



Roj: **AAP C 635/2010 - ECLI:ES:APC:2010:635A**

Id Cendoj: **15030370052010200106**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **5**

Fecha: **08/10/2010**

Nº de Recurso: **36/2010**

Nº de Resolución: **143/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL CONDE NUÑEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

A CORUÑA

AUTO: 00143/2010

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION QUINTA

A CORUÑA

Rollo:RECURSO DE APELACION (LECN) 0000036 /2010

Proc. Origen: 1712/2008

Juzgado de Procedencia: Juzgado de 1ª Instancia 9 de A Coruña

Deliberación el día: 28 de septiembre de 2010

AUTO N° 143/2010

Ilmos. Sres. Magistrados:

MANUEL CONDE NUÑEZ

DAMASO MANUEL BRAÑAS SANTAMARIA

MARIA DEL CARMEN VILARIÑO LÓPEZ

En A CORUÑA, a ocho de Octubre de dos mil diez.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 005 de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROTOCOLIZACION DE TESTAMENTO OLOGRAFO 0001712 /2008, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 9 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el Rollo 0000036 /2010, en los que aparece como parte apelante DON Luis Angel representado por el procurador D. JOSÉ ANTONIO CASTRO BUGALLO, y como apelado el Ministerio Fiscal, sobre protocolización de testamento ológrafo, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. DON MANUEL CONDE NUÑEZ.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia núm., 9 de A Coruña, se dictó auto en fecha 10 de junio de 2009 cuya parte dispositiva dice como sigue:

"Declaro no haber lugar a la protocolización del documento presentado como testamento Ológrafo de D. Oscar , por D. Luis Angel , representado por el procurador de los Tribunales d. José Antonio Castro Bugallo."

SEGUNDO.- Notificado dicho auto a las partes, se interpuso contra el mismo en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación procesal de DON Luis Angel , que le fue admitido en ambos efectos, y remitidas



las actuaciones a este Tribunal, y realizado el trámite oportuno se señaló para deliberación de la Sala el día 28 de septiembre de 2010, fecha en la que tuvo lugar.

TERCERO.- en la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- I.- El Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de A Coruña, de fecha 10 de junio de 2009, acordó en su parte dispositiva no haber lugar a la protocolización del documento presentado como testamento ológrafo de D. Oscar , por D. Luis Angel .

En el razonamiento jurídico único de dicha resolución se hacen constar las razones que conducen a su parte dispositiva.

"Unico.- El juego conjunto de la normativa general sobre los testamentos -Cap. I. Tít. III Libro III, artículos 662 y siguientes del CC - en relación con la ordenación particular de la especie del ológrafo, de su Sección 4ª, artículos 688 a 693, previo concepto del artículo 678, en cuanto en ese conjunto articulado se prevén prescripciones sobre la capacidad, voluntad y requisitos particulares de esta modalidad; por consiguiente, todo instrumento que deba alcanzar la categoría de testamento ológrafo habrá de acatar las sanciones de ese haz ordenador; en consecuencia. a) En cuanto a la capacidad para testar, de forma general, habrá de cumplir cuanto se dispone en los artículos 662 y 666, amén de la capacidad <<ad hoc>> del artículo 688.1º b) En cuanto a la voluntad testamentaria el tema transita por el núcleo que late en la definición del art. 667, como expresión de todo acto de última voluntad. c) Y por último artículo 688 -autografía, firma y cronología de su otorgamiento-, en cuanto a su presupuesto sustantivo, y su protocolización según los artículos 689 y siguientes (que en sede de este testamento ológrafo hace las veces de la protocolización de los testamentos cerrados regulados dentro de la jurisdicción voluntaria, artículos 1956 y siguientes LEC), lo que ya incumbe además a la accesibilidad judicial, de tal suerte que, según el artículo 691, el juez tras acreditar el fallecimiento del testador, y la identidad de éste así lo reconocerá previa citación de los parientes o Ministerio Fiscal que preceptúa el artículo 1692, declarando que ese instrumento es testamento, lo que vincula <<ab initio>> a los interesados sin perjuicio de su impugnación en vía declarativa según citado artículo 693.

De la prueba practicada, resulta que D. Oscar era sordomudo, que no sabía leer y que aparentemente tampoco sabía escribir, limitándose a copiar grafías en las clases de alfabetización.

Del conjunto de testimonios obrantes en autos esta juzgadora tiene serias dudas sobre la capacidad de D. Oscar para emitir una declaración de voluntad por escrito; amén de que el documento aportado como testamento aparenta más un ejercicio de copiado que la emisión de una declaración de voluntad dirigida a disponer de sus bienes para después de su muerte (artículo 667 del Código Civil), amén de los defectos formales que contiene el documento presentado, consistentes en tachaduras no enmendadas o salvadas por el testador bajo su firma.

Es obvio, la falta de capacidad, en D. Oscar , que se precisa para testar en los términos exigidos por el artículo 662, en relación con el 666 CC juicio calificador que ha sido apreciado por la juzgadora, y que la carencia de la voluntad testamentaria resplandece en los términos expuestos antes con independencia de que se hayan cumplido los requisitos de autografía del 688, pues parece elemental, que por el mero hecho de que se den los requisitos de la autografía, y demás que exige repetido artículo 668, no pueda bastar para generar un testamento ológrafo cuando como en autos se ha demostrado que, aunque el <<de cuius>> cumpla con tales presupuestos adjetivos, su estado de capacidad no se acredite o no conste expresamente su voluntad de testar.

Por todo lo anterior no cabe la protocolización instada por la parte"

II.- Contra la referida resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de d. Luis Angel , realizando las siguientes alegaciones:

1º) El auto recurrido deniega la protocolización del testamento al entender que D. Oscar carecía de capacidad para testar (sordomudo que no sabía leer y aparentemente tampoco escribir, dice la resolución), y, además, el testamento presenta tachaduras no enmendadas o salvadas por el testador bajo su firma.

2º) El primero de los puntos discutidos se basa en un presupuesto que no responde del conjunto de la información testifical, y es que D. Oscar no sabía leer y, aparentemente, tampoco escribir. Es una afirmación que sólo encontramos en la declaración de Doña Marí Luz , quien, precisamente, es persona interesada en que no se proceda a la protocolización del testamento (es hermana del fallecido). En cambio D. Eulalio , quien no tiene interés alguno en el asunto, manifiesta que si sabía leer y escribir, y que, incluso Oscar le escribía lo que



quería cuando no podían entenderse de otra manera. El resto de testigos afirman que Oscar asistía a clases de alfabetización para adultos y que escribía. En todo caso está averiguado que la firma y la letra del escrito es de Oscar, extremo que Salvo Doña Marí Luz nadie ha negado y la propia juzgadora tampoco cuestiona.

3º) En relación con la minusvalía de Oscar podemos plantearnos la cuestión de hasta que punto entendía lo que leía y lo que escribía, pero ello no es el objeto del presente procedimiento. Si la voluntad de Oscar era susceptible de ser captada o sí concurría en él capacidad para hacer un testamento es algo ajeno a este expediente, en el que ni siquiera ha intervenido un médico forense para exponer su parecer; sin embargo la resolución recurrida niega esa capacidad de un modo absoluto.

El objeto del expediente de protocolización de testamentos ológrafos está claramente determinado en el Código civil, y no es otro que acreditar la identidad del autor del documento que se presenta como testamento ológrafo. Las expresiones del Código son claras "El juez.... comprobará su identidad" (art. 691); y, "si el juez estima justificada la identidad del testamento, acordará que se protocolice "(artículo 693). Esta última expresión tiene un carácter imperativo, en el sentido de que si el juez considera que el documento está todo él escrito y firmado por el testador (sin contemplar otros requisitos), debe acordar su protocolización (no es algo facultativo). El fundamento de estos preceptos es limitar el ámbito de discusión a la autenticidad del documento y dejar todas las demás cuestiones que el testamento puede suscitar (y la propia autenticidad, pues no produce excepción de cosa juzgada) para el juicio declarativo que los interesados quieran promover (art. 693, segundo párrafo). Esta es además la postura de la mayoría de las Audiencias Provinciales.

4º) el segundo de los puntos a los que se refiere el auto denegatorio incide en que existen palabras tachadas que el testador no ha salvado bajo su firma, aunque se refiere a ello de un modo secundario.

En cualquier caso la jurisprudencia más reciente viene considerando que cuando las palabras tachadas o enmendadas no se refieren a puntos esenciales del testamento o a requisitos básicos del mismo, no pueden tener el alcance de anular la voluntad del testador. En el presente caso, estamos ante la simple tachadura del nombre de pila del testador, que a continuación aparece escrito de nuevo, incluyendo los apellidos y el DNI.

SEGUNDO.- Presupuesto indispensable del testamento ológrafo es la autografía total, "escrito todo él por el testador", dice el artículo 688 del Código Civil, lo que junto a los requisitos de capacidad, "solo podrá ser otorgado por personas mayores de edad", artículo 688, párrafo primero, y de forma, firma autógrafa del testador con expresión del año, mes y día de su otorgamiento, condicionan su validez. Pero no cualquier escrito que reúna las características anteriores y esté destinado a producir efectos después de la muerte de su otorgante, o se haga en previsión de su fallecimiento, merece el calificativo de testamento. En el escrito debe constar con claridad la intención de testar, es decir, ha de manifestarse de manera inequívoca y definitiva la voluntad de disponer de los bienes propios para después de la muerte, por muy escueto o limitado que sea el escrito. Además de los requisitos y formalidades a los que nos hemos referido, para que el testamento ológrafo tenga validez y pueda producir efectos jurídicos, es preciso que se advere y protocolice según el procedimiento señalado en los artículos 690 a 693 del Código Civil. Tras la comprobación de que la escritura y firma pertenecen a su autor, los tres testigos deben declarar "que no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de propia mano del mismo (testador)", artículo 691 Código civil, y, sin perjuicio de que el Juez acuerde el cotejo pericial de letras, "si el juez estima comprobada la identidad del testamento, acordará que se protocolice...", artículo 693, párrafo primero, lo que excluye que pueda denegarse por otros motivos distintos, por lo que siguiendo un importante sector de la doctrina y algunos precedentes jurisprudenciales, en esta línea se cita por los autores la Sentencia de 14 de Enero de 1914, a la que se ha de añadir la más reciente de 18 de junio de 1994, en la que se dice "...según el artículo 691, el Juez, tras acreditar el fallecimiento del testador y la identidad de éste, así lo reconocerá previa citación de los parientes o Ministerio Fiscal que preceptúa el artículo 692, declarando que ese instrumento es testamento, lo que vincula "ab initio" a los interesados sin perjuicio de impugnación en vía declarativa, según citado artículo 693; en consecuencia, en este juicio es donde se podrá replantear la observancia de toda esa legalidad compleja, bajo los principios propios de la jurisdicción contenciosa, en el bien entendido que, salvo evidencia probatoria en contrario, se habrá de aceptar cuanto el Juez acordó en la precedente protocolización de tal testamento".

TERCERO.- Estos requisitos se han cumplido en el presente procedimiento, puesto que, por una parte, está acreditada en principio la autenticidad de la letra y firma de Oscar en el documento que se aporta, así como también está probado en principio su voluntad de disponer de los bienes propios para después de su muerte, al escribir que nombra único heredero a su hermano Luis Angel; sin que sea obstáculo a ello las razones aducidas en la resolución apelada de las serias dudas sobre la capacidad de D. Oscar para emitir una declaración de voluntad por escrito, por cuanto el documento presentado contiene todos los requisitos formales exigidos por la Ley para su validez, que vincula "ab initio" a los interesados, sin perjuicio de su impugnación en vía declarativa, en donde se podrá plantear todas las cuestiones relativas a la validez del testamento, y, en concreto, la capacidad para testar de D. Oscar.



Por otra parte, si bien es cierto, según dispone el art. 688 del Código Civil, que si un testamento ológrafo contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma, habiendo establecido la resolución apelada de aplicación al presente asunto dicho precepto legal, al estimar que el documento presenta defectos formales, consistentes en tachaduras no enmendadas o salvadas por el testador, no es menos cierto que, entendemos, que la tachadura que consta en el documento presentado no afecta a la validez del mismo puesto que afecta únicamente al nombre del firmante - Oscar - que, además, vuelve a ser escrito a continuación.

CUARTO.- De acuerdo con lo previsto en el art. 398.2 de la LEC, no procede hacer especial pronunciamiento con respecto a las costas de alzada.

PARTE DISPOSITIVA

Estimando el recurso de apelación interpuesto por D. Luis Angel , contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de A Coruña, en los autos 1712/2008, debemos revocarlo y lo revocamos en todos sus extremos, y, en su lugar, debemos declarar y declaramos: Estimar justificada la identidad del testador al que las presentes actuaciones se refiere y ordenar que se protocolice, con las diligencias practicadas, en los registros del Notario correspondiente; sin hacer especial pronunciamiento sobre costas.

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

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.