



Roj: **AAP Z 547/2005 - ECLI:ES:APZ:2005:547A**

Id Cendoj: **50297370052005200069**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **13/05/2005**

Nº de Recurso: **213/2005**

Nº de Resolución: **273/2005**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO ANTONIO PEREZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO núm. 273 / 2005

Ilmos. Señores:

Presidente:

D. PEDRO ANTONIO PÉREZ GARCÍA

Magistrados:

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER,

D. JUAN IGNACIO MEDRANO SÁNCHEZ

En ZARAGOZA, a trece de Mayo de dos mil cinco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En esta Sección 005 de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA se sigue en grado de apelación, los Autos de PROTOCOLIZACION DE TESTAMENTO OLOGRAFO 0000162/2005, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 15 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el ROLLO DE APELACIÓN núm. 213 de 2005, en los que aparece como parte apelante DOÑA María del Pilar representado por si misma y asistido de la Letrado D^a ENMA BLAS ORTEGO; y en fecha 16 de febrero de 2005, se dictó AUTO , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Rubríquese el documento aportado por el Juez en unión de la Sra. Secretaria Judicial.

No ha lugar a admitir a trámite la demanda de protocolización de la que por lo dicho, carece de los requisitos propios para ser considerado testamento ológrafo".

SEGUNDO.- Notificado dicho Auto, por D^a María del Pilar , se interpuso contra el mismo recurso de apelación; remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibido los Autos y personada la parte, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado; y no considerando necesaria la celebración de vista, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 4 de mayo de 2005.

CUARTO.- En la tramitación de estos Autos se han observado las prescripciones legales oportunas; siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. PEDRO ANTONIO PÉREZ GARCÍA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que ahora se presenta a examen en virtud del recurso de apelación interpuesto, como es la posible corrección del Auto dictado por el Sr. Juez de instancia no admitiendo a trámite cierto documento que se dice contiene un testamento ológrafo, presenta un primer problema procesal, como es el determinar cuando y en que casos procede la no admisión ab limine de un testamento de los expresados. Si bien es cierto



que, con carácter general, la vigente Ley de Enjuiciamiento sólo en los supuestos que se especifican en su artículo 439 permite el Juez no admitir a trámite una demanda, y sólo en la vista puede la parte correspondiente alegar la falta de claridad o de precisión al objeto de que sean corregidos en el mismo acto conforme se regula en el artículo 424 anterior, deduciéndose según se especifica en el posterior artículo 440 que el Juez no puede de oficio entrar en el examen de los defectos de que pudiera adolecer una demanda, las reglas de anterior exposición no han de ser aplicables al caso que ahora es objeto de estudio, en cuanto que se trata de una solicitud de un acto de jurisdicción voluntaria, como es la protocolización de un testamento ológrafo, que como tal no se encuentra regulado en la vigente Ley de Enjuiciamiento, debiendo quedar al criterio del Juez la apreciación de si la petición cumple los requisitos mínimos, de forma e incluso de fondo, para que pueda ser admitida a trámite, pues si bien incuestionablemente debe proceder con un criterio amplio, y no restrictivo, al objeto de que por la inadmisión quizá precipitada de la solicitud inicial pueda cerrarse definitivamente a la parte la actuación procesal solicitada, quebrando así ad initium su legítimo derecho a un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, o, lo que es lo mismo, a obtener la tutela judicial efectiva. Dentro de esta racional cautela con la que debe proceder en esta materia el órgano judicial, teniendo en cuenta el fin que persigue este trámite de protocolización de un testamento otorgado en su forma ológrafa, sin la intervención de fedatario público, el Juez ha de tratar de autenticar que el documento presentado es expresión exacta de la última voluntad del testador, así como también que las personas en él instituidas lo son en la forma que se indica en el artículo 763 y demás concordantes del Código Civil, por lo que si estos dos elementales requisitos no quedan justificados la petición no ha de prosperar, debiendo aprobarse la protocolización cuando los mismos hayan sido claramente demostrados, todo ello sin perjuicio de que en una fase ya posterior puedan quienes se consideren perjudicados por la protocolización impugnar el testamento por alguna de las causas determinadas en el Código Civil.

SEGUNDO.- El Auto, que se recurre, no admite a trámite la demanda por dos motivos determinados. El primero se refiere a que el documento contiene una frase tachada, que ha sido salvada. El segundo a que no se contiene una clara referencia a la identidad de las personas que son instituidos como herederos. Respecto de la primera cuestión, el párrafo tercero del artículo 688 del Código Civil es de todo punto concluyente: "Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma". La Jurisprudencia que ha sido dictada en la interpretación de dicho precepto también es de un contenido sumamente claro, y este sentido se pueden citar las siguientes Sentencias: una antigua Sentencia del Tribunal Supremo de de 4 de abril de 1896 expresaba que "...Mucho menos es sostenible la referida inteligencia (de la nulidad del testamento) cuando las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones que contiene el testamento se reducen a letras que no crean duda alguna acerca del pensamiento del testador o constituyen meros accidentes de ortografía o de pureza escrituraria sin trascendencia alguna". La sentencia de 4 de noviembre de 1961, al estudiar un testamento de la clase dicha que contenía palabras tachadas y enmendadas y escritas entre renglones, atendiendo al principio "favor testamenti", partiendo del hecho manifiesto del "animus testandi", distinguen entre aquellas enmiendas, tacha duras o añadidos que no alteren sustancialmente la voluntad recogida en el testamento ológrafo, de aquellas otras que la modifiquen severamente, para estimar en el primer caso que "pueden estimarse como no puestas" si el testador no las salvó expresamente bajo su firma, o incluso, en el caso de tratarse de palabras insertas por mano extraña, puede pensarse que lo fueron con posterioridad a la unidad del acto que exige el precepto, lo que no afectaría a la validez testamentaria. En un sentido muy parecido se ha recogido la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Superior de Cataluña d de 7 de enero de 1993 -"El Derecho" 14.197 --: "La jurisprudencia parte de la aliteración capital de que aunque la disposición testamentaria adopte la forma sencilla y simplificada del testamento ológrafo, en el otorgamiento de esta clase de negocios jurídicos tienen el carácter de esenciales todas las formalidades prevenidas en el artículo 688 CC siendo indispensable su concurrencia para la validez del acto (SS 13 mayo 1943 y 3 abril 1945). La última de las sentencias indicadas (de la que fue ponente D. Rodolfo) cuida de puntualizar -como va hizo la S. 39 noviembre 1916- que las pequeñas enmiendas no salvadas que no afecten, alteren o varíen de modo sustancial la voluntad del testador no afectan a la validez del testamento "lo que deja lucra -"Sic"-- de la excepcional doctrina aludida aquellos casos, bien distintos, en los que las palabras no salvadas bajo la firma del testador al recaer sobre algún objeto o elemento principal de las disposiciones testamentarias -la firma del testador, la fecha del testamento, el nombre del heredero o del legatario, la cosa o cantidad objeto de la institución o del legado, etc...- hacen dudoso el contenido de dicha disposición o la concurrencia de los requisitos sustanciales que han de acompañar a la forma autógrafa del testamento". En igual sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de de 25 octubre 1947 y 10 de febrero de 1994. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 20 de noviembre de 1995 -"El Derecho" 11.651 - argumentaba que "La existencia de palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, no salvadas expresamente por el testador, nos estamos refiriendo en este caso a la disposición de una cantidad de dinero en favor de ..., entendemos que no afecta a la validez de toda la disposición testamentaria, sino únicamente a las palabras o expresión a la que se refiere, la cual se tiene por no puesta, recobrando plena vigencia la que se pretendía sustituir pues no altera o varía



de manera esencial el contenido de la disposición testamentaria, ya que está hecha con una herramienta de escritura distinta y no está específica y expresamente salvada".

TERCERO.- Conforme a la Jurisprudencia expuesta cabe concluir que serán válidas aquellas palabras enmendadas o tachadas no salvadas que no varíen o alteren de modo sustancial la voluntad del testador, pero por el contrario no lo serán cuando la modifiquen o simplemente hagan dudoso el contenido de la disposición o de la concurrencia de los requisitos esenciales en que debe otorgarse el testamento ológrafo. En el caso, la tachadura afecta a dos números que es la cantidad que al parecer se iba a asignar uno de los posibles herederos, incluyéndose otra en lugar de aquella, por lo que la tacha debe considerarse que afecta a elemento esencial del testamento, que impide su formalización. En tal sentido, a mayor abundancia, se ha de invocar de igual modo la Sentencia dictada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Cataluña con fecha 7 de enero de 1993 antes citada cuando también señala que: "La doctrina jurisprudencial puede resumirse diciendo que el testamento, aunque revise la forma ológrafa, es un negocio jurídico solemne y la falta de alguno de los requisitos del artículo 688 CC afecta a su validez. Excepcionalmente, no anulan totalmente el testamento pequeñas enmiendas no salvadas que no afecten a elementos básicos de la disposición".

CUARTO.- Se rechaza asimismo la admisión de la demanda en cuanto se razona que en el documento sólo se designa unos nombres propios de cinco personas "Sin que exista ningún otro dato que permita su identificación", argumento que es necesario ratificar en esta instancia, puesto que incuestionablemente la determinación y completa identificación del heredero es requisito esencial para la validez del testamento, conforme al precepto antes citado, pues si no se precisa la persona llamada a la herencia no puede darse validez al pretendido testamento que incurre en tan importante error. Y volviendo al caso, es de igual manera incuestionable que la mención de unos simples nombres (" Abelardo ", " Amanda ", " Margarita ", " Gonzalo "), mas cuando el fallecido no dejó hijos que pudieran responder a estos nombres y que permitieran identificar unos y otros, por lo que el testamento, también en este punto, no ha de tenerse por tal al faltarse un requisito básico.

QUINTO.- Enlazando lo que acaba de alegarse con lo que fue expuesto en el primer considerando, debe declararse que la petición no ha de admitirse a trámite, confirmando el Auto dictado por el Juzgado en todas sus partes.

SEXTO.- No obstante lo anterior, teniendo en cuenta las características del asunto, y las dudas que su adecuada resolución presentan, no se hará condena en las costas de esta alzada, conforme al artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento en relación con el 394 anterior .

VISTOS los artículos citados y demás de procedente y general aplicación.

LA SALA ACUERDA.-

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por DOÑA María del Pilar , en su propia representación, contra el Auto dictado el pasado día dieciséis de febrero por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Número QUINCE de los de ZARAGOZA , cuya parte dispositiva ya ha sido transcrita, lo confirmamos íntegramente, sin costas de esta alzada.

Remítase las actuaciones al Juzgado de Procedencia, juntamente con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo

Así, por este nuestro Auto del que se unirá testimonio al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.