

LA VALIDEZ DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO EN EL QUE SE
DISPONE DE UN PISO COMO LEGADO A FAVOR DE UNA
DETERMINADA PERSONA. COMENTARIO A LA STS
NÚM.682/2014, DE 25 DE NOVIEMBRE

VALIDITY OF A HAND WRITTEN WILL IN WHICH A FLAT IS
GIVEN AS A LEGACY IN FAVOR OF A CERTAIN PERSON.
COMMENT ON STS N° 682/2014, OF NOVEMBER 25

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 577-594.

Fecha entrega: 12/12/2014
Fecha aceptación: 01/06/2015

ALMUDENA CARRIÓN VIDAL
Abogada
almudenacarrionvidal@hotmail.com

RESUMEN: El Tribunal Supremo considera que la expresión “deseo que se le entregue un piso a Gema”, contenida en un testamento ológrafo, desprende la inequívoca voluntad de la causante de instituir a Gema como legataria.

PALABRAS CLAVE: testamento abierto, testamento ológrafo, legado alternativo, autenticidad autografía y firma, revocación parcial testamento abierto anterior, existencia de verdadera *voluntas testandi*.

ABSTRACT: The Supreme Court considers that the expression “I want a flat will be given to Gema”, contained in a hand written will, shows a clear willingness of the testator about the fact of to designate Gema as a legatee

KEY WORDS: unsealed will, hand written will, alternative legacy, authenticity of the signature, partial reversal of the previous unsealed will, existence of a true *voluntas testandi*.

SUMARIO: 1. Supuesto de hecho.- 2. Doctrina.- 3. Problemática general del testamento ológrafo en cuanto a su contenido.- 4. La “esencia” del litigio.- 5. Contenido de los documentos manuscritos por la testadora.- 6. Existencia de verdadera “voluntas testando in actu”.- 7. La cuestión de la firma del testamento.- 8. Existencia de un único testamento ológrafo.- 8.1. Consecuencias de la sola existencia del segundo de los escritos de fecha 15 enero 2001.- 8.2. El escrito de 6 mayo 2002, ¿revocatorio del segundo de los escritos fechados en 15 enero 2001?- 8.3. El carácter “interpretativo” o “aclaratorio” del escrito de 2002.- 9. La revocación parcial del testamento abierto anterior.- 10. ¿Naturaleza de “sublegado” de la disposición testamentaria a favor de Carina?

1. Doña Socorro, fallecida el 28 de septiembre de 2005, había otorgado testamento abierto con fecha 13 de abril de 1993, en el que, manifestando su estado de viudez y carencia de descendencia, legaba a su sobrina Doña Yolanda una casa (integrada por varios pisos) sita en la ciudad de Gijón. Asimismo, tras ordenar otros legados, instituía herederos por partes iguales a sus sobrinos Yolanda, Erica, Emma, Martín, Jacobo y Jacobo.

Durante los años 2001 y 2002, Doña Socorro formuló varios escritos (a lo que parece, todos ellos de su puño y letra), e inspirados por el propósito de favorecer a Carina (diminutivo de doña Gema), persona que, al parecer, vino atendiendo y cuidando a la causante (a plena satisfacción de esta)-durante los últimos años de su vida. Las expresiones de la testadora acerca del extremo a que acaba de hacerse referencia no dejan lugar a la duda: “por su buen comportamiento conmigo”, “por el tiempo que lleva conmigo tan atenta y cariñosa”.

Dos de estos escritos (ambos firmados por la causante) llevan la misma fecha (15 de enero de 2001), y constituyen de algún modo-precedente del verdaderamente decisivo, de-6 de mayo de 2002, sobre el cual gira toda la argumentación de la sentencia, que lo declarará válido y eficaz en cuanto constitutivo de un testamento ológrafo.

El elenco documental se cierra con un escrito, sin fecha ni firma, por el que la causante donaba a “Carina” (diminutivo, como se ha dicho, de la aludida doña Gema) la cantidad de 12.000 euros, y un cheque por idéntico importe,

firmado y sin fecha. Las carencias apuntadas impedían desde luego toda consideración acerca del carácter de testamentos ológrafos de los mismos.

Fallecida doña Socorro, doña Gema interpuso demanda instando se declarase la validez y eficacia del testamento ológrafo, siquiera considerando como tales la totalidad de los documentos mencionados.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gijón estimó la demanda, declarando la validez y eficacia de dos de los documentos referidos: el segundo de los fechados el 15 de enero de 2001 y el de 6 de mayo de 2002 (la inexistencia de “voluntas testandi” en el primero, y la ausencia de requisitos formales en el cuarto, impedían de entrada su posible consideración como “testamento”). El eje central de la argumentación del fallo de la primera instancia habría de ser, pues, con toda lógica, el de la existencia de una verdadera voluntad de testar por parte de Socorro en los dos documentos mencionados.

“De los escritos se desprende la clara voluntad de la testadora de favorecer a la demandante...”, advirtiendo asimismo el juzgador de instancia acerca de la falta de prueba por cuanto se refiere a hipotéticas presiones desplegadas por la legataria (doña Gema) sobre la causante en orden al otorgamiento de la disposición, sin que sea suficiente la sola alegación de la existencia de aquéllas, si no va a acompañada de prueba alguna acerca de tales extremos.

Interpuesto recurso de apelación por los sobrinos de doña Socorro, la Audiencia Provincial de Asturias, con sede en Gijón, en sentencia de 10 de abril de 2012, revocó la del Juzgado y desestimó en su integridad la demanda presentada.

Así como la existencia de una verdadera “voluntad de testar” había conducido a apreciar la existencia de testamento ológrafo por parte del Juzgado, el fallo de la Audiencia partirá del extremo contrario: constata la existencia de un simple “ruego”, “exhortación”, “deseo”, “indicación”. Doña Socorro no habría “mandado” u “ordenado” que quería se hiciese con sus bienes para después de su muerte, sin que los herederos/legatarios pudieran alterar su destino:

“No se puede entender que doña Socorro tuviere la resuelta intención de disponer de sus bienes por sí misma de manera definitiva, sino que lo que se exterioriza en dichos documentos es simplemente un deseo que dirige a sus sobrinos, pero no que ella disponga de un bien suyo a favor de un tercero, ya que en ningún momento manifiesta intención de instituir a doña Gema

heredera o legataria de un bien, sino que más bien se dirige a sus herederos para que fueran éstos los que le cedieran un bien, pero sin hacerlo ella”.

En definitiva: entre la “sugerencia” o la “indicación”, y la “orden” y el “mandato”, el fallo de la Audiencia se inclina por considerar que la voluntad de doña Socorro se quedó, “no pasó”, de la primera de las opciones. Se estaría, pues, en el ámbito de los “ruegos”, quizá de las “exhortaciones”, no constitutivas desde luego de una verdadera “voluntas testandi”.

Frente a la sentencia de la Audiencia, la demandante interpuso recurso de casación ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo, fundamentado en tres motivos siquiera reconducibles a una sola cuestión, que el fundamento de derecho primero de la sentencia objeto de comentario, describe en los siguientes términos:

“La calificación de un texto manuscrito –y querido– por una persona de avanzada edad, aunque no se prueba una incapacidad, ni una presión, que “desea” que un piso “se entregue a Gema por el tiempo que lleva conmigo tan atenta y cariñosa”.

La sentencia declara haber lugar al recurso.

2. Presupuesta la capacidad de testar, así como la autenticidad de la autografía y de la firma, extremos todos ellos acreditados en autos, el problema esencia del litigio es el de si concurre la intención de la causante, su voluntad testamentaria de disponer “mortis causa” de un determinado inmueble, un piso, como legado (rectius, sublegado) a favor de una determinada persona, la demandante en la instancia y recurrente en casación, doña Gema.

El texto según el cual “...deseo que un piso se le entregue a Gema”, no puede pensarse que sea un simple ruego (de doña Socorro) a sus sobrinos, herederos, o a la legataria que lo era de la casa entera, sino que era su voluntad (testamentaria), sin que tengan trascendencia jurídica los móviles que le llevan a ello, respecto de los cuales no se ha probado su falsedad.

El escrito de 6 de mayo de 2002 es un verdadero testamento ológrafo, cuyo contenido es un legado alternativo, que revoca parcialmente, sólo en cuanto a dicho sublegado, el testamento abierto otorgado por la misma causante en fecha 13 de abril de 1993.

3. El art. 688 CC contiene una regla de fondo (capacidad) y otras referentes a los requisitos formales que el testamento ológrafo debe cumplir, pero desde una perspectiva distinta a la que contempla el precepto a que acaba de hacerse referencia, el testamento ológrafo puede suscitar otros problemas. Me refiero a los que puede originar el contenido mismo del escrito. Que sea lo suficientemente claro, de modo o manera que no haya dudas de que, efectivamente, se trata de un testamento. Desde esta perspectiva, la oscuridad o imprecisión del texto manuscrito ha dado lugar a que, en ocasiones, la jurisprudencia haya negado que el escrito en cuestión fuere, efectivamente, un testamento. El ológrafo, por su propia naturaleza, por el modo de su otorgamiento, sin la presencia e intervención de notario autorizante que pueda corregir esas imprecisiones u oscuridades, se presta desde luego con probabilidad mucho mayor que el abierto a la existencia en su texto de expresiones oscuras, ambiguas, imprecisas, que dificulten, o incluso hagan imposible, su calificación como negocio jurídico testamentario. La “frontera” entonces entre la simple “sugerencia” o “indicación”, de un lado, y la “orden” o “mandato”, de otro, respecto de lo que el causante quiere que se haga con sus bienes tras su muerte, “frontera” que viene a trazar la línea divisoria entre lo que es testamento y lo que no lo es, puede ofrecerse en el ológrafo mucho más difuminada que en el abierto, en el que, como se acaba de indicar, la intervención notarial puede “dirigir”, “conducir”, “encauzar” (a través de la utilización de los términos en cada caso procedentes) la voluntad del testador. Constata, con razón, SERRANO ALONSO, E.: *Manual de Derecho de sucesiones*. Madrid (2005): Edisofer, p. 112, la división de la doctrina “acerca de las ventajas e inconvenientes de esta forma de otorgar testamento. Gran parte de los inconvenientes se derivan de su facilidad de otorgamiento, facilidad a la que se ha referido en repetidas ocasiones la jurisprudencia (así, la STS 24 febrero 1961, RJ 1961 351, “una persona mayor de edad con sólo saber leer y escribir, aun sin cultura amplia, puede otorgar su testamento en forma ológrafa”), pero facilidad que, de otra parte, aumenta las posibilidades de incurrir el testador en defectos técnicos, consecuencia de la falta de asesoramiento jurídico que normalmente realiza el notario en los testamentos en que interviene, y que pueden privarlo de eficacia”.

Con todo, no parece que las consideraciones que acaban de hacerse, exactas desde luego “en abstracto” para el testamento ológrafo como figura jurídica, puedan venir referidas al supuesto de hecho contemplado por la sentencia, en el que la “voluntad de testar” se manifiesta desde luego con la máxima claridad, tal y como, con pleno acierto, estimó el Supremo en el fallo objeto de comentario.

4. Aunque en el primero de los fundamentos de derecho se afirme que “todo el presente proceso, desde la instancia hasta la casación, gira alrededor de la validez de un testamento ológrafo otorgado por doña Socorro”, lo que quizá podría hacer pensar en una problemática de más amplio espectro (autenticidad de la autografía, de la firma, capacidad de testar, etc.), el eje de la cuestión viene descrito ya como “esencia del litigio” en el segundo de los fundamentos: “Lo que sí plantea problema es si concurre la intención de la causante, su voluntad testamentaria de disponer mortis causa de un determinado inmueble, un piso, como legado (*rectius*: sublegado) a favor de una determinada persona, la demandante en instancia y recurrente en casación, doña Gema”.

En definitiva, se trataba de dilucidar si cabía o no “calificar” como testamento ológrafo alguno o algunos de los documentos (todos ellos manuscritos) y que vinieren firmados por la causante, lo que evidentemente pasaba por determinar la existencia de una manifestación de voluntad de aquélla “ordenando” el destino del inmueble tras su fallecimiento.

Dicho de otro modo, las expresiones utilizadas por doña Socorro acerca de lo que deseaba se hiciese con dicho inmueble tras su muerte ¿perteneían al ámbito de las “sugerencias”, de los “ruegos”, o de las “indicaciones”, o, por el contrario, al de los “mandatos” o “disposiciones” propias de un negocio jurídico testamentario?

5. Resulta ciertamente de interés proceder a la transcripción literal de los citados documentos porque, como se ha dicho, todos ellos presentan como denominador común ese propósito, manifestado de modo más o menos explícito, de favorecer, de beneficiar, a doña Gema, a la que la testadora refiere expresiones de sumo aprecio, y del siguiente tenor: “por su buen comportamiento conmigo”, “por el tiempo que lleva conmigo tan atenta y cariñosa”.

Por cuanto se refiere a los dos primeros escritos, fechados ambos el 15 de enero de 2001, existen entre ellos apreciables diferencias de contenido que habrían de conducir a “concentrar” de alguna manera en el tercero de los documentos (el fechado el 6 de mayo de 2002) su hipotética consideración como testamento ológrafo, consideración esta que acabaría por prevalecer.

El primero de los escritos fechado en Gijón el 15 de enero de 2001, venía firmado por la causante, pero su mismo tenor literal aproximaba más a la simple expresión de un ruego, o recomendación dirigida a sus sobrinos, que a

la constatación de una verdadera voluntad de testar, de disponer “mortis causa” de bienes, a favor de alguien (en el caso, doña Gema):

“Gijón 15 enero 2001. Quiero que cuando yo me muera tengan en cuenta mis sobrinos y Jacobo se haga cargo de cumplir con Carina (Gema) cúmplase esto”.

Presupuesto, como se ha dicho, que el escrito lo era de puño y letra de la causante, firmado por ella, y la constancia de la fecha, se impone concluir que el obstáculo, (insalvable desde luego) en orden a su hipotética consideración como testamento ológrafo venía dado por la inexistencia de una verdadera “voluntad de testar”. Y es que, ciertamente, el tenor literal del escrito parece conduzca más a la simple expresión de “un ruego” o “encargo” (“tener en cuenta mis sobrinos”, “Jacobo se haga cargo de cumplir con...”), que a la existencia de una voluntad testamentaria propiamente tal. Tras su lectura, se tiene desde luego la impresión de estar más en el ámbito de “las sugerencias” o “indicaciones” de lo que la (luego) testadora deseaba se hiciera con sus bienes para después de su muerte, que ante una “orden” o “mandato” de lo que, imperativamente, dispusiere aquélla, sin margen alguno para que los herederos pudieran alterar una voluntad propiamente testamentaria.

El segundo documento, fechado asimismo en Gijón el 15 de enero de 2001, manifestando (a diferencia del anterior) una voluntad propiamente testamentaria, y contando asimismo con la firma de la causante, diríase trata ya de “concretar” de modo más preciso ese propósito o intención de beneficiar a la persona que había venido cuidándola. Y es que, pese a que la expresión de la voluntad de doña Socorro se ofrecía en éste con trazos diríase más enérgicos, más acentuados, que en el documento posterior de 2002, que es el que posteriormente habría de declararse válido y eficaz como testamento ológrafo, adolecía de un mayor grado de imprecisión en cuanto al inmueble concreto del que la causante pretendía disponer a favor de aquélla (“que le den un piso de mi propiedad bien sea en Oviedo o en Gijón”),- imprecisión que, consecuentemente, no podía menos de “proyectarse” de algún modo respecto de la determinación del heredero o legatario “gravado” en su caso por la disposición testamentaria a favor de doña Gema.

“Gijón 15 de enero de 2001. Socorro. Me dirijo a todos mis sobrinos para que le den un piso a Gema de mi propiedad bien sea en Oviedo o en Gijón. Es mi deseo que esto se cumpla por su buen comportamiento conmigo”.

Se llega así al documento tercero, de fecha 6 de mayo de 2002, con el siguiente tenor literal, y asimismo firmado por doña Socorro:

“Gijón a 6 de mayo 2002. Socorro desea que un piso de la casa de la NUM001, CALLE 00NUM000 se le entregue a Gema por el tiempo que lleva conmigo tan atenta y cariñosa”. Firma. “Socorro”.

En este tercer documento, si bien de un lado esa “voluntas testandi”, aun presentándose clara e indubitada, dista sin embargo de ofrecerse con trazos tan enérgicos como en el documento de 15 de enero de 2001 (“Me dirijo a todos mis sobrinos para que le den un piso de mi propiedad. Es mi deseo que esto se cumpla...”), de otro, concretaba ya de modo más preciso y pormenorizado, el inmueble cuya propiedad la testadora quería transmitir a su cuidadora, haciendo recaer el cumplimiento de la disposición testamentaria sobre su sobrina Yolanda, instituida heredera por partes iguales con los restantes sobrinos de la causante, y legataria, además, del inmueble en el que se ubicaba el piso del que la testadora disponía a favor de Socorro.

Se aprecia, por tanto, en este elenco de escritos, una especie de “gradación ascendente”, como si la “voluntas testandi” de doña Socorro fuere “conformándose” de modo progresivo, como por etapas, hasta desembocar ya en un documento en el que esa “voluntas” se ofrece clara, no solo en sí misma, sino también respecto al bien concreto objeto de la disposición testamentaria y, consiguientemente también, como se ha dicho, respecto al heredero/legatario/a gravado/a con el cumplimiento de aquélla. Esta idea de “gradación ascendente”, me parece quizá más exacta que la aludida por la sentencia del Supremo (“Son varios escritos que pueden considerarse como precedentes hasta llegar al discutido testamento ológrafo”, fundamento de derecho primero), y ello por cuanto más que una sucesión puramente “cronológica”, parece tenga que ver más bien con la existencia de una “voluntad testamentaria” de formación “progresiva”, como por fases, que finalmente desembocaría en la expresión de la-ya plenamente formada.

El elenco documental concluye con un escrito, sin fecha ni firma, por el que la causante donaba a “Carina” (diminutivo de la aludida doña Gema) la cantidad de 12.000 euros, y un cheque por idéntico importe, firmado y sin fecha. Las carencias apuntadas impedían desde luego toda consideración acerca del carácter de testamentos ológrafos de los mismos.

6. La STS 10 diciembre 1956 (RJ 1956, 3860), siguiendo la doctrina sentada en la de 8 julio 1940 (RJ 1940, 689), afirmó que: “por ser el ológrafo la expresión “ad extra” de la íntima voluntad del testador en el momento de redactarlo, tal expresión ha de revelar el “animus testandi in actu”, esto es la resuelta intención del testador de disponer de sus bienes por sí mismo en aquellas líneas que está escribiendo y de manera definitiva en aquella ocasión,

y por ello dijo la sentencia de esta Sala de 8 julio 1940 (RJ 1940, 689) que no es verdadero testamento el acto que aun presentando la forma externa, pueda dudarse si constituye un simple esbozo o proyecto y no un acto definitivo o en que el otorgante se limite a aconsejar o rogar respecto del destino de su patrimonio, y que el testamento no valdrá como tal si no consta con claridad la intención de testar, esto es el “animus testandi in actu” a que antes se alude”, añadiendo además el fallo de 1940 que “si bien, en síntesis, es indiferente el modo y términos con que el testador se exprese, siempre es necesaria la esencia de la disposición “mortis causa” en sus palabras”.

Esta era ciertamente la cuestión “nuclear” abordada por la sentencia que se comenta, la clave asimismo de la argumentación de los herederos-para oponerse a la demanda, y el fundamento también de la sentencia de la Audiencia Provincial, revocatoria de la del Juzgado, estimativa de la existencia del testamento.

En la sentencia objeto de este comentario, sin embargo, no sólo se ofrecía meridianamente clara la existencia de ese “animus testandi in actu” antes aludido, sino que también “el modo y términos” con los que la causante se expresaba (como recalca la sentencia 8 de julio 1940), no permitía-calificarlos como “indiferentes” en orden a la constatación de la existencia de esa “voluntad de testar”. O dicho de otro modo: presupuesta la posibilidad de apreciar la existencia de la “voluntad de testar”, incluso al margen en alguna medida del modo y de los términos utilizados por el testador para expresar aquélla, diríase que en la sentencia que nos ocupa *también* los términos utilizados venían a confirmar el propósito de la causante de disponer para después de su muerte del inmueble en cuestión.

Con razón, pues, el ponente excluye la cuestión planteada del marco de la “interpretación”, situándola con acierto en el de la “calificación”. Y es que los términos empleados, por su misma claridad, hacían ciertamente innecesaria su interpretación (“in claris non fit interpretatio”). Se trataba, pues, de “la calificación de un texto manuscrito –y querido– por una persona de avanzada edad, que “desea” que un piso “se entregue a Gema por el tiempo que lleva conmigo tan atenta y cariñosa” (fundamento de derecho primero).

La “voluntad de testar” aparece en el texto literal “... deseo que un piso se le entregue a Gema... No puede pensarse que sea un simple ruego a sus sobrinos, herederos, o a la legataria que lo era de la casa entera, sino que era su voluntad (testamentaria), “deseo”, de que un piso de una casa de la que era propietaria sea destinado a una persona, sin que tengan trascendencia jurídica

los móviles que le llevan a ello, “por el tiempo que lleva conmigo tan atenta y cariñosa”, los que, por cierto, tampoco se han probado que sean falsos”.

“Cuyo texto, si bien es indudable, se completa con elementos extrínsecos,... los dos escritos de puño y letra firmados por la causante, con fecha 15 enero 2001 y que expresan que “se haga cargo de cumplir con Carina...”, sin concretar y “... que le den un piso a Gema... es mi deseo que esto se cumpla...”. “La verdadera voluntad de la causante no puede ser más explícita, tanto más cuanto era una persona lega en derecho y expresa lo que siente y desea, lo que jurídicamente es disponer “mortis causa” de un inmueble de su propiedad” (fundamento de derecho tercero).

De interés, por cuanto a la inexistencia de voluntad testamentaria se refiere, la STS 4 noviembre 2009 (RJ 2009 5835):

“El testador declaró que quería que se cumpliese lo que aparecía en un documento depositado en la Notaría. Para que esta voluntad valiese como testamento se requeriría que hubiese quedado cubierta con la forma del testamento ológrafo, lo que no ocurre aquí, por estar conservado lo que se pretende que valga como declaración de voluntad por causa de muerte, en un documento informático, que no cumple ninguna de las formas requeridas en el Código para la validez del testamento”.

7. La firma del testamento no constituye, ciertamente, cuestión controvertida en la sentencia objeto de comentario. En el fundamento de derecho segundo, la sentencia se refiere, “como extremos esenciales, que no se han discutido y de los que se debe partir” en orden a sostener la existencia de un testamento ológrafo, y por este orden, a la capacidad para testar, la autenticidad de la autografía y de la firma, y a la revocación parcial del testamento abierto anterior, otorgado por la causante en 1993. En lo atinente al segundo de los extremos aludidos, el de la firma del testamento, el fundamento de derecho segundo se refiere a “la autenticidad de la autografía y de la firma que han quedado probadas en autos, como *la habitual* de la testadora” (la cursiva es mía).

La cuestión del carácter “habitual” de la firma empleada por el testador en el ológrafo presenta cierto grado de interés, que no parece descabellado haya que conectar, casi necesariamente, con la famosa STS 8 de Junio 1918 (“Pazicos de mi vida”). Frente a una errónea intelección del término “habitual” (identidad absoluta entre la firma utilizada en el testamento y las (firmas) anteriores del testador en otros cualesquiera documentos), la STS 5

mayo 2011 (RJ 2012 1101), fundamento de derecho tercero,-sienta-importante doctrina al respecto que, por ello, conviene transcribir:

“... los requisitos que exige para el testamento ológrafo el artículo 688 (autografía, firma, fecha y sin enmiendas) no incluye la habitualidad de la firma... Y también es cierto que la doctrina y la jurisprudencia siempre se han referido a la firma “habitual” o “usual”, pero nunca lo han hecho en el sentido de que la misma deba ser *idéntica* a las anteriores sino que no sea una *distinta*, sin nada que ver con la que utiliza normalmente. Como *habitual* debe entenderse la que usa en el momento actual, la habitual en el momento presente, en función de la persona y de sus circunstancias (por ejemplo, la edad), sin poder obviar que la firma evoluciona a través del tiempo y no siempre es idéntica en circunstancias distintas”.

8. Aun afirmándose, con razón, como hizo la sentencia del Juzgado, la validez y eficacia de ambos documentos (del segundo de los fechados el 15 de enero de 2001, y del de 6 de mayo de 2002),-por concurrir en ambos los requisitos de fondo y de forma propios del testamento ológrafo (“de los escritos –explica la sentencia de instancia– se desprende la clara voluntad de la testadora de favorecer a la demandante...”), es claro que venían a constituir un único negocio jurídico testamentario, presentándose el documento de 6 de mayo de 2002 de algún modo como “concreción” (como se ha dicho) del segundo de los fechados el 15 de enero del año anterior, tanto por cuanto se refiere al inmueble mismo objeto de-disposición testamentaria, como en lo atinente a la determinación del heredero/a legatario/a gravado/a con el cumplimiento de aquella.-En este sentido, la sentencia del Supremo refiere, y atribuye, la calificación de “ológrafo”-exclusivamente al escrito de 6 de mayo de 2002.

Cierto grado de interés presenta, no obstante, la cuestión atinente a la “relación” o “coexistencia” entre el segundo de los documentos fechados el 15 de enero de 2001 y el de 6 de mayo de 2002. Interés que, a lo que creo, viene a suministrárselo la sentencia del juez de primera instancia que, como se ha dicho, estimó la validez y eficacia de ambos documentos. A juicio, pues, del juzgador de la instancia, la naturaleza de testamento ológrafo era predicable no sólo del documento de 6 de mayo de 2002, sino también del fechado el 15 de enero de 2001. Es el fallo del TS el que digamos “reduce” esa calificación al escrito de 6 de mayo de 2002, por las razones a que se ha hecho referencia con anterioridad. Pero con todo, el interés que de suyo presenta el tema de las “relaciones” entre ambos escritos vendría ligado precisamente a la hipótesis de que no hubiere existido ese escrito de 6 de

mayo de 2002. ¿Cuáles hubieren sido las consecuencias de la sola existencia del segundo de los escritos fechados el 15 de enero de 2001?

8.1. Presupuesta su calificación como testamento ológrafo, tal y como le atribuye la sentencia del juzgado, calificación que no cabría entender venga después excluida por el fallo del Supremo (digo que no cabría entenderla excluida, por cuanto no parece pueda dársele ese alcance al inciso contenido en el fundamento de derecho primero, y que textualmente, dice:

“... el escrito de fecha posterior, 6 mayo 2002, *es el que se presenta y se discute, como el verdadero testamento ológrafo*, con este texto...” (la cursiva es mía).

No se quiere decir con ello que el escrito de 2001 no fuere un testamento ológrafo. No se está negando tal condición al citado escrito, sino que lo que se quiere decir es algo mucho más simple: presupuesto que el escrito de 2002 “precisa”, “concreta”, “determina” en definitiva, extremos que en ese escrito de 2001 se ofrecían con cierto grado de indeterminación (aunque no propiamente en el sentido jurídico del término) nada más lógico en consecuencia que centrar el análisis, y también la calificación jurídica, en el último de los escritos de la testadora, configurado así como “concreción” o “determinación” del anterior.

Presupuesta así en hipótesis la sola existencia del segundo de los escritos de 2001 (“Me dirijo a todos mis sobrinos para que le den un piso a Gema de mi propiedad bien sea en Oviedo o en Gijón. Es mi deseo que esto se cumpla por su buen comportamiento conmigo”), la aludida “indeterminación” (insisto, no propiamente jurídica) vendría a incidir, de un lado, sobre la persona/s gravada/s con la disposición testamentaria y, de otro, sobre el bien objeto de la disposición.

En cuanto a los gravados con la disposición, tratándose de la atribución a Gema de un bien concreto de la herencia de Socorro, se impone concluir que se trataría de una sucesión a título particular, configurándose así en aquélla la condición de “legataria”. Pero en relación a la persona gravada con el legado (puede serlo el heredero u otro legatario), es sabido caben varias posibilidades de designación, de las que quizá la primera que hay que considerar es, precisamente, la que se contendría en el citado documento de 2001: que el testador se limite a ordenar el legado, pero sin precisar sobre quién/es recae la carga de proceder a su entrega, existiendo varios herederos, como era el caso, y algunos de ellos asimismo legatarios. En el testamento abierto otorgado por Socorro el 13 de abril 1993, legó a su sobrina Yolanda “la casa número NUM000 de la CALLE000, de esta villa de Gijón”, y,

asimismo, tras otros legados, instituyó herederos por partes iguales a todos sus sobrinos.-Yolanda era, pues, heredera y legataria. Pero la proposición: “me dirijo a todos mis sobrinos” (tenor literal del citado documento de 2001), necesariamente habría conducido –por aplicación del art. 859 CC– a entender obligados al pago del legado a todos los instituidos “en la misma proporción en que sean (fueren) herederos”. Los coherederos responderían “mancomunadamente” –en proporción a su cuota hereditaria– y no “solidariamente”.

En cuanto al bien objeto de la disposición (“... que le den un piso de mi propiedad, bien sea en Oviedo o en Gijón”), es sabido que los legados se caracterizan por la amplia gama de posibilidades objetivas de que son susceptibles, y, en el caso que nos ocupa, es claro que se trataría de un “legado alternativo”, figura ésta expresamente contemplada en el art. 874 CC, precepto-que sin embargo no ofrece ninguna descripción o noción de la misma, limitándose el legislador a afirmar que “se observará lo dispuesto para las *obligaciones de la misma especie*, salvo las modificaciones que se deriven de la voluntad expresa del testador”. El causante ha previsto, pues, distintas prestaciones a cargo del/de los heredero/s gravado/s, quienes por tanto serán los legitimados para llevar a cabo la elección entre las diversas prestaciones previstas, conforme a lo establecido por el art. 1.132.1 CC. Dejemos de lado aquí los problemas que podrían suscitarse por cuanto se refiere a la “elección” del piso (de Oviedo o Gijón) que, en su caso, debiere haberse entregado a Gema.

El documento de 2002 cambiará estos planteamientos, aunque más desde luego en cuanto a las personas (la testadora grava ya exclusivamente con el legado a su sobrina Yolanda), que en cuanto al objeto mismo del legado (“un piso de una determinada casa”). A lo que parece, se seguiría estando-en el marco del-“legado alternativo”, siquiera ahora circunscrito ya a alguno de los pisos existentes en un edificio determinado.

8.2. ¿Cabría hablar de efecto *revocatorio* alguno del documento de 2002 sobre el documento de 2001? Llama la atención la discrepancia que resulta entre la sentencia del juzgado y la propia del TS, por cuanto se refiere a la relación entre el tantas veces citado escrito de 6 de mayo 2002 y el segundo de los fechados el 15 de enero 2001. La sentencia del Supremo se ofrece meridianamente clara en cuanto a la consideración, como testamento ológrafo, únicamente del escrito de 6 de mayo 2002. Así, en el fundamento de derecho primero, se afirma:

“... el escrito de fecha posterior, 6 mayo 2002, es el que se presenta y se discute como *el verdadero* testamento ológrafo...”.

Y en el fundamento de derecho tercero, se reitera idéntica afirmación:

“El escrito de 6 mayo 2002 es un verdadero testamento ológrafo que reúne los requisitos formales, es decir, su voluntad “resulta expresada en la forma requerida por la ley. Requisitos que son y se cumplen en el presente caso, conforme al artículo 688 del Código civil, la autografía total, la firma, la fecha, el salvar tachaduras...” [STS 26 noviembre 1968 (RJ 1968 5542)].

Esta atribución, como digo, con carácter exclusivo, de la dicha calificación al escrito de 2002, contrasta desde luego con el criterio mantenido por el juzgador de instancia, que no duda en atribuir aquella a ambos documentos:

“... declaro la validez y eficacia, como testamento ológrafo de la causante, de los documentos nº 9 y 10, presentados con el escrito de demanda...”.

Existe, pues, una cierta diferencia de apreciación: mientras para la sentencia del TS el testamento ológrafo vendría constituido únicamente por el segundo de los documentos, el juzgador de instancia, aun refiriéndose también a un único testamento del tal naturaleza, considera al mismo “integrado”, o “constituido” por ambos documentos.

La sentencia del Supremo excluye al documento más antiguo, y “concentra” la calificación en el de 2002, pero no parece desde luego lo haga con apoyo en un pretendido efecto “revocatorio” de este segundo documento sobre el primero. Realmente, no explica la causa de esa calificación “en exclusiva”, pero es claro que “no la sitúa” propiamente en una hipotética revocación del segundo de los escritos de 2001 por el de 2002.

8.3. El escrito de 2002 presenta un doble carácter: de un lado, y por cuanto se refiere al segundo de los escritos de la testadora fechados en 2001, parece presentarse como un testamento “interpretativo” o “aclaratorio”. De otro, y en lo atinente, al testamento abierto otorgado el 13 de abril 1993, se ofrecería como un testamento “puramente codicilar” [DÍEZ PICAZO, L.: “La pluralidad de testamentos”, en *Estudios de Derecho Privado*. Madrid (1980): Civitas, pp. 370 y 376]. “La declaración interpretativa, contenida en un documento que reúna todos los requisitos de un testamento, es absolutamente vinculante. Puede hablarse entonces de testamento interpretativo o aclaratorio” (DÍEZ PICAZO, L.: “La pluralidad”, cit., p. 371).

Y es que la declaración unilateral que interpreta un negocio jurídico unilateral no recepticio debe considerarse como formando parte integrante del negocio interpretado y constituyendo con él un negocio objetivamente complejo, en cuanto que son varias declaraciones de un único sujeto encaminadas a reglamentar una misma materia.

Desde la perspectiva del art. 739 del CC, “es evidente que el testamento aclaratorio no revoca el testamento aclarado y que la dedicación del nuevo negocio a una función meramente interpretativa es de por sí una declaración de subsistencia del testamento anterior” (DÍEZ PICAZO, L.: “La pluralidad”, cit., pp. 371-372).

De otro lado, y por cuanto se refiere ya a la incidencia de ese negocio jurídico testamentario ológrafo, y objetivamente complejo (por cuanto integrado por varias declaraciones) sobre el testamento abierto otorgado en 1993, parece se imponga concluir que se trataría, como se ha apuntado en precedencia, de un testamento “puramente codicilar”, denominándose así “a aquél en el cual el testador se limita a establecer uno o varios legados, u otras disposiciones particulares, sin establecer nada en cuanto a la institución de heredero”. Coexistiría así “un testamento codicilar posterior con un testamento pleno anterior” (DÍEZ PICAZO, L.: “La pluralidad”, cit., pp. 376-377), siquiera en el supuesto concreto contemplado por la sentencia que se comenta, ese testamento “puramente codicilar” (ológrafo) y desde luego revocatorio parcialmente del testamento abierto otorgado en 1993 (cfr. STS 12 junio 2002 (RJ 2002 8581),-se ofrecería a su vez-como un negocio objetivamente complejo, con apoyo en el argumento apuntado en precedencia.

Nos hallaríamos, pues, en el ámbito genérico de la “compatibilidad testamentaria”, tan certeramente estudiada por el Profesor DÍEZ PICAZO en el marco más general de “la pluralidad de testamentos”. Y es que “dentro del concepto genérico de compatibilidad, como posibilidad lógica de coexistencia, puede aislarse una especie de gran interés a la que vamos a llamar “compatibilidad por disparidad del ámbito de extensión objetiva de los testamentos” (DÍEZ PICAZO, L.: “La pluralidad”, cit., p. 376). Cada testamento tendría así acotado su ámbito de aplicación, ámbito que sería distinto en cada uno de ellos, como lo sería asimismo su contenido económico.

9. El fallo de la sentencia declara “parcialmente revocado, sólo en cuanto a este piso se refiere, el testamento abierto otorgado por dicha causante en fecha 13 abril 1993”. El alcance de la revocación viene abordado así mismo en el fundamento de derecho segundo, que afirma “ser evidente e indiscutido

por las partes que el testamento ológrafo dispone un sublegado (legado a cargo de una legataria) sin revocar el testamento abierto anterior”.

Presupuesta, claro es, la revocación parcial del testamento abierto de 1993 por el ológrafo posterior, se impone desembocar en la compatibilidad entre ellos, o lo que es lo mismo, en “la posibilidad de coexistencia, o mejor aún, de conjunta ejecución” (DÍEZ PICAZO, L.: “La pluralidad”, cit., p. 375).

De gran interés para la cuestión, STS 4 noviembre 1961 (RJ 1961 4436), por el elevado grado de similitud entre el supuesto fáctico abordado por aquella y el propio de la sentencia que se comenta:

“La sentencia recurrida, con olvido de la derogación del testamento abierto en todo lo que se oponga o resulte incompatible con el testamento posterior, el ológrafo, sitúa en el mismo rango a las liberalidades de ambos testamentos, con agravio de los principios que desenvuelve el artículo 739 del Código civil y desnaturaliza la postrera declaración de voluntad solemne y autorizada del ‘de cuius’ que justamente en su último testamento y al solo fin de premiar con los legados que ordena de preferencia sobre los del testamento abierto los señalados servicios del legatario, se decide a otorgarlo, respetando su testamento anterior, pero naturalmente en todo aquello que no impidiera el libre juego de su voluntad para la plena efectividad de los legados que el testamento ológrafo contiene...” (considerando décimo).

10. El fundamento de derecho tercero, por cuanto se refiere al contenido mismo de la disposición albergada en el testamento ológrafo, la califica textualmente como “un legado alternativo”, “un piso de la casa”, “que contempla el artículo 874... ya que la casa entera la había legado a una sobrina suya (codemandada), lo que le da la naturaleza de sublegado”. Parece se den así en el supuesto contemplado las figuras del “prelegado”, de un lado, y del “sublegado” de otro: la primera, por cuanto el legatario puede ser él mismo heredero, es el legado dispuesto a favor del heredero el que se denomina “prelegado”; la segunda, por cuanto el propio legatario puede ser gravado con un legado, originándose entonces la figura del “sublegado” (legado a cargo del legatario).

A Yolanda, sobrina de la testadora, le había sido atribuido (en el testamento abierto otorgado en 1993), y en concepto de “legado” el inmueble al que sin duda pertenecía el piso (“un piso) respecto del cual la testadora (ahora en testamento ológrafo de 2002) manifestaba su voluntad “de que le fuere entregado a Gema por el tiempo que lleva conmigo tan atenta y cariñosa”. Pero, en ese mismo testamento abierto de 1993, en el que asimismo se

ordenaban otros legados, la citada sobrina venía asimismo instituida heredera “por partes iguales” (juntamente con los restantes sobrinos de la testadora, Erica, Emma, Martín, Jacobo y Jacobo”) en el activo hereditario restante. Concurría, pues, en Yolanda la doble condición de “heredera” y de “legataria”. Ello quizá venga a arrojar un cierto grado de duda en cuanto a la procedencia de calificar como “sublegado” el ordenado por la testadora a favor de la persona que la vino cuidando, y ello por cuanto la disposición testamentaria gravaba a un heredero que era, asimismo, legatario. “Según el gravado sea heredero o legatario, tendremos un legado o un sublegado” [LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Derecho de sucesiones*. Barcelona (1981): Librería Bosch, pp. 297-298]. Quizá resulte razonable entender que la existencia de un “sublegado” requiera que el gravado por aquél sea, exclusivamente, legatario, y que en consecuencia la solución deba ser otra cuando asimismo se de en él la condición de heredero. Y ello parece podría fundamentarse asimismo en el régimen de la responsabilidad por deudas y cargas de la herencia, notoriamente diferenciado en uno u otro caso.