



Roj: **SAP C 1022/2008 - ECLI: ES:APC:2008:1022**

Id Cendoj: **15030370042008100264**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **23/04/2008**

Nº de Recurso: **202/2008**

Nº de Resolución: **202/2008**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

LA CORUÑA/A CORUÑA

SENTENCIA: 00202/2008

CORUÑA 2

Rollo: RECURSO DE APELACION 0000202 /2008

FECHA REPARTO: 1.4.08

SENTENCIA

Nº 202/08

AUDIENCIA PROVINCIAL

Sección Cuarta

Ilmos. Sres. Magistrados:

JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

CARLOS FUENTES CANDELAS

ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNANDEZ

En LA CORUÑA/A CORUÑA, a veintitrés de Abril de dos mil ocho.

Vistos por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial, integrada por los señores que al margen se relacionan los presentes autos de juicio ORDINARIO Nº 458/07, sustanciado en el JUZGADO 1ª INSTANCIA Nº 2 DE A CORUÑA, que ante la Audiencia Provincial pendían en grado de apelación, seguidos entre partes de una como DEMANDANTES-APELANTES DON Miguel Ángel , DOÑA María Teresa , DOÑA Flora y DOÑA Sofía , representados en ambas instancias por el Procurador SR. RAMOS RODRÍGUEZ y defendidos por el Letrado SR. CASTREJE MARTÍNEZ, y de otra como DEMANDADAS-APELADAS DOÑA Concepción y DOÑA Milagros , representadas en ambas instancias por el Procurador SR. LÓPEZ VALCÁRCEL y defendidas por el Letrado SR. BARRO SABÍN; versando los autos sobre RFECONOCIMIENTO DE EFICACIA DE TESTAMENTO OLÓGRAFO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por el JUZGADO 1ª INSTANCIA Nº 2 A CORUÑA, con fecha 2/10/07. Su parte dispositiva literalmente dice: FALLO: Que desestimando como desestimo la demanda promovida por Don Miguel Ángel , Doña María Teresa , Don Flora y Doña Sofía mayores de edad representados por el Procurador de los Tribunales Sr. Ramos Cordoba y asistida por el Letrado SR. Castreje Martínez contra Doña Milagros y Doña Concepción , mayores de edad y con domicilio la primera en Cariño, AVENIDA000 num. NUM000 y la segunda en Cariño



en la CALLE000 num. NUM001 piso NUM002 representada por el Procurador de los Tribunales Sr. López Valcárcel y asistida por el Letrado Sr. Barro Sabin y contra Doña Diana , Doña María Inés , Doña Eugenia y Doña Valentina , mayores de edad y con domicilio en la RUA000 num. NUM003 de Oleiros, en la CALLE001 num. NUM004 - NUM005 , NUM006 NUM007 de A Coruña, AVENIDA001 num. NUM008 piso NUM006 NUM009 . de A Coruña y CALLE002 num. NUM010 . NUM011 NUM009 . de A Coruña respectivamente, en situación procesal de rebeldía absolviendo a los demandados de lo peticionado con imposición de costas a la actora".

SEGUNDO.- Contra la referida resolución por DON Miguel Ángel , DOÑA María Teresa , DOÑA Flora y DOÑA Sofía , se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que le fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

TERCERO.- Ha sido ponente el lltmo. Sr. Magistrado DON JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada, y.

PRIMERO: El objeto del presente litigio, sometido a consideración judicial en la alzada, en virtud del recurso de apelación interpuesto, radica en la demanda formulada por los actores D. Miguel Ángel , D^a María Teresa , D^a Flora y D^a Sofía , directamente encaminada a la obtención de un pronunciamiento judicial, que reconozca la validez y plena eficacia del testamento ológrafo, otorgado por D^a Andrea , acordando todo lo necesario para su protocolización. Seguido el juicio en todos sus trámites se dictó sentencia por parte del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de A Coruña, que desestimó la demanda, fundada en la circunstancia de que el documento privado, en el que se afirma constaba la última voluntad de la causante, carecía de los requisitos exigidos por el art. 688 del CC, en concreto del año, mes y día en que se otorgó, pues nada de ello figuraba en el mentado documento. Contra la referida resolución judicial se formuló el presente recurso de apelación, en el que se afirma que tal mención no es necesaria, dado que la indicación de la data, en que se otorgue el testamento ológrafo, solo tiene su razón de ser en los casos en los que se hubiera otorgado otro testamento a los efectos de determinar cuál de ellos debe considerarse revocado, o para decidir sobre la capacidad del causante al tiempo del otorgamiento, mas en el caso presente comoquiera que la testadora murió sin haber otorgado otro acto de última voluntad, como resulta del certificado Registro Central del Ministerio de Justicia, ni se cuestionó, en momento alguno, la salud mental de la causante hasta el momento de su óbito, tal circunstancia meramente formal no puede privar de eficacia al mentado testamento. Tal motivo de apelación no es de recibo.

SEGUNDO: El artº 687 del CC es categórico cuando señala: "será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo", que es el denominado "De los testamentos", y que comprende los artºs 662 a 743 del referido texto legal.

En efecto, a diferencia de lo que sucede con los actos jurídicos "inter vivos" en los que rige con carácter general el principio espiritualista y, por consiguiente, el de libertad de forma, que en congruencia con nuestro derecho histórico (Ordenamiento de Alcalá) recoge el art 1278 del CC, en el ámbito de las disposiciones "mortis causa", como son los testamentos, en tanto en cuanto van a surtir los efectos a partir de la muerte del testador, de modo tal que no se va a poder contar con su persona a la hora de integrarlos, y resolver las cuestiones que sobre su validez pueden suscitarse (el testador "ya no puede hablar"), rige, por el contrario, el principio formalista, considerando a los mismos como negocios jurídicos solemnes, de manera que únicamente desencadenarán sus efectos jurídicos cuando reúnan los requisitos exigidos, de modo inexcusable, por el legislador. Y tal necesidad de la forma afecta, no sólo a los testamentos llamados comunes u ordinarios, sino también a los especiales o excepcionales, pues es doctrina establecida que la forma menos solemne de los testamentos privilegiados no excluye ni deja de hacer necesaria la concurrencia de todos los requisitos comunes compatibles con aquélla (STS 9 de marzo de 1908).

Como expresión de una reiterada jurisprudencia en tal sentido podemos citar la sentencia de la Sala de lo Civil de nuestro más Alto Tribunal de 9 de mayo de 1990, cuando indica:

"...resulta de obligada aplicación la reiterada doctrina de esta Sala cuando establece que uno de los dogmas fundamentales de la sucesión mortis causa es el de que la forma constituye un elemento esencial al acto testamentario, el cual para que tenga existencia jurídica y produzca sus efectos propios, ha de ajustarse rigurosamente a las solemnidades establecidas por la Ley; siendo ineludibles estos requisitos de forma, y no convalidables posteriormente -Sentencias de 10 de julio de 1944; 27 de septiembre de 1968; 8 de marzo y 8 de diciembre de 1975, etc".

De igual forma, se expresan las SSTs de 21 de junio de 1986, 25 de junio de 1990 y 25 de abril de 1991 entre otras.



La crítica a una interpretación excesivamente formalista, naturalmente, se tenía que producir. Ese exagerado rigor de la ley, en esta materia, podría llegar incluso a dificultar el uso y difusión de las disposiciones testamentarias. Por ello, la jurisprudencia ha intentado mitigar, a la hora de interpretar el art 687 del CC, su excesivo rigor, abriendo una línea antiformalista en aquellos casos en que la formalidad omitida tenga un carácter meramente accesorio e intrascendente. Expresión de tal doctrina la encontramos en la sentencia de 30 de abril de 1909, que admite un camino flexible a seguir en esta materia, al declarar:

"si bien a tenor de lo dispuesto en el artº 687 del CC será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas, se impone, según regla del buen criterio, dada la naturaleza y significación de aquel, tener en cuenta la índole de dichas formalidades para apreciar, con relación a su trascendencia, el límite dentro del cual pueden conceptuarse cumplidas, armonizando así la voluntad conocida de un testador con los requisitos externos de su expresión".

En igual sentido, la sentencia de dicho Alto Tribunal de 11 de febrero de 1929.

Esta reacción mitigadora de las exigencias formales llegó también al testamento ológrafo, para cuya eficacia es necesario respetar los requisitos del artº 688 del CC, generando, no obstante, diversos pronunciamientos jurisprudenciales la exigencia normativa contenida en el párrafo tercero de tal precepto, según el cual: "si contuviere palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma". Ahora bien con un loable criterio flexible, en aras del principio del "favor testamenti", la jurisprudencia viene entendiendo que para que la nulidad se declare por tal defecto es preciso que dichas palabras, no salvadas con la firma del testador, sean de tal importancia con respecto al resto del documento que sin ellas no se pueda conocer su contenido o sus fundamentales disposiciones.

Así la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1961 señala que la realidad de alguna palabra tachada, que resulta irrelevante no determina la nulidad del acto testamentario, produciendo simplemente la invalidez de las palabras enmendadas o tachadas, y en ningún caso el testamento mismo.

En igual sentido, la sentencia de 30 de noviembre de 1956 indica que, aunque el testamento contiene palabras incompletas y sílabas borradas no salvadas con la firma de la testadora, si no aparece que alteren o varíen la voluntad de la testadora expresada en el documento declarado testamento, no son obstativas a la validez del mismo. De esta forma, igualmente, se expresa la sentencia de 3 de abril de 1944.

No obstante, esta última sentencia cuida de puntualizar, como hizo la de 29 de noviembre de 1916, que las pequeñas enmiendas no salvadas que no afecten, alteren o varíen de modo sustancial la voluntad del testador no afectan a la validez del testamento "lo que deja fuera de la excepcional doctrina aludida aquellos casos, bien distintos, en los que las palabras no salvadas bajo la fe del testador, al recaer sobre algún objeto o elemento principal de las disposiciones testamentarias -la firma del testador, la fecha del testamento, el nombre del heredero o legatario, la cosa o cantidad objeto de la institución o del legado, etc- hacen dudoso el contenido de dicha disposición o la concurrencia de los requisitos esenciales que han de acompañar la forma autógrafa del testamento".

TERCERO: Ahora bien, el caso sometido a nuestra consideración se trata de un acto jurídico, que sin necesidad de valorar si encierra tal y como está redactado el exigible "animus testando", (SSTS 10 de diciembre de 1956 y 19 de diciembre de 2006), carece totalmente de la fecha de su otorgamiento. Y en este caso, la tesis antiformalista no ha de prevalecer, al tratarse de un requisito de especial importancia para que una disposición mortis causa de tal clase tenga eficacia.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de enero de 1993 resume la doctrina jurisprudencial al respecto, señalando que la misma se puede sintetizar "diciendo que el testamento, aunque revista forma ológrafa, es un negocio jurídico solemne y la falta de alguno de los requisitos del artº 688 del CC afecta a su validez. Excepcionalmente, no anulan totalmente el testamento pequeñas enmiendas no salvadas que no afectan a elementos básicos de la disposición. . .".

Y ya con referencia a la fecha, la STS de 6 de febrero de 1968 decreta la nulidad del testamento, dado que las palabras tachadas como las interlineadas, no salvadas, en uno y otro caso, afectan nada menos que a la fecha. Igualmente reputan nulo el testamento por carencia de fecha (SSTS de 7 de junio de 1923 y 4 de junio de 1947).

Fijando doctrina general, la STS de 18 de junio de 1994 se refiere a los requisitos precisos a los que queda condicionada la validez y eficacia de un testamento ológrafo, razonando que: "todo instrumento que deba alcanzar la categoría de testamento ológrafo habrá de acatar las sanciones de ese haz ordenador; en consecuencia: a) En cuanto a la capacidad para testar, de forma general, habrase de cumplir cuanto se dispone en los artículos 662 a 666, amén de la capacidad «ad hoc» del artículo 688.1.º b) En cuanto a la voluntad testamentaria el tema transita por el núcleo que late en la definición del artículo 667, como expresión de todo acto de última voluntad. c) Y por último en cuanto a los requisitos particulares, deberán observarse los fijados



para la validez en el artículo 688 -autografía, firma y cronología de su otorgamiento-, en cuanto a su presupuesto sustantivo, y su protocolización según los artículos 689 y siguientes (que en sede de este testamento ológrafo hace las veces de la protocolización de los testamentos cerrados regulados dentro de la jurisdicción voluntaria, artículos 1956 y siguientes LEC".

Por su parte, la STS de 10 de febrero de 1994 proclama, al respecto, que: "Es de poner de relieve, en primer lugar, que la fecha del testamento ológrafo no tiene el mismo alcance que la del testamento abierto o testamento notarial. Dado que el testamento ológrafo puede mantenerlo en secreto su autor y nada obsta a que antes de llegar al texto definitivo haga bosquejos, borradores o proyectos, o lo extienda con la idea de reflexionar posteriormente sobre lo escrito, y solamente cuando se decida definitivamente pueda poner la fecha y la firma, y es desde entonces cuando puede decirse que el testamento está otorgado, de modo que tal otorgamiento surge no de lo escrito y de su contenido sino de colocar la fecha y la firma"; y sigue razonando más adelante: ". . . La doctrina científica acoge estas ideas, sin negar que la fecha tiene la importancia de afirmar el carácter jurídico del testamento ológrafo y elevarlo a declaración de voluntad, por virtud de la cual el simple proyecto privado pasa a ser testamento. Por lo tanto, será fecha en este testamento la que ponga el testador independientemente del momento en que se haya escrito el testamento, pues su eficacia en el tiempo depende de la imposición que de la misma haya hecho el causante; y se afirma también que no es nulo el testamento ológrafo redactado en una fecha efectiva diferente de aquella en la cual el testador había escrito su texto de propia mano, siempre y cuando exista cierta relación entre la fecha expresada en el acto y las disposiciones en él contenidas".

CUARTO: En definitiva, en atención, a lo expuesto, la ausencia total de fecha priva de relevancia al testamento ológrafo, sin que, al respecto, ante el tenor del art. 688 del CC, sean susceptibles de acogerse los argumentos del recurso de apelación interpuesto. En primer término, la ausencia de data determinaría la imposibilidad de proceder en el caso de que fuera conocido otro testamento de igual clase, que pudiera entrar en colisión con el litigioso. En segundo lugar, que la fecha supone, como indica la última de las sentencias dictadas, el paso de un mero proyecto o borrador a la condición de acto dispositivo de última voluntad, que únicamente alcanza cuando, sobre el texto autógrafo, se plasma la fecha y la firma, pues mientras tanto carece de tal consideración jurídica. Dicho requisito formal no es, por lo tanto, meramente accesorio o accidental, sino condicionante de validez de acto tan trascendente como es el formal testamentario, en el cual el causante, en consideración a su patrimonio, realizando un juicio valorativo jerárquico de afectos, distribuye sus bienes entre las personas a quienes desea retribuir por sus atenciones, cariño dispensado o vínculos familiares existentes.

En resumen, la fecha no es un requisito únicamente determinante a los efectos de comprobar la capacidad del testador al tiempo de su otorgamiento o para constatar, en el caso de pluralidad de actos de tal naturaleza, cuál es el último de ellos, que revoca a los anteriores, sino que le imprime la condición de negocio jurídico, distinguiéndolo de un mero proyecto o borrador, para convertirlo en manifestación eficaz de un acto de voluntad mortis causa.

La STS de 4 de noviembre de 1947 decretó la nulidad de un testamento ológrafo, en el que el testador escribió "así lo otorgo en esta Villa, día de la fecha", omitiendo la misma, incluso, aún cuando se razonaba en el recurso, que el testador no sufría incapacidad alguna y dicho testamento ológrafo fue el único otorgado por el causante.

Se alega, en el recurso de apelación, la SAP de Barcelona, sección 19, de 30 de junio de 2004, mas el caso enjuiciado en tal litigio, no es extrapolable al presente, pues en el aquél lo único que faltaba era la indicación del día del otorgamiento, figurando en el testamento autógrafo: "Barbera, febrero de 1999". Señalar, por último, que una cosa es la protocolización de un testamento ológrafo y otra su validez, pues su elevación a documento público notarial no impide la posibilidad de su impugnación ulterior.

QUINTO: No apreciamos dudas de derecho en la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo sobre la cuestión suscitada, insistiendo la parte recurrente en su pretensión de eficacia, en distintos procedimientos e instancias, no persuadida por las múltiples resoluciones judiciales existentes al respecto, lo que conduce a que no proceda hacer una excepción al régimen general del vencimiento objetivo, que imponen los arts. 494 y 498 de la LEC.

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de apelación interpuesto, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de A Coruña, con imposición de las costas procesales de la alzada a la parte apelante.

Y al Juzgado de procedencia, líbrese la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió.



Así por esta sentencia de la que se llevará certificación al rollo de apelación civil, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

En A Coruña, a 23 de abril de 2008.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ