



Roj: **AAP LE 25/2009** - ECLI: **ES:APLE:2009:25A**

Id Cendoj: **24089370022009200007**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **León**

Sección: **2**

Fecha: **18/02/2009**

Nº de Recurso: **74/2009**

Nº de Resolución: **19/2009**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ALBERTO FRANCISCO ALVAREZ RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

LEON

**AUTO: 00019/2009**

Apelación Civil 74/09

Protocolización Testamento Ológrafo 924/08

Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de León

A U T O NUM. 19/09

ILMOS. Sres.:

D. ALBERTO FRANCISCO ALVAREZ RODRIGUEZ.- Presidente

D. ANTONIO MUÑIZ DIEZ.- Magistrado

Dª. Mª DEL PILAR ROBLES GARCIA.- Magistrada

En la ciudad de León, a dieciocho de febrero de dos mil nueve.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial, constituida por los Sres. del margen, habiendo sido Ponente el Ilmo. Sr. D. ALBERTO FRANCISCO ALVAREZ RODRIGUEZ, ha dictado la presente resolución del Rollo 74/09, en base a los siguientes.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

UNICO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de León y en fecha 7 de octubre de 2008 se dictó auto , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "En atención a todo lo expuesto, SE DECIDE la no admisión a trámite de la solicitud formulada por la Procuradora Dª. NELIDA PEREZ GUTIERREZ, en representación de doña Sandra a que se hace referencia en el antecedente de hecho de esta resolución".

Notificado que fue el anterior auto, por la representación de la demandante se interpuso recurso de apelación, remitiéndose las actuaciones a esta Sección y señalándose para la fecha de deliberación el día 17 de febrero de 2009.

#### **RAZONAMIENTOS JURIDICOS**

PRIMERO.- Se recurre en apelación el Auto que deniega la admisión a trámite de la solicitud de protocolización de lo que la solicitante denomina "testamento ológrafo" y en el que el cuerpo de escritura que contendría la última voluntad de la testadora aparece mecanografiado y la firma de ella, como consecuencia de no saber firmar, sustituida por su huella digital.



SEGUNDO.- Dispone el párrafo 2º del artículo 688 del Código Civil que "Para que sea válido este testamento (se refiere al ológrafo) deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue".

El testamento ológrafo debe, pues, estar escrito todo él de puño y letra del testador.

En línea con tal exigencia, el artículo 691 del mismo cuerpo legal dispone que "El juez... y comprobará su identidad por medio de tres testigos que conozcan la letra y la firma del testador, y declaren que no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del mismo".

Ello supone la exclusión de medios mecánicos de escritura en su confección, viniendo insistiendo el Tribunal Supremo, ya desde antiguo, en que todas las formalidades exigidas por los transcritos preceptos tienen carácter esencial, dando lugar a la nulidad del mismo la falta de cualquiera de ellas ( SSTS de 03.04.1945 y 14.02.1981 ).

En fechas más recientes, la Audiencia Provincial de Zamora, en Sentencia de 10.05.05 y la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 27.12.03 , indican que un documento mecanografiado, precisamente por carecer de la condición de manuscrito, no puede subsumirse dentro del concepto de testamento ológrafo. Y, como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 14.04.08 : "No han faltado autores en nuestra doctrina científica, (por ejemplo, Lacruz/Sancho Rebullida), que han observado que quienes no pueden escribir quedan excluidos de otorgar esta forma testamentaria y ello no sólo por la consideración de acto escrito que tiene el testamento sino además porque ha de serlo por el propio testador y si éste, por las razones que fueran, no puede cumplir con la obligación que resulta aquí consustancial para la existencia de la voluntad testamentaria, ello lleva consigo que una imposibilidad de hecho se convierta, en este supuesto concreto, en incapacidad de derecho, sin perjuicio, claro está de que dichas personas acudan para expresar su última voluntad a otras formas testamentarias. El testamento ológrafo, en definitiva, ha de ser escrito por el propio testador. No cabe la menor duda de que la documentación de la voluntad mortis causa debe formalizarse por el propio testador, lo cual supone una radical diferencia con las otras formas comunes de testar en las que o bien puede ser escrito el testamento por el propio testador o por otra persona a su cargo ( artículo 706 del Código Civil ) o bien es el Notario el que documenta la declaración de voluntad ( artículo 695 del Código Civil ).

Pero no basta con que el testamento esté manuscrito en su integridad, sino que, además, tratándose del ológrafo, ha de ser firmado por el testador. No cumpliendo con dicha exigencia la firma por medios diferentes de los autógrafos; ni la huella digital ( art. 191 del Reglamento Notarial , STS 10.11.1973 ); ni la declaración de no saber firmar ( STS 04.01.1952 ).

La razón de la exigencia legal se conecta con las funciones que la firma está llamada a cumplir: por un lado, perfecciona el acto de la declaración de voluntad escrita por el propio causante y, por otro, identifica junto con la escritura al firmante como autor (función probatoria de la autoría del acto).

Por todo ello, el recurso analizado debe ser desestimado.

TERCERO.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 398 en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , las costas procesales del recurso derivadas deben ser impuestas a la parte recurrente.

VISTOS los preceptos legales invocados, sus concordantes y demás de aplicación.

## PARTE DISPOSITIVA

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dña. Nélida Pérez Gutiérrez, en nombre y representación de Dña. Sandra , contra el Auto dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de León, en fecha 7 de octubre de 2008 en el procedimiento de Protocolización de Testamento Ológrafo nº 924/2008 de dicho Juzgado, que fue elevado a esta Audiencia Provincial el 6 de febrero de 2009, confirmando la resolución recurrida, con expresa imposición a la recurrente de las costas procesales de la presente alzada.

Dese cumplimiento, al notificar este auto, a lo dispuesto en el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, con testimonio del mismo, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así lo acordó la Sala y firman los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen superior.