



Roj: **AAP IB 398/2004** - ECLI: **ES:APIB:2004:398A**

Id Cendoj: **07040370042004200024**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **4**

Fecha: **17/11/2004**

Nº de Recurso: **394/2003**

Nº de Resolución: **167/2004**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MIGUEL ANGEL AGUILO MONJO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

PALMA DE MALLORCA

**AUTO: 00167/2004**

AUDIENCIA PROVINCIAL

PALMA DE MALLORCA

SECCIÓN IV

ROLLO: 394/03

AUTO NUM. 167/04

ILMOS SRS.

PRESIDENTE:

D.Miguel Angel Aguiló Monjo.

MAGISTRADOS:

D. Miguel Alavaro Artolo Fernández

D<sup>a</sup>. Juana María Gelabert Ferragut

Palma de Mallorca, a 17 de Noviembre de dos mil cuatro.

VISTOS por la Sección 4<sup>a</sup> de esta Audiencia Provincial, en el Rollo de Sala nº 394/2.003, el recurso de apelación interpuesto por D. Alejandro , representado por el Procurador D<sup>a</sup>. Nancy Ruys Van

Noolen, contra el auto de fecha 26 de marzo de 2.003, dictado por el titular del Juzgado de Primera Instancia n 1 5 de Palma de Mallorca, en autos de juicio sobre protocolización de testamento ológrafo, seguido bajo el nº 525/2.002 , siendo parte apelada el Ministerio Fiscal, asistida la actora-

apelante por el letrado, D. Miguel Feliu Bordoy. Ha sido parte apelada el Ministerio Fiscal.

ES PONENTE el Illmo.Sr.Magistrado D.Miguel Angel Aguiló Monjo.

## HECHOS

PRIMERO .- Por Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Palma de Mallorca, en fecha 26 de marzo de 2.003, se dictó auto , cuya parte dispositiva dice que: "Es procedente desestimar la petición de protoclozicación, a instancia de D. Alejandro , respecto al testamento de Doña María Cristina , al no contener los requisitos esenciales que le otoguen la validez de testamento ológrafo"



SEGUNDO .- Contra la anterior resolución se interpuso, tras su preparación, recurso de apelación por la representación de la parte actora y seguido el recurso por sus trámites, por el Ministerio Público se presentó escrito de oposición, elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial, que quedaron concluidas para dictar la oportuna resolución, tras acordar esta Sala comprobaciones en orden al cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 692 del Código Civil .

TERCERO .- En la tramitación de este Recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los razonamientos jurídicos del auto apelado en lo que no se opongan a los que siguen.

PRIMERO .- Solicitada por D. Alejandro protocolización del sedicente testamento ológrafo otorgado por su madre, D<sup>a</sup>. María Cristina , la denegó el Juzgador de instancia, básicamente por entender que no cumplía el esencial requisito del art. 688 del Código Civil , argumentando que "el mismo se ha realizado sobre un impreso mecanografiado donde se han introducido los datos del causante a mano y, siendo el testamento ológrafo de carácter excepcional, todos y cada uno de los requisitos exigidos en el mismo se han de verificar ( STS de 19 de diciembre de 1.959 , STS de 18 de junio de 1.964 ) por lo que y dado que el requisito esencial de que el mismo esté "escrito todo él" del puño y letra del testador no se cumple, carece de validez, y en consecuencia, procede desestimar la solicitud".

Contra dicha resolución el promovente del expediente interpuso, por disvenida, recurso de apelación, todo lo cual motiva la presente alzada y decisión.

SEGUNDO .- Despejada en esta alzada la problemática acerca de si existían otras personas, al margen del promovente, interesadas en el expediente y con residencia en el partido judicial competente ( art. 692 del Código Civil ), se entiende que el mismo se ha seguido correctamente con la presencia del Ministerio Fiscal, con lo cual el único punto que se somete a debate es el de si procede o no la protocolización del documento como testamento ológrafo de la Sra. María Cristina , por falta del requisito de su total autografía.

Dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 22 de enero de 2.002 , que las condiciones que todo instrumento que deba alcanzar la categoría de testamento ológrafo habrá de reunir, son las siguientes:

- a) En cuanto a la capacidad para testar, de forma general, se habrá de cumplir cuanto se dispone en los artículos 662 a 666 , amén de la capacidad "ad hoc" del artículo 688.1 .º.
- b) En cuanto a la voluntad testamentaria el tema transita por el núcleo que late en la definición del artículo 667 , como expresión de todo acto de última voluntad.
- c) Y por último en cuanto a los requisitos particulares, deberán observarse los fijados para la validez en el artículo 688 -autografía, firma y cronología de su otorgamiento-, en cuanto a su presupuesto sustantivo, y su protocolización según los artículos 689 y siguientes, lo que ya incumbe además a la accedibilidad judicial".

El único de los anteriores requisitos que se echa en falta, como se ha reiterado es el de ser totalmente autógrafo de la testadora, pues los demás no han sido cuestionados.

TERCERO .- Dispone en efecto el art. 688 del Código Civil que "para que sea válido este testamento ológrafo deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue.- Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma.- Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma".

Ciertamente, como se apunta en el auto recurrido, la excepcionalidad del testamento ológrafo, impone ser estrictos en el análisis de la presencia de todas las anteriores condiciones para estimar que un escrito o documento puede ser protocolizado con la categoría de testamento ológrafo. No obstante, por mucha que sea la rigurosidad que se use, no puede llegarse a desvirtuar el sentido y finalidad de la norma. Existen resoluciones judiciales (de innecesaria cita, pues no son directamente referibles al caso) que señalan que la simple presencia de palabras tachadas, enmendadas o enterrrenglonadas, no siempre produce la nulidad total o parcial del testamento ológrafo, siendo ello muestra que el respecto estricto a las formalidades testamentarias no implica que puedan ser desorbitadas.

Por lo que refiere ya al tema concreto de la total autografía, las sentencias, "ad exemplum", de la Audiencia Provincial de Toledo de 28 de enero de 2.000 y de la Audiencia Provincial de Huesca de 15 de enero de 1.997 , denegaron la protocolización en documentos absolutamente mecanografiados en los que lo único puesto de puño y letra del supuesto testador era la firma. Mas no es éste el caso examinado. Si se examina el texto en cuestión y su traducción (folios 10 a 12), se observará que en su parte manuscrita y autógrafa, según la testifical practicada, de D<sup>a</sup>. María Cristina , se lee: "DEJO TODOS MIS BIENES MATERIALES A MI HIJO



MAYOR Alejandro DE NUM000 WINGHAM, CALLE000 LONDRES NW5 3QL REINO UNIDO.- EN CASO DE SU FALLECIMIENTO ENTONCES TODOS MIS BIENES MATERIALES TIENEN QUE IR A SU HIJO, MI NIETO MAYOR, Jose Pablo DE NUM000 DIRECCION000 , WORLDS END, CHELSEA LONDRES SW10.REINO UNIDO". Al texto sigue la firma de la testadora y al pie del documento la fecha manuscrita de 23 de enero de 2.002.

En lo anteriormente transcrito se constata una clara disposición de última voluntad ("animus testandi"), realizada en texto totalmente manuscrito por la testadora y firmada por ella, cumpliéndose, asimismo, el requisito cronológico de expresar la fecha. No debe existir, por tanto, obstáculo alguno a que se considere dicho instrumento como testamento ológrafo que pueda ser protocolizado como tal. Por tanto, teniendo por observadas las precedentes condiciones, según el artículo 691 , el Juez tras acreditar el fallecimiento del testador, y la identidad de éste así lo reconocerá previa citación de los parientes o Ministerio Fiscal que preceptúa el artículo 692 , declarando que ese instrumento es testamento, lo que vincula "ab initio" a los interesados sin perjuicio de su impugnación en vía declarativa según citado artículo 693 ; en consecuencia, en este juicio es donde, se podrá replantear la observancia de toda esa legalidad compleja, bajo los principios propios de la jurisdicción contenciosa, en el bien entendido que, salvo evidencia probatoria en contrario, se habrá de aceptar cuanto el Juez acordó en la precedente protocolización de tal testamento (S. 8/jun/94).

Las palabras mecanografiadas que aparecen en dicho testamento, a modo de plantilla con puntos suspensivos sobre los que se manusciben por la testadora, básicamente, sus datos personales, no son bastantes para denegar la protocolización solicitada, pues los requisitos sustanciales ya han sido constatados y estos últimos, además de ser intrascendentes, también están manuscritos, al margen de un encasillado mecanografiado absolutamente irrelevante. Como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, citada por el recurrente, de 1 de junio de 1.999 , " no perjudican a la autografía del testamento ológrafo las palabras escritas posteriormente en él por un extraño ni tampoco las escritas e impresas en el papel sobre el cual se va a escribir, mientras el testamento conserve su independencia y unidad, pues... la presencia de otra grafía o letra impresas deja intacto el texto original, que no se relaciona con la grafía extraña".

Por todas las anteriores consideraciones, procederá estimar el recurso de apelación interpuesto y revocar el auto de instancia en la forma que se dirá en la parte dispositiva de la presente resolución.

CUARTO .- Que de acuerdo con lo previsto en el artículo 398. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no procede hacer especial pronunciamiento con respecto a las de esta alzada al no ser esta resolución confirmatoria de la de primera instancia.

En virtud de cuanto antecede,

#### **la Sala ACUERDA**

: 1) ESTIMANDO el RECURSO DE APELACION interpuesto por el Procurador D. Nancy Ruys Van Noolen, en nombre y representación de D. Alejandro , contra el auto de fecha 26 de marzo de 2.003, dictado por Ilmo.Sr.Magistrado del Juzgado de Primera instancia nº 5 de Palma de Mallorca , en autos de juicio sobre protocolización de testamento ológrafo, de los que trae causa el presente Rollo, DEBEMOS REVOCARLO y lo REVOCAMOS en todos sus extremos, y en su lugar, DEBEMOS DECLARAR y DECLARAMOS : Estimar justificada la identidad del testamento al que las presentes actuaciones se refiere y ordenar que se protocolice, con las diligencias practicadas, en los registros del Notario correspondiente, para lo cual se darán a los interesados las copias o testimonios que procedan.

2) No se hace especial pronunciamiento sobre costas en esta alzada.

Así por esta nuestra resolución, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sala, definitivamente Juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN : En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA : Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.