



Roj: **STSJ NA 433/2014 - ECLI:ES:TSJNA:2014:433**

Id Cendoj: **31201310012014100016**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **1**

Fecha: **28/10/2014**

Nº de Recurso: **19/2014**

Nº de Resolución: **14/2014**

Procedimiento: **Recurso Casación Ordinaria**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER FERNANDEZ URZAINQUI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Pamplona/Iruña, núm. 5, 03-09-2012,**  
**SAP NA 392/2014,**  
**STSJ NA 433/2014**

## **SENTENCIA Nº 14**

### **ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

D. FRANCISCO JAVIER FERNANDEZ URZAINQUI

D. ALFONSO OTERO PEDROUZO

D. JOSE ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPI

En Pamplona, a veintiocho de octubre de dos mil catorce.

Visto por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, integrada en la forma al margen indicada, el Recurso de Casación Foral nº 19/14 , contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra el 4 de Febrero de 2014 en autos de Juicio Ordinario nº 1321/11 , (rollo de apelación civil nº 281/12) sobre nulidad de testamento, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Pamplona/Iruña siendo recurrente la demandada **Dña. Felicísima** , representada ante esta Sala por la Procuradora Dña. Yolanda Apezteguía Elso y dirigida por el Letrado D. Félix Apezteguía Elso, y recurridos, el demandante **D. Gaspar** , representado en este recurso por la Procuradora Dña. M<sup>a</sup> Teresa Igea Larrayoz y dirigido por el Letrado D. Victoriano Lacarra Lanz, así como los codemandados D. Luis , CARITAS DIOCESANA DE PAMPLONA, PARROQUIA DE SAN NICOLAS DE PAMPLONA y Dña. Silvia , quienes no han comparecido en este recurso.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Teresa Igea Larrayoz, en nombre y representación de D. Gaspar , en la demanda de juicio ordinario seguido ante el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 5 de Pamplona contra D<sup>a</sup> Felicísima y su hijo Luis , Caritas Diocesana de Pamplona, la Parroquia de San Nicolás de Pamplona y D<sup>a</sup> Silvia , estableció en síntesis los siguientes hechos: la causante D<sup>a</sup> Aurora falleció en Pamplona el día 1 de julio de 2011 cuando había alcanzado la edad de 89 años. D<sup>a</sup> Aurora era soltera y vivía con su único hermano Gaspar , de 91 años, también soltero, ocupando los pisos NUM000 y NUM001 de la casa nº NUM002 del P<sup>o</sup> DIRECCION000 , ambos propiedad de Aurora . Los dos hermanos eran atendidos por la también demandada D<sup>a</sup> Silvia , empleada de hogar, a quien se le hizo el encargo de obtener el certificado de última voluntad de D<sup>a</sup> Aurora . En el certificado que se le facilitó aparece que D<sup>a</sup> Aurora otorgó su último testamento el 20 de febrero de 1997 en Pamplona. Sin embargo, al día siguiente de su entrega, la funcionaria que se lo había facilitado llamó nuevamente a D<sup>a</sup> Silvia para decirle que se había producido un error, entregándole otro certificado en el que aparece un testamento posterior otorgado en Lecumberri el día 4 de abril de 2011. En el estado



en que se encontraba la causante resulta inconcebible que en esa fecha pudiera desplazarse a Lecumberri ya que su movilidad a causa de una dolencia en la rodilla derecha que le producía continuos dolores, estaba gravemente limitada. En el testamento que otorgó el 20 de febrero de 1997 nombraba heredero universal a su único hermano y en el último, le excluye e instituye heredera universal a la demandada D<sup>a</sup> Felicísima y en el caso de que ésta premuriera a la testadora o no aceptara la herencia será sustituida por sus hijos o descendientes de grado ulterior. El demandado D. Luis es el único hijo de D<sup>a</sup> Felicísima. En el testamento otorgado el 4 de abril de 2011, el notario autorizante no dio cumplimiento a la obligación que le impone el art. 14 del Registro General de Actos de Última Voluntad en cuanto que no hizo constar en el mismo por nota, la comunicación de los partes testamentarios que vienen obligados a remitir al Decanato de su colegio. Además, el testamento no aparece firmado por D<sup>a</sup> Aurora, haciéndose constar que ésta no puede firmar, y firma por ella una testigo. Es totalmente incierto e inveraz que la testadora no pudiera firmar como lo prueba el hecho de que ese mismo día, el 4 de abril de 2011 firmara de su puño y letra una transferencia bancaria de 1.000 euros y al día siguiente un justificante de reintegro por importe de 10.000 euros. Hay que tener en cuenta también que una de las dos testigos testamentarias, D<sup>a</sup> Rocío está casada con el demandado D. Luis y es por tanto, nuera de D<sup>a</sup> Felicísima. En definitiva, o bien D<sup>a</sup> Aurora no compareció ante el notario aquel día, o si lo hizo, es inveraz la manifestación que se hizo constar en el testamento de que no podía firmar. Existen fundados motivos para sostener que D<sup>a</sup> Aurora no compareció ante la notaría de Lecumberri el 4 de abril de 2011 y que pudo haber una suplantación de su persona. Después de alegar los fundamentos jurídicos que estimó oportunos terminaba suplicando se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1º.-Declarar la nulidad del testamento abierto de la causante D<sup>a</sup> Aurora autorizado el 4 de abril de 2011 por la Notario de Lecumberri D<sup>a</sup> María-Teresa Góngora Sasal con el nº 246 de protocolo. 2º.- Se condene a los demandados a abstenerse de realizar cualesquiera clase de actos de aceptación, adjudicación, toma de posesión, solicitud de liquidación del Impuesto sobre Sucesiones, así como de disposición o enajenación de bienes y derechos relativos al caudal hereditario de Doña Aurora. 3º.- Se declare la nulidad de pleno derecho de las aceptaciones, adjudicaciones de bienes y cuantas operaciones sucesorias hayan realizado la heredera o el sustituto vulgar en su caso y legatarios nombrados, en base al testamento de que se ha hecho mérito en el apartado 1º. 4º.- Se declara válido y eficaz el testamento abierto otorgado por dicha causante D<sup>a</sup> Aurora el día 20 de febrero de 1997 ante el Notario de Pamplona D. Anastasio Herrero Casas con el nº de protocolo 429. 5º.- Se condene a los demandados a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a restituir en su caso el caudal relicto los bienes y derechos que pertenecían a la herencia de D<sup>a</sup> Aurora y hayan podido apropiarse en razón del testamento reseñado en el apartado 1º anterior. 6.- Se impongan las costas del juicio a los demandados.

**SEGUNDO** .- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, compareció en primer lugar, D<sup>a</sup> Silvia por sí misma, quien por medio de una comparecencia, manifestó su allanamiento con la demanda. Comparecieron, asimismo, los Procuradores D. Jaime Ubillos Minondo y D<sup>a</sup> Belén Goñi Jiménez en nombre y representación de la Parroquia de San Nicolás de Pamplona y de Cáritas Diocesana de Pamplona, respectivamente, quienes mediante sendos escritos manifestaron igualmente su allanamiento con la demanda en cuanto a los derechos que pudieran corresponderles sin imposición de costas a sus representados.

**TERCERO** .- Por la codemandada D<sup>a</sup> Felicísima, compareció la Procuradora D<sup>a</sup> Yolanda Apezteguía Elso, oponiéndose a la demanda en base a unos hechos que resumidamente son los siguientes: la semana anterior a la firma del testamento, compareció en la notaría de Lecumberri una mujer que actuaba en representación de D<sup>a</sup> Aurora siendo atendida por un oficial de la misma D. Jose Francisco, quien redactó el testamento siguiendo las instrucciones de la testadora. El día 4 de abril de 2011 D<sup>a</sup> Aurora acudió a la notaría a firmar el testamento, manifestando a la notaria D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Teresa Góngora la dificultad que tenía para firmar, por lo que firmó una de las dos testigos a su ruego. En el citado testamento se instituyó como heredera testamentaria a mi mandante, siendo leído el mismo en presencia de dos testigos, que eran empleadas de la notario. Lo sucedido es que en la notaría trabajan dos parientes de la notario, razón por la cual los mismos no comparecen como testigos en los testamentos otorgados por ella. Es cierto que una de las testigos que firmaron el testamento, D<sup>a</sup> Rocío, era pariente por afinidad de la testadora pero ella no se percató de este hecho al existir en la zona innumerables personas con el mismo apellido y no fue hasta que el Colegio Notarial comentó a la notaria D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Teresa Góngora la existencia de problemas con este testamento cuando, tanto la Notaria como la testigo, se dieron cuenta de la existencia de este parentesco. Aurora fue acompañada y asesorada durante muchísimos años por el Sacerdote D. Aureliano, siendo ésta una de las razones de la institución de heredera a favor de mi mandante. Es indiferente que D<sup>a</sup> Aurora hubiera otorgado sus anteriores testamentos en la localidad de Pamplona, habiendo acudido muy probablemente a la notaría de Lecumberri al estar ubicados sus bienes principalmente en la citada demarcación y siendo la instituida heredera de la localidad de Azpiroz, habiendo tenido ambas partes contacto en fechas recientes al otorgamiento del testamento. Después de alegar los fundamentos jurídicos que estimó oportunos terminaba suplicando "se dicte sentencia desestimando la demanda en su integridad, con expresa imposición de costas al actor".



**CUARTO** .- La Procuradora D<sup>a</sup> Yolanda Apezteguía Elso compareció también por el demandado, D. Luis , oponiéndose a la demanda en base a unos hechos que resumidamente son los siguientes: en el citado testamento se designa como heredera testamentaria a D<sup>a</sup> Felicísima , designando para el caso de premoriencia o para el caso de que la misma no quiera o no pueda aceptar la herencia, una sustitución vulgar a favor de sus descendientes. Mi representado no tiene la condición de heredero sino una simple expectativa, no ostentando interés directo y legítimo en el litigio, existiendo en consecuencia una clara ausencia de legitimación pasiva en el mismo, máxime cuando D<sup>a</sup> Felicísima ha manifestado su intención de aceptar la herencia. Después de alegar los fundamentos jurídicos que estimó oportunos terminaba suplicando "se dicte sentencia desestimando la demanda en cuanto a mi mandante (ausencia de legitimación pasiva ad causam), con expresa imposición de las costas".

**QUINTO** .- Por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia se dictó sentencia en fecha 3 de septiembre de 2012 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Fallo.-Que estimando íntegramente la demanda deducida por la Procuradora Sra. Igea en nombre de Don Gaspar frente a Dña. Felicísima , D. Luis , Cáritas Diocesana, Parroquia de San Nicolás de Pamplona y Dña. Silvia : 1. Declaro nulo el testamento abierto de la causante Dña. Aurora autorizado el 04.04.11 por la Notario de Lekunberri Doña María Teresa Góngora Sasal con el nº 246 de protocolo. 2. Condeno a los demandados a abstenerse de realizar cualesquiera clase de actos de aceptación, adjudicación, toma de posesión, solicitud de liquidación de Impuesto sobre Sucesiones, así como de disposición o enajenación de bienes y derechos relativos al caudal hereditario de Dña. Aurora . 3. Declaro en lo menester la nulidad de pleno derecho de las aceptaciones, adjudicaciones de bienes y cuantas operaciones sucesorias que en su caso hayan podido realizar la heredera o el sustituto vulgar en su caso y legatarios nombrados, en base al testamento de que se ha hecho mérito en el apartado 1.

4. Declaro (por el efecto de la nulidad del testamento de 04.04.11 y de su eficacia revocatoria) válido y eficaz el testamento abierto otorgado por dichacausante Dña. Aurora el día 20.02.1997 ante el Notario de Pamplona D. Anastasio Herrero Casas con el nº de Protocolo 429. 5. Condeno a los demandados a estar y pasar por las declaraciones anteriores y restituir en su caso al caudal relicto los bienes y derechos que pertenecían a la herencia de Dña. Aurora y hayan podido apropiarse en razón del testamento reseñado en el apartado 1 anterior. 6. Sin costas".

**SEXTO** .- Interpuesto recurso de apelación contra la referida sentencia, la Sección 3<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Navarra dictó nueva resolución en fecha 4 de febrero de 2014, cuya parte dispositiva dice textualmente: "Fallo.-Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación, interpuesto por D<sup>a</sup> Felicísima representada por la procuradora D<sup>a</sup> Yolanda Apezteguía Elso y defendida por el letrado D. Félix Apezteguía Elso, contra la sentencia de fecha 3 de septiembre de 2012, dictada por el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Pamplona en los autos de Juicio Ordinario nº 1321/2011, en la que ha sido parte apelada D. Gaspar representado por la Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Teresa Igea Larrayoz y defendido por el Letrado D<sup>a</sup> Victoriano Lacarra Lanz, resolución que, en consecuencia, confirmamos, imponiendo a la apelante las costas del recurso. Asimismo acordamos la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legalmente previsto".

**SÉPTIMO** .- Contra dicha resolución interpuso la parte demandada recurso de casación siendo emplazadas las partes ante esta Sala. Recibidos los autos y el rollo de apelación en la misma, se observó que la sentencia dictada en grado de apelación no había sido notificada a los codemandados D. Luis , Cáritas Diocesana de Pamplona y D<sup>a</sup> Silvia por lo que se acordó devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial para que subsanara dicha omisión. Notificada la sentencia a los mencionados codemandados, ninguno de éstos la recurrió ni compareció ante esta Sala.

La representación procesal de la parte demandada D<sup>a</sup> Felicísima basa su recurso de casación en los dos siguientes motivos: *Primero*. - Al amparo del art. 477.1 L.E.C se denuncia la infracción de los arts. 695 y 697 del Código Civil y la Ley 206 de la Compilación Civil Foral de Navarra y de la jurisprudencia que los desarrolla. *Segundo*. - Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 L.E.C , se denuncia la infracción de las Leyes 185 y 188 en relación con la Ley 206 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra en relación, a su vez, con el art. 682 del Código Civil y de la jurisprudencia que los desarrolla.

**OCTAVO** .- Por auto de fecha 12 de septiembre de 2014 dictado por esta Sala , se acordó declarar la competencia de la misma y admitir el recurso de casación interpuesto, así como los dos motivos en que éste se articula. En trámite de impugnación, la parte recurrida se opuso al mismo solicitando su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida, con imposición de costas a la parte recurrente.

**NOVENO** .- Conforme a lo dispuesto en el art. 486.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y mediante providencia de fecha 24 de septiembre de 2014 la Sala señaló para la votación y fallo del recurso de casación el día 7 de octubre de 2014 a las 11,00 Horas.



**DECIMO** .- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FRANCISCO JAVIER FERNANDEZ URZAINQUI.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La sentencia de instancia recurrida y los "hechos probados" que integran su sustrato fáctico.

### 1. La sentencia recurrida en casación.

La sentencia dictada en apelación el 4 de febrero de 2014 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra confirma la pronunciada el día 3 de septiembre de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Pamplona que, estimando la demanda interpuesta por la representación de don Gaspar , frente a doña Felicísima , don Luis , doña Silvia , la Parroquia de San Nicolás de Pamplona y Caritas Diocesana, **1)** declaró nulo el testamento abierto de la causante doña Aurora autorizado el 4 de abril de 2011 por la Notario de Lekunberri doña María Teresa Góngora Sasal con el nº 246 de protocolo; **2)** condenó a los demandados a abstenerse de realizar cualesquiera actos de aceptación, adjudicación, toma de posesión, solicitud de liquidación del Impuesto sobre Sucesiones, así como de disposición o enajenación de bienes y derechos relativos al caudal hereditario de la causante; **3)** declaró en lo menester la nulidad de pleno derecho de las aceptaciones, adjudicaciones y cuantas operaciones sucesorias hayan podido realizar la heredera o el sustituto vulgar y legatarios nombrados; **4)** declaró -por efecto de la nulidad de ese testamento y de su eficacia revocatoria- válido y eficaz el testamento abierto otorgado por dicha causante el 20 de febrero de 1997 ante el Notario de Pamplona don Anastasio Herrero Casas con el nº 429 de protocolo, y **5)** condenó a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y restituir en su caso al caudal relicto los bienes y derechos de la herencia de doña Aurora que hayan podido apropiarse por razón del testamento reseñado en el apartado 1 anterior.

La sentencia de segunda instancia funda, en síntesis, la declaración de nulidad del testamento notarial autorizado el 4 de abril de 2011 en dos causas:

**a)** La falta de firma del testamento por la testadora, que sabía y podía firmar a la fecha de su otorgamiento , pese a haberse consignado en él que "al no poder firmar según manifiesta, lo hace por ella, además de en su nombre", la primera de las dos testigos intervinientes, en la que la sentencia aprecia infracción del artículo 695 del Código civil , aplicable por remisión de la ley 188 del Fuero Nuevo de Navarra, y

**b)** La falta de idoneidad de una de las testigos intervinientes en el testamento , empleada de la notaría, por ser nuera de la instituida heredera y esposa de quien como único hijo suyo resulta designado sustituto vulgar, con la que la sentencia recurrida estima vulneradas las leyes 185 y 188 del Fuero Nuevo, por infracción del artículo 682 del Código civil .

Rechaza, por el contrario, como causa de nulidad autónoma o independiente la falta de rogación de la firma que la testigo instrumental interviniente extendió por la testadora no firmante y la sentencia de primera instancia consideró asimismo motivo invalidante del testamento.

### 2. Los hechos declarados probados en las sentencias de instancia.

Conforme al relato fáctico de la sentencia de primer grado, que la Sala de instancia asume en su resolución, tras manifestar su coincidencia con la valoración probatoria que lo sustenta, son " hechos probados " de que necesariamente se ha de partir en el examen de esta casación, al no haber sido objeto de impugnación en el recurso, los siguientes:

1.- D<sup>a</sup> Aurora , hija de Maximo y de Sacramento , nació el NUM003 de 1922 en Pamplona, ciudad en la que falleció a los 89 años el 1 de julio de 2011, en estado el de soltera, sin descendientes y bajo vecindad foral navarra.

Tuvo como último domicilio el sito en la C/ DIRECCION000 NUM002 , NUM000 NUM004 ., en el que convivía con su único hermano (mayor que ella y también soltero) don Gaspar (actor), que le ha sobrevivido.

Poco antes de su muerte, el 25 de mayo de 2011, doña Aurora había sido intervenida en la Clínica Universitaria de Navarra para la colocación de una prótesis total de rodilla derecha en la que padecía una artrosis severa, causando alta el 8 de junio de 2011.

2.- D<sup>a</sup> Aurora falleció bajo testamento notarial abierto autorizado por la Notario de Lekunberri doña María Teresa Góngora Sasal a las 12,50 horas del día 4 de abril de 2011, bajo número 426 de protocolo.

En él constaba que la testadora, tras dejar la legítima foral a cuantas personas pretendieran tener derecho a su herencia, ordenó tres legados, disponiendo que los mismos se harían efectivos con cargo a su cuenta de ahorro





en Banco Popular oficina de Pamplona y facultando a los legatarios para que por sí solos y sin intervención del heredero pudieran tomar posesión de los mismos; así: legó a Cáritas Diocesana de Pamplona la cantidad de 1.500 euros; legó a la Iglesia Parroquial de San Nicolás de Pamplona la cantidad de 1.500 euros, y legó a su empleada de hogar doña Silvia (con expresión de que llevaba trabajando con ella más de cuarenta años y de que ordenaba el legado en agradecimiento a su trabajo) la cantidad de 40.000 euros.

En cuanto a la institución de heredero, se disponía en él lo siguiente: *"Al no tener descendencia es deseo de la testadora que su herencia recaiga en algún familiar del célibe sacerdote, Don Aureliano ; según manifiesta dicho sacerdote, convivió más de treinta años con los hermanos Gaspar Aurora ; por lo que en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, instituye por su única y universal heredera a la sobrina de éste Doña Felicísima (hija de Aureliano , hermano de dicho sacerdote). Si la heredera premuriese a la testadora o por cualquier motivo no quisiese o no pudiese aceptar la herencia, sería sustituida por estirpes por sus hijos u otros descendientes de grado ulterior. Manifiesta la testadora que su único hermano de doble vínculo Don Gaspar dispone de bienes suficientes para atender a su decorosa subsistencia"*.

El único hijo de la instituida heredera doña Edurne ( Felicísima ) es el también demandado don Luis .

El testamento contiene una última cláusula (quinta: revocatoria), según la cual la testadora *"revoca todo testamento otorgado con anterioridad al presente, en especial el otorgado ante el Notario de Pamplona, Don Anastasio Herrero Casas el 20 de febrero de 1997, número 429 de protocolo"*.

El testamento se otorgó con intervención de dos testigos: doña Otilia (encargada de la limpieza de la oficina de la Notaría, según manifestó en prueba testifical) y doña Rocío (empleada de la Notaría). Esta última es (y lo era al tiempo del otorgamiento) la esposa del llamado como sustituto vulgar (don Luis ) y por tanto nuera de la instituida heredera (doña Felicísima ).

El testamento recoge la manifestación de la testadora de no poder firmar y de hacerlo por ella, además de en su nombre, la primera de las testigos mencionadas.

En el testamento anterior y expresamente revocado (de 20.02.1997, nº 429 del Protocolo del Notario de Pamplona Anastasio Herrero Casas) doña Aurora había instituido heredero universal fiduciario de residuo a su hermano don Gaspar , y heredera fideicomisaria de residuo a su propia alma.

#### **SEGUNDO .- El recurso de casación interpuesto por la instituida heredera en el testamento impugnado.**

La representación procesal de la demandada, doña Felicísima , interpuso, por razón de la cuantía, recurso de casación civil foral contra la sentencia de segunda instancia, articulando dos motivos de casación al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento , en los que respectivamente denuncia la infracción de los artículos 695 y 697 del Código Civil y de la ley 206 del Fuero Nuevo de Navarra, así como de la jurisprudencia que los desarrolla ( *motivo primero* ) y la infracción de las leyes 185 y 188, en relación con la ley 206 de la misma Compilación y con el artículo 682 del Código Civil , así como de la jurisprudencia que los desarrolla ( *motivo segundo* ).

El recurso acepta y tiene por cierto que la testadora no firmó el testamento abierto sin que se haya acreditado la imposibilidad física de hacerlo, y también, que una de las testigos instrumentales intervinientes en su otorgamiento era nuera de la instituida heredera en él. Pero impugna la trascendencia anulatoria que la sentencia recurrida atribuye a estos hechos, señalando que, según la jurisprudencia más reciente, proclive a una interpretación más flexible de los requisitos formales no sustanciales, conforme al principio *favor testamenti* , constatada la autenticidad de la declaración y la capacidad y consentimiento de la testadora, debe darse prevalencia a su voluntad frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y formas.

Más en particular, sostiene el recurso: *a) en relación con la falta de firma de la testadora* : que, acreditada la capacidad de la otorgante y autenticados su voluntad y consentimiento, venía a quedar cubierta por éste la manifestación de aquélla de no poder firmar, que no obligaba a la notario a indagar su veracidad y determinó la firma de una de las testigos instrumentales que suplió su afirmada imposibilidad; y *b) en relación con la intervención como testigo de una pariente por afinidad de la instituida heredera* : que esta circunstancia, ignorada por la testigo hasta un mes después del fallecimiento de la testadora, no puede tener la trascendencia anulatoria que se le atribuye, dada la escasa relevancia que los testigos testamentarios han tenido históricamente en el Derecho foral navarro y la paulatina eliminación de su intervención en los testamentos notariales por el moderno Derecho comparado.

#### **TERCERO .- Libertad y garantías formales de las disposiciones "mortis causa".**

El principio espiritualista o de libertad de forma que el párrafo primero de la ley 18 del Fuero Nuevo de Navarra proclama para la virtualidad y eficacia jurídica de las declaraciones de voluntad, y el ejercicio de los derechos



derivados de ella, tiene en el párrafo tercero de la misma ley su salvedad en " *los casos en que esta Compilación exija cierta forma* ", por tener en ellos la consideración " *de solemnidad* " .

Entre estos casos destacan, por la generalidad y el rigor de la exigencia formal, los de " *los testamentos y demás disposiciones mortis causa* " en los que la ley 206 del Fuero Nuevo sanciona con la " *nulidad* " la inobservancia en su otorgamiento de " *los requisitos prescritos por la Ley* ", en implícita pero inequívoca referencia, como recordó la sentencia de 20 de junio de 2006 de este Tribunal Superior de Justicia, a " *los de capacidad, consentimiento, expresión de la voluntad y solemnidades formales, que afectan a estas disposiciones en su conjunto, consideradas como un todo orgánico indivisible* " .

El rigor formal de que hace gala en esta materia la Compilación foral navarra no pugna en absoluto con los principios de preeminencia de la voluntad privada (leyes 7 y 8 FNN) y libertad de disposición de los bienes (ley 149 FNN), sino que constituye un complemento natural de su efectividad, en cuanto se dirige a tutelar o garantizar la correspondencia de la declaración dispositiva con la voluntad real del disponente y su consciente y libre emisión, en consideración a la trascendencia personal y patrimonial de estos actos, al carácter personalísimo de la disposición que contienen y al despliegue de sus efectos tras el fallecimiento del otorgante. Por ello, como recuerda la sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de 15 de enero de 2013, " *la libertad de disposición que sanciona la ley 149 de la Compilación no está sólo sujeta a la observancia de los límites materiales establecidos en el Título X de su Libro II, sino también a la de los requisitos subjetivos, objetivos y formales exigidos por la Ley para su otorgamiento* " . Es precisamente la amplitud de aquellas libertades la que obliga a extremar el " *rigor* " en la constancia formal de la determinación o voluntad del disponente, como asimismo esta Sala recordó en sentencia de 31 de diciembre de 1998 .

Contra lo que el recurso parece sostener, lo que las exigencias de carácter formal requeridas en el otorgamiento de estos instrumentos dispositivos pretenden asegurar no es sólo la capacidad de su otorgante y la autenticidad de la declaración documentada en ellos, sino también -como acaba de decirse- la correspondencia de esa declaración con la voluntad interna del declarante. Es a " *la voluntad realmente querida por el testador* ", a la que da prevalencia la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2013 -repetidamente citada en el recurso- " *frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y formas* " . Pero esa "voluntad" ha de reunir en su declaración y documentación las garantías formales que la Ley exige para poder asegurar su correspondencia con la " *realmente querida* " por el otorgante; pudiendo en tal sentido afirmarse -con palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 diciembre 2009 - que " *la exigencia de la forma en el testamento obedece a la necesidad de salvaguardar la voluntad del testador* ", al punto de formar -como dice la sentencia del mismo Tribunal de 25 abril 1991 - " *voluntad y forma de expresión marcada por la Ley una unidad indisoluble, de imposible disociación* " .

#### **CUARTO .- La esencialidad de las formas testamentarias y el principio "favor testamenti".**

Los antecedentes de la ley 206 del Fuero Nuevo de Navarra y la similitud de su redacción con la del artículo 687 del Código civil hacen perfectamente extensiva a la norma foral la doctrina jurisprudencial que, en la interpretación y aplicación de este último precepto legal, ha proclamado el carácter eminentemente formal y solemne de los actos de disposición mortis causa, en particular, de los testamentarios ( ss. 10 julio 1944 , 16 febrero 1956 , 19 junio 1958 , 3 octubre 1962 , 28 octubre 1965 , 27 septiembre 1968 , 10 noviembre 1973 , 16 junio 1997 , 29 abril 1999 y 21 marzo 2006, del Tribunal Supremo ), exigiendo el cumplimiento escrupuloso o riguroso en ellos de todas las solemnidades y requisitos extrínsecos impuestos con carácter imperativo e ineludible por la Ley ( ss. 16 febrero 1956 , 19 junio 1958 , 27 septiembre 1968 , 8 marzo 1975 , 21 junio 1986 y 16 junio 1997, del Tribunal Supremo ) y declarando la nulidad de los otorgados sin su observancia ( ss. 28 octubre 1965 , 8 marzo 1975 , 29 abril 1999 y 11 diciembre 2009, entre otras, del Tribunal Supremo).

Constituye en suma uno de los dogmas fundamentales de la sucesión *mortis causa* que la forma es esencial al acto testamentario, el cual, para que tenga existencia jurídica y produzca los efectos que le son propios, ha de ajustarse rigurosamente a las solemnidades establecidas por la Ley ( ss. 10 julio 1944 y 19 junio 1958, del Tribunal Supremo ), bajo sanción de nulidad y sin posibilidad de ulterior convalidación ( ss. 27 septiembre 1968 , 8 diciembre 1975 y 9 mayo 1990, del Tribunal Supremo ); habiendo llegado incluso la jurisprudencia a sostener que este aspecto formal, imperativamente impuesto, predomina sobre la búsqueda interpretativa de la voluntad del otorgante ( s. 16 junio 1997, del Tribunal Supremo ), al punto de provocar su incumplimiento la nulidad del testamento aun en el caso de no poder dudarse racionalmente que el mismo refleje la voluntad del testador ( ss. 19 junio 1958 , 28 octubre 1965 y 29 abril 1999, del Tribunal Supremo).

La normativa civil foral navarra no propicia ni abona una interpretación de las formas testamentarias y los efectos de su inobservancia menos rigurosa y distinta de la sustentada para el Código civil por la citada doctrina jurisprudencial. Ya con referencia a la Compilación, así vino a ponerlo tempranamente de relieve la sentencia de la extinta Audiencia Territorial de Pamplona de 29 de mayo de 1973 para la que " *la necesidad*



*de que las formalidades prescritas para el otorgamiento del testamento sean observadas como garantía de su realidad, dada la trascendencia jurídica de este acto, es tan absoluta que ni siquiera en el caso de que racionalmente no pudiera dudarse de que lo consignado en el testamento sea expresión fiel de la voluntad, valdría como tal el testamento que no se hubiese otorgado en alguna de las formas y con todos los requisitos esenciales que en cada caso deben concurrir".*

Es cierta la corriente jurisprudencial que, en aras al principio *favor testamenti*, ha tendido a flexibilizar el rigor de algunas exigencias formales, negando trascendencia invalidante a la inobservancia de ciertas fórmulas rituales o expresiones sacralizadas en la redacción testamentaria; pero lo ha hecho cuando la finalidad sustancial del requisito de forma a que aquellas respondían quedaba, aun de distinta manera, suficientemente garantizada o salvaguardada en el testamento y, generalmente, ante otorgamientos que, por su contenido y circunstancias concurrentes, no ofrecían motivos serios y fundados para recelar o dudar de la capacidad y libertad del otorgante y de la correspondencia con su voluntad de la declaración documentada. En palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2013, que cita la del mismo Tribunal de 30 de abril de 1909, *"dada la naturaleza y significación de la sanción, esto es, la nulidad del testamento, se impone tener en cuenta la índole de dichas formalidades para apreciar, con relación a su trascendencia, el límite dentro del cual pueden conceptuarse cumplidas dichas finalidades, armonizándose así la voluntad conocida del testador con los requisitos externos de su expresión"*.

Un somero repaso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la aplicación del principio *favor testamenti* en la exigencia de las formalidades testamentarias confirma el uso prudente y moderado de ese criterio flexible ante omisiones, imprecisiones o inexactitudes que no alcanzan a empañar ni a poner en entredicho la efectiva voluntad del otorgante y su consciente y libre emisión:

-La sentencia de 21 de marzo de 2006 rehúsa considerar la conformidad del testador con el testamento leído *"una fórmula expresa y solemne"*, cuya inobservancia anule su otorgamiento, reputando bastante una *"manifestación de voluntad del testador... de la que se deduzca inequívocamente aquella conformidad"*, como que *"la testadora manifestó quedar enterada del testamento y lo firmaba"*. En parecidos términos, la sentencia de 30 de noviembre de 1991, señala que para apreciar la conformidad del testador con el contenido del testamento leído es *"suficiente que asienta al contenido... mediante movimientos de cabeza tan inequívocos en su significado e interpretación como un asentimiento manifiesto por medio de la palabra"*. E idéntica doctrina se contiene en la sentencia de 24 de noviembre de 2004. En estas tres sentencias el tribunal tiene también en cuenta para la aceptación de la conformidad así manifestada la simplicidad del contenido dispositivo de los testamentos leídos.

-La sentencia de 31 de enero de 1964 mantiene que *"la manifestación hecha por el testador de no poder firmar por temblarle la mano derecha, recogida por el Notario, que motivó firmara un testigo a ruego de aquél, podía quizá determinar un vicio de nulidad del testamento"*, si la causa fuera *"incierta"*; pero rechaza tal apreciación en el caso de autos, porque *"la sentencia recurrida declara que no se ha acreditado que el testador pudiera firmar"* destruyendo la afirmación fáctica opuesta, y porque tampoco la Ley impone *"que el Notario deba comprobar la certeza"* de aquella manifestación; extremo sobre el que vuelve la sentencia de 4 de mayo de 1977 apuntando que la Ley *"no impone al Notario obligación alguna de averiguar la certeza de esa imposibilidad, ni si responde a algún motivo permanente o pasajero, bastando que el fedatario tenga la impresión de que por las circunstancias personales del causante así sucede"*, como ocurría en ese caso *"en el que la manifestación sin reservas del testador de no poder hacerlo, quedó corroborada por la existencia de una arteriosclerosis senil"* que le impedía físicamente firmar.

-La sentencia de 20 de marzo de 2013, haciendo suya la declaración contenida en otra antigua de 24 de abril de 1896, señala que el cumplimiento formal del *"juicio de capacidad realizado por el notario"* no tiene por qué materializarse *"de un modo expreso y ritualista"*, bastando que se exprese con claridad *"de cualquier otro modo o con locución distinta"*, o que se infiera *"claramente de las declaraciones fedatarias que el notario realiza"*. La sentencia de 4 de mayo de 1977 recuerda que *"no es preciso que se exprese en el testamento que la lectura se ha hecho en alta voz, siempre que conste que el Notario leyó el testamento, pues ha de inferirse que lo haría para que se enterasen los que con su firma habían de autorizarlo"*, cuando además tal inferencia judicial no ha sido oportuna y eficazmente combatida.

-La sentencia de 29 de abril de 1999 en contemplación al caso de una testadora de edad muy avanzada y con una arterioesclerosis que le impedía firmar, considera que, cuando el Notario en la escritura *"manifestó que la testadora no sabía firmar se refería indudablemente a la imposibilidad de saber hacerlo en ese momento concreto"*, sin que a *"la inexactitud en que incurrió el Notario"* quepa *"concederle un sentido o valor absoluto"*. Y la sentencia de 20 de marzo de 2012 declara *"subsanao"* por diligencia notarial el *"error material"* del texto testamentario en que consta que *"lo firma"* el testador cuando *"no lo firma por no poder, según asegura,*



*haciéndolo por él los testigos... ", al haberse acreditado por dictamen médico que en efecto " no podía firmar por una limitación de movilidad en la extremidad superior derecha... que le impedía poner su nombre ".*

-En recurso de casación de Derecho civil foral navarro, también la sentencia de 1 de diciembre de 1898 mantuvo que " *la circunstancia de que hayan de ser rogados los testigos no es por su naturaleza tan esencial que por sólo la falta de expresión de dicha circunstancia deba ser anulado un testamento, cuando de su asistencia al acto hay que inferir lógica y necesariamente que realmente lo fueron ".*

La sentencia aquí recurrida sigue este criterio flexible en lo relativo a la rogación de la testigo firmante por la testadora, aunque con cita de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 31 de enero de 1964 y 20 de marzo de 2012 . Pero la inobservancia de los requisitos formales que ha motivado la declaración de nulidad del testamento objeto de este recurso afectan a dos exigencias más esenciales en el contexto de las garantías formales del testamento abierto, como son: a) la firma del mismo por el testador, que sabe y puede hacerlo, y b) la idoneidad de los testigos intervinientes, por ausencia de parentesco próximo con los instituidos en él. Y además, la inobservancia de estos requisitos se produce en circunstancias que -como pone de relieve la sentencia de primera instancia- ensombrecen la limpieza testamentaria y, por ello mismo, reclaman y justifican el empleo de las máximas cautelas y todo el rigor en la valoración judicial de los requisitos formales incumplidos y de la trascendencia atribuible a su incumplimiento.

Y es que, a tenor de los hechos que las sentencias de instancia declaran probados y han pasado incólumes a esta casación, 1) la testadora, de 88 años de edad, soltera, sin descendencia y vecina de Pamplona, convivía en el mismo inmueble con su hermano (el actor-recurrido), a quien había instituido heredero suyo en un anterior testamento otorgado en Pamplona en 1997; 2) el 4 de abril de 2011 otorgó nuevo testamento abierto y, pese a padecer una artrosis severa de rodilla derecha, lo hizo fuera de esta Ciudad, en la Notaría de Lekunberri, donde trabajaba como empleada la nuera de la instituida heredera y esposa del sustituto vulgar; 3) el testamento fue redactado según minuta presentada en fecha anterior al otorgamiento por persona cuya identidad y relación -personal o profesional- con la testadora no consta, minuta en la que aparecía ya incluida la manifestación de que la testadora no podía firmar; 4) en los términos que literalmente se recogen en el fundamento jurídico primero, apartado 2.2, de esta sentencia, el testamento disponía que era deseo de la testadora que su herencia recayera "en algún familiar" de la persona allegada que identificaba, por haber convivido ésta con los hermanos Gaspar Aurora durante más de treinta años, por lo que instituía heredera universal a una sobrina de esta persona (la demandada recurrente), y sustitutos vulgares, a sus hijos, aunque sólo tenía uno (el aquí codemandado recurrido); 5) el testamento se otorgó con intervención como testigos de dos empleadas de la notaría: una, la encargada de la limpieza, que firmaría el testamento por sí y por la testadora, y otra, la nuera de la instituida heredera y esposa del sustituto vulgar a que acaba de hacerse mención, quien -declara- no se percató entonces de que la heredera era su madre política; 6) en el testamento se incluía, sin mención alguna a su posible causa, la manifestación de la testadora de no poder firmar, que no era cierta, pues sabía y podía hacerlo, como vino a evidenciarlo la extensión de su firma en documentos bancarios del mismo día del testamento y del siguiente a él, habiendo firmado por la testadora la testigo instrumental a que se ha hecho antes referencia; y 7) tras el otorgamiento del testamento y el fallecimiento de la testadora el 1 de julio de 2011, se registraron también las irregularidades, anomalías o incidencias en relación con la numeración de la escritura, el parte reglamentario, la expedición de copias y la factura, que la sentencia de primera instancia detalla en su fundamento de derecho cuarto y la de apelación considera algunas sólo explicables desde el funcionamiento interno de la notaría.

#### **QUINTO .- La falta de firma del testamento por la testadora que sabía y podía firmar.**

Mediante el **primer motivo de casación** denuncia la recurrente la infracción de los artículos 695 y 697 del Código Civil y de la ley 206 del Fuero Nuevo de Navarra, así como de la jurisprudencia que los desarrolla, argumentando en síntesis que, acreditada notarialmente la capacidad de la otorgante y su consentimiento al testamento leído que incluía la manifestación de no poder firmar y la firma por ella de una de las testigos, la sola falta de veracidad de esta manifestación, que la notaria no tenía el deber de indagar, no evidencia la disconformidad de la otorgante con el testamento redactado, ni alcanza a determinar su nulidad.

El motivo **se desestima** .

Tras exigir para los testamentos otorgados ante Notario o autorizados por él la " *intervención de testigos* " -dos o siete, según sean abiertos o cerrados-, establece la ley 188 del Fuero Nuevo de Navarra que " *en lo demás se aplicarán las disposiciones del Código civil* ", en clara remisión (bien que dinámica), para los testamentos abiertos, a lo establecido, entre otros, en los artículos 695 y 697 de este cuerpo legal, a tenor de los cuales, una vez leído el testamento por sí o por el Notario en alta voz " *para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad* ", " *si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo* " y, " *si el testador*





*declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos "* ( art. 695) que, también para esta eventualidad, declara el Código civil de obligada intervención (art. 697.1º).

Siendo el testamento un acto personalísimo dirigido a desplegar sus efectos a la muerte del testador, la redacción por el Notario del testamento abierto, recogiendo la última voluntad expresada por el otorgante, sea oralmente o por escrito, requiere, como formalidad esencial y garantía de concordancia de la declaración documentada con la voluntad real del declarante, la asunción por él del texto redactado y leído en el acto por sí mismo o en alta voz por el Notario; asunción que se traduce en una doble exigencia formal: a) la manifestación de su conformidad, expresada de palabra o -a tenor de la doctrina jurisprudencia antes reseñada- por cualquier medio de exteriorización que de modo inequívoco la revele, y b) el refrendo con su propia firma en el acto, caso de saber y poder hacerlo, constituyendo la estampación personal de la misma la materialización u objetivación de su consentimiento o aquiescencia.

Sólo en el supuesto de no saber o no poder firmar el testador, permite la Ley la firma por él y a su ruego de uno de los testigos intervinientes en el otorgamiento, como medio supletorio de su imposible refrendo personal por tal signo gráfico, pero siempre subordinado al efectivo concurso de alguna de aquellas causas. La firma del testigo "rogado" (que ha de extenderla por él "a ruego" del testador) no es pues una medida alternativa sino subsidiaria a la firma del otorgante, que consiguientemente no alcanza a suplir o sustituir la personal suya cuando éste sabe y puede firmar por sí mismo el documento.

En el testamento cuya validez se dilucida en este proceso consta bajo fe notarial que, *" al no poder firmar según manifiesta (la testadora) , lo hace por ella, además de en su nombre "*, la primera de las dos testigos instrumentales identificadas. Es un hecho probado, del que en autos no se hace cuestión, que *" la testadora sabía y podía firmar "*, habiéndolo hecho en documentos de fechas coincidente y próximas a la del testamento otorgado. Habiéndose estimado probado desde la sentencia de primer grado, a partir de los resultados de la prueba testifical, que en la minuta entregada en la Notaría unos días antes por una persona no identificada ya se hacía constar la indicación, luego transcrita en la redacción del testamento, de que *" la testadora no podía firmar "*, es lógico deducir como lo hizo aquella sentencia que no se trataba *" de una situación puntual y episódica de no poder firmar surgida en el momento del otorgamiento, sino de una circunstancia prevista de antemano y que se contradice con la aptitud habitual para la firma que conservaba la testadora "*.

Aunque, a tenor de la doctrina jurisprudencial antes citada ( ss. 31 enero 1964 y 4 mayo 1977, del Tribunal Supremo ) no sea obligación notarial indagar o averiguar la veracidad y motivos de esa imposibilidad, bastando que el fedatario tenga la impresión de su certeza, llama la atención y se echa de menos, que, habiendo preguntado la Notaría a la testadora por dicha imposibilidad -como en la sentencia de primera instancia se tiene por cierto-, no consignara aquella en la escritura la causa o razón de su afirmado impedimento a fin de explicar la inviabilidad del refrendo directo y despejar cualquier duda sobre la procedencia del recurso legal a la firma sustitutiva por un testigo.

La doctrina jurisprudencial se ha referido repetidamente al carácter supletorio -o subordinado a la imposibilidad de firmar el testador- de la firma del testigo rogado ( ss. 16 febrero 1956 , 31 enero 1964 , 27 septiembre 1968 , 10 noviembre 1973 y 16 junio 1997, del Tribunal Supremo ); habiendo llegado incluso a declarar que, aun manifestada por el propio testador en el acto aquella imposibilidad (por no saber o no poder hacerlo), si luego se demuestra dicha alegación falsa, mendaz o inexacta, el testamento deviene nulo ( ss. 4 enero 1952 , 31 enero 1964 , 10 noviembre 1973 y 29 abril 1999 , del Tribunal Supremo), porque -como advierte la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1964 - *" no puede quedar al arbitrio caprichoso de aquél el cumplimiento de un requisito formal exigido por el párrafo primero del artículo 695 del Código civil "*.

A ello ha de agregarse, en el plano psicológico y volitivo, que quien sabiendo y pudiendo firmar no firma es, a falta de otra explicación que justifique satisfactoriamente su proceder, porque no quiere hacerlo. Y si no quiere cumplimentar este requisito para la efectividad de la declaración documentada en el testamento leído, una vez informado o instruido el otorgante de su exigencia legal, no es ilógico sino plenamente razonable deducir que lo hace porque no está en su voluntad real o interna que se cumpla o haga efectiva la disposición documentada, al menos en los términos en que le ha sido leída. Para la habilitación del mecanismo sustitutivo de la firma por un testigo no basta pues que la manifestación del testador de no saber o no poder firmar el testamento que ha de precederla sea auténtica, porque, aunque lo sea merced a la fe pública notarial que ampara su expresión, la inveracidad no justificada ni explicable de su contenido priva de validez y eficacia sustitutiva a la firma en su virtud extendida por testigo rogado.

En defensa de la validez del testamento firmado en sustitución de la testadora por una testigo rogada, invoca el recurso la sentencia dictada el 5 de octubre de 2009 por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón . Pero, sin desconocer las particularidades del tratamiento específico que la legislación civil aragonesa dispensa a los defectos de forma de los testamentos, a que la propia resolución hace referencia, diferenciándola del que les



dispensa el Código civil, no puede ignorarse tampoco que, en el caso resuelto por ella, la sentencia recurrida en casación tenía por probado que " *la intervención de los testigos* (que no ha de olvidarse en los testamentos notariales de Aragón sólo es precisa en circunstancias especiales, como cuando el testador declara no saber o no poder firmar) *respondía a la imposibilidad de poder firmar el testador*", y deducía tal conclusión " *del conjunto de prueba estudiado* ": no sólo de la redacción del testamento en que constaba expresamente que el testador lo aprobó teniendo conocimiento tanto de la intervención de los testigos como de la manifestación de que él no podía firmar, sino también de otros " *elementos de prueba relativos a actos ajenos al otorgamiento del testamento* ". El Tribunal Superior de Justicia razonaba en su sentencia que el recurso pretendía resolver en vía casacional una posible equivocación de la sentencia recurrida en la valoración de la prueba practicada que excedía del ámbito de dicho recurso, fundando en esa razón su desestimación. Contrariamente, en el proceso cuyo recurso aquí se resuelve la sentencia de instancia no tiene por probada la imposibilidad de firmar de la testadora, sino precisa y exactamente lo contrario: que ésta sabía y podía firmar cuando otorgó el testamento.

#### **SEXTO .- La intervención en el testamento de una testigo instrumental inidónea.**

A través del **segundo y último motivo de casación** se denuncia la infracción de las leyes 185 y 188 del Fuero Nuevo de Navarra, en relación con la ley 206 de la misma Compilación y con el artículo 682 del Código Civil, así como de la jurisprudencia que los desarrolla. En su defensa argumenta en síntesis la recurrente que el parentesco por afinidad en primer grado de una de las testigos instrumentales con la instituida heredera, que aquélla ignoró hasta un mes después del fallecimiento de la testadora, no puede tener la trascendencia anulatoria que se le atribuye, dada la escasa relevancia que los testigos testamentarios y su idoneidad han tenido históricamente en el Derecho foral navarro y la paulatina eliminación de su intervención en los testamentos notariales por el moderno Derecho comparado.

El motivo **se desestima** y, con él, el recurso de casación que lo articula.

No resulta de recibo la alegada irrelevancia de los testigos y de su idoneidad en la tradición jurídica navarra, cuando la ley 188 del Fuero Nuevo de Navarra, que en la primera de sus leyes dice recoger " *el vigente Derecho Civil del antiguo Reino, conforme a la tradición y a la observancia práctica de sus costumbres, fueros y leyes* ", establece como único requisito formal propio de todos los " *testamentos* (abiertos o cerrados) *otorgados ante Notario* ", la necesaria " *intervención de testigos* "; remitiéndose para " *lo demás* ", en forma dinámica, a " *las disposiciones del Código civil* ". Y tampoco parece fundada la afirmada intrascendencia o irrelevancia, en la legislación civil navarra, de la aptitud y las condiciones subjetivas de los testigos intervinientes en su otorgamiento, cuando las leyes 185 y 186 de la Compilación se detienen en ellas para exigir que sean " *idóneos y rogados* " (ley 185), y en los testamentos notariales, " *vecinos del lugar del otorgamiento* " (ley 186), aunque los instrumentales no conozcan al testador y puedan cualesquiera de ellos ser empleados o dependientes del Notario.

No puede afirmarse que el Derecho histórico navarro haya vivido de espaldas o se haya mostrado indiferente a la intervención de testigos en las disposiciones de última voluntad, cuando contiene extensas y prolijas disposiciones sobre el otorgamiento ante ellos o en su presencia, sobre el número de testigos requeridos al efecto y sobre las condiciones de aptitud e idoneidad necesarias para actuar como tales (Fuero General, Lib. 3, Tit. 20, Caps. 2 a 9; Amejoramiento del Fuero, Cap. 2, y Novissima Recopilación, Lib. 3, Tit. 13, Ley 10 de las Cortes de Pamplona de 1604). Su intervención en los testamentos y los requisitos que habían de reunir fueron también objeto de específica atención en el Fuero Reducido (Lib. 3, Tít. 7, Cap. 9), Proyecto de Fuero Recopilado (leyes 236), Dictamen al Fuero (leyes 252 y 253) y Recopilación Privada (leyes 185 y 188). Es cierto que la necesidad de su concurrencia en los testamentos notariales viene siendo progresivamente abandonada en las reformas de las legislaciones que exigían su intervención; pero también lo es que, tanto en el Código civil ( art. 697.1º), como en el Código de Derecho Foral de Aragón ( art. 413), en el Libro IV del Código Civil de Cataluña ( art. 421-10) y en la Ley 2/2006, del Derecho Civil de Galicia (arts. 183 y 184), que no la exigen con carácter general, sigue siendo necesaria cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento.

Entre los requisitos explícitamente exigidos por el Fuero Nuevo de Navarra para la intervención como testigo en los testamentos está el de su " *idoneidad* "; requisito cuyo significado y alcance vienen determinados por el cumplimiento de las exigencias de capacidad natural e independencia establecidas para los testamentos abiertos en los artículos 681 y 682 del Código civil, de supletoria aplicación al caso (leyes 2.4 y 6 del Fuero Nuevo); exigencias que han de cumplirse " *al tiempo de otorgarse el testamento* " ( art. 683 del Código civil ).

Preservando dicha independencia, dispone el artículo 682 del Código civil que en el testamento notarial abierto no podrán ser testigos " *los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquéllos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad* ". Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1965, " *la intervención como testigo instrumental de quien le está prohibido intervenir -art. 682- por su parentesco en primer grado de afinidad con la instituida heredera, constituye patente*



*inobservancia de formalidad que es causa de la nulidad del testamento que en ella incurre* ". Igual tratamiento mereció la intervención como testigo de un pariente por afinidad de la instituida heredera en la sentencia del mismo Tribunal de 11 de enero de 1928 .

Pues bien, constituye un hecho probado, incontestable e incuestionado, que una de las testigos instrumentales, la empleada de la notaría doña Rocío , era nuera (hija política) de la instituida heredera y esposa de quien resultaba ser sustituto vulgar en el testamento, hallándose incurso por tal relación en la causa de inidoneidad establecida en el artículo 682, párrafo primero, del Código civil , para la intervención como testigo en testamento abierto.

En la defensa de su intrascendencia como causa de anulación del testamento cita el recurso una sentencia de la extinta Audiencia Territorial de Pamplona de 7 de marzo de 1980 que confirmó la desestimación de la acción de nulidad de un testamento abierto en que uno de los dos testigos instrumentales intervinientes era " *verno del testador y cuñado de la instituida* ". Pero, haciendo abstracción del valor relativo de esta aislada sentencia como precedente judicial en la resolución del presente recurso de casación, no puede ignorarse que a dicho pronunciamiento llegó el tribunal territorial navarro tras considerar que la "infracción denunciada" que -a su entender- en nada impugnaba "la sustancia, contenido o validez intrínseca del testamento", no llevaba aparejada su nulidad radical sino a lo sumo su anulabilidad, de modo que la anulación requería el ejercicio de una acción de impugnación en el plazo de los cuatro años de la ley 34 de la Compilación, que había ya transcurrido cuando se hizo valer, por lo que resultaba obligado " *acoger la prescripción invocada de adverso y ya aceptada en el tercer Considerando del juzgador de instancia* "; siendo en suma la prescripción de la acción ejercitada (que aquí no se excepciona) la definitiva *ratio decidendi* del fallo adoptado.

#### **SEPTIMO .- Conclusión, costas y depósito.**

Lo expuesto en los anteriores fundamentos jurídicos conduce a la desestimación del recurso de casación interpuesto.

Respecto a las costas causadas, la desestimación del recurso lleva aparejada su imposición a la recurrente, por aplicación del principio del vencimiento objetivo previsto en el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 394.1 del mismo texto legal , al no apreciar la Sala serias dudas de hecho o de derecho para la adopción de otro pronunciamiento.

En lo concerniente al depósito, hallándose la recurrente exenta de su pago, por gozar del derecho de asistencia jurídica gratuita ( art. 6.5 de la Ley 1/1996 ), no ha lugar a pronunciarse sobre el mismo.

Por lo expuesto, en nombre de SM el Rey y por la autoridad que le ha sido conferida, la Sala de lo Civil y Penal, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha adoptado el siguiente

#### **FALLO**

**1º.- Desestimar el recurso de casación** interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Yolanda Apezteguía Elso, en nombre y representación de la demandada doña Felicísima .

**2º.- Declarar no haber lugar a la casación** de la sentencia dictada en grado de apelación el 4 de febrero de 2014 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra en autos de juicio ordinario núm. 1321/2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Pamplona.

**3º.-Imponer las costas** de este recurso a la parte recurrente.

**4º.- No haber lugar a pronunciamiento acerca del depósito** , por hallarse relevada la recurrente de la carga de su constitución.

**5º.-Notificar** esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella no cabe ulterior recurso jurisdiccional y **devolver** las actuaciones originales a la Sección de la Audiencia Provincial de procedencia con certificación de esta resolución.

Así por esta su sentencia lo pronuncian, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan.