



Roj: **SAP B 11837/2018 - ECLI:ES:APB:2018:11837**

Id Cendoj: **08019370172018100770**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **17**

Fecha: **22/11/2018**

Nº de Recurso: **43/2018**

Nº de Resolución: **835/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE ANTONIO BALLESTER LLOPIS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sección nº 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Paseo Lluís Companys, 14-16, 1a planta - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866210

FAX: 934866302

EMAIL:aps17.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120170012551

### **Recurso de apelación 43/2018 -C**

Materia: Juicio Ordinario

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 02 de Barcelona**

**Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 88/2017**

Parte recurrente/Solicitante: Miriam , Sixto , Patricia

Procurador/a: Juan-Manuel Bach Ferre, Juan-Manuel Bach Ferre, Nuria Plaza Ruiz

Abogado/a: Anna Maria Valls Capdevila

Parte recurrida:

Procurador/a:

Abogado/a:

### **SENTENCIA N° 835/2018**

#### **Magistrados:**

Jose Antonio Ballester Llopis

Ana Maria Ninot Martinez

Marta Elena Fernández de Frutos

Barcelona, 22 de noviembre de 2018

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** En fecha 16 de enero de 2018 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 88/2017 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 02 de Barcelona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/ la Procurador/a Juan-Manuel Bach Ferre, en nombre y representación de Sixto y Patricia y por la Procuradora Nuria Plaza Ruíz, en nombre y representación de Miriam , oponiéndose ambas partes al recurso de apelación adverso, contra la Sentencia de fecha 04/07/2018.



**Segundo.-** El fallo de la Sentencia recaída ante el Juzgado de instancia y que ha sido objeto de apelación, es del tenor literal siguiente:

"Desestimar la demanda instada por D<sup>a</sup> Miriam representada por la contra D. Sixto y D<sup>a</sup> Patricia y en consecuencia se deniega la adveración y protocolización del documento 21 acompañado a la demanda tanto como **testamento** hológrafo como como codicilo, declarando la validez del **testamento** otorgado por la Sra. Zulima el 29 de octubre de 2003 válido.

Se condena en costas a la parte actora."

**Tercero.-** El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos y se señaló fecha para la celebración de la votación y fallo, que ha tenido lugar el día 21 de noviembre de 2018.

**Cuarto.-** En el presente recurso se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jose Antonio Ballester Llopis

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Los de la sentencia apelada.

SEGUNDO.-Mediante la presente Litis D<sup>ña</sup> Miriam interesa 1)la protocolización del **testamento** hológrafo de 31 de mayo de 2010 otorgado por su hermana D<sup>ña</sup> Zulima , subsidiariamente que se declare que se trata de un codicilo y quede sin efecto el **testamento** abierto otorgado por la misma testadora el 29 de octubre de 2003, quedando sin efecto los actos de administración y disposición efectuados por los demandados D. Sixto y D<sup>ña</sup> Patricia nombrados albaceas mediante el **testamento** abierto.Por la resolución de primer grado se desestima la demand. Frente a semejante pronunciamiento se alza la actora que reproduce sus pretensiones, y los demandados que interesan que la cuantía del procedimiento fijada en 100.000 euros se fije en 2.781.341,08 euros.

TERCERO.-La doctrina y la jurisprudencia predicán del **testamento** ológrafo un gran formalismo, como garantía de que recoge fehacientemente la voluntad del testador (STSJ, Civil sección 1 del 16 de Septiembre del 2002 (ROJ: STSJ CAT 10032/2002) y STSJ, Civil sección 1 del 08 de Junio del 1998 (ROJ: STSJ CAT 4774/1998), acogiendo la doctrina tradicional de la Sala Primera del Tribunal Supremo que predica que todos y cada uno de los requisitos exigidos son de carácter esencial de modo que su omisión implica la inexistencia, en cuanto falta un requisito esencial del acto o negocio jurídico ( SSTS 7 de junio de 1923 , 19 de diciembre de 1956 , 18 de junio de 1994 , 27 de julio de 1996 y 27 de mayo de 1998 ).Esta misma audiencia ya ha tenido ocasión de razonar en el siguiente sentido: <<"La seva forma privada, l'habitual secret en el seu atorgament i la seva simplificació formal fa que aquest tipus de testament presenti avantatges davant d'altres però també importants inconvenients perquè, com que en el seu atorgament únicament intervé el testador, ni aquest es pot identificar degudament ni és possible apreciar la seva capacitat. Això explica el rigor formal o les garanties que exigeix el legislador en establir determinats requisits d'inexcusable observança així com l'especial rigor amb el que la jurisprudència ha analitzat i interpretat aquesta modalitat testamentària.Raonava, al respecte, el Tribunal Suprem en sentència de 5 de gener de 1924 que "no basta que sea indudablemente conocida la voluntad de un testador para que pueda prevalecer, si no resulta expresada en la forma requerida por la ley, siendo por lo excepcional del **testamento** ológrafo, todos y cada uno de los requisitos que el artículo 688 exige, de carácter excepcional". En el mateix sentit, i en la línia de la sentència de 10 de desembre de 1956 , es pronunciava en la de 10 de novembre de 1973 al referir-se al " cumplimiento escrupuloso de los requisitos extrínsecos " i a l'obligació de "interpretarlos restrictivamente". Pel seu cantó, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha assenyalat que ni la configuració del sistema testamentari català, caracteritzat per una clara simplificació de les formalitats, ni el fet que el testament hològraf sigui aliè a la tradició jurídica catalana ni tampoc l' article 3 CC , "poden emparar una raó de dispensa" del que s'han de considerar requisits fonamentals "d'inexcusable observança" i no simples formulismes ( STJC de 8 de juny de 1998 ). En aquesta sentència es recull el que el TSJC qualifica com "la millor doctrina civilista" segons la qual "els requisits formals del negoci testamentari " son de aplicació estricta y no cabe matizarlos o flexibilizarlos con arreglo a su ratio, pues si bien ello puede conducir a una mayor justicia, en algunos casos concretos, no deja )de entrañar evidentemente una gran dosis de inseguridad ".Doncs bé, l'article 120 CS exigeix que tot ell "estigui escrit i signat de manera autògrafa pel testador amb expressió del lloc, l'any, el mes i el dia de l'atorgament".>>( Ad exemplum: Sentencias de 15 de julio de 2014 y 12 de diciembre de 2014)

CUARTO.-En el supuesto enjuiciado el documento que se trata de protocolizar es el siguiente:



Doc 21

Jo. Francesca Puigerver Roca, amb DNI. 36.806.799 -Z amb domicili al Carrer Quatre camins , 95 de Barcelona i desitjant testar en forma hològrafa ,

Declaro:

I.- Que soc nascuda el dia 10 del mes de Agost de 19 70 , soc filla de Josep i de Francesca . Les estar casada ni tenir filla capada

II.- Tinc en possessió els següents bens:

- a) Pis i parking a la població de Torredembarra
- b) Diverses propietats a la Ciutat de Barcelona
- c) Diverses propietats a la ciutat de Tarragona
- d) Diverses propietats a la ciutat de Vic
- e) Capital mobiliari en banc

Disposicions:

I.- Dono les propietats de la població de Torredembarra a Lola Blasco

II.- Dono les propietats de Barcelona i el capital mobiliari dels bancs a Bona i Angelada Puigerver

III.- Dono les propietats de Tarragona a Las Hermanitas de los Pobres de la mateixa ciutat.

IV.- Dono les propietats de la ciutat de Vic a Las Hermanitas de los Pobres de la mateixa ciutat.

V.- Revoco qualsevol testament que hagi fet en anterioritat, donant aquest com a acte de la meua voluntat.

Barcelona a 11 de Juny de 2010

*Jo. Francesca Puigerver Roca*

Como acertadamente razona el juzgador de instancia, dicho documento no reúne los requisitos para que sea considerado **testamento** hológrafo puesto que no está escrito de puño y letra de la Sra. Zulima , contiene tachones, y se constata que ésta se ha limitado a rellenar los espacios en blanco que le han dejado, y a estampar su firma.

QUINTO.- Alega la parte recurrente indebida aplicación del artículo 421. 20 del Código Civil de Cataluña en relación con el artículo 421- 17 del citado cuerpo legal , considerando ésta que no se ha tenido en cuenta que el codicilo es una institución con plena vigencia en el derecho civil catalán. Si bien, ninguna infracción se desprende de las alegadas por la parte recurrente, pues la sentencia dictada en instancia, que tenía por objeto la adveración y protocolización de un codicilo desestima tal pretensión al no atribuirle valor alguno, al no existir prueba de que efectivamente lo redactara la causante de su puño y letra, por lo tanto, no concurriendo las premisas que permiten su aplicación no se ha producido infracción alguna. Es por ello, por lo que tal motivo de apelación debe de rechazarse.

A mayor abundamiento el artículo 421-20. CCC dispone "1. En codicilo, el otorgante dispone de los bienes que se ha reservado para testar en heredamiento, adiciona alguna cosa al **testamento**, lo reforma parcialmente o, si falta este, dicta disposiciones sucesorias a cargo de sus herederos ab intestato.2. En codicilo, no se puede instituir o excluir ningún heredero, ni revocar la institución otorgada anteriormente. Tampoco puede nombrarse albacea universal, ni ordenar sustituciones o condiciones, salvo que se impongan a los legatarios.3. Los codicilos deben otorgarse con las mismas solemnidades externas que los **testamentos**"

En el supuesto enjuiciado se quebranta absolutamente lo dispuesto en la norma a saber: 1.No se dispone de bienes reservados, nada se adiciona ni reforma, ni dicta disposiciones sucesorias porque falte el **testamento**.2. Introduce nuevos herederos y excluye herederos anteriores y 3.No se observan las solemnidades externas de los **testamentos**

SEXO.-La misma suerte desestimatoria ha de correr la motivación relativa a la infracción de precepto legal por inaplicación del inciso final del primer párrafo del apartado 1 del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en cuanto al pronunciamiento de la Sentencia por el que se imponen las costas de la primera instancia a la parte actora. Conviene recordar que, con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2.000, de 7 de Enero , el régimen de la condena en costas se ha modificado sustancialmente en la medida en que el Principio que rige es el del Vencimiento Objetivo puro, tan solo matizado por la circunstancia de que "el Tribunal



aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho" ( artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente), y no porque concurren circunstancias excepcionales (ni tampoco especiales) que justifiquen la no imposición de las costas ( artículo 523, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 ). Por consiguiente, para que no se impongan las costas de la primera instancia a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones se requiere, en primer término, que el supuesto sometido a la consideración del Tribunal presentara dudas de hecho o de derecho, dudas que han de ser, además, serias, indicándose en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 394 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil que, para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la Jurisprudencia recaída en casos similares; en segundo lugar, que esas dudas las aprecie el Tribunal, no las partes, y, finalmente, que se razone o motive la decisión de no imponer las costas a la parte cuyas pretensiones hubieran sido totalmente rechazadas. En consecuencia, el Juez de instancia no ha apreciado ni razonado que el supuesto sometido a su consideración presentara serias dudas de hecho o de derecho, como tampoco las aprecia este Tribunal, de modo que, al estimarse íntegramente la Demanda, la decisión de imponer las costas causadas en la primera instancia a la parte demandada en aplicación del artículo 394. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil resulta del todo correcta.

SÉPTIMO.-La alegación del recurso de los demandados versa sobre la incorrecta fijación de la cuantía del procedimiento porque habiéndose fijado en la demanda la suma de 100.000 euros, en la contestación se fija una cuantía mucho mayor.

En el Decreto de admisión de la demanda se señaló como cuantía 100.000 euros. Dicho Decreto de admisión de la demanda en el que se fijó la cuantía del procedimiento no fue recurrido por la parte demandada, y aunque mediante el escrito de contestación se disiente de dicha cuantía, en el acto de la audiencia previa la Juzgadora de instancia fijó los hechos controvertidos, en ninguno de ellos figuraba aquélla ,frente a esa resolución, no interpuso la ahora apelante ningún recurso ni tampoco formuló protesta.

Corolario de lo expuesto es la desestimación del presente recurso y subsiguiente confirmación de la sentencia apelada.

OCTAVO.- La plena ratificación de la resolución recurrida determina que cada recurrente sufrague las costas de su recurso. ( arts. 394 y 398 LEC)

## FALLAMOS

**DEBEMOS DESESTIMAR y DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por las representaciones procesales de Miriam y de Sixto y Patricia contra la Sentencia dictada en los autos de Procedimiento Ordinario , número 88/2017 , por el Juzgado Primera Instancia nº 2 de Barcelona , de fecha , la cual se **CONFIRMA** con imposición de costas a ambas partes recurrentes.

Visto el resultado de la resolución recaída, y conforme lo recogido en el punto 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la nueva redacción introducida por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, BOE de 4 noviembre, con pérdida del depósito ingresado en su día para recurrir, y en sus méritos procédase a dar a éste el destino previsto en la Ley.

La presente resolución es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación. Y firme que sea devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la resolución para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.