



Roj: **AAP S 127/2009 - ECLI:ES:APS:2009:127A**

Id Cendoj: **39075370022009200026**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santander**

Sección: **2**

Fecha: **15/01/2009**

Nº de Recurso: **562/2007**

Nº de Resolución: **21/2009**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EDUARDO VAZQUEZ DE CASTRO**

Tipo de Resolución: **Auto**

Santander, de fecha 16 de mayo del 2006, se presenta recurso

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

SANTANDER

AUTO: 00021/2009

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA ROLLO NÚM. 562/07

Sección Segunda

A U T O NÚM. 21/09

Ilmo. Sr. Presidente:

Don Miguel Carlos Fernández Díez.

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don Bruno Arias Berrioategortúa.

Don Eduardo Vázquez de Castro.

=====

En la Ciudad de Santander a quince de enero de dos mil nueve.

Vistos en trámite de apelación ante la Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria los presentes autos de Juicio Protocolización de Testamento número 216 de 2006, Rollo de Sala número 562 2007, procedentes del Juzgado de Primera Instancia Ocho de Santander, seguidos a instancia de Dña. Aurelia contra D. Ernesto , con la intervención del Ministerio Fiscal.

En esta segunda instancia ha sido parte apelante D. Ernesto representado por el Procurador D. Javier Cuevas Iñigo y dirigido por el Letrado D. Javier Gurruchaga Orallo; y partes apeladas: Dña. Aurelia , no personada en esta instancia, y el Ministerio Fiscal.

Es ponente de esta resolución el Magistrado Ilmo. Sr. D. Eduardo Vázquez de Castro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por Auto de fecha 16 de mayo de 2006 dictado por el Juzgado de Primera Instancia número ocho de Santander, en procedimiento de Juicio Protocolización de Testamento número 216 de 2006 , se acordó: "PARTE DISPOSITIVA: Se declara justificada la identidad del testamento ológrafo otorgado por Elsa con fecha 26 de diciembre de 2005, que obra unido al expediente, acordándose que se protocolice con las diligencias practicadas en el archivo del Notario a que por reparto corresponda, por el que se expedirán a los interesados las copias que procedan, Podrán los interesados en el testamento designar de común acuerdo la Notaria en



que haya de protocolizarse dicho testamento. Librese el oportuno oficio al Sr/Sra. Decano del colegio Notarial a los efectos acordados".

SEGUNDO: Contra dicho Auto la representación procesal de D. Ernesto interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido a trámite por el Juzgado; y una vez finalizado se remitieron las actuaciones a la Ilma. Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes, habiendo correspondido por turno de reparto a esta Sección Segunda, donde se tramitó el correspondiente rollo de sala y se señaló para la deliberación y fallo del recurso el pasado día 2 de diciembre de 2008, quedando pendiente de resolver.

TERCERO: En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para resolver, en razón a la existencia de otros asuntos civiles señalados con anterioridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Frente al Auto del Juzgado de Primera Instancia N° 8 de Santander, de fecha 16 de mayo del 2006 , se presenta recurso de apelación suplicando que se declare la nulidad del mismo, y por ende, del expediente tramitado, declarando no haber lugar a la protocolización de un testamento ológrafo, y ordenando la retroacción de las actuaciones al momento de admisión de la solicitud, para su tramitación en forma.

El presente procedimiento tiene su origen en un testamento ológrafo de fecha 26 de diciembre de 2005 mediante el cual se revocaba parcialmente un testamento anterior. La testadora, doña Elsa , deja en el nuevo testamento la nuda propiedad de un inmueble a su sobrina doña Inés y el usufructo a su esposo don Ernesto . Se revoca al usufructuario el poder de disposición que tenía atribuido sobre el mismo incluso para el caso de necesidad.

El Juzgado de Instancia e entiende cumplidos todos los requisitos legales y ordena su protocolización en el auto recurrido.

SEGUNDO: Presenta recurso de apelación solicitando esta nulidad el cónyuge viudo, don Ernesto . Respecto a la nulidad solicitada se observa que está basada en los motivos principales. El primer motivo, se refiere a una irregularidad formal contenida en el artículo 692 del código civil . Este precepto establece que para la práctica de las diligencias necesarias para la protocolización del testamento ológrafo será citado, con la brevedad posible, el cónyuge sobreviviente. Considera el recurrente que el no ser debidamente citado y privarle del trámite de audiencia le provoca una indudable indefensión causante de la nulidad. Sin embargo, el esposo intervino como testigo para reconocer la letra y firma del testador, para cumplir con lo establecido en el artículo 691 del código civil . La finalidad de las audiencias a los parientes más próximos al ser citados es precisamente el poder presenciar la práctica de las diligencias y hacer en el acto, de palabra, las observaciones oportunas sobre la autenticidad del testamento. Queda claro que el recurrente tuvo oportunidad de presenciar la práctica de estas diligencias e incluso intervino en ellas con la cualidad de testigo para cuestionar la autenticidad del testamento. En este sentido, no se observa que pueda haberse producido indefensión alguna por parte del cónyuge viudo.

TERCERO: sin embargo, es cierto que el esposo, en su propia intervención como testigo, manifestó albergar duda racional sobre el testamento escrito y firmado de mano propia de la testadora. En el acta de la prueba testifical que refleja la comparecencia de don Ernesto se observa que éste manifiesta textualmente: "que las firmas que obra al pie del documento que se le exhibe si le parece la de su fallecida esposa, pero en cuanto a la letra del resto del documento, tiene dudas porque hay algunas letras que no le parecen coincidentes con su forma de escribir." Es evidente, ante esta declaración, que no se cumplen el requisito establecido en el artículo 691 del código civil . No puede, en consecuencia, darse por acreditada la identidad o autenticidad del testamento ológrafo presentado a través de los tres testigos propuestos.

CUARTO: También se cuestiona la idoneidad como testigo, en el expediente para este reconocimiento de la letra y la firma del testador, de doña Inés . Se plantea su falta de idoneidad al resultar esta testigo la principal beneficiada por el nuevo testamento ológrafo que se pretende protocolizar. Ciertamente, hay que ser conscientes de que la idoneidad de los testigos puede ponerse en tela de juicio cuando son herederos y legatarios en él instituidos, cónyuges o parientes de aquellos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Estas personas se encuentran expresamente considerados como inhábiles para actuar como testigos en el testamento abierto. Evidentemente, no existe en el testamento ológrafo una prohibición para que estas personas directamente interesadas en la validez del testamento intervengan como testigos, pero puede advertirse la concurrencia de idéntica finalidad para poder considerarlos como inidóneos para actuar como testigos en el reconocimiento de la autenticidad del testamento ológrafo.

En el presente caso, uniendo a la duda racional de uno de los testigos la posible inidoneidad de otro, debemos considerar que no se siguieron los trámites oportunos previstos para este supuesto en el artículo 691 del



Código Civil . Por cuanto antecede, esta sección entiende que existen motivos suficientes para estimar la concurrencia de defectos en la práctica de las diligencias expresadas que implican la anulación de las mismas.

QUINTO: No ha lugar a especial imposición sobre las costas de esta alzada.

Por lo expuesto,

LA SALA ACUERDA:

Estimar el recurso de apelación interpuesto por Ernesto contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia número Ocho de Santander, de fecha 16 de mayo del 2006 , debiendo declarar y declarando la nulidad del mismo y del expediente tramitado. En consecuencia, se declara que no ha lugar la protocolización del testamento ológrafo de fecha 26 de diciembre de 2005 y ordenamos la retroacción de las actuaciones al momento de admisión de la solicitud, para su tramitación en forma. No se hace especial imposición sobre las costas de esta alzada.

Así por este Auto, lo acuerdan, mandan y firman los lltmos. Sres. antes referenciados, de lo que yo el Secretario doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEJUD