



Roj: **AAP M 164/2005** - ECLI: **ES:APM:2005:164A**

Id Cendoj: **28079370252005200006**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **25**

Fecha: **13/01/2005**

Nº de Recurso: **721/2003**

Nº de Resolución: **2/2005**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FRANCISCO RAMON MOYA HURTADO DE MENDOZA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 25

MADRID

**AUTO: 0002/2005**

Fecha: 13/01/2005

Rollo: RECURSO DE APELACIÓN **721/2003**

Ponente: ILMO. SR. D. FRANCISCO MOYA HURTADO

Apelante: D. Bruno

PROCURADOR: D. ISACIO CALLEJA GARÍA

Apelado: D<sup>a</sup>. Catalina -PROCURADORA

Autos: PROTOCOLO TESTAMENTO OLOGRAFO N. 325/2002

Procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N<sup>o</sup>. 35 DE MADRID

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO MOYA HURTADO

D. JOSÉ MARÍA GUGLIERI VÁZQUEZ

D. CARLOS LÓPEZ MUÑIZ CRIADO

En MADRID, a trece de enero de dos mil cinco.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 25 de la Audiencia Provincial de MADRID, los autos de TESTAMENTARIAS 325/2002, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N. 35 de MADRID , a los que ha correspondido el Rollo **721/2003**, en los que aparece como parte apelante: D. Bruno representado por el procurador D. ISACIO CALLEJA GARCÍA, y como apelada: D<sup>a</sup>. Catalina , en su propio nombre y derecho, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO MOYA HURTADO.

## HECHOS

PRIMERO.- Que los autos originales núm. 325/02 procedentes del Juzgado de Primera Instancia Núm. 35 de Madrid , fueron remitidos a esta Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, de conformidad con lo dispuesto en las Normas de Reparto aprobadas por la Sala de Gobierno del Excmo. Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

SEGUNDO.- Que por el Ilmo. Sr. D. César Tejedor Freijo, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 35 de Madrid, se dictó auto con fecha 17 de Diciembre de 2002 , cuya PARTE DISPOSITIVA es del tenor literal siguiente: "Se declara justificada la identidad del testamento ológrafo otorgado por DON Luis Andrés con



fecha QUINCE DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS, acordándose que se protocolice con las diligencias practicadas en el archivo del Notario que corresponda, por el que se expedirán a los interesados las copias que procedan.

A cuyo fin, podrá la solicitante dentro del término de tres días designar la Notaría en que hay de protocolizarse dicho testamento, y para el caso de no verificarlo, se acuerda librar oficio al Sr. Decano del Colegio Notarial de Madrid al objeto de que se designe al Notario que por turno corresponda."

TERCERO.- Que contra el referido auto se preparó e interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de la parte demandada, el Procurador Sr. Calleja García, dándole traslado del mismo a la parte demandante, quien no presentó escrito alguno; remitiéndose los autos a esta Sección Vigésimoquinta, se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 16 de Diciembre de dos mil cuatro.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Se promovió en la instancia expediente de jurisdicción voluntaria para la protocolización de testamento ológrafo del hijo de la promotora, pretensión finalmente admitida por el Auto recurrido. Contra dicho pronunciamiento muestra disconformidad el recurrente en base a los siguientes motivos de impugnación; infracción del artículo 1817 de la LEC de 1881 ya que al haber planteado oposición al expediente el recurrente debió transformarse en contencioso con remisión a las partes al juicio declarativo correspondiente, cosa que no se hizo.

SEGUNDO.- El recurso debe ser rechazado. La protocolización del testamento ológrafo se encuentra regulada de forma especial en los artículos 688 a 693 del Código Civil, al margen de la regulación contenida en la LEC, no siendo así aplicable el precepto alegado como infringido, 1817 de la LEC, que con carácter general establece la conversión del expediente de jurisdicción voluntaria en contencioso de concurrir motivo de oposición con remisión a los trámites del juicio que corresponda, disposición de carácter general para los expedientes que a continuación se regulan, artículo 1824, en tanto no entren en contradicción con lo que se ordena respecto de cada uno de ellos. Así las cosas, el precepto alegado no es de aplicación al ser incompatible la pretendida aplicación de dicho precepto con la regulación específica contenida en el Código Civil, texto en el que la oposición que se pueda formular ante el Juez que tramita la protocolización pretendida es irrelevante frente a la efectividad de la resolución que dicte el Juez, la cual se llevará a efecto, "no obstante oposición", artículo 693 del Código Civil, que remite finalmente para su posible ejercicio al juicio que corresponda. De dicha regulación especial se desprende la previsión de oposición al expediente de protocolización, no remitiendo, de existir aquella, al juicio declarativo que corresponda con finalización del expediente, como se contiene en el artículo 1817, precepto que deja a salvo la especialidad de los expedientes regulados en el propio texto de 1881, en cuyo artículo 1974, respecto de la protocolización de memorias testamentarias, remite igualmente a los interesados en contradicción con la protocolización autorizada al juicio correspondiente para la impugnación, no resultando de aplicación el precepto general invocado.

Así las cosas el precepto invocado no resulta de aplicación debiendo ser rechazado el motivo de impugnación.

TERCERO.- Desestimado el recurso las costas de esta alzada deben ser impuestas a la parte recurrente, artículos 394 y 398 de la LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Calleja García, en nombre y representación de D. Bruno, contra la resolución dictada con fecha 17 de diciembre de 2002, por el Juzgado de 1ª Instancia n. 35 de los de Madrid, en autos n. 325/02. DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente la misma, con imposición de las costas procesales causadas al apelante.

Notifíquese la presente resolución en legal forma a las partes interesadas, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. arriba referenciados. Doy fe.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.