



Roj: **AAP TF 1021/2009 - ECLI: ES:APTF:2009:1021A**

Id Cendoj: **38038370012009200077**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **20/04/2009**

Nº de Recurso: **742/2008**

Nº de Resolución: **82/2009**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **EUGENIO SANTIAGO DOBARRO RAMOS**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO Nº 82 / 2009

Rollo nº 742/08

Autos nº 765/06

Juzgado de Primera Instancia Numero Dos de Santa Cruz de Tenerife

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

Don José Ramón Navarro Miranda

MAGISTRADOS

Don Eugenio Santiago Dobarro Ramos

Doña Elvira Afonso Rodríguez

.

En Santa Cruz de Tenerife, a veinte de abril de dos mil nueve

Visto, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial integrada por los Ilmos. Sres. antes reseñados , el recurso de apelación interpuesto contra la resolución dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO DOS DE SANTA CRUZ DE TENERIFE, protocolización de testamento ológrafo , seguido a instancia de DOÑA Berta , representada por el Procurador DOÑA MARIA EUGENIA BELTRAN GUTIERREZ, y dirigido por el Abogado DOÑA MARIA DOLORES PALLISER DIAZ, ha pronunciado en NOMBRE DE S. M. EL REY, la presente resolución siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON Eugenio Santiago Dobarro Ramos , con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento indicado, por la. ILMA. SRA. MAGISTRADO -JUEZ DOÑA MARÍA GABRIELA REVERON GONZALEZ se dictó AUTO el día trece de mayo de dos mil ocho, en cuya parte dispositiva a efectos de recurso se establece:

PARTE DISPOSITIVA

No ha lugar a la admisión de solicitud de protocolización de testamento ológrafo de D. Eliseo , instada por Dª Berta , quedando a salvo el derecho de la interesada para ejercitarlo en el juicio que corresponda y ello sin expresa imposición de costas procesales.

Archívese el presente expediente, previa devolución de los documentos aportados, si así se solícita por la promotora.

(...)



Así lo acuerda y firma ".

SEGUNDO.- Así, notificada la anterior resolución por la parte demandante se formuló recurso de apelación, remitiéndose la actuaciones a esta Sección, previo emplazamiento de la parte.

TERCERO.- Seguido el correspondiente trámite del recurso en la alzada, se personó en tiempo y forma la apelante DOÑA Berta , representada por el Procurador DOÑA MARIA EUGENIA BELTRAN GUTIERREZ, y dirigido por el Abogado DOÑA MARIA DOLORES PALLISER DIAZ,, Y se señaló para votación y fallo, que tuvo lugar el día catorce de abril de dos mil nueve.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- De lo actuado aparece que por la parte apelante se solicita : "tenga por presentado este escrito con sus copias y documentos y estime justificada la identidad del testamento protocolizado en Austria de conformidad con el Convenio suscrito entre España y la Republica de Austria sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones , transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil de 17 de febrero de 1984 y acordarse se protocolice, con las diligencias practicadas por el Sr. Notario de esta Villa, con indicación al mismo una vez protocolizado se nos expidan las copias y testimonios que procedan a fin de que se protocolice igualmente en España donde reside mi representada y por solicitado PROTOCOLIZACIÓN DE TESTAMENTO OLOGRAFO realizado el día 20 de Abril de 1995".. La documental que aporta es una fotocopia de un texto manuscrito en alemán, acompañada de una traducción al español por intérprete jurado. No aporta el original por manifestar se encuentra en el Tribunal de Salzburgo y que no se le permite retirarlo. Como fundamentos jurídicos invoca los artículos 9.1 , 688 y 689 del Código Civil . La petición es desestimada por resolución de fecha 13 de mayo de 2008. Por la parte actora se apela la resolución y se solicita se de lugar a la protocolización del testamento.

SEGUNDO.- La exigencia de protocolización del testamento ológrafo que establece el artículo 689 del Código Civil al disponer que "El testamento ológrafo deberá protocolizarse, presentándolo con este objeto al Juez de primera instancia", tiene su fundamento en lo dispuesto en el artículo 710 del mismo código , del que resulta que: "los testamentos otorgados sin autorización del Notario serán ineficaces si no se elevan a escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil". Y ello supone el cumplimiento necesario de una serie de trámites, que el propio Código Civil establece en los artículos 691 , 692 y 693 , para que el documento testamentario alcance no sólo efectos jurídicos y eficacia trasmitiva, sino que para que también sea título suficiente para transmitir el dominio y justificar la cualidad de heredero. Y para ello lo fundamental es que el testamento esté "escrito todo él y firmado por el testador". De ahí que sea necesario el examen directo del mismo por el Juez -no una fotocopia- , por cuanto para la adecuada comprobación, además de la inspección personal del Juez, el documento ha de ser examinado por testigos idóneos, es decir, tres testigos que conozcan la letra y firma del testador, y declaren que no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del mismo, y, en defecto de testigos, y, en todo caso, siempre que el Juez lo estime conveniente podrá emplearse el cotejo pericial de letras. Igualmente, para la práctica de las diligencias expresadas deberá citarse al cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, los descendientes y los ascendientes del testador, y, en defecto de unos y otros, los hermanos, y los citados podrán presenciar la práctica de dichas diligencias y hacer en el acto, de palabra, las observaciones oportunas sobre la autenticidad del testamento. Y, si estas personas no residieren dentro del partido, o se ignorase su existencia, o siendo menores o incapacitados carecieren de representación legítima, se hará la citación al Ministerio Fiscal. Consiguientemente, la adveración de la autografía del documento es dato esencial, y, evidentemente, la única forma de comprobarlo es que el Juez, testigos, peritos y personas interesadas, tengan ante sí el documento original, no una reproducción, por lo que tal exigencia al no cumplirse impide la posibilidad de adveración de la autografía. Por lo que, es evidente, que tal incumplimiento es factor decisivo para dar

no lugar a la posterior protocolización, como así adecuadamente ha sido denegada en la primera instancia. De otra parte no debe de olvidarse que el artículo 693 del Código Civil dispone que, sea cual sea el resultado del expediente, es decir, que el Juez estime justificada la identidad del testamento y acuerde que se protocolice, o estime, y así acuerde, denegar la protocolización, en todo caso "cualquiera que sea la resolución del Juez, se llevará a efecto, no obstante oposición, quedando a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda", lo que implica que respecto de tal resolución ya sea estimatoria o denegatoria no cabe recurso, y deja a salvo el derecho de la parte interesada "para ejercitarlo en el juicio que corresponda". A mayor abundamiento debe de significarse, que no acredita la parte apelante el interés por cuanto en su propio escrito invoca expresamente "que el Tribunal del Distrito de Salzburgo de la Republica de Austria ha aceptado dicho testamento ológrafo como único y válido al tiempo que ha reconocido a mi representada como heredera en virtud de Auto de fecha 29 de Mayo de de 2006". Todo ello lleva a la desestimación del recurso interpuesto



TERCERO.- La desestimación del recurso lleva a la imposición de las correspondientes costas de la alzada a la parte apelante.

Por todo lo anteriormente expuesto, y vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

LA SALA DECIDE:

1º.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Berta , representada por el Procurador DOÑA MARIA EUGENIA BELTRAN GUTIERREZ, y dirigido por el Abogado DOÑA MARIA DOLORES PALLISER DIAZ

2º.- Confirmar el auto de primera instancia.

3º.- Imponer las costas de la alzada a la parte apelante.

Así por este nuestro Auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

.
. .
.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ