

Id Cendoj: 28079110012009100709  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
 Sede: Madrid  
 Sección: 1  
 Nº de Recurso: 1561/2005  
 Nº de Resolución: 694/2009  
 Procedimiento: Casación  
 Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS  
 Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x TESTAMENTO EN PELIGRO DE MUERTE x
- x INEFICACIA DEL TESTAMENTO x
- x CONTENIDO DEL TESTAMENTO x
- x TESTAMENTO ABIERTO x

**Resumen:**

Validez de testamento otorgado en inminente peligro de muerte. Testamento per relationem (que oculta la voluntad testamentaria con referencia a papeles privados).

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a cuatro de Noviembre de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, por Dª Trinidad , representada por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Sevilla Flores, contra la Sentencia dictada por la referida Audiencia el 22 de abril de 2005, en el rollo de apelación nº 239/04, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Murcia, en el procedimiento ordinario 42/03. Ante esta Sala comparecen la Procuradora Dª Bárbara Egido Martín en nombre y representación de Dª Trinidad , en concepto de recurrente. El Procurador de los Tribunales D. Fernando Meras Santiago, en nombre y representación de Dª Esther , Dª. Raimunda y D. Joaquín en concepto de parte recurrida.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** Ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Murcia, interpuso demanda de juicio ordinario Dª Trinidad , contra Dª. Raimunda , D. Joaquín , Dª Esther , Dª Elena , D. Carlos María , Dª Palmira , Dª Ángeles , Dª Irene , así como contra todos aquellos que pudieran ostentar algún derecho hereditario del fallecido D. Damaso , sobre protocolización de testamento otorgado en inminente peligro de muerte por el causante D. Damaso . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *"... se dicte sentencia declarando válido el testamento otorgado en inminente peligro de muerte por don Damaso , ordenando su protocolización en la Notaria que por turno corresponda, con imposición de costas solidarias a los demandados"*.

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de D. Carlos María , Dª. Esther , Dª. Raimunda y D. Joaquín , alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: *"... se dicte en su resolución por la que estime las excepciones propuestas y, en caso, dicte en su día sentencia por la que sea desestimada íntegramente la demanda formulada de contrario, ordenando levantar las medidas cautelares adoptadas, con expresa imposición a la actora de las costas causadas en este procedimiento"*.

No habiendo comparecido los demandados Dª. Elena , Dª. Palmira , Dª. Ángeles , Dª Irene y los HEREDEROS DESCONOCIDOS DEL FALLECIDO D. Damaso , por resolución de fecha 29 de septiembre de 2003, se les declaró en rebeldía, y se acordó convocar a las partes a una Audiencia Previa, señalándose

día y hora, celebrándose la misma y habiéndose solicitado la práctica de prueba, se acordó convocar a las partes para la celebración de Juicio Oral, compareciendo a dicho acto las partes, y practicándose la prueba propuesta por las partes, que previamente fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Murcia dictó Sentencia, con fecha 8 de enero de 2004 , y con la siguiente parte dispositiva: "*FALLO: Desestimando la demanda interpuesta por el Procurador D. Manuel Sevilla Flores en nombre y representación de Dª Trinidad , contra Dª Raimunda , D. Carlos María , representados por el Procurador Dª Cristina Lozano Semitiel, y contra Dª Elena , Dª Palmira , Dª Ángeles y Dª Irene , debo:*

1.- NO haber lugar a declarar como válido el testamento otorgado en peligro de muerte por D. Damaso .

2.- *Cada parte pagará sus costas y las comunes por mitad*".

La representación de Dª Trinidad , presentó escrito de aclaración o en su caso de subsanación o complemento de Sentencia, dictándose con fecha 22 de enero de 2004 , que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "*No ha lugar a aclarar la sentencia recaída en este procedimiento. Se fija la cuantía de este juicio en la cantidad 917.379 euros*".

**SEGUNDO.** Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación Dª Trinidad . Sustanciada la apelación, la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia, dictó Sentencia, con fecha 22 de abril de 2005 , con el siguiente fallo: "*Que desestimando el recurso interpuesto por Dª Trinidad contra la sentencia dictada en fecha 8 de enero de 2004, por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de los de Murcia, en el Juicio Ordinario nº 42/03 , debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente la misma con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante***".

**TERCERO.** Anunciado recurso de casación por dicha demandante-apelante, contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por el Procurador D. Manuel Sevilla Flores, lo interpuso articulándolo en los siguientes motivos:

Único.- *Infracción del artículo 700 del Código Civil e indebida aplicación de los artículos 671 y 672 del mismo Código .*

Por resolución de fecha 21 de junio de 2005, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

**CUARTO.** Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó la Procuradora Dª Bárbara Egido Martín en representación de Dª Trinidad , en concepto de recurrente. El Procurador D. Fernando Meras Santiago en nombre y representación de D. Carlos María , Dª Esther , Dª Raimunda y D. Joaquín en concepto de recurridos. Admitido el recurso por Auto de fecha 20 de mayo de 2008 , y evacuado el traslado conferido al respecto el Procurador D. Fernando Meras Santiago, en representación de D. Carlos María y otros, presentó escrito solicitando se desestime el recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida.

**QUINTO.** Se señaló como día para votación y fallo del recurso el ocho de octubre de dos mil nueve, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excm. Sra. Dª. Encarnacion Roca **Trias**,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Resumen de los hechos probados.

1º El 27 de marzo de 2001 D. Damaso , que se hallaba ingresado en la UCI del Hospital de la Cruz Roja en Murcia, quiso otorgar testamento. El médico requirió a cuatro personas para oír al testador y presentes cinco testigos, el enfermo declaró que quería que su última voluntad fuese la que había manifestado en su domicilio unos días antes a la oficial de la Notaría de Santomera. Esta habría recogido en unas notas las previsiones sucesorias del causante, que se archivaron en un documento informático, en el ordenador de la notaría, pero no se llegó a elevar a testamento debido a la mala salud del declarante.

2º En el hospital se extendió el siguiente documento, que figura solo en fotocopia: "*D. Damaso desea que se cumpla el borrador que existe en la Notaría de Santomera con Pili. Este documento lo firma en la UCI del Hospital General en presencia del personal sanitario de guardia. 27-3-2001*". Figura la firma muy

desfigurada de D. Damaso . D. Damaso falleció 22 horas después de este acto.

3º Dª. Trinidad instó la protocolización de este documento, que consideraba testamento otorgado en peligro de muerte, por medio de expediente de jurisdicción voluntaria. El auto del Juzgado de 1ª Instancia accedió a la pedida protocolización; recurrido éste, el auto de la sección 3ª de la AP de Murcia, de 14 junio 2002 , revocó el auto apelado, tras argumentar que los documentos que se aportaban no podían estimarse válidos a los efectos de considerar este documento como testamento abierto otorgado en peligro de muerte, porque los testigos desconocieron los términos testamentarios y disposiciones patrimoniales que se contenían en el borrador depositado en la Notaría, por lo que faltaba la "*manifestación última de voluntad del testador*".

3º Dª Trinidad demandó a D. Carlos María ; Dª Esther , Dª Raimunda y D. Joaquín ; Dª Palmira y Dª Ángeles y Dª Irene , pidiendo que se declarase válido el testamento otorgado en inminente peligro de muerte por D. Damaso y que se ordenara su protocolización.

4º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Murcia, de 8 enero 2004 , desestimó la demanda. Señaló que el testador se hallaba ingresado en un hospital de Murcia, ciudad donde había guardia notarial. Puso de relieve también que las circunstancias y el inminente peligro de muerte en que se hallaba "*permiten purgar el requisito*" de la exigencia de que no sea posible la presencia del Notario, requerida en el Art. 700 CC . Sin embargo, añadió que a pesar de ello, era patente la vulneración de lo establecido en los Arts. 679 y 695 CC , porque "*el requisito que lo es «ad solemnitatem» exige que los testigos conozcan cuál es la voluntad del testador y su contenido. En nuestro caso los beneficiarios supieron que el testador quería que valiese como testamento un borrador que había en la notaría de Santomera «con Pili». Ni una sola mención se hizo por el testador al contenido de dicho borrador. En esta tesitura se mantiene si puede integrarse la voluntad real del testador con dicha referencia. La conclusión ha de ser negativa no puede obviarse que los testigos desconocen el contenido del testamento a pesar de la prescripción legal y el requisito formal cuya finalidad es dar credibilidad al testamento, no puede en este caso quedar integrado o convalidado por la referencia a un borrador incierto de que conoce una única persona".... "el hecho de que los testigos desconozcan el contenido de la voluntad del testador, como exige la ley, resta credibilidad al borrador que presuntamente la contiene".*

5º Dª Trinidad apeló la sentencia. La de la AP de Murcia, sección 4ª, de 22 abril 2005 , confirmó la apelada. Con argumentos parecidos a los utilizados en la sentencia de 1ª Instancia, la de la Audiencia Provincial ahora recurrida dice que el testamento otorgado en peligro de muerte no puede ser tenido como válido porque no reúne los requisitos de validez necesarios ya que no cumple lo establecido en el Art. 671 CC , y porque su contenido es inexistente "*por cuanto se remite a disposiciones que son nulas al constar en un borrador que no reúne los requisitos del testamento ológrafo*".

6º Dª Trinidad interpuso recurso de casación al amparo del Art. 477.1 LEC , con un único motivo, que fue admitido por auto de esta Sala de 20 mayo 2008 .

**SEGUNDO.** El *Motivo único* del recurso de casación denuncia la infracción del Art. 700 CC y la indebida aplicación de los Arts. 671 y 672 CC . El resumen sistemático del motivo es el que sigue:

a) El argumento de la indebida aplicación de los Arts. 671 y 672 CC se centra en que estas disposiciones se refieren a un supuesto distinto del que ha sucedido, porque no es que hayan aparecido papeles privados relativos a la institución de heredero, sino que existe un borrador, al que no se ha otorgado la característica de la fiabilidad, lo que no es correcto porque dicha existencia ha sido autenticada por el testador; b) Además, señala la recurrente que la doctrina más moderna se alinea en la tesis de la desacralización de la forma, especialmente en esta situación límite. No puede decirse que no es válida la remisión hecha por el testador al borrador por carecer éste de los requisitos del testamento ológrafo y ello es contradictorio con decir que la manifestación ante cinco testigos no alcanza la categoría de testamento, y finalmente, c) El problema según la recurrente, es si constando manifestación expresa de que el finado expresó claramente que su deseo era que se cumpliera como testamento el borrador que tenía preparado en la Notaría y acreditada la exigencia de este borrador al que el testador se remitió, es lícito ignorar dicha manifestación, de claro contenido testamentario en estas circunstancias.

*El motivo se desestima.*

**TERCERO.** La forma del testamento constituye una garantía del testador respecto a la exactitud y permanencia de la voluntad testamentaria. No se puede admitir la relajación de las formas en este tipo de testamentos en los que no concurre un funcionario público experto que contraste la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos exigidos en el Código civil para cumplir las finalidades antes expuestas. La forma

en los testamentos no es, por tanto, un elemento inútil y, en consecuencia, no se puede afirmar que la doctrina haya relajado este tipo de exigencias, de modo que cuando se plantea el problema de la validez del testamento cerrado que presenta algunos problemas de forma, el CC opta por la presunción de revocación del testamento cerrado que ha perdido forma, tal como establece el *Art. 742.1 CC*, presunción que admite la prueba en contrario expresamente prevista en la misma disposición.

Sin embargo, el problema real que presenta el actual recurso de casación no se refiere a la forma, sino al contenido del testamento, puesto que lo que se discute aquí es si existió o no auténtica voluntad testamentaria.

El testamento otorgado ante testigos cuando el testador se hallare en peligro de muerte, previsto en el *Art. 700 CC*, constituye una modalidad del testamento abierto, en el que se sustituye la presencia del notario por la de cinco testigos. A tal efecto el *Art. 679 CC* define este testamento de la siguiente manera: "Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone" y el *Art. 700 CC* dispone que cuando el testador se hallare en inminente peligro de muerte, "puede otorgarse testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario". Al tratarse de un testamento abierto, debe cumplirse lo establecido en el *Art. 695 CC*, que exige que el testador manifieste oralmente o por escrito su voluntad ante el Notario, sustituido en este caso por los cinco testigos, que de hecho cumplen el mismo rol. Esta manifestación constituye la declaración de voluntad precisa para la existencia de testamento (STS de 27 junio 2000).

En el caso actual, el difunto declaró que quería que valiera un pretendido borrador, que ni tan solo había escrito, sino que constituía un simple resumen de lo que había manifestado a la oficial de Notaría, a la espera de otorgar testamento. Sentencias antiguas de esta Sala, como las de 9 marzo 1908, 30 septiembre 1911 y 6 noviembre 1929 dicen que si no se había probado "el propósito serio y deliberado que tuviera el causante de otorgar su voluntad, ni que los testigos oyeran simultáneamente todas las disposiciones que quería que tuviesen como expresivas de aquélla[...] carece de los requisitos necesarios para ser testamento" (STS de 6 noviembre 1929). A ello se añade el argumento de que los testamentos *per relationem*, en los que se oculta la voluntad testamentaria con referencia a papeles privados, no se admiten en el *Art. 672 CC* cuando establece que "Toda disposición que sobre institución de heredero, mandas o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo", de modo que solo la existencia de forma permitiría la validez de este tipo de disposiciones testamentarias, lo que no ocurre en este caso (argumentos de la STS de 29 septiembre 1956).

El testador declaró lo que se ha transcrito en el Fundamento primero, o sea, que quería que se cumpliera lo que aparecía en un documento depositado en la Notaría. Para que esta voluntad valiese como testamento, como pretende ahora la recurrente, se requeriría que hubiese quedado cubierta con la forma del testamento ológrafo, lo que no ocurre aquí, por estar conservado lo que se pretende que valga como declaración de voluntad por causa de muerte, en un documento informático, que no cumple ninguna de las formas requeridas en el Código para la validez del testamento. En consecuencia no procede considerar que se nos hallemos ante un testamento válido porque carece de expresión de la voluntad testamentaria y la pretendida voluntad no reúne los requisitos de forma necesarios para su validez como tal testamento.

**CUARTO.** La desestimación del único motivo del recurso de casación presentado por D<sup>a</sup> Trinidad contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4, de 22 abril 2005 determina la de su recurso de casación.

Se imponen las costas del recurso de casación a la recurrente, de acuerdo con lo dispuesto en el *Art. 398.1 LEC*, que se remite al *Art. 394 LEC*.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

1º Se desestima el recurso de casación presentado por la representación procesal de D<sup>a</sup>. Trinidad contra la sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia, de 22 abril 2005, dictada en el rollo de apelación nº 239/04.

2º Se confirma con este alcance la sentencia recurrida.

3º Se imponen a la recurrente las costas originadas por su recurso de casación.

Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Rios** .- **Roman Garcia Varela** .- **Jose Antonio Seijas Quintana** .- **Encarnacion Roca Trias** .- **Rubricado.- PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D<sup>a</sup>. Encarnacion Roca **Trias**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.