



Roj: **SAP OU 306/2005 - ECLI: ES:APOU:2005:306**

Id Cendoj: **32054370012005100138**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **20/04/2005**

Nº de Recurso: **234/2004**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ARCOS ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por los Señores, don Abel Carvajales Sant a Eufemia, Presidente, doña Josefa Otero Seivane y don **José Arcos Álvarez**, Magistrados, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

SENTENCIA NÚM.

En la ciudad de Ourense a veinte de abril de dos mil cinco.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de juicio ordinario procedentes del Juzgado Mixto de Bande, seguidos con el núm. 96/03 , rollo de apelación núm. 234/04, entre partes, como apelante D. Francisco , que actúa como mandatario de su padre D. Miguel Ángel , representado por el Procurador D. RICARDO RÓMULO GONZÁLEZ TEJADA, bajo la dirección del Letrado D. JUAN LUIS DÍAZ PULIDO y, como apelados, D^a. María Teresa , representado por la procuradora D^a. SONIA OGANDO VÁZQUEZ, bajo la dirección del Abogado D. RAMÓN F. GONZÁLEZ DONIZ, D^a. Cecilia , representada por la Procuradora D^a. SONIA OGANDO VÁZQUEZ, bajo la dirección del Abogado D. ANTONIO GÓMEZ PÉREZ, y D. Braulio , D. Luis María y D. Luis , representados por la Procuradora D^a. MARÍA JESÚS BÓO MONTES, bajo la dirección del Abogado D. ANTONIO PUGA RODRÍGUEZ, y con la participación como interviniente legitimada pasivamente de D^a: María Teresa , representada por la Procuradora D^a MÓNICA QUINTAS RODRÍGUEZ, asistida del Letrado D. RAMÓN F. GONZÁLEZ DONIZ. Es ponente el Ilmo. Sr. D. **José Arcos Álvarez**.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado Mixto de Bande, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 21 de mayo de 2.004 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Desestimo la demanda interpuesta por el procurador D. Ricardo Rómulo González Tejada en nombre y representación de D. Francisco , que a su vez actúa en representación de su padre D. Miguel Ángel , y en consecuencia absuelvo a los demandados de cuantos pedimentos se contenían en la demanda, debiendo abonar la parte actora las costas causadas en este procedimiento".

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación de Francisco , como mandatario de su padre D. Miguel Ángel recurso de apelación en ambos efectos, y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

Tercero.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación de D. Miguel Ángel se alza contra la sentencia de instancia, de fecha 21 de mayo de 2004 , sólo respecto al pronunciamiento en materia de costas, alegando para ello dos motivos. El primero



de ellos atinente a la existencia en el presente caso de dudas de hecho y de derecho para la resolución del pleito y, el segundo, relativo a la determinación de la cuantía del proceso.

Las demás partes procesales, argumentan en sentido contrario al recurrente oponiéndose a ello en la línea de razonamiento de la resolución apelada.

SEGUNDO.- Hay que recordar que objeto de debate en la instancia lo constituyó la pretensión de nulidad del testamento otorgado, en fecha 7 de abril de 2003, por D. Octavio , alegando como causas para ello la eventual incapacidad del testador (art. 663 de Código Civil) y por violencia, dolo o fraude contra el testador en el momento en el que otorgó sus últimas voluntades (673 del Código Civil).

El juez de instancia desestimó la demanda rectora de la litis por falta de legitimación activa debido a que el actor no tenía ni interés directo y legítimo ni derecho alguno en la herencia discutida, por cuanto habiendo otorgado el causante tres testamentos (en fechas 28 de mayo de 2002, 9 de agosto de 2002 y 7 de abril de 2003, siendo éste último el cuestionado), no se constató que en ninguno de ellos el demandante fuese instituido ni heredero ni legatario, careciendo el testador, además, de herederos forzosos. Aún no siendo necesario entrar en el fondo del asunto, el Juzgador "a quo", para dar plena respuesta a todas las cuestiones que le fueron sometidas, resolvió que la demanda, por los motivos de fondo antes enunciados, también debía desestimarse por no haberse acreditado los invocados motivos de nulidad del último testamento.

Ahora, el apelante argumenta que en el caso de autos no se le debió imponer las costas por cuanto hay dudas de derecho. Sostiene dicha alegación en que es discutida la cuestión de si recobra o no validez el testamento anterior al declararse la nulidad del otorgado posteriormente o, por el contrario, como defiende el recurrente, procede la apertura de la sucesión abintestato.

No puede ser acogido este motivo por cuanto de los art. 912, 737 y 739, todos ellos del Código Civil , no hay dudas en cuanto que recobra su fuerza el testamento anterior si el testador revoca después el posterior, que es lo que sucedió en autos, siendo rector en esta materia el respeto de la última voluntad del testador, no estándose en el caso tratado, en ninguno de los supuestos del art. 912 del Código Civil para que proceda la apertura de la sucesión intestada.

En cuanto a la existencia de supuestas dudas de hecho relacionadas con las invocadas causas de nulidad planteadas (incapacidad del testador y violencia, dolo o fraude sufrido por el causante al momento de otorgar el testamento), tampoco puede este argumento ser acogido al no poder ni siquiera ser planteada esta pretensión por la parte recurrente por carecer de legitimación activa para ello y no ser dicho pronunciamiento objeto de impugnación.

TERCERO.- En cuanto a la determinación de la cuantía del proceso, no habiéndola fijado el actor en la demanda por alegar no tener conocimiento del valor del patrimonio del causante, dicha cuantía fue fijada en la audiencia previa por el Juzgador de instancia según lo preceptuado por el art. 422 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , todo ello sin que la actora aportara prueba alguna desvirtuadora de las que aportaron los demandados en orden a la determinación de la misma, sin que se pueda ahora alegar indefensión por parte del actor apelante porque tuvo la oportunidad para defenderse. Por todo ello, al decaer todos los motivos alegados en esta alzada, se desestima el recurso planteado confirmándose íntegramente la resolución apelada.

CUARTO.- En cuanto a las costas de esta alzada, en virtud del art. 398 en relación con el art. 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se le imponen a la parte apelante.

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

FALLO:

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Miguel Ángel , contra la sentencia dictada con fecha 21 de mayo de 2004, en autos de juicio ordinario nº 96/03, rollo de apelación 234/04, por el Juzgado de Primera Instancia de Bande , que se confirma, con expresa imposición de las costas de la alzada a la parte apelante.

Al notificarse esta resolución a las partes, háganse las indicaciones a que se refiere el art. 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.