



Roj: **AAP O 656/2008** - ECLI: **ES:APO:2008:656A**

Id Cendoj: **33044370062008200007**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **23/09/2008**

Nº de Recurso: **236/2008**

Nº de Resolución: **101/2008**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MANUEL BARRAL DIAZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

OVIEDO

AUTO: 00101/2008

AUDIENCIA PROVINCIAL DE OVIEDO

Sección 006

AUR00C/ COMANDANTE CABALLERO N. 3 4 PLANTA

Tfno.: 985968754 Fax: 985968757

N.I.G. 33044 38 1 2008 0001002

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000236 /2008

Proc. Origen: PROTOCOLIZACION DE TESTAMENTO OLOGRAFO 0000082 /2008

Órgano Procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de LUARCA VALDES

En Oviedo a, veintitrés de septiembre de dos mil ocho. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por los Iltrmos.

Srs: Don José Manuel Barral Díaz, Presidente, D<sup>a</sup> María Elena Rodríguez Vigil Rubio y D. Jaime Riaza García Magistrados; ha pronunciado el siguiente:

#### **AUTONº 101**

En el Rollo de apelación 236/08, dimanante de los autos de juicio civil PROTOCOLIZACION DEL TESTAMENTO OLOGRAFO que con el número 82/08 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia DE LUARCA-VALDES, siendo apelante Abelardo , demandante en 1ª Instancia, representado/a por el Procurador SRA. GOTA BREY, y asistido/a por el Letrado D<sup>a</sup> HONORINA M<sup>a</sup> GARCIA ISTILLARTE; y como apelado/a EL MINISTERIO FISCAL, en la representación que le es propia; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Presidente Don José Manuel Barral Díaz.

#### **HECHOS**

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia de Luarca dictó Auto en fecha 24-4-08 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Se DENIEGA LA PROTOCOLIZACION DEL TESTAMENTO OLOGRAFO atribuido a D. Juan Luis ".

SEGUNDO.- Contra el anterior Auto previa su preparación en plazo se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, del cual se dió el preceptivo traslado al Ministerio Fiscal, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuó en plazo, con oposición al mismo. Remitiéndose a esta Sección los autos originales, señalándose para votación y fallo el día 18 de septiembre de 2008.

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



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El auto recurrido desestima la protocolización del testamento ológrafo del causante don Juan Luis al considerar, al margen de otras consideraciones, que carece del requisito de la expresión de día y mes de su otorgamiento.

Considera la parte apelante que se infringieron normas esenciales del procedimiento, instando así la declaración de nulidad formal por parte de esta Sala, ya porque no se dio traslado al solicitante del informe del Ministerio Fiscal ya porque tampoco fueron citados los parientes más próximos del testador.

SEGUNDO.- Es sabido que toda nulidad formal exige la infracción de normas esenciales del procedimiento y, además, que por tal causa haya podido producirse indefensión, como así lo declara el art. 238, pfo. 4º, de la LOPJ, en similar coincidencia con el art. 225.3º de la LEC.

La primera de las supuestas infracciones (ausencia de traslado del informe del MF al solicitante) ciertamente se produjo, ya que no consta que dicho informe fuese comunicado al solicitante, pero ello en ningún caso produjo indefensión alguna, no sólo porque estaba personado en el expediente, teniendo por tanto acceso directo al mismo, sino sobre todo porque la omisión del traslado, impidiendo así hacer alegaciones, quedó subsanada, además ampliamente, con el presente recurso, en el que la parte apelante alega de forma pormenorizada al respecto. Por lo tanto, el defecto formal quedó subsanado y no pudo producir indefensión alguna a la parte, tan solo un retraso en el ejercicio de su derecho a alegar.

En cuanto a la segunda supuesta infracción (falta de citación de los parientes más próximos), el art. 692 del Código Civil no exige tal citación cuando los mencionados parientes residan en partido judicial diferente en el que se ubica el Juzgado competente para tramitar el expediente, ya que en tal caso basta con la citación del Ministerio Fiscal, como así ocurrió. Por lo tanto, si la Ley no exige citar a tales personas, tampoco pudo producirse la indefensión; sin perjuicio de que tal supuesta indefensión sería respecto de dichos parientes omitidos, lo que significa que sólo podría ser invocada por éstos y no por persona ajena, aunque sea la que instó el expediente.

TERCERO.- Es cierto que el art. 693 del Código Civil sólo exige, para poderse protocolizar el testamento ológrafo, que se tenga por acreditada o justificada "la identidad" del testamento, o lo que es lo mismo, que el Juez estime justificada su atribución a la persona que figura como testador, debiendo acordar en tal caso su protocolización. Lo que quiere decir que no es ese el momento en el que han de resolverse cualesquiera otras cuestiones que afecten al fondo de la posible validez del testamento. La resolución habrá de pronunciarse, por lo tanto, sobre dicha identificación, sin rechazarlo por otros defectos formales que no afecten a la sustancia del testamento.

Ahora bien, no obstante lo expuesto debe procederse al rechazo y denegación de su protocolización cuando, aún tratándose de defectos formales, éstos afecten a elementos esenciales para su validez, como cuando la autografía no es total o careciere de fecha, pues tanto en uno como en otro supuesto carecerá manifiestamente de validez como testamento ológrafo. Como afirma, entre otras muchas, la sentencia del TS, de fecha 4-11-47, la imperativa redacción del párrafo 2º del art. 688 del CC no permite duda alguna de que la exigencia de la expresión del día, mes y año en que el testamento ológrafo se otorgue es formalidad esencial para la eficacia de tal forma de testar, de suerte que su ausencia produce la invalidez de la misma, y esto no sólo por la virtualidad del precepto mencionado, sino por la declaración general de nulidad que contiene el art. 687 del mismo Código. La Jurisprudencia en tal sentido es tan reiterada y constante que exime de su cita pormenorizada.

CUARTO.- En definitiva, que el auto apelado debe confirmarse por la razón legal antes comentada, sin tener en cuenta, por no ser momento procesal adecuado, las restantes posibles circunstancias a que dicho auto recurrido alude; sin perjuicio de que pudieran ser objeto de un juicio plenario posterior (al igual que el fundamento de la presente desestimación de la protocolización), caso de que la parte así lo estime, toda vez que el presente auto no produce en ningún caso cosa juzgada, como igualmente así lo tiene declarado la misma Jurisprudencia.

QUINTO.- No se hace declaración especial sobre costas, al ser una sola parte la personada.

### En atención a lo expuesto, LA SALA DIJO:

SE DESESTIMA EL RECURSO DE APELACION interpuesto por DON Abelardo , contra la resolución dictada en autos de juicio civil PROTOCOLIZACION DE TESTAMENTO OLOGRAFO, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia número número 1 de Lúcar. Resolución que se confirma sin declaración especial sobre costas.

Así, por este Auto la Sala lo acuerda, manda y firma, de lo que doy fe.-