Ministerio Fiscal se opuso al recurso y el señor Juan desiste del mismo y retira el documento del Tribunal Supremo. Cuarto. 1 de marzo de 1934. El señor Juan para intentar nuevamente impedir la ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, formula una tercería de dominio ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid, que fue desestimada. Señalo a efectos de prueba la Secretaría de dicho Juzgado y los de la Audiencia Territorial de Madrid. Quinto. 31 de marzo de 1934. El- señor Juan utilizando el documento en que había fundamentado el recurso de revisión desistido inicia contra los legatarios un nuevo pleito declarativo, que es fallado a favor de los señores Fermín y Marí Trini por el Tribunal Supremo, por sentencia de 8 de julio de 1940 . Esta fue la actividad desplegada por el señor Juan con el fin de evitar que se hiciera efectivo el importe de los legados dispuestos por don Domingo al fallecer dicho señor el 3 de abril de 1929. Pese al fallo favorable a los hermanos Fermín Rubén del Tribunal" Supremo en julio de 1933 la postura del señor Juan obstaculizando la ejecución de dicha sentencia, queda reflejada en dieciséis recursos de reposición interpuestos por él en los distintos incidentes planteados, de los cuales, cinco fueron continuados en apelación. Logrando la suspensión de las actuaciones en alguno de ellos, y siendo todos o desestimados por el señor Juan en la víspera de sus respectivos señalamientos, fallados en su contra, con imposición de costas al señor Juan , al igual que los recursos de reposición a que antes nos hemos referido; cuando los señores Fermín Rubén vinieron a cobrar los legados, el poder adquisitivo de la peseta respecto al momento en que don Domingo murió se había reducido a poco más de la tercera parte. ¡Y ahora pide el señor Juan una indemnización por daños morales y materiales!Sexto. 22 de abril de 1952. El señor Juan atribuyéndose el carácter de heredero abintestato, impugna ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Madrid el testamento de 7 de octubre de 1950 , otorgado por dona Inés en favor de mi representado y cuya validez postuló en estos autos.. Séptimo. 29 de diciembre de 1953. El señor Juan después de ser citado a conciliación por mi representado, el 9 de diciembre de 1952, interpone una segunda querrela criminal, ésta para impedir y cortar a mi representado el ejercicio de las acciones civiles que el Juzgado de Primera Instancia número 7 había reservado en auto de 15 de septiembre de 1952; y dicha querrela es rechazada por el Juzgado de Instrucción número 7, por auto de 8 de enero de 1953, y entablado recurso de apelación por el señor Juan , que no prosperó tampoco. Octavo. El 3 de febrero de 1957, siempre al cumplirse los cinco años del fallecimiento de su esposa, el señor Juan no duda en sacar a la luz un antiguo documento redactado por doña Inés el 17 de febrero de 1930, y previa alteración de la institución de heredero, a su favor, y de la fecha, posterior al 7 de octubre de 1950, trata inicialmente de protocolizarlo. Para lograr de un solo golpe dos finalidades: una, anular el testamento expresado de 1950 y, otra, el posibilitarse ser heredero de doña Inés en cuanto a los bienes de la misma existentes en Inglaterra, puesto que siendo doña Inés de nacionalidad inglesa cuando falleció, el viudo, señor Juan , en la herencia intestada inglesa es pospuesto a los consanguíneos por la Legislación inglesa y el señor Juan queda excluido en la herencia intestada de doña Inés por los primos de ésta, señores Fermín Rubén . Se acompaña por copia simple y en inglés certificación librada por el Cónsul General de S. M. Británica en Sevilla y traducción al castellano, que acreditan la nacionalidad inglesa de



doña Inés y a efectos de prueba designaba los autos del juicio declarativo que don Fermín sigue contra don Juan sobre incapacidad de éste para suceder, ante el Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid, y la Secretaría de este Juzgado. Para ello, redacta Juan un escrito en el que formula expresiones de autoalabanza y autoegolatría inadmisibles, consignando que él, pobre viudo, es el único al que se le debe dar intervención en la protocolización del testamento unido al documento, y que además se encuentra ausente. Todo falso, lamentablemente falso, tanto que el ausente es quien manuscibe el documento. Este hecho fue el que motivó la denuncia de don Rubén. Incluso los Peritos calígrafos nombrados por el señor Juan lo confirmaron. Juan es procesado por el Juzgado de Instrucción número 5 y por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid. No le procesa Rubén, le procesan los Tribunales por el posible delito de falsedad. Juan es absuelto después de dos resoluciones de la Audiencia, de dos recursos de casación y tras unas dudas enormes en los Tribunales, y lo es, más que por otra cosa, por la falta de una prueba auténtica sobre la persona que falsificó, que alteró, que mutiló. Noveno. 4 de febrero de 1967. El señor Juan es demandado a conciliación por mi representado dando carácter litigioso, nulidad e ineficacia del documento con fecha transformada a 1951, y el señor Juan se apresura a obtener, sin, conocerlo mi representado, la protocolización, que obtiene, del Juzgado de Primera Instancia número 15, de dicho documento transformado; lo protocoliza el 3 de abril de 1967 por acta notarial; va a hacer escritura de manifestación de herencia al pueblo de Pinto; suscitaren 5 de agosto de 1967, ante este Juzgado, un incidente de excepciones dilatorias con el fin de habilitarse tiempo para consumir sus propósitos y eludir la contestación a la demanda que inició estos autos; e inscribe los inmuebles de la herencia de doña Inés, a propio nombre, en los Registros de la Propiedad número. 1 de Madrid y de Cádiz. El propósito fue consumado.. Aunque el resultado quedó frustrado por las medidas cautelares adoptadas por ese Juzgado, en auto de 26 de septiembre de 1967 y por las Salas Segunda y Tercera de la Audiencia Territorial, con fecha 15 de febrero de 1968 y 31 de mayo de 1968, de cuyas medidas, no obstante los antecedentes, tanto protesta el señor Juan en su contestación a la demanda acusándolas como una de las causas de sus perjuicios que reclama en reconvención. El cuadro acabamos de exponerlo en su exacta realidad, pretende que de ello se derive una indemnización por daños morales, es el colofón a la característica audacia del demandado. Si no puede usufructuar con la debida tranquilidad los bienes de su esposa, es porque ni los merece ni le corresponden legítimamente. Si ha contraído una enfermedad a los setenta y ocho años, no nos parece tan anormal, y por supuesto, los disgustos y contrariedades que dice sufrir, hubiera podido evitarlos simplemente con no haber intentado protocolizar y convertir en testamento un documento que sabía y sabe que no constituye la voluntad de su mujer. Y mi representado puede asegurar, en conciencia, que le consta que es así, pues lo pudo oír solemnemente de quien no quiso revelarlo oficialmente. ¿Quién puede hablar de perjuicios sino mi representado, que desde su minoría de edad se encuentra enredado en esa lucha sin cuartel que le declaró el señor Juan, que llegó incluso a impedir el cobro del legado que le había dejado don Domingo para estudios, más modestos, que hubo de verificar en Cádiz, ante la imposibilidad de cobrar el legado que le permitiría estudiar superiores en Madrid? ¿Y la sirvienta doña Marí Trini Murió sin haber podido cobrar el legado que en su favor había ordenado don Domingo. Vuelvo a preguntar: ¿Perjuicios? ¿Perjuicios causados por el que fue víctima de ellos? Los propósitos conciliatorios de los señores Fermín Rubén quedan reflejados en el contenido de las actas notariales que se acompañan, de las que resultan el estado de abandono de los inmuebles de la herencia, por quien, no obstante y a estas alturas, no dudó en pedir "su administración", que el Juzgado con buen acuerdo le denegó. Si en esta ocasión no reconviene mi representado contra el señor Juan es porque se reserva sus acciones para cuando finalice este litigio. Termina suplicando se tenga por evacuada la réplica y por opuesto a la reconvención, dictándose sentencia en la que se declare: Primero. Que el documento en el que aparece la fecha rectificada a 17 de febrero de "1951" es radicalmente nulo de pleno derecho e ineficaz en derecho como testamento ológrafo de doña Inés, por carecer de los requisitos formales que la Ley exige para que dicho documento pueda ser considerado como testamento ológrafo, y sobre ello, por no ser el mismo acto personalísimo, voluntario y libre de doña Inés. Segundo. Que en su consecuencia, se declare que son nulos de pleno derecho e ineficaces en derecho: A) El auto que con fecha 7 de marzo de 1967 dictó el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Madrid, acordando la protocolización del documento, con fecha rectificada, a 17 de febrero de "1951", a que se refiere el párrafo anterior; en diligencias seguidas por dicho Juzgado para la protocolización de dicho documento. B) Las diligencias judiciales subsiguientes a dicho auto, para la ejecución del mismo, así como el acta de protocolización autorizada en 3 de abril de 1967, al número 1.676 de su protocolo por el Notario de esta capital don Francisco Gómez de Mercado y de Miguel; la escritura de manifestación y aceptación de herencia otorgada por don Juan, en Pinto, y ante el Notario de Valdemoro don Manuel García Mayor con fecha 27 de junio de 1967; la anotación y registro, como testamento ológrafo de doña Inés de dicho documento, con fecha rectificada a 17 de febrero de "1951", en el Registro de Actos de Ultima Voluntad del Ministerio de Justicia y que debe de ser cancelada como nula. Tercero. Se declare son nulas las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad de Cádiz, el 12 de septiembre de 1967 bajo el número 18, 17, 9, 13 y 10 referentes a las fincas de la calle DIRECCION000, número NUM000, antes Sagasta, DIRECCION001, NUM001, DIRECCION002, número NUM002, DIRECCION003, número NUM003, y DIRECCION004, número NUM004, de dicha ciudad, respectivamente, fincas números NUM005



, NUM006 , NUM007 , NUM008 y NUM009 , también respectivamente, y asimismo, que es nula la inscripción practicada en el Registro de la Propiedad de Madrid número 1, inscripción tercera del 31 de julio de 1967, finca número NUM010 , DIRECCION005 , número NUM011 , - por ser inscripciones que se verificaron al amparo del auto y de los documentos nulos, a que con anterioridad se refiere esta súplica, en favor de don Juan , que inscribió a propio nombre los bienes inmuebles, integrantes del caudal hereditario dejado por doña Inés a su fallecimiento y cuyas inscripciones, debe el Juzgado acordar mandar cancelarlas en dichos Registros de la Propiedad. Cuarto. Que el documento escrito a lápiz, que dice "Carmen, no quiero que el señorito se lleve nada, quiero que todo sea para mi primo Rubén . Inés . Madrid, a 7 de octubre de 1950", es testamento ológrafo, válido y eficaz en derecho, otorgado por doña Inés en favor de mi representado, don Rubén -11a. Quinto. Que se declare que don Juan quedó en todo caso privado del derecho de heredar a doña Inés por impedirle otorgar libremente su última voluntad; y que, en consecuencia, se declare son nulos e ineficaces en derecho, el auto de protocolización del documento, con fecha rectificada a 17 de febrero de "1951", las diligencias, el acta y la escritura pública notarial, anotaciones en el Registro de Actos de Última Voluntad, e inscripciones en el Registro de la Propiedad a que se refieren los extremos Segundo y Tercero de esta súplica, cuyas anotaciones e inscripciones debe acordar cancelar. Sexto. Que se condene a don Juan a estar y pasar por las anteriores declaraciones. Séptimo. Que se acuerde asimismo desestimar la reconvencción formulada por don Juan contra, su representado don Rubén , que debe ser absuelto de ella. Que se condene a don Juan , a pagar las costas del pleito, como se solicitó en el escrito inicial del mismo; y a las originadas con motivo de la reconvencción;

RESULTANDO que evacuando el trámite de duplica el Procurador señor Feijoo Montes, insistió en lo ya manifestado, añadiendo los siguientes puntos: A) Que los hermanos Fermín Rubén , presentada la querella que dio lugar a todo el sumario del Juzgado de Instrucción número 5. No es cierto. Don Rubén , no don Fermín , formuló la demanda que dio origen al sumario. Después, intervino don Fermín como acusador, pero la iniciación no le corresponde. B) Lo que realmente hizo don Fermín fue comparecer ante el Juzgado de Primera Instancia número 15, donde don Juan estaba intentando obtener la protocolización del documento que en el pleito se discute, con el propósito de evitar que esta protocolización se produjera. Don Fermín compareció con el escrito cuya fotocopia acompañamos, como documento número 2, del presente escrito de duplica, recayendo providencia que también acompañamos por fotocopia, como documento número 3. Interesaba mucho estas aclaraciones, a la vista del testimonio expedido por ese Juzgado número 15 unido a la contestación a la demanda. En ese testimonio, se dice que el representante de don Juan era el Procurador señor Feijoo. No es así, porque el Procurador señor Feijoo a quien representaba era a don Fermín . Realmente, si en aquella oportunidad se hubiera concedido a don Fermín la condición de parte de éste, no se hubiera persona en el sumario que se siguió, ni probablemente ahora existiría protocolizado ese documento, que se denomina o se hace llamar testamento, cuya ineficacia pretende la demanda formulada por don Rubén , con nuestro total y más absoluto allanamiento. C) Todo el proceso de protocolización del testamento de 17 de febrero de 1930, posteriormente actualizado a 17 de febrero de 1951, merced a la habilidad de alguien que no fue doña Inés , es bien curioso, porque el documento adverbado por tres testigos ocasionales, uno de los cuales ni siquiera conocía a la testadora, según su propia manifestación, permanece en estado estático durante el desarrollo de la causa penal, y cuando el señor Juan , milagrosamente, es absuelto, vuelve de nuevo al Juzgado número 15 y consigue lo que inicialmente parecía imposible, la protocolización del documento. Claro es que aquel objetivo que parece constituir un éxito inicial, viene después a constituir realmente un argumento esencial para las pretensiones de la súplica de la demanda, respecto de las cuales ya formulamos nuestro allanamiento, y que en cuanto a los hechos que se producen con posterioridad a ser citado a conciliación el señor Juan , alegados en la réplica, que el escrito de demanda introduce en su texto este nuevo hecho en cuanto a su contenido, ya que no en cuanto a su ordinal, pues también aparecía en aquella con el título de "nuestra pretensión procesal", trasladándose ahora el resumen de la pretensión del actor al hecho decimonoveno, quedando en dieciocho para recoger toda la actuación del señor Juan desde el 14 de febrero de 1967 en que se celebró la conciliación del presente pleito, reduciéndose realmente esa actuación del señor Juan a conseguir, sin poner de manifiesto la existencia de la demanda, la protocolización del documento y la inscripción de los bienes a su nombre, aunque ello sea acogiéndose a la amabilidad de Notarios rurales, sin duda con el propósito de evitar que sus habilidades fueran conocidas por el señor Rubén , actuación rodeada siempre del sigilo y de la prudencia que ha tenido escaso éxito porque el Juzgado puso a buen recaudo los bienes, y por su parte visto el hecho respecto del cual suplica todo él referido a la conducta del señor Juan referida al documento que considera totalmente ineficaz, hace suyas íntegramente cuantas manifestaciones se consignan, que constituyen un antecedente más de la conducta del demandado, suficiente por sí mismo para justificar el éxito de la demanda inicial.

RESULTANDO que el Procurador señor Aguilar Galiana evacuó también el trámite de duplica insistiendo en los hechos y manteniendo la reconvencción formulada.



RESULTANDO que recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente y figura en las respectivas piezas.

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

RESULTANDO que el Juez de Primera Instancia número 23 de los de Madrid dictó sentencia en 24 de junio de 1970, por la que hizo el siguiente pronunciamiento: Fallo que estimando en parte la demanda y desestimando la reconvencción en el juicio de mayor cuantía instado por don Rubén, frente a don Juan y don Fermín, debo declarar y declaro la validez como testamento ológrafo del otorgado el 7 de octubre de 1950 por doña Inés y la nulidad del de la misma causante de fecha 17 de febrero de 1951, con la consiguiente nulidad del acta de protocolización autorizada con fecha 3 de abril de 1967, al número 1.676 de su protocolo por el Notario de esta capital don Francisco Gómez de Mercado y Miguel, la escritura de manifestación y aceptación de herencia otorgada por don Juan en Pinto y ante el Notario de Valdemoro don Manuel García Mayor el 27 de junio de 1967, y las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad de Cádiz el 12 de septiembre de 1966 bajo los números 18, 17, 9, 13 y 10 referentes a las fincas de las calles DIRECCION000, número NUM000, antes Sagasta; DIRECCION001, número NUM001; DIRECCION002, número NUM002; Villalobo, número NUM003, y DIRECCION004, número NUM004, de dicha ciudad, respectivamente, fincas números NUM005, NUM006, NUM007, NUM008 y NUM009, también respectivamente, y en el Registro de la Propiedad de Madrid número 1, inscripción tercera, fecha 31 de julio de 1967, finca número NUM010, DIRECCION005, número NUM011, por lo que deberán ser canceladas; debiendo asimismo anotarse esta ejecutoria en el Registro de Actos de Ultima Voluntad; absolviendo a los litigantes de las recíprocas pretensiones formuladas en cuanto no coincidan con el precedente fallo y sin imposición de las costas causadas por las respectivas acciones propuestas.

RESULTANDO que interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por la representación del demandado, don Juan, y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid dictó sentencia con fecha 14 de abril de 1972 con la siguiente parte dispositiva: Fallamos que debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes la sentencia que con fecha 24 de junio de 1970 dictó el Magistrado-Juez número 23 de Madrid en el juicio declarativo de mayor cuantía sobre nulidad de testamento y otros extremos, a que este rollo se refiere; sin especial imposición de costas en la presente alzada.

RESULTANDO que previo depósito de 3.000 pesetas el Procurador don Fernando Aguilar, en representación de doña Fátima, ha formalizado recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal contra la sentencia pronunciada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid con apoyo en los siguientes motivos:

Primero. Autorizado por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la sentencia recurrida, al confirmar la de primera instancia y estimando en parte la demanda, declara la validez "como testamento ológrafo del otorgado el 7 de octubre de 1950 por doña Inés", infringe, por violación, los artículos 658, 657, 670 y 675 del Código Civil, en relación con la doctrina legal, infringida en igual concepto, contenida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo, de 8 de junio de 1918, 8 de julio de 1940, 24 de noviembre de 1958 y 10 de diciembre de 1956.

Segundo. Autorizado por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la sentencia recurrida infringe, por interpretación errónea los artículos 689 y 693 del Código Civil; y por violación los artículos 1.964 y 1.969 del propio Código, así como la doctrina legal contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1940, 11 de febrero de 1956 y 29 de septiembre de 1956. El presente motivo, que afronta una importante cuestión jurídica, puede considerarse bien como subsidiario o bien como alternativo respecto del precedente. Si como hemos sostenido en el motivo primero no puede atribuirse el valor y significado jurídico de testamento, y consiguientemente tampoco el de testamento ológrafo, al documento cuestionado, queda con ello combatido el fallo que declara la validez como testamento ológrafo del documento de 7 de octubre de 1950. Mas tanto en la hipótesis, contemplada a fines dialécticos, de que no fuera así como en la de que quisiera concederse primacía a la cuestión jurídica afrontada en este segundo motivo, lo indudable es que el mismo abre otra vía impugnatoria del fallo constituida por la caducidad y, en su caso, por la prescripción enervadora de los derechos de la parte demandante y recurrida.

Tercero. Autorizado por el número dos del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la sentencia es incongruente, infringiendo por violación los artículos 359 y 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y ello porque el artículo 359 exige que las sentencias sean congruentes "con las demandas y demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito". Y formulada como pretensión básica de la demanda que el pretendido testamento



ológrafo "debe ser protocolizado notarialmente en la forma que la Ley previene, a cuyo fin se expedirán al señor Rubén los testimonios o copias de la sentencia que se dicte" era indispensable pronunciarse sobre tal petición, sin que obste a ello el que se haya omitido en el escrito de réplica, porque tal omisión no resulta amparada por el artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que, de un lado, la facilidad de ampliar, adicionar o modificar, no incluye la de omitir, y de otro lado, toda posible modificación la condiciona el precepto al mandato de que no se pueden alterar las pretensiones que sean objeto principal del pleito, característica que concurre en la de protocolización tanto en su significado procesal como en el material; de donde se infiere que, junto a la violación del artículo 359 en relación con ella se da también la del artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

RESULTANDO que admitido el recurso e instruidas las partes se declararon los autos conclusos y se mandaron traer a la vista con las debidas citaciones.

Visto siendo Ponente el Magistrado excelentísimo señor don Antonio de Vicente Tutor y de Guelbenzu.

CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que del estudio de lo acutado se desprende claramente que los dos puntos esenciales a que el litigio se refiere son: Primero. Validez o nulidad del llamado testamento ológrafo otorgado por doña Inés fechado el 17 de febrero de 1951 y que fue protocolizado por auto del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Madrid de fecha 7 de marzo de 1967. Segundo. Idéntica declaración sobre el también designado testamento ológrafo de la misma señora fechado el 7 de octubre de 1950.

CONSIDERANDO que declarado nulo por la sentencia recurrida el referido testamento ológrafo de fecha 17 de febrero de 1951 y de todas sus consecuencias de protocolización y subsiguientes por el que la testadora designaba heredero de sus bienes al que fue su esposo don Juan, tal declaración ha quedado firme y consentida por los litigantes al no haber sido impugnada en el recurso.

CONSIDERANDO que en Cuanto al otro testamento de fecha 7 de octubre de 1950 en el "que la testadora manifiesta que: "Quiero que todo sea para mi primo Rubén", fue impugnado por dos causas que en concreto se reducen a tachar de falsedad el documento y a la caducidad de la acción entablada; y habida cuenta que la resolución impugnada rechaza la falsedad de tal testamento, es evidente que conforme a la jurisprudencia de esta Sala -sentencia, entre otras, de 24 de febrero de 1961 - la comprobación de la identidad del testamento es problema de hecho respetable en casación, por lo que también ha quedado firme tal declaración de no ser falso el testamento referido, al no impugnarse por la vía del número séptimo del artículo 1.692.

CONSIDERANDO que sentado lo anterior y entrando en el estudio del recurso, en el primer motivo, amparado en el número primero de artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la violación de los artículos 658, 667, 670 y 675 del Código Civil y de la doctrina de esta Sala que cita, por entender el recurrente que el testamento de 1950 no puede estimarse como tal al no expresar la voluntad de testar, sin que ni siquiera aparezca en su texto la palabra testamento, ni contiene disposición "post mortem", ni del mismo se deriva un "animus testandi" de la otorgante, ni designa heredero o herencia, ni bienes, no va dirigido al heredero, sino a una sirviente como un encargo u opinión y contiene una disposición de desheredación de su esposo sin expresión de causa, etc. y habida cuenta que, cualquiera que sea el concepto que a esta Sala merezca el documento en cuestión, lo cierto y positivo es que solamente fue impugnado en los escritos de contestación a la demanda y de duplica por falsedad y caducidad, sin que en ningún momento se les opusieran las causas de invalidez que ahora se postulan, es indudable que el motivo constituye una cuestión nueva, como se hizo resaltar en la vista del recurso, que no puede prosperar en casación, con merma de los medios defensivos de la otra parte, conforme viene constante y reiteradamente declarando la doctrina de esta Sala, que obliga a desestimar el motivo.

CONSIDERANDO que el segundo de los motivos, por el mismo cauce procesal que el anterior, denuncia la interpretación errónea de los artículos 689 y 693 del Código Civil- y la violación de los 1.964 y 1.969 del mismo Cuerpo legal y de la doctrina jurisprudencial que cita, basándose para ello en que siendo el plazo de cinco años que señala el artículo 689 de caducidad, transcurrido que fue el 4 de febrero de 1957 por haber fallecido la causante en igual fecha de 1952, no cabe su adverbación y menos en la fecha de presentación de la demanda, que tuvo lugar el 16 de mayo de 1967; y habida cuenta que conforme a dicho 689 el plazo de cinco años es para su presentación al Juez pidiendo la protocolización del testamento y que en caso de ser denegada, como ocurre en el caso contemplado, según el artículo 693 quedará a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio correspondiente; es evidente que esta última acción no nace hasta el momento de ser denegada la protocolización, en cuya fecha comienza el plazo prescriptivo por ser cuando puede ejercitarse y como la negativa dicha se acordó por auto de 15 de septiembre de 1952 hasta igual fecha del año 1967 no se hallaba prescrita al tratarse de acción personal, fecha posterior a la de presentación de la demanda que impide pueda prosperar el motivo.



CONSIDERANDO que, por último, el tercer motivo del recurso se ampara en el número segundo del citado 1.692, con alegada violación de los artículos 359 y 548 de la misma Ley de ritos, sosteniendo la incongruencia de la sentencia al no resolver la petición contenida en el suplico de la demanda de que se protocolizara el testamento de referencia, aunque tal petición se omitiera en el escrito de réplica; y como quiera que conforme al artículo 548 en el escrito de réplica se pueden modificar las pretensiones de la demanda, sin que se alteren las que sean objeto principal del pleito y éste lo constituye la validez o nulidad de los testamentos y no ha sido variado; no concurre la incongruencia denunciada y perece el motivo y con él el recurso en su totalidad.

FALLAMOS

que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por doña Fátima, como heredera e hija adoptiva de don Juan, contra la sentencia que en 14 de abril de 1972 dictó la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid; se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará la aplicación prevenida en la Ley; y líbrese a la citada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala que remitió.

Así, por esta nuestra sentencia, que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" e insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Francisco Bonet.-Antonio de Vicente Tutor y de Guelbenzu.-Federico Rodríguez Solano.-Emilio Aguado.-Manuel González Alegre.-Rubricados.

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

Madrid, a 19 de enero de 1973.-Martín Magdalena.-Rubricado.