



Roj: **AAP MU 131/2006 - ECLI:ES:APMU:2006:131A**

Id Cendoj: **30016370052006200065**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cartagena**

Sección: **5**

Fecha: **08/05/2006**

Nº de Recurso: **27/2006**

Nº de Resolución: **44/2006**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE JOAQUIN HERVAS ORTIZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

CARTAGENA

AUTO: 00044/2006

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA

SECCIÓN QUINTA (CARTAGENA)

ROLLO Nº **27/2006** (CIVIL)

ILTMO. SR. D. JOSÉ MANUEL NICOLÁS MANZANARES

Presidente

ILTMO. SR. D. MIGUEL ÁNGEL LARROSA AMANTE

ILTMO. SR. D. JOSÉ JOAQUÍN HERVÁS ORTIZ

Magistrados

**AUTO n. 44**

En Cartagena, a ocho de mayo de dos mil seis.

Vistos, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, integrada por los lltmos. Sres. expresados, el expediente de jurisdicción voluntaria sobre protocolización de testamento ológrafo número 276/2005 (Rollo nº 27/06), que en primera instancia se han seguido en el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de San Javier, siendo promotores del expediente D<sup>a</sup>. Nuria y D. Jose Pablo , bajo la dirección letrada de D.Francisco Piñero Fernández, ha sido Magistrado ponente el lltmo. Sr. D. JOSÉ JOAQUÍN HERVÁS ORTIZ, que expresa el parecer de la Sala.

## HECHOS

PRIMERO. Por el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de San Javier, en el expediente de jurisdicción voluntaria sobre protocolización de testamento ológrafo número 276/2005, se dictó Auto con fecha 7 de junio de 2.005 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Desestimando la petición efectuada por D<sup>a</sup>. Nuria y Jose Pablo , ACUERDO no haber lugar a la protocolización solicitada."

SEGUNDO. Contra dicho Auto se preparó recurso de apelación por la parte solicitante, que, una vez admitido a trámite, interpuso en tiempo y forma, exponiendo por escrito y dentro del plazo que al efecto le fue conferido, la argumentación que le sirve de sustento. Seguidamente, se remitieron los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación, con el número 27/06, que ha quedado para dictar resolución sin celebración de vista, tras señalarse para el día 2 de mayo de 2.006 su votación y fallo.

TERCERO. En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.



## RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Frente al Auto del Juzgado que declara no haber lugar a la protocolización del pretendido testamento ológrafo, solicitada por los ahora recurrentes, se alzan éstos en base a las alegaciones que realizan en el escrito de interposición del recurso. Pero el recurso no puede prosperar por ser ajustado a derecho el Auto apelado, que debe ser confirmado por sus propios fundamentos, que no han resultado desvirtuados, en modo alguno, por medio de las alegaciones que la parte apelante realiza. En efecto, el pretendido testamento ológrafo carece de fecha, lo que constituye requisito esencial para su validez según una reiterada Jurisprudencia, no conteniendo tampoco una clara voluntad testamentaria, sino que parece reflejar un proyecto o mera intención del supuesto autor del documento y no una terminante y actual disposición testamentaria. En este sentido y en relación con los efectos que produce la ausencia de los requisitos señalados, señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1.945, textualmente, lo siguiente: "Que la jurisprudencia de esta Sala, velando por aquellas garantías de seguridad y certeza que deben rodear a toda disposición testamentaria, aunque ésta adopte la forma sencilla y simplificada del testamento ológrafo, ha sancionado como tesis general, la de que en el otorgamiento de esta clase de negocios jurídicos tienen el carácter de esenciales todas las formalidades prevenidas en el artículo 688 del Código Civil, siendo indispensable su concurrencia para la validez del acto ( Sentencia de 13 de mayo de 1942, que recoge y sintetiza la orientación de muchos fallos anteriores), y con referencia especial al requisito de la fecha tiene establecido con gran reiteración y sin admitir salvedad o excepción ninguna, que el testamento ológrafo que no contiene indicación exacta del año, mes y día en que fue escrito, carece de una condición esencial para su validez ( Sentencias de 29 de septiembre de 1900, 12 de julio de 1905, 5 de diciembre de 1927 y 13 de mayo de 1942)". Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1.956 también declara lo siguiente: "Que en el punto al quinto motivo en que también al amparo del número primero del artículo 1692 de la Ley Procesal se denuncia la infracción de los artículos 688 y 689 del Código Civil, sólo cabe decir que establecidos por dichos artículos y sus concordantes los requisitos inexcusables para advenirlos y el modo, tiempo y forma de hacer esta adveración, no es posible sin que se cumplan esos inexcusables requisitos tener como última voluntad del finado lo que puede expresarse en los documentos, ni suplir el oficio esos requisitos, ni pretender que en el pleito y al socaire de las concretas pretensiones que en él se formularon, se obtengan tardíamente declaraciones que tienen inicialmente su cauce adecuado aunque últimamente pueda ser combatidas en un ulterior proceso declarativo.". Y, finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1.956 señala, textualmente, lo siguiente: "Que es ya conocido por reiterado el criterio jurisprudencial que a más de proceder con la más prudente cautela para llegar a declarar la validez y eficacia de la especie ológrafa del testamento común a que se refiere el artículo 678 del Código Civil, y de exigir con rigor el cumplimiento de los requisitos personales y formales que previene el artículo 678 del mismo Cuerpo Legal, habiendo declarado que tales requisitos tienen el carácter de esenciales en el otorgamiento de testamento ológrafo, siendo indispensable su concurrencia para la validez de los mismos, viene sosteniendo que por ser el testamento (artículo 667) un acto por el cual una persona dispone para después de la muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, y por ser el ológrafo la expresión «ad extra» de la íntima voluntad del testador en el momento de redactarlo, tal expresión ha de revelar el «animus testandi in actu», esto es la resuelta intención del testador de disponer de sus bienes por sí mismo en aquellas líneas que está escribiendo y de manera definitiva en aquella ocasión, y por ello dijo la Sentencia de esta Sala de 8 de julio de 1940 (RJ 1940\689) que no es verdadero testamento el acto que aun presentando la forma externa de tal, pueda dudarse si constituye un simple esbozo o proyecto y no un acto definitivo o en que el otorgante se limite a aconsejar o rogar respecto del destino de su patrimonio, y que el testamento no valdrá como tal si no consta con claridad la intención de testar, esto es el «animus testandi in actu» a que antes se alude."

Debe agregarse a todo lo expuesto, que la expresión "estoy muriendo" que el documento contiene no podría servir, en cualquier caso, para salvar la falta de constancia de la fecha, pues tal expresión dista mucho de reflejar, con un mínimo de seguridad, la fecha en la que el documento fue confeccionado, que no ha de coincidir necesariamente con la fecha del fallecimiento de su autor, por tratarse de una expresión equívoca, que puede utilizarse también ante la creencia en una muerte relativamente próxima y no inminente, debiendo añadirse que no consta que la creencia del autor en una muerte cercana estuviese basada en datos objetivos o científicos y no en una mera creencia subjetiva o apreciación personal del momento en que procedió a la redacción del documento, lo que dificulta, aún en mayor medida, la determinación de la fecha en la que fue elaborado.

SEGUNDO. Por lo expuesto en el precedente ordinal, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la resolución recurrida, con expresa imposición de las costas del recurso de apelación a la parte apelante, en atención a lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

**LA SALA ACUERDA:**



Desestimar el recurso de apelación interpuesto por los cónyuges D<sup>a</sup>. Nuria y D. Jose Pablo contra el Auto de fecha 7 de junio de 2.005, dictado por el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de San Javier , en el expediente de jurisdicción voluntaria sobre protocolización de testamento ológrafo 276/2005, y CONFIRMAR la resolución recurrida; y ello con expresa imposición de las costas procesales del recurso a la parte apelante.

Notifíquese este Auto conforme a lo establecido en el artículo 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Así, por este nuestro Auto, lo acordamos, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ