



Roj: **AAP V 542/2017** - ECLI: **ES:APV:2017:542A**

Id Cendoj: **46250370112017200156**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **11**

Fecha: **29/03/2017**

Nº de Recurso: **869/2016**

Nº de Resolución: **121/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ALFONSO AROLAS ROMERO**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL**

### **SECCIÓN UNDÉCIMA**

#### **VALENCIA**

NIG: 46250-42-1-2016-0042056

*Procedimiento:* **RECURSO DE APELACION (LECN) Nº 869/2016- S -**

*Dimana del Diligencias Preliminares Nº 001292/2016*

*Del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 DE VALENCIA*

**Apelante:** D. Alexander

Procurador: Dña. EVA MARIA TATAY VALERO

Letrado: D FRANCISCO DE RAMON FARINOS

**Apelado:** D Cirilo

**AUTO Nº 121/2017**

=====

Ilmos/as. Sres/as.:

**Presidente:**

D JOSE ALFONSO AROLAS ROMERO

**Magistrados/as:**

D SUSANA CATALAN MUEDRA

D MANUEL JOSE LOPEZ ORELLANA

=====

En Valencia, a veintinueve de marzo de dos mil diecisiete .

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO.-**

El JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 DE VALENCIA, en fecha 15.9.2016 en el procedimiento de Diligencias Preliminares - 001292/2016 que se tiene dicho, dictó auto conteniendo el siguiente pronunciamiento: "PARTE DISPOSITIVA: SE INADMITE LA solicitud de DILIGENCIAS PRELIMINARES, presentada por la representación procesal de D. Alexander , frente a D. Cirilo , acordándose el archivo de las actuaciones."

**SEGUNDO.-**

Contra dicho auto, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación procesal de Alexander , y emplazadas las demás partes por término de 10 días, se presentó en tiempo y forma escrito de oposición por la representación procesal de Cirilo . Admitido el recurso de apelación y remitidos los autos a esta Audiencia, donde se tramitó la alzada, se señaló para deliberación y votación el día 27 de marzo de dos mil diecisiete .

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE ALFONSO AROLAS ROMERO.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

SE ACEPTAN los fundamentos de derecho de la sentencia apelada.

**PRIMERO.-**

Solicitada por D Alexander como diligencia preliminar certificación del Registro de Últimas Voluntades sobre la o las disposiciones testamentarias que hubiera podido otorgar su hermano D Cirilo y, en su caso, copia del último testamento que hubiere otorgado, el Juzgado " a quo " dictó auto el 15 de septiembre de 2016 denegando la práctica de dicha diligencia, porque requisito indispensable para ser acordado era el fallecimiento de quien figurará como testador y tal circunstancia no consta hubiera ocurrido.

**SEGUNDO.-**

Recurrida en apelación la citada resolución por el instante de la diligencia preliminar solicitada, fundada en el art. 256 1. nº 3 de la LEC , la Sala en la aplicación de dicho precepto se ve abocada a la desestimación del recurso y, por ende, a la confirmación del auto apelado, ya que el actor, al tiempo de formular su solicitud, no tenía legitimación ni interés para instar la diligencia preliminar pretendida; primero, porque si la eficacia de un testamento lo es para después de la muerte del testador, pudiendo éste en vida revocarlo, la supuesta ineficacia del mismo por razones de capacidad también lo será para después del fallecimiento de aquel, segundo, porque el art. 256.1 nº 3 LEC legitima para pedir tal diligencia al heredero, coheredero o legatario, y estos solo adquieren "de iure" tal condición, en cada caso en concreto, con la muerte del testador ( art. 661 CC ), la cual no consta haya ocurrido; y en tercer lugar, porque el hecho de que el supuesto testador padezca la enfermedad de "Alzheimer" no le priva de poder otorgar testamento o de revocar el que ya tuviera hecho en un intervalo lúcido, como así se infiere de lo dispuesto en los art. 663.2 , 664 , 666 del CC y de la jurisprudencia que interpreta esta materia.

Por tanto, ostentando el actor una mera expectativa de derecho para, en su día, anular un supuesto testamento que su hermano Cirilo hubiera podido otorgar en estado de incapacidad mental, pero no un derecho actual y vigente para ejercitar dicha acción fácilmente se colige que tampoco lo tiene para solicitar la diligencia preliminar pretendida, la cual ha de estar íntima y directamente relacionada con la acción que vaya a ejercitarse en el proceso principal.

**TERCERO.-**

La desestimación del recurso conlleva que se impongan a la parte apelante las costas causadas en esta alzada ( art. 398 LEC )

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

**PARTE DISPOSITIVA****LA SALA ACUERDA :****PRIMERO.-**

SE DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por D Alexander contra el auto dictado el 15 de septiembre de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Valencia en diligencias preliminares 1292/16

**SEGUNDO.-**

SE CONFIRMA la citada resolución.

**TERCERO.-**

SE IMPONEN a la parte apelante las costas causadas en esta alzada.



Cumplidas que sean las diligencias de rigor con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen, para su conocimiento y efectos, debiendo acusar recibo.

Respecto al depósito constituido por el recurrente, de conformidad con la L.O. 1/09 de 3 de Noviembre en su Disposición Adicional Decimoquinta, ordinal 9 º, procede la pérdida del depósito, quedando éste afectado a los destinos especificados en el ordinal 10º.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así por este nuestro auto, del que se unirá certificación al rollo, lo acordamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ