

7 de marzo de 1949.

JUICIO UNIVERSAL DE ABINTESTATO

- Expediente de declaración de herederos abintestato.
- Juicio universal de abintestato.
- Nulidad de actuaciones por aparición ulterior de testamento ológrafo.
- Suspensión definitiva de los autos de juicio universal.

- Fraude procesal.
- *Bona fides*.
- Competencia jurisdiccional para sustanciar el juicio universal de abintestato: criterio del lugar del fallecimiento del causante.
- Heredero único y universal.
- Improcedencia para la adjudicación de los bienes hereditarios del «juicio universal».
- Actuaciones procesales innecesarias y buscadas de propósito con fines fraudulentos y torcidos.

- Nulidad del testamento ológrafo y de las diligencias de protocolización.
- No es posible procesalmente discutir en un «incidente» derivado de un juicio universal de abintestato la validez o la nulidad de un testamento.

Derecho Internacional privado

- Regla *locus regit actum*.
- Principio de aplicación de la «ley personal».
- Excepciones: autonomía de la voluntad; el orden público internacional y el principio jurídico *locus regit actum*.

- El juicio de abintestato cesa tan pronto como aparece una disposición testamentaria.

Legitimación procesal

- Protección de la apariencia jurídica.
- La seguridad del tráfico.
- Legitimación del heredero real y legitimación del heredero aparente.
- Presentación del testamento en el juicio universal de abintestato.
- Alcance de sus efectos.
- «Retroactividad» - o «ultractividad».
- Nulidad radical, anterior y posterior a la presentación del testamento.

- Sistema procesal de garantías; sistema «preventivo» y sistema «reparador».

DICTAMEN

SOBRE NULIDAD DE ACTUACIONES EN JUICIO UNIVERSAL DE ABINTESTATO

ANTECEDENTES

Doña Elena Tietz Schumann, antes por matrimonio -luego anulado- Samson, es alemana de nacimiento y *aria*. Casó en Alemania con un Sr. Samson, también alemán, pero *semita*. El matrimonio Samson vivió en Alemania hasta que en 1933 tuvo lugar el advenimiento de Adolfo Hitler al Poder como Führer-Canciller del III Reich alemán. Entonces, y como consecuencia de la política antisemita del nacional socialismo, huyeron a Francia y se instalaron en París.

En 1939 estalla la segunda guerra mundial. Los Samson, como todos los alemanes residentes en Francia, van a parar a un campo de concentración. Cuando tiene lugar la invasión alemana, Samson huye, mientras ella, Elena Tietz, se traslada a París, se presenta al alto mando militar alemán a quien pide, invocando su condición de alemana no judía un piso que allí tenía y que había sido requisado. El mando militar se lo entrega y le pide que trabaje por Alemania. Elena Tietz se pone en relación con el propietario – judío- de un importante establecimiento de peletería, celebra con él un convenio, cuyos términos y alcance no interesa ahora exponer, y organiza allí un comercio de tejidos para suministrar éstos al mando de la Marina alemana . Hay escasez de existencia y un día el oficial a quien el mando había encargado de estos asuntos, le presenta a un tal Michel Szkolnikoff, ruso de nacimiento, al parecer polaco de nacionalidad, judío. En su presencia, dijo el Hauptman a la Sra. Samson: «Yo soy un oficial alemán, me falta mercancía para mis soldados, Szkolnikoff está muy perseguido como judío, pero él tiene mercancía -bloqueada- y entiende este asunto como nadie . Trabaje usted con él y utilícelo.» Elena Tietz se aplicó a la tarea y, no sin dificultades, consiguió en 1941 el desbloqueo de una partida de tejidos que pertenecían a Szkolnikoff (la situación anterior procedía de medidas dictadas por el Gobierno francés, que, al producirse la guerra, no fue menos duro con los judíos que el alemán) y que se vendió por cien millones de francos, que fue la base de una gran fortuna que, al parecer, realizaron juntos en aquel tiempo.

En sus actividades estuvo siempre vigilada y perseguida por la Gestapo, que no olvidaba estaba casada con un judío y asociada con otro; pero contó, en todo caso, con la defensa y protección del mando militar y de la SS.SS., siendo un general de esta organización -actualmente prisionero de los franceses quien la puso en libertad en una ocasión en que fue detenida por la Gestapo y de quien ella, luego, logró ordenara la libertad de Szkolnikoff y de toda su familia, que asimismo había sido detenida.

Al declinar la estrella de las armas alemanas fue advertida de la situación de peligro que iba a crearse y recibió el consejo de que se trasladara a España, lo que hizo en unión de Szkolnikoff, pero pasando antes unas semanas en Mónaco.

Llegados a España, se instalaron en un importante hotel de Madrid. De la gran fortuna que en Francia acumularon, por razones y circunstancias que no es del caso exponer,

sólo un automóvil y alhajas valoradas en cuatro o cinco millones de pesetas pudieron traerse consigo.

Con la pasión y el genio mercantil propios de su raza, Szkolnikoff, en España, seguía planeando asuntos y un día - el 10 de junio de 1945- cayó en la celada que le tendieron unos franceses llegados a Madrid con el aparente propósito de proponerle nuevos negocios -al parecer comunistas franceses y fue asesinado por éstos en El Molar.

Un sujeto recluso en una cárcel de Madrid y que dice llamarse Ajzik Szkolnikoff y ser padre del asesinado en El Molar obtuvo en el Juzgado de Caspe un auto de declaración de heredero «abintestato» a su favor y, más tarde, en Madrid, promovió juicio universal abintestato en el que, después de haberse practicado varias diligencias, irrumpió, mediante demanda incidental de previo y especial pronunciamiento, la Sra. Samson, presentando un testamento ológrafo otorgado en Mónaco el 7 de enero de 1944 por Michel Szkolnikoff en el que juntamente con Olga Kasakevitz le instituía legataria general y universal y solicitando la nulidad de actuaciones en el juicio universal. La representación de Ajzik Szkolnikoff se opuso a la demanda incidental y solicitando la continuación del procedimiento. El Juzgado dictó sentencia declarando la suspensión definitiva de los autos «en el trámite en el que se presentó el testamento ».

Notificada que fue la sentencia, el Procurador D. Saturnino López del Olmo, en nombre de D.^a Elena Tietz Schumann, solicitó aclaración de la misma para saber si se trataba sólo de suspensión desde el momento en que el testamento fue practicado o del sobreseimiento total del juicio abintestato desde su iniciación y el Juzgado dictó auto de aclaración en 7 de junio de 1947, cuyos considerandos y parte dispositiva dicen así:

«CONSIDERANDO: Que si bien es cierto que en la parte dispositiva o fallo de la sentencia cuya aclaración se solicita se dice únicamente "decretando en consecuencia la suspensión definitiva de estos autos", también lo es que al final del considerando cuarto y al concretar el razonamiento legal que en el mismo se hace se añade "y en el trámite en que se presentó el testamento", con lo cual fácilmente se entiende que las diligencias practicadas hasta ese momento, por estar acordadas en estricto cumplimiento de lo que disponen los artículos 959 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, y por tratarse en realidad de medidas aseguratorias que a ninguna de las partes perjudican ni nada prejuzgan para lo sucesivo, fueron y son válidas y legítimas y no deben anularse como parece se pretende por la parte que solicita la aclaración. Y que se diga que este acuerdo es incongruente por no haberse así solicitado específicamente por las partes en los suplicos de sus respectivos escritos; porque además de que la jurisprudencia tiene resuelto que no es preciso "que los pronunciamientos se ajusten literal y rigurosamente a las peticiones de las partes" (sentencia de 28 de noviembre de 1933) y hasta que "sus declaraciones tengan la eficacia jurídica necesaria para que queden resueltos todos los puntos objeto del debate" (sentencia de 11 de febrero de 1920) para que puedan calificarse de congruentes y de que en realidad en ese acuerdo se resolvía la última petición hecha por el demandado en su escrito de contestación "ordenando además la continuación del juicio, es que, además, repetimos, el proveyente puede y debe acordar de oficio las suspensiones del abintestato a la vista del testamento sin necesidad de que así se lo pidan las partes.

CONSIDERANDO: Que por todo lo dicho y atendiendo a lo solicitado por el recurrente, se debe aclarar la sentencia a que se refiere este recurso en el sentido de que la

suspensión definitiva acordada no equivale al sobreseimiento total del juicio de abintestato, siendo válidas las actuaciones practicadas hasta el momento de presentarse el testamento, especialmente las referentes a las medidas de seguridad, custodia y administración de los bienes ocupados.

CONSIDERANDO: Que en atención a la intervención unilateral de la parte recurrente en este recurso, procede imponerle las costas del mismo.

SS.^a POR ANTE MI EL SECRETARIO DIJO: Que aun cuando en el texto de la parte dispositiva de la sentencia en relación con lo que se dice en el párrafo último del considerando cuarto, aparece suficientemente clara la intención y alcance de la suspensión definitiva acordada, sin embargo, para más claridad se hace constar por este auto que la suspensión definitiva acordada no equivale al sobreseimiento total del juicio de abintestato, siendo válidas las actuaciones practicadas hasta el momento de presentarse el testamento, especialmente las referentes a las medidas de seguridad, custodia y administración de los bienes embargados, imponiendo expresamente las costas de este recurso a la parte que representa el Procurador Sr. López del Olmo.

Y proveyendo en orden a lo solicitado en el otrosí del escrito del Procurador D. Saturnino López del Olmo, fecha cuatro del actual y a lo solicitado también por el Procurador D. Santos de Gandarillas Calderón en el suyo de la misma fecha se admite libremente y en ambos efectos la apelación que en tiempo y forma han interpuesto ambas representaciones contra la sentencia del dos del mes en curso; y para su sustanciación elévense los autos originales a costa de los apelantes a la Excm. Audiencia del territorio por conducto de su Excmo. Señor Presidente, citando y emplazando previamente a los procuradores de todas las partes personadas en el juicio para que comparezcan ante dicho superior Tribunal en el término de veinte días.

Así lo proveyó, etc...))

Emplazadas las partes y elevados ya los autos originales a la Audiencia Territorial de Madrid (Sala Primera de lo Civil), se

CONSULTA

1.º Después de que examine el Letrado consultado los autos, ¿considera normal el desarrollo procesal que tuvieron?

2.º ¿Es admisible el criterio del juzgador de instancia al decretar en el juicio universal de abintestato la suspensión de actuaciones sólo desde el momento en que, con la demanda incidental, fue presentado el testamento ológrafo y concediendo validez a las actuaciones practicadas con anterioridad, especialmente las referentes a las medidas de seguridad, custodia y administración de los bienes embargados, con motivo de las cuales se produjeron gravísimas irregularidades que han dado lugar ya a un procedimiento criminal?

3.º Se desea asimismo obtener del Letrado la argumentación que estime fundada para mantener ante la Audiencia el recurso de apelación.

DICTAMEN

El asunto *Szkolnikoff*, en la fase *Szkolnikoff*, es decir, en cuanto se tramita a instancia del padre del causante, constituye un caso flagrante de *fraude procesal*, en el que no sólo está comprometida la consideración que a los Tribunales puede merecer la *bona fides*, o más modestamente la «seriedad procesal» (que esto es lo burlado en el fraude procesal), sino, lo que es más grave e importa más, el prestigio de la justicia española fuera de las fronteras de la Patria. Aunque en realidad la *justicia* no admite apelativos; no hay justicia española o francesa, sino justicia a secas. Y sirviendo a esta justicia, justicia absoluta, justicia intrínseca, es como quedarán - de añadidura- satisfechas todas las demás consideraciones nacionales, forenses, etc.

Fraude procesal. El fraude procesal implica la utilización del proceso judicial para la obtención de fines torpes o ilícitos. Y en el caso presente, en el caso consultado, se diagnostica por una multitud de anomalías de las cuales por de pronto, sólo vamos a referirnos a dos:

1.º La irregularidad en la obtención de la declaración de herederos abintestato a favor de Ajzik Szkolnikoff, y

2.º El apoderamiento de una parte de los bienes hereditarios por persona ajena a la herencia.

1.º Michel Szkolnikoff, ruso blanco, apátrida al parecer, había residido últimamente en Francia y de allí había venido a España, a residir en Madrid, en donde habitaba en un hotel, según antes se ha dicho. Muere de muerte violenta en el término de El Molar, provincia de Madrid, y, sin embargo, su supuesto padre incoa, tramita y obtiene la declaración de herederos abintestato en el juzgado de Primera Instancia de Caspe, provincia de Zaragoza, en ocasión de hallarse regentado por el Juez Comarcal D. Sancho Rebullida.

Sabido es que el procedimiento de declaración de herederos abintestato forma parte del título de la Ley de Enjuiciamiento civil dedicado al Juicio universal abintestato. Pues bien, la competencia para conocer de esta clase de juicios universales (y, por consiguiente, de las *declaraciones* de herederos), está determinada en la regla 5.ª del artículo 63, referida al lugar en que hubiera tenido el finado el último domicilio, agregando que si lo hubiere tenido en país extranjero será juez competente el del lugar de su último domicilio en España, o donde estuviere la mayor parte de sus bienes.

Ninguna de estas circunstancias concurría en el partido judicial de Caspe, ni con respecto al domicilio ni en relación con los bienes de Szkolnikoff. Por los caminos normales no puede explicarse el porqué de aquella actuación. Cabe pensar que el supuesto heredero abintestato (tampoco él por su ignorancia de nuestras cosas, sus consejeros seguramente) acudió al Juzgado de Caspe por la singularidad que en aquella población concurre de haber sido sede del Tribunal que, bajo la autoridad de *San Vicente Ferrer*, tramitó uno de los más resonantes procesos de sucesión hereditaria que se han suscitado en la Historia; la sucesión de la Corona de Aragón, a la muerte del rey

D. Martín el Humano. Fue allí, en Caspe, en donde en 15 de junio de 1412 se declaró Rey de Aragón a D. Fernando el de Antequera.

Han transcurrido más de cinco siglos y si entonces aquella jurisdicción se cubrió de gloria resolviendo tan espinosa cuestión sucesoria con formas tan ejemplar y correctamente jurídicas, no puede decirse hoy lo mismo de esta jurisdicción de Caspe que no ha rendido, ahora en el siglo XX, el mismo respetuoso acatamiento a la norma jurídica, ya que conoció sin apoyo de competencia y resolvió sin documentos probatorios del parentesco.

Pero esa cabeza de puente del fraude procesal, que podemos denominar el «anticompromiso de Caspe», tiene su complemento en la *iniciación a instancia de parte* del juicio universal de abintestato, en un Juzgado de Madrid, formulado por el supuesto padre de *Szkolnikoff*, en fecha 3 de enero de 1947, año y medio después del fallecimiento del causante. (Subrayamos lo de la *iniciación* «a instancia de parte», al ocuparnos del punto principal de la apelación que consideramos.)

Ya coadyuva al fraude procesal la circunstancia de que *siendo uno solo* el supuesto heredero abintestato, se incoe un *juicio universal*, cuya finalidad es la división y adjudicación de los bienes hereditarios -sentencia de 25 de mayo de 1928-, división imposible si el heredero es único. Falla, pues, uno de los supuestos legales de este proceso universal: la pluralidad de los herederos, que es lo que puede hacer necesaria la intervención judicial.

Pero también eran innecesarias, en el momento en que se pidieron, las diligencias preventivas, cautelares, de conservación; pues si el supuesto padre había obtenido la declaración de herederos a su favor, sobraban unas actuaciones provisionales cuya finalidad no es otra que la conservación de la herencia hasta que se sepa quiénes son los herederos abintestato y qué parte corresponde a cada uno de ellos en la herencia.

2.^a Finalmente, el fraude procesal llega a su cúspide inaudita, a su asombrosa y audaz consumación, cuando a pretexto de una supuesta cuenta jurada de honorarios, se embargan y se adjudican los derechos hereditarios y con ellos se entregan a un tercero cuerpos ciertos de la herencia, a ciencia y paciencia del supuesto heredero.

Aquí abrimos como un paréntesis para que quede explicado este punto referente a la cuenta jurada del Letrado y el procedimiento por el cual pasaron a su poder el automóvil de Michel Szkolnikoff y las alhajas que llevaba consigo en el momento de su muerte, lo que consideramos necesario para completar en forma debida la relación de antecedentes del problema sometido a dictamen.

(El Juzgado de Madrid que tramitaba el juicio universal de abintestato se hizo cargo de las alhajas que llevaba Szkolnikoff, que consistían en un reloj de platino orlado de brillantes de gran valor, una sortija con un rubí en cabouchon y brillantes y unos gemelos de camisa y también de automóvil, marca Alfa Romeo, M. 71128, de lo que se hizo entrega para su custodia al administrador del abintestato, cargo que se hizo recaer en un sujeto que dijo llamarse Gregario Szkolnikoff y ser hermano del muerto. Este nombramiento se hizo por providencia de 28 de enero de 1947, *con relevación de*

prestar fianza. El sujeto en cuestión era indocumentado e insolvente, por lo que fue más tarde expulsado por la policía del territorio nacional.

Las alhajas y el automóvil citados eran bienes pertenecientes a la herencia de Szkolnikoff y estaban constituidos en depósito y en administración para su conservación y custodia a favor de los herederos del causante.

El Letrado de Ajzik Szkolnikoff -el supuesto padre de Michel Szkolnikoff- formula cuenta de honorarios por un importe aproximado de *dos millones y medio de pesetas* por los honorarios profesionales devengados en el juicio de abintestato de que se viene haciendo referencia. Se promueve ante el Juzgado expediente de jura de cuenta tomando como base los minutos del citado Letrado y se traba embargo sobre los derechos hereditarios de Ajzik y Gregorio Szkolnikoff y sobre los bienes que por razón de tales derechos hereditarios pudieran corresponderles en la sucesión de Michel Szkolnikoff para pagar la deuda que tenían con su Letrado. Practicada la tasación de los expresados derechos se sacaron a subasta y se adjudicaron por las dos terceras partes de su evalúo y se adjudicaron al Letrado, quien solicitó y obtuvo la entrega del automóvil y las alhajas citadas, no obstante estar depositados para su conservación y custodia a las resultas del juicio abintestato y de ser bienes *que no pertenecían a los deudores, sino a la herencia del causante.*)

EL INCIDENTE Y LA SENTENCIA RECURRIDA

En el juicio universal de abintestato, iniciado a instancia del supuesto heredero Ajzik Szkolnikoff, revestido de la patente de corso que supone el asunto de declaración de Caspe; cuando ya se han practicado unas cuantas diligencias judiciales irrumpe en el proceso la Sra. Tietz Schumann Samson, aportando un testamento ológrafo protocolizado del causante Michel Szkolnikoff, adverado y solemnizado en el Principado de Mónaco, y solicitando estas dos cosas: que se declare el derecho preferente de los herederos testamentarios, y que se declare la improcedencia de este juicio de abintestato.

Como fundamento de esta demanda incidental de previo y especial pronunciamiento, se acompaña el testimonio de la protocolización del testamento ológrafo, otorgado en 7 de enero de 1944, en Mónaco, por Michel Szkolnikoff, visado por el Presidente del Tribunal de Primera Instancia de Mónaco en 18 de julio de 1945, protocolizado por el Notario de Mónaco Augusto Settimo en 1 de agosto de 1945, con diligencia de publicación y descripción del testamento.

La parte demandada en el incidente, el supuesto heredero abintestato promotor del juicio universal, se opone a la demanda incidental solicitando se declare la nulidad del testamento ológrafo, la validez del auto de declaración de herederos, en todo caso la nulidad del testamento en cuanto afecta a la institución en favor de la reclamante y a la legítima que corresponde al contestante, ordenando la continuación del juicio de abintestato.

Las razones de la oposición no pueden ser más absurdas. Se impugna la identidad de la heredera testamentaria promotora del incidente. Se pretende que testamento ológrafo es nulo; y se incurre en contradicciones como la de negar posibilidad de aplicar un estatuto

personal a quien carece de nacionalidad y al invocar unos derechos legitimarios a favor del padre, derechos legitimarios que naturalmente habrían de fundarse en el estatuto personal del testador o *de cuius*.

Practicada la prueba, en la que puerilmente se insistió de adverso sobre los apellidos de mi patrocinada, el Juzgado dictó sentencia en la cual se rechazan las recíprocas pretensiones de las partes de que se declare el derecho preferente de los herederos testamentarios y de que se declare la validez del auto de declaración de herederos y la nulidad del testamento. Y en cuanto a la procedencia o suspensión del juicio universal de abintestato, la sentencia decreta la *suspensión definitiva de los autos* y remitir a las partes interesadas para que en el juicio declarativo correspondiente ejerciten los derechos que crean tener sobre la sucesión de Michel Szkolnikoff.

De esta sentencia, mi patrocinada la Sra. Tietz Schumann pidió aclaración, a la que el Juzgado accedió haciendo constar, en auto de 7 de junio de 1947, que la suspensión definitiva acordada no equivale al sobreseimiento total del juicio de abintestato, siendo válidas las actuaciones practicadas hasta el momento de presentarse el testamento, especialmente las referentes a las medidas de seguridad, custodia y administración de los bienes embargados.

Y contra la sentencia, así aclarada, ambas partes interpusieron recurso de apelación.

Esta parte tiene, por un lado, que combatir el recurso de apelación de la parte contraria y, por otro lado, que impugnar la sentencia en lo que tiene de desfavorable para las pretensiones deducidas al promover el incidente.

El recurso de apelación de la parte contraria seguramente se basará en los mismos fundamentos que se invocaron al oponerse al incidente. Esos fundamentos absurdos eran: la falta de personalidad (por falta de identidad) de mi patrocinada; y la nulidad del testamento. Se pedía, por el demandado, que se declarase la nulidad del testamento ológrafo presentado y la continuación del juicio de abintestato.

El punto referente a la personalidad de la Sra. Tietz Schumann o Samson está suficientemente esclarecido en la prueba y en los considerandos de la sentencia. Se diría que nuestro contradictor ha ideado el pasatiempo de los apellidos conyugales como operación táctica de «distracción». Insistir más en este extremo sería tanto como tomar en serio esa nube con que se pretende velar la claridad del debate. Es ofensivo para el conocimiento que se tiene de la vida de familia extranjera y es contrario a las relaciones existentes entre países civilizados, el tratar de entorpecer la actuación de los Tribunales suscitando a éstos cuestiones como la indicada.

Por fortuna, la Magistratura española es suficientemente culta, para salir al paso de estas piruetas forenses.

La nulidad del testamento ológrafo, presentado por nuestra parte, es otra pretensión de Ajzik Szkolnikoff, para apoyar sobre ella la desestimación de nuestra pretensión. Pero la cuestión así planteada estaba llamada a fracasar, por ambiciosa, por intentar abarcar más de lo que procesalmente era viable. Y es que nuestro adversario, olvidando que nos hallábamos en el incidente de un juicio universal de abintestato, ha confundido estas dos cosas:

- la *nulidad* (o validez) del testamento aportado;
- con la eficacia o *ineficacia* de dicho testamento a efectos de los presupuestos legales del juicio de abintestato.

Es evidente –y en esto es correcta la argumentación que sobre el particular se contiene en los considerandos de la sentencia apelada- que no es procesalmente posible discutir en un incidente de un juicio universal de abintestato la validez o la nulidad de un testamento. Es materia propia de un juicio declarativo y, por consiguiente, toda tentativa de impugnación que se pretenda fuera del ámbito del proceso de cognición tipo, como es el juicio ordinario, está llamada a fracasar.

Es, por demás, impertinente plantear la impugnación del testamento en la *contestación* del incidente, formulando una especie de reconvención que ningún precepto legal autoriza en la sumariedad del incidente.

Y precisamente por lo mismo que no hay términos hábiles para esa discusión, hemos de abstenernos de justificar o demostrar la validez de un testamento que, por otra parte, no necesita demostración. Como documento se halla revestido de cuantas formalidades extrínsecas son exigidas a un documento extranjero de su naturaleza. Y como testamento ológrafo protocolizado le es atribuible la validez intrínseca que resulta de la aplicación de la regla de Derecho Internacional Privado *locus regit actum*, aplicable a los testamentos y recogida en el artículo 11 de nuestro Código civil.

Por lo demás, y volviendo al problema de Derecho Internacional Privado que con poca fortuna quiso plantear la otra parte, diremos que es cierto que aquél es *personalista*, esto es, que parte del principio de la *Ley personal*, pero esto con tres excepciones, a saber: 1.^a La autonomía de la voluntad. 2.^a El orden público internacional. 3.^a La regla *locus regit actum*, pero entiéndase bien son estas excepciones de aquel principio que se anteponen a él; son más propiamente limitaciones al principio de la ley personal. Esto es, el principio se aplica después que ellas. El testamento -autonomía de la voluntad- tiene utilización y vigencia universal, no va contra el orden público internacional, y se ha acomodado, además, en el caso consultado a la regla *locus regit actum*.

Mas, como ya dijimos, esta cuestión, de momento, no nos interesa. El problema jurídico esencial no es éste, no es el de la validez o nulidad del testamento, sino el de su eficacia o ineficacia con relación a los supuestos legales del juicio universal de *abintestato*, es decir, en cuanto sirve para demostrar que en el supuesto caso falta el supuesto primordial de que parte la Ley que es el del que el causante haya fallecido sin haber otorgado disposición testamentaria, requisito inexcusable para que pueda sustanciarse un proceso universal que por ello se denomina «abintestato» o intestado.

Aparte lo que ya resulta y significa de la rúbrica misma del Título IX del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento civil «De los abintestatos», ese requisito consta exigido además en el artículo 960, número 2.º, que para la prevención del abintestato exige «que no conste la existencia de disposición testamentaria»; en el artículo 965 y en el 966 que exigen información de que el causante ha muerto sin testamento; en el artículo 974, respecto a la petición de «prevención» a instancia de parte; y en todos los demás preceptos en los que se da por supuesto, siempre, que el causante no testó. De suerte que en cuanto aparece un testamento del causante, se acredita la falta de ese supuesto legal y cae por su base todo el procedimiento, de la misma manera que la aparición de ciertas

circunstancias que señala el artículo 1.467 de la Ley anula el juicio ejecutivo, cuando se producen.

El testamento protocolizado presentado por mi patrocinada ¿tiene virtualidad para dar por destruido o anulado el supuesto legal del abintestato?

El Juzgado así lo ha entendido, en principio, puesto que ha acordado la suspensión definitiva del juicio universal, siquiera se haya quedado a mitad de camino en cuanto no lo ha declarado improcedente sino a partir del momento de la presentación del testamento. Y esa virtualidad destructora del supuesto legal del abintestato tenía forzosamente que atribuirse al testamento presentado, como consecuencia o aplicación de una institución jurídica que aunque no se nombra de propósito - salvo alusiones episódicas- en nuestros cuerpos *legales*, ha tomado carta de naturaleza en el ordenamiento *jurídico* español, por efecto de las construcciones dogmáticas de la jurisprudencia y de la doctrina. Me refiero al instituto de *la legitimación*.

No se trata del acto material de legitimar firmas, acogido por la reglamentación del Notariado, sino de un principio de *protección de la apariencia jurídica*, como soporte de la seguridad del tráfico. Quien es indudablemente hoy uno de los primeros (si es que no es el primero) abogados de Europa. CARNELUTII, dice que la legitimación consiste en deber ser o no ser el agente o también el paciente, sujeto de una relación jurídica respecto del bien sobre el cual se desarrolla el hecho, para que éste produzca determinadas consecuencias de derecho. Pero junto a esta consideración subjetiva, la legitimación se predica también de todas las situaciones que ostentan una apariencia de corrección y que, por ello, por seguridad del tráfico, son acreedoras a la protección jurídica. En este aspecto, la alegación o presentación de un testamento, mientras no se impugne por medios y causas adecuados, debe acogerse al principio de *legitimación* si ostenta las formalidades extrínsecas propias de su naturaleza. Así, la sentencia de 17 de octubre de 1902 declara que existe testamento aun cuando en él pueda haber causas que lo invaliden.

En la jurisprudencia y la doctrina españolas el principio de la legitimación se ha divulgado por los procesalistas y los hipotecaristas o tratadistas de Derecho inmobiliario: legitimación activa en el proceso, legitimación del titular inscrito (que se presume que posee el derecho inscrito), etc. Pero el principio es aplicable también al Derecho de sucesión hereditario en donde ampara a una herencia testada la existencia de un testamento no impugnado, en tanto no se dicte sentencia de anulación. Y así, el heredero instituido (que si se anulase el testamento resultaría haber sido un «heredero aparente») es el único legitimado para pedir el juicio universal y ejercitar los derechos de la herencia.

No se diga que se enfrentan dos situaciones igualmente amparadas por el principio de legitimación: el testamento y la declaración de herederos abintestato que lleva un refrendo judicial. Pues no tratamos ahora de dilucidar esta contradicción. Nos limitamos a defender *prima facies* la legitimación del testamento, suficiente para destruir el presupuesto legal del abintestato que es la no existencia de testamento.

La realidad es que ante el juez competente para el juicio de abintestato, que el propio promotor de él reconoce ser Madrid, no se practicó la información que exigen los artículos 960 y 965 de la Ley de Enjuiciamiento civil, puesto que el promotor del juicio

se creyó dispensado de ello por aportar un auto de declaración de herederos. Pero aunque se hubieran practicado esas diligencias, ahora se demostraría su inexactitud al aportar un testamento.

El efecto del testamento es destruir el supuesto de abintestato. ¿Con qué alcance? Réstanos examinar el alcance de los efectos que la presentación del testamento, y la consiguiente desaparición del presupuesto legal del abintestato, produce en el juicio universal tan viciosamente iniciado. Es decir, si arguye retroactividad con anulación de todo lo actuado o si exclusivamente se comporta ultractividad sin afectar a la validez de lo tramitado. En otras palabras, ¿destruye el proceso de un modo radical, o simplemente lo obtura?

El artículo 966 de la Ley de Enjuiciamiento civil, única luz que el legislador ha dejado encendida acerca del tema, prescribe lo que procederá *si en efecto resultase haber fallecido sin testar*; pero nada dice para el caso contrario, o sea, que resultase haber fallecido con testamento.

MANRESA, en sus *Comentarios*, observa: «... y aunque no dice lo que ha de hacerse cuando resulte lo contrario, esto es, si hizo testamento, se deduce claramente de su contexto que el juez debe abstenerse en estos casos de practicar dichas diligencias... »

De aquí se deduce que hay que declarar la improcedencia del juicio.

El efecto, pues, de la presencia del testamento no puede ser otro que el del *sobreseimiento*, es decir, la nulidad con efecto *retroactivo*, nulidad entera, radical, anterior y posterior al momento en que se presentó el testamento, de acuerdo con el precepto del artículo 4.º del Código civil: son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo que la misma Ley ordene su validez.

No cabe de ninguna manera hacer el distinguo de atribuir validez a los actos y medidas de seguridad, custodia y administración de los bienes, porque eso sería tanto como admitir la procedencia del juicio, *ya que tales medidas son diligencias que forman parte del abintestato* y para cuya decisión era requisito el presupuesto de no haber testamento.

Cierto que no pueden anularse los actos materiales, físicos, de custodia y seguridad; porque las resoluciones judiciales no pueden hacer retroceder a la Naturaleza. Si las cosas han permanecido contenidas en una caja cerrada, queramos o no han estado así y se han *conservado*, como podrían haberse destruido y sería imposible reconstruir las mismas moléculas que las integraban. Pero en cuanto esas medidas tienen un contenido *jurídico*, es incuestionable su nulidad. Porque, además, no se trata sólo de custodia o seguridad, sino también de *administración*. Y sabido es que el administrador en el juicio universal no tiene sólo facultades de *conservación* o de mantenimiento del carácter fructífero de los bienes, sino también ciertas facultades *representativas* de la herencia yacente que, en ciertos casos, llegan a ser *dispositivas*, y cuyo ejercicio o mal ejercicio (consentimiento, pasividad) puede originar irreparables perjuicios a los herederos.

No se diga que iguales medidas se habrían adoptado si se hubiera practicado la *prevención* del juicio de *testamentaría* en lugar de la del abintestato. En primer término, no sabemos si la prevención del juicio de testamentaría se habría solicitado, ya que no se está en ninguno de los casos en que es forzosa o necesaria, conforme al artículo 1.041

de la Ley de Enjuiciamiento civil. Y, en segundo lugar, las medidas adoptadas hubieran sido otras, especialmente con respecto a las personas a quienes se hubiera confiado la custodia y administración de la herencia.

Es, pues, necesario que se anule todo lo actuado, única manera de remediar el fraude procesal cometido y las consecuencias que en parte de los bienes hereditarios se han ocasionado.

Y esa anulación resulta también de la circunstancia de que el incidente ha debido clasificarse, en la dicotomía del artículo 742 de la Ley de Enjuiciamiento como de los que tienen relación inmediata con la *validez* del procedimiento. La estimación de la demanda incidental tiene que desembocar forzosamente en la invalidez o anulación del proceso, con todas sus consecuencias (véase la sentencia de 27 de noviembre de 1912, Alcubilla, tomo X, pág. 329).

Conviene también notar que este juicio de abintestato *no fue promovido «de oficio», sino a «instancia de parte»,* que ha de ser *parte legítima;* por lo cual todas las diligencias se practican a *impulso del promotor,* como jurisdicción *rogada.* Pero demostrado que tal parte no es *legítima* (por no ser heredero abintestato, ya que no hay «abintestato»), es evidente la nulidad de todo lo actuado *a su instancia.*

En la demanda incidental solicitó la parte consultante que se declarase el derecho preferente de los herederos testamentarios. En la sentencia recurrida se nos remite al juicio declarativo correspondiente para que discutamos esta preferencia.

Este pronunciamiento de la sentencia sería correcto si esa preferencia fuera la atinente a lo *sustantivo,* a la sucesión testada sobre la intestada, preferencia que no tenemos por qué discutir con nadie, porque está ya declarada en la Ley. Pero la *preferencia* a que se refería la demanda incidental era la preferencia *adjetiva* o meramente *procesal,* el rango superior del heredero testamentario ante el cual tiene que posponerse el heredero abintestato aunque éste haya obtenido -dolosamente en este caso- una declaración judicial de heredero.

Hay, pues, que interpretar aquella pretensión de preferencia en el sentido de pretensión de que el supuesto heredero abintestato ha de ceder el puesto a los testamentarios y ha de ser eliminado de quienes tengan algo que pedir ante los Tribunales en relación con la herencia de que se trata, de otra manera la sentencia es correcta en este punto.

Finalmente, no hemos de dejar de aludir a un vicio o defecto de la sentencia recurrida, el de *incongruencia,* infringiéndose así el precepto del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Ninguna de las dos partes pidió esa híbrida resolución de suspensión del juicio, con validez de lo hasta entonces actuado. El incidente era de *nulidad* y a este *petitum* ha debido acomodarse la sentencia.

En resumen: mantener, *aunque sea en estado de suspensión,* la validez de unas diligencias judiciales improcedentes, en las que se ha demostrado la ausencia del

presupuesto legal indispensable para su incoación, equivale al absurdo de aceptar *los hechos consumados en los actos injustos*.

Pero si esas actuaciones nulas *per se* responden, además, a un evidente designio de fraude procesal, ese respeto a los hechos consumados implicaría el allanamiento al fraude y a todas sus consecuencias.

El sistema de garantías de los justiciables es una exigencia del enjuiciamiento de todos los pueblos cultos; pero ese sistema no es sólo *preventivo*; es también *reparador*. A ello obedece el procedimiento de los incidentes de previo y especial pronunciamiento. Sería ilusorio ese sistema de garantías si los herederos simulados pudieran hacer prevalecer todas las consecuencias de su ficción hasta el momento en que se les desenmascarara. Porque ello sería ilegítimo e inicuo cabe pensar que no ha de prevalecer y se puede fundadamente solicitar la revocación de la sentencia en este punto y pedir que se dicte otra declarando la improcedencia del juicio de abintestato con anulación de todo lo actuado desde su iniciación con condena de costas a la otra parte.

Esta es la opinión del Letrado consultado que gustosamente somete a toda otra que resulte mejor y más sólidamente fundada.

Madrid, 7 de marzo de 1949.

APENDICE 1.º

COPIA DE LA CIRCULAR DE LA FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 13 DE MAYO DE 1930 (PUBLICADA EN LA *GACETA* DEL 14)

Ha llegado a conocimiento de esta Fiscalía que en algunos Juzgados de Primera Instancia se tramitan y resuelven expedientes de declaración de herederos abintestato de personas cuyo último domicilio no está dentro de la demarcación de dichos Juzgados.

La materia relativa a competencia de los Jueces y Tribunales es tan esencial que la incompetencia del juzgador produce la nulidad de lo actuado y puede dar motivo a recurso de casación. Por ello es necesario recordar lo establecido en la legislación vigente cuando se observan prácticas que lo desvirtúan.

Ya en circular de esta Fiscalía de 10 de junio de 1912 se procuró corregir el abuso de que los interesados en declaraciones de herederos abintestato acudieran con su petición a Juzgado de su preferencia, mediante una interpretación errónea de las disposiciones legales que definen la competencia jurisdiccional. Entonces se dijo que la declaración de herederos, la aprobación de operaciones particionales y los actos de jurisdicción voluntaria son diligencias en que no se plantea verdadera contención entre dos partes, y que el acudir a Juzgados *elegidos* por los solicitantes autoriza la sospecha de que obedezca a móviles que no se armonizan con el respeto que a todos debe merecer a administración de Justicia y el estricto cumplimiento de la Ley.

En efecto: el *artículo* 56 de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil dispone que será Juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones de toda clase, aquel a quien los litigantes se hubiesen sometido expresa o tácitamente.

Estos términos demuestran cumplidamente que la Ley se refiere sólo a pleitos y a litigantes; es decir, a los casos en que existan contienda o litigio judicial.

Cuando no existen contendientes por ser unipersonal la gestión judicial, como ocurre al promoverse un acto de jurisdicción voluntaria o la declaración de herederos abintestato, la sumisión no puede crear la competencia y es forzoso atenerse a las prescripciones legales sobre la materia, sin prorrogar la jurisdicción más allá de las mismas por la mera voluntad de los interesados.

DICTAMENES

Al Ministerio Fiscal no puede ofrecer duda que el Juzgado competente para la declaración de herederos abintestato es el que ejerza jurisdicción en el lugar del último domicilio del finado, puesto que el artículo 63, número 5.º, de la Ley procesal civil determina esta misma competencia en los juicios testamentaria y en los de abintestato, y es indudable que uno de los periodos del juicio de abintestato es la declaración de herederos, conforme lo establece el Título IX del Libro II de la misma Ley al regular la materia en su sección segunda.

Es, pues, la Ley la que define la competencia y al Ministerio Fiscal incumbe su observancia, velando por la pureza del procedimiento y evitando con su actuación que la voluntad de los interesados prevalezca sobre normas obligatorias de cumplimiento inexcusable, que, al declarar competente a un Juzgado, excluyen implícitamente a los demás para el conocimiento y resolución del asunto.

APENDICE 2.º

COPIA DEL TESTAMENTO OLOGRAFO OTORGADO EN MONACO EL 7 DE ENERO DE 1944 POR DON MIGUEL SZKOLNIKOFF

«Este es mi testamento.

Desheredo a mi mujer, por su familia Tchernobilsca.

Instituyo por mis legatarios generales y universales conjuntamente entre ellos a:

- 1) Ellen Samson, por su familia Tietz.
- 2) Olga Kasakevitz.

Lego el 20 por 100 de mi fortuna a mis tres hermanos y hermanas. Nombro albacea testamentario, con los poderes más amplios, incluso el de la toma de posesión, a Nicolás Blanchet.

Deseo que no se modifique en nada, en cuanto esto sea posible, las directrices que he dado a mi grupo de negocios, consultando en todos los asuntos a mi albacea, que es igualmente el depositario de mis ideas y proyectos.

Escrito, fechado y firmado por mi mano en Mónaco, el 7 de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Firmado: M. Szkolnikoff.

Tachada una línea que dice: En usufructo durante su vida.

Firmado: M. Szkolnikoff. 7 de enero de 1944.»