



Roj: **STSJ NA 705/2008 - ECLI:ES:Tsjna:2008:705**

Id Cendoj: **31201310012008100018**

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

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **1**

Fecha: **31/10/2008**

Nº de Recurso: **29/2008**

Nº de Resolución: **18/2008**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MANUEL FERNANDEZ MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP NA 464/2008,**  
**STSJ NA 705/2008**

## **SENTENCIA Nº 18**

EXCMO. SR. PRESIDENTE:

D. JUAN MANUEL FERNÁNDEZ MARTÍNEZ

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI

D. ALFONSO OTERO PEDROUZO

D. MIGUEL ANGEL ABARZUZA GIL

D. JOSÉ ANTONIO ÁLVAREZ CAPEROCHIPI

En Pamplona, a treinta y uno de octubre de dos mil ocho.

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 29/08, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, en autos de Juicio ordinario nº 502/07, (rollo de apelación civil nº 334/07) sobre testamento ológrafo, procedentes del Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Pamplona, siendo recurrente la demandante D<sup>a</sup>. Gloria , representada ante esta Sala por el procurador D. Jaime Ubillos Minondo y dirigida por el letrado D. Luis Miguel Arribas Cerdan, y recurrido el demandado D. Donato , representado en este recurso por el procurador D. Alfonso Martínez Ayala y dirigido por el letrado D. Jesús Beguiristain Gurrupide.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Procurador Sr. D. Jaime Ubillos Minondo en nombre y representación de D<sup>a</sup> Gloria en la demanda de juicio ordinario seguido en el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº dos de Pamplona contra D. Donato , estableció en síntesis los siguientes hechos: la actora y el demandado son los únicos hermanos del difunto D. Víctor que falleció en Pamplona el día 25 de diciembre de 2005. Éste, falleció sin haber otorgado testamento notarial pero sí lo hizo en forma ológrafa en fecha 19 de septiembre de 2005. A instancia del albacea y de conformidad con la voluntad del testador, el día 23 de enero de 2006 se redactó un documento firmado por los hermanos y herederos forzosos del fallecido así como por el albacea en el que aceptaban de común acuerdo la última voluntad del testador renunciando a reclamar cualquier otro derecho con relación a este testamento. El albacea instó ante el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 1 de Pamplona expediente de protocolización del testamento ológrafo, solicitud que fue desestimada por auto de dicho Juzgado. Una vez dictado este auto que impedía la protocolización del testamento, la parte demandada, pese a lo convenido y firmado en su día, no se avino



extrajudicialmente a formalizar los documentos precisos para dar cumplimiento a la voluntad del causante. Por ello, la demandante se vio en la necesidad de instar acto de conciliación ante el Juzgado de Paz de Fustiñana que fue celebrado sin efecto por inasistencia del demandado. Después de alegar los fundamentos jurídicos que estimó oportunos terminaba suplicando "se dicte sentencia estimando íntegramente la demanda y acordando: 1º.- Declarar válido y eficaz el testamento ológrafo aportado como doc. nº 2 de la demanda, ordenando su protocolización notarial. 2º.- Subsidiariamente de lo anterior, declarar válido y eficaz dicho documento como memoria testamentaria, ordenando su protocolización notarial. 3º.- Subsidiariamente de todo lo anterior, declarar que la totalidad de sus disposiciones de bienes deben ser respetadas por quienes resulten herederos legales a la hora de proceder a la partición hereditaria, condenando a la parte demandada a estar y pasar por dicha declaración y a firmar los documentos privados o públicos que fuesen precisos para materializar la voluntad del reparto de bienes del causante recogida en el doc. nº 2 de la demanda. Todo ello con expresa imposición de las costas a la parte demandada si se opusiera esta demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, compareció el Procurador Sr. D. Alfonso Martínez Ayala en nombre y representación de D. Donato , oponiéndose a la misma en base a unos hechos que resumidamente son los siguientes: no se acepta que el documento presentado con la demanda sea un testamento ológrafo válido ya que no cumple los requisitos que exige para ello el art. 688 del Código Civil . El demandado, en la fecha en que se firmó el documento, el día 23 de enero de 2006 desconocía si su hermano había otorgado o no testamento. Ese día, el albacea Sr. Clemente , citó a D. Donato a las 10 horas de la mañana en la casa de su hermana, pues según le dijo iba a leer el testamento de su hermano Víctor . D. Donato le solicitó ir acompañado de alguno de sus hijos puesto que no tiene buena salud y está bastante sordo a lo que Don. Clemente se negó, manifestándole que únicamente podían estar presentes los dos hermanos. La reunión duró escasos minutos y consistió en la lectura de un escrito de D. Víctor y la exhibición de otro escrito que le presentó el albacea para que firmara. Únicamente le entregó al demandado fotocopia de la carta-testamento pero no le entregó copia de lo que había firmado. Posteriormente, el demandado recibió una citación del Juzgado de Pamplona para acudir al juicio de protocolización del testamento por lo que consultó con un abogado que le informó sobre la nulidad del documento como testamento. El Juzgado, como no podía ser de otra forma desestimó la pretensión de considerar como testamento ológrafo el documento otorgado en su día por D. Víctor por no reunir éste los requisitos legales. Después de alegar los fundamentos jurídicos que estimó oportunos terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se desestime la demanda absolviendo a mi representado de las pretensiones deducidas con imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia se dictó sentencia en fecha 8 de octubre de 2007 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por el Procurador Don Jaime Ubillos Minondo en nombre y representación de Doña Gloria y debo absolver y absuelvo a Don Donato representado por el Procurador Don Alfonso Martínez Ayala. Con condena en costas de la demandante".

CUARTO.- Interpuesto recurso de apelación contra la referida sentencia, la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Navarra dictó nueva resolución el día cuya parte dispositiva dice textualmente: "Que desestimando el recurso de apelación al que el presente rollo se contrae, confirmamos la sentencia dictada por el Juzgado de origen en el procedimiento referenciado en el encabezamiento de esta resolución, en cuyo antecedente de hecho primero se transcribe su fallo, imponiendo las costas de esta instancia a la parte apelante".

QUINTO.- Preparado recurso de casación contra dicha resolución, éste se interpuso posteriormente dentro del plazo legal en base a los cuatro siguientes motivos: Primero: por infracción de la Ley 193 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra en relación con los arts. 688 y ss. del Código Civil. Segundo : por aplicación indebida del art. 688 del Código Civil en la medida en que está incluido en la Ley 193, a la luz de lo establecido en las Leyes 17 y 18 de la Compilación. Tercero : por infracción de la Ley 206 en relación con los requisitos de validez del testamento ológrafo. Cuarto : por infracción de las Leyes 9, 315 y 316 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra y del art. 1261 del Código Civil .

SEXTO.- Por auto de fecha 10 de septiembre de 2008 dictado por esta Sala se acordó declarar la competencia de la misma y admitir el recurso de casación interpuesto, así como todos los motivos que en el mismo se formulan. En trámite de impugnación la parte recurrida se opuso a dicho recurso solicitando su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida con imposición de costas a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Conforme a lo dispuesto en el art. 486.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y mediante providencia de fecha 20 de octubre de 2008 la Sala señaló para la votación y fallo del recurso de casación el día veintitrés de citado mes.

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

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JUAN MANUEL FERNÁNDEZ MARTÍNEZ



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del recurso.

La cuestión nuclear de la presente litis la constituye el determinar si el documento número 2 de los acompañados con el escrito de demanda, tiene o no la naturaleza jurídica de testamento ológrafo. El citado documento está íntegramente escrito con caracteres mecánicos, siendo manuscrita sólo la firma de D. Víctor .

Mediante la demanda rectora del procedimiento se solicita que se declare válido y eficaz, como testamento ológrafo, dicho documento, ordenando en consecuencia su protocolización notarial. A dicha pretensión de la actora, hermana del causante, se opuso el demandado, también hermano. Tanto la sentencia dictada en primera instancia como la recaída en apelación desestimaron dicha pretensión, negándole al documento en cuestión la naturaleza jurídica pretendida.

El recurso se estructura en torno a cuatro motivos, pretendiéndose mediante los tres primeros la revocación de la sentencia de la Audiencia Provincial en orden a negar al citado documento virtualidad para regular la voluntad testamentaria de D. Víctor , y un cuarto motivo relativo a la pretensión planteada subsidiariamente en la demanda, concerniente a la supuesta renuncia que el demandado, hoy recurrido, habría hecho a los derechos hereditarios que pudieran corresponderle en la sucesión de su hermano, pretensión ésta también desestimada en ambas instancias.

Por obvias razones de sistemática decisoria, comenzaremos por la cuestión principal, que se plantea por la parte recurrente al amparo de la alegada infracción de la ley 193 del Fuero Nuevo, en relación con los artículos 688 y siguientes del Código Civil . Siendo este el hilo conductor del recurso, se alega también la vulneración de las leyes 17 y 18 de la Compilación navarra, motivo segundo del recurso, así como de la ley 206, motivo tercero .

SEGUNDO.- Concepto de testamento ológrafo.

Como punto de partida de la exposición de su parecer discrepante, aduce la parte recurrente que el concepto de testamento ológrafo que recoge el Código Civil en su artículo 678 no es aplicable en Navarra, toda vez que la remisión que hace la ley 193 al derecho común es a los artículos 688 a 693 . El tenor literal del precepto es el siguiente: "Se aplicarán en Navarra las disposiciones de los artículos 688 a 693, 697, 698, 701, 702, 716 a 736 del Código Civil , en cuanto a los respectivos testamentos". Estamos, en consecuencia, ante un supuesto de recepción en la Comunidad foral de normas generales del Estado.

Dicho lo cual, el argumento esgrimido por la parte recurrente no puede merecer favorable acogida, ya que aun cuando efectivamente la norma de remisión no cite expresamente el artículo 678 CCiv , resulta obvio que el mismo preside la normativa contenida en los artículos mencionados, por lo que sería absurda la remisión sino se aceptase tal definición legal. Así pues el concepto que ha de tenerse en cuenta es el recogido en aquél precepto, de modo que testamento ológrafo es aquél "que el testador escribe por si mismo, lo fecha y lo firma sin ninguna otra solemnidad". El carácter esencial de esta forma testamentaria es la autografía total, junto a la cual cabe destacar otras dos: la no intervención de otra persona en su otorgamiento; y, por otro lado, la no publicidad del mismo, comprensiva no sólo del secreto de la voluntad testamentaria sino incluso del propio otorgamiento del testamento.

TERCERO.- La autografía como requisito esencial del testamento ológrafo.

La parte recurrente hace ímprobos esfuerzos para tratar de llevar a esta Sala al convencimiento de que la autografía no es un requisito esencial del testamento ológrafo, llegando a afirmar que otra solución sería "magnificar la forma a ultranza...abrazar un formalismo tan exagerado y trasnochado que se contradice con los principios de nuestro derecho foral al respecto".

En la referida línea argumentativa aduce que la exigencia de la autografía como requisito esencial del testamento ológrafo contradice el artículo 3 del Código Civil , en alusión a que hoy en día la forma normal de escribir es mediante ordenador, habiendo caído en desuso la autografía; de modo que la realidad social, así expuesta, exige una interpretación acorde con ella.

El razonamiento no puede ser compartido. Es evidente que esta forma testamentaria presenta algunos inconvenientes, quizás el mas destacado sea el de que la falta de asesoramiento técnico-jurídico acerca de sus requisitos esenciales puede producir su nulidad. Pero no podemos dejar de resaltar las indudables ventajas que tiene, concretadas en su sencillez y rapidez, al permitir que una persona pueda expresar su voluntad testamentaria de forma inmediata, en atención a las circunstancias concurrentes, surgidas a veces de forma imprevista y grave. Por ello no es cierto que la realidad social imponga la solución que propone el recurso.

En la misma línea argumental aduce la infracción de las leyes 17 y 18 del Fuero Nuevo, en la consideración de que tales normas proclaman en nuestro derecho foral el principio de libertad de forma. Siendo ello así no cabe



ignorar que la ley 18 contempla diversas excepciones al principio general, hasta el punto de afirmar en su último párrafo que "en los casos en que esta Compilación exija cierta forma, se considerará de solemnidad". Siendo ello así, habrá de analizarse la norma aplicable al caso para determinar si la forma es un requisito esencial o no.

Se enfatiza por la parte recurrente que la exigencia formal tiene como finalidad "la acreditación de autenticidad del documento como expresión de la voluntad del testador", afirmación con la que no podemos sino estar plenamente conformes. Precisamente por tal razón, porque de lo que se trata es de que no haya duda alguna sobre cuál fue la real voluntad del testador, es lo que ha llevado a la Jurisprudencia a declarar constantemente, mediante una doctrina legal carente de fisuras, (STS 26 noviembre 1968 , considerando primero) "Que la doctrina sobre los grados de invalidez del negocio jurídico en general, tiene plena aplicación al testamento, con las especialidades derivadas de su naturaleza eminentemente formal, según una interpretación declarativa equidistante, por tanto, de la extensiva y de la restrictiva, como ha tenido ocasión de realizar la jurisprudencia de esta Sala, y con las peculiares consecuencias obligadas del negocio jurídico unilateral no recepticio «mortis causa» que encarna, a diferencia del bilateral «intervivos», ínsito en los contratos, con lo que serán pues causas de nulidad radical del testamento, la ausencia de capacidad del testador, y la falta de forma prescrita como garantía de la realidad de la declaración de voluntad del causante" (el subrayado es nuestro).

Que los requisitos exigidos por el artículo 688 del Código Civil para la existencia en derecho del testamento ológrafo, y entre ellos muy particularmente el de la autografía total, son esenciales al acto o lo corporizan como categoría jurídica a falta de intervención de funcionario público, es una declaración jurisprudencial constante. Es elocuente al respecto la sentencia de la Sala 1ª del TS, de fecha 3 de abril de 1945 , en cuyo considerando primero se dice "Que la jurisprudencia de esta Sala, velando por aquellas garantías de seguridad y certeza que deben rodear a toda disposición testamentaria, aunque ésta adopte la forma sencilla y simplificada del testamento ológrafo, ha sancionado como tesis general, la de que en el otorgamiento de esta clase de negocios jurídicos tienen el carácter de esenciales todas las formalidades prevenidas en el artículo 688 del Código Civil , siendo indispensable su concurrencia para la validez del acto (Sentencia de 13 de mayo de 1942 , que recoge y sintetiza la orientación de muchos fallos anteriores), y con referencia especial al requisito de la fecha tiene establecido con gran reiteración y sin admitir salvedad o excepción ninguna, que el testamento ológrafo que no contiene indicación exacta del año, mes y día en que fue escrito, carece de una condición esencial para su validez (Sentencias de 29 de septiembre de 1900, 12 de julio de 1905, 5 de diciembre de 1927 y 13 de mayo de 1942 )". Tal tesis interpretativa ha sido seguida, como decimos, sin modificaciones, hasta la fecha actual, pudiendo citarse entre otras las SSTS 19-12-56; 24-2-61; 14-2-81; 18-6-94 .

Cabe añadir que también ha habido unanimidad en la doctrina científica al configurar como requisito esencial de esta forma testamentaria el de la autografía total por parte del testador, precisamente para poder tener la plena certeza de que el documento recoge su voluntad testamentaria.

En virtud de lo expuesto debemos concluir que resultan estériles los esfuerzos de la parte recurrente en orden a argumentar que el documento controvertido recoge la auténtica voluntad testamentaria del causante, al no poder otorgársele la condición jurídica de testamento. Cabe añadir, en relación al tercero de los motivos indicados, que la contraposición entre la ley 206 FN y el artículo 687 del Código Civil , resulta completamente artificiosa, al pretender establecer diferencias entre el empleo de los términos "requisitos" y "formalidades" empleados, respectivamente, en dichos cuerpos legales. La remisión hecha a la normativa común, anteriormente mencionada hace inútil tal disquisición al ser aplicable el régimen del Código Civil.

Por cuanto antecede los motivos mediante los que se articula la oposición al criterio recogido en la sentencia disentida han de ser desestimados.

CUARTO.- Análisis de la pretensión subsidiaria.

La misma suerte desestimatoria ha de correr el cuarto de los motivos que conforman el recurso. La tesis de la parte recurrente se apoya en el documento nº 4 de los aportados con el escrito de demanda, en el que tras la lectura del documento controvertido, supuestamente expresivo de la voluntad testamentaria del Sr. Víctor , albacea nombrado por éste, los herederos, los hoy litigantes, manifestaron estar ambos de acuerdo, aceptando la última voluntad de su hermano difunto "renunciando a reclamar cualquier otro derecho con relación a éste testamento, que por mí les fue leído". A juicio de la parte recurrente aunque el documento controvertido no fuera susceptible de ser considerado como testamento, el pacto referido es perfectamente válido y lícito, y por tanto la renuncia a los derechos hereditarios que contiene ha de ser eficaz.

Tampoco en este extremo pueden tener favorable acogida los esfuerzos argumentativos de la parte recurrente, ya que la imposibilidad de conceptuar como testamento el documento respecto del cual se hizo la renuncia, hace que esta carezca de todo sentido. Como bien se expresa en la sentencia disentida la nulidad del testamento provoca la apertura de la sucesión legal, siendo por tanto a partir de este momento cuando el llamado a ella pueda manifestar su voluntad de renunciar. Cierto es que la Compilación navarra admite la



renuncia a la herencia futura, leyes 155, 172 y 301, pero además de no darse un requisito esencial de la misma cual es el de que sea indubitada, tampoco se satisfarían las exigencias formales impuestas por la primera de las leyes citadas.

QUINTO.- Costas procesales.

En virtud de cuanto antecede el recurso ha de ser desestimado y, en consecuencia, confirmada la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, debiendo imponerse a la parte recurrente las costas procesales causadas, en aplicación de los artículos 398.1 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto, en nombre de S.M. el Rey y por la autoridad que nos ha sido conferida

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación foral interpuesto por la representación procesal de Dña. Gloria , contra la sentencia dictada el día catorce de abril de dos mil ocho , por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra en autos de juicio ordinario nº 502/07 , rollo de apelación nº 334/07 y debemos confirmar la misma, con imposición a la recurrente de las costas causadas en el presente recurso de casación.

Y con certificación de la presente sentencia, devuélvase los autos originales y el rollo de apelación a la Sección de la Audiencia de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, a la que se dará la publicidad prevenida en la Ley, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA.- Pamplona a treinta y uno de octubre de dos mil ocho. La pongo yo la Secretaria de Sala para hacer saber a las partes que contra la anterior resolución no cabe recurso alguno. Doy fe.