



Roj: **SAP TF 2566/2022 - ECLI:ES:APTF:2022:2566**

Id Cendoj: **38038370032022100437**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **3**

Fecha: **21/12/2022**

Nº de Recurso: **542/2021**

Nº de Resolución: **441/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CONCEPCION MACARENA GONZALEZ DELGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

Sección: ML

SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº 3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 34 94 07

Fax.: 922 34 94 06

Email: s03audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000542/2021

NIG: 3802841120190001395

Resolución: Sentencia 000441/2022

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000288/2019-00

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1 de Puerto de la Cruz

Apelado: Carlos María ; Abogado: Luis Miguel Rodriguez Rodriguez; Procurador: Ana Isabel Estelle Afonso

Apelado: Emma ; Abogado: Luis Miguel Rodriguez Rodriguez; Procurador: Ana Isabel Estelle Afonso

Apelado: Esther ; Abogado: Silvia Marta Hernandez Acevedo; Procurador: Amanda Beautell Benitez

Apelado: Eva ; Abogado: Luis Miguel Rodriguez Rodriguez; Procurador: Ana Isabel Estelle Afonso

Apelado: Juan Pedro

Apelado: Pedro Francisco ; Abogado: Luis Miguel Rodriguez Rodriguez; Procurador: Ana Isabel Estelle Afonso

Apelado: Isabel

Apelado: Juana ; Abogado: Silvia Marta Hernandez Acevedo; Procurador: Amanda Beautell Benitez

Apelado: Amadeo ; Abogado: Silvia Marta Hernandez Acevedo; Procurador: Amanda Beautell Benitez

Apelante: Apolonio ; Abogado: Carlos Gustavo Campos Gutierrez; Procurador: Elena Margarita Lara Rodriguez

Apelante: Aurelio ; Abogado: Carlos Gustavo Campos Gutierrez; Procurador: Elena Margarita Lara Rodriguez

?

SENTENCIA



Ilmas. Sras.

Presidenta:

D^a. Macarena González Delgado (Ponente)

Magistradas:

D^a. María del Carmen Padilla Márquez

D^a. María Luisa Santos Sánchez

En Santa Cruz de Tenerife, a 21 de diciembre de 2022.

Visto por los Ilmas. Sras. Magistradas arriba expresadas el presente recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada en los autos de juicio ordinario n.º. 288/2019, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º. 1 de Puerto de La Cruz, promovidos por D. Aurelio y D. Apolonio, representados por la Procuradora D^a. Elena Margarita Lara Rodríguez, y asistida por el Letrado D. Carlos Gustavo Campos Gutiérrez, contra D. Carlos María, D^a. Emma, D^a. Eva, D. Pedro Francisco, representados por la Procuradora D^a. Ana Isabel Estellé Afonso, asistida por el Letrado D. Luis Miguel Rodríguez Rodríguez; D^a. Sagrario, fallecida, siendo sucesores procesales sus hijos: D. Amadeo y D^a. Juana, representados por D^a. Amanda Beautell Benítez, asistida por la Letrada D^a. Silvia Marta Hernández Acevedo; y contra D. Juan Pedro y D^a. Isabel, ambos en situación de rebeldía procesal; han pronunciado, en nombre de S.M. EL REY la presente sentencia, con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos indicados la Ilma. Sra. Juez D^a. María Antonia Benito Bethencourt, dictó sentencia el 26 de mayo de 2021, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

" SE DESESTIMA la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Aurelio y D. Apolonio contra D. Carlos María, D^a. Emma, D^a. Esther, D^a. Eva, D. Juan Pedro, D. Pedro Francisco y D^a. Isabel, con expresa condena en costas de la parte demandante.

Notifíquese a las partes esta sentencia, póngase en su conocimiento que no es firme y que contra ella cabe recurso de apelación que, en su caso, deberá prepararse ante este Juzgado en el plazo de los 20 días siguientes a su notificación, correspondiendo la competencia para resolverlo a la Ilma. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

Así lo pronuncio, mando y firmo."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes en legal forma, se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte demandante; tramitándose conforme a lo previsto en los artículos 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, presentando escrito de oposición las Procuradoras D^a. Ana Isabel Estelle Afonso y D^a. Amanda Beautell Benítez en nombre de las representaciones que ostentan, remitiéndose con posterioridad los autos a esta Audiencia Provincial, con emplazamiento de las partes por término de diez días.

TERCERO.- Que recibidos los autos en esta Sección Tercera se acordó formar el correspondiente Rollo; personándose oportunamente en esta alzada la parte apelante por medio de la Procuradora D^a. Elena Lara Rodríguez, bajo la dirección del Letrado D. Carlos Campos Gutiérrez. Los apelados D. Carlos María, D^a. Emma, D^a. Eva, D. Pedro Francisco se personaron por medio de la Procuradora D^a. Ana Isabel Estellé Afonso, bajo la dirección del Letrado D. Luis Miguel Rodríguez Rodríguez; los herederos de D^a. Esther : D^a. Juana y D. Amadeo, se personaron por medio de la Procuradora D^a. Amanda Beautell Benítez, bajo la dirección Letrada de D^a. Silvia Marta Hernández Acevedo.

Mediante auto de fecha 13 de enero de 2022 se inadmite los medios de prueba propuesta por la parte actora apelante. No habiendo lugar a la celebración de vista; señalándose para deliberación, votación y fallo el día 30 de noviembre del corriente año 2022.

Ha sido Ponente la Ilma Sra D^a. MACARENA GONZÁLEZ DELGADO Magistrada- Presidenta de esta Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los actores interponen demanda en juicio ordinario ejercitando la acción de nulidad de testamento ológrafo y, como consecuencia de ello, que se les declare herederos universales de la testadora. Con carácter subsidiario, que se declaren válidos y eficaces y no anulados por el testamento ológrafo, los testamentos notariales otorgados por Doña Virginia el 16 de junio de 1994 en España y el 22 de julio de 1994 en Italia.



A dicha demanda se opusieron los demandados, a excepción de Don Juan Pedro y Doña Isabel, declarados en rebeldía ante su incomparecencia en las actuaciones.

La sentencia dictada el 26 de mayo de 2021 en la primera instancia desestimó la demanda, condenando a los actores al pago de las costas causadas.

Contra dicha sentencia se alza el recurso de los actores, alegando infracción de normas y garantías procesales. Vulneración del derecho de defensa. Nulidad del testamento ológrafo por contener disposiciones incoherentes, irrealizables o ambiguas. Error en la valoración de la prueba, con especial referencia a las periciales practicadas a instancia de cada una de las partes en relación al estado cognitivo de la testadora.

A dicho recurso se oponen los demandados pidiendo la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Alegada por los recurrentes infracción procesal en relación al derecho a la prueba, se desestima dicho motivo, remitiéndonos a las resoluciones dictadas en esta alzada, autos de 13 de enero, 26 de febrero y 5 de julio, todos ellos de 2022, en relación con la proposición y práctica de la prueba propuesta por los recurrentes, que se dan por reproducidos.

TERCERO.- Para resolver el presente recurso de apelación conviene señalar que nos encontramos ante la sucesión testada de Doña Virginia, española de nacimiento e italiana por haber optado a la **nacionalidad** adquirida por matrimonio, y residente a la fecha de su fallecimiento, el 28 de julio de 2015, en Puerto de la Cruz. No habiendo tenido hijos la testadora y fallecidos antes que ella su padre, su madre y su cónyuge, nos encontramos ante la sucesión testada de una persona que carece de herederos legitimarios o forzosos, resultando de aplicación lo dispuesto en el artículo 536 y siguientes del Código Civil italiano, vigente a la fecha del fallecimiento, que dispone que "Las personas a favor de las cuales la ley reserva una cuota de la herencia u otros derechos en la sucesión son: el cónyuge, los hijos legítimos, los hijos naturales, los ascendientes legítimos". Dispone el art. 565 del mismo Código italiano que "En la sucesión legítima, le corresponde la herencia al cónyuge, a los descendientes legítimos y naturales, a los ascendientes legítimos, a los colaterales y a otros parientes y al Estado, según el orden y las reglas establecidas en el presente título".

Careciendo la testadora a su fallecimiento de herederos forzosos, podía disponer de la totalidad de su herencia en testamento sin necesidad de reservar la porción de bienes denominada legítima. Consecuencia de ello es la innecesidad de indagar en las razones que la llevaron a disponer en sus sucesivos testamentos de los bienes en la forma que lo hizo. De tratarse de una testadora con herederos forzosos, la falta de respeto total o parcial a la legítima, otorga derechos a los legitimarios para exigir lo que por derecho les corresponde, resultando, en ese caso, de gran trascendencia la causa de las omisiones de las legítimas en el testamento.

En este caso, la ausencia de herederos forzosos conlleva la total libertad de la testadora para repartir sus bienes entre las personas y en la manera que ella designe, sin que los motivos de esa decisión tengan trascendencia alguna, no solo al establecer esa distribución de bienes en un primer testamento sino en los sucesivos, de manera que el hecho de que los actores hayan aparecido en algunos testamentos más favorecidos en ese reparto que lo que estiman se ha producido en la actualidad, carece de trascendencia a los efectos de este recurso, lo que conlleva que obviemos toda referencia a las relaciones entre la testadora y los actores, quedando en la esfera de lo personal e íntimo de la testadora las causas y motivos de la modificación de las decisiones tomadas en anteriores testamentos.

CUARTO.- Para la resolución del presente caso, resulta esencial la **nacionalidad** italiana de la testadora y el otorgamiento de un testamento notarial en España en el mes de junio de 1994 y otro, también notarial, otorgado en Italia, en el mes de julio del mismo año, testamento este último en el que expresamente deja sin efecto otros anteriores.

En el año 2006, cuando ya habían fallecido el padre, la madre y el cónyuge de la causante, careciendo por ello, como hemos señalado, de herederos legitimarios o forzosos, Doña Virginia redacta un testamento ológrafo, resultado del mismo que, sin dejar sin efecto el otorgado en Italia en el mes de julio de 1994, efectúa disposiciones de sus bienes que, en realidad, constituye una expresión de su voluntad relativa a la forma y modo de repartir los bienes de su propiedad que determina entre las personas que designa, de modo que, sin alterar la institución de herederos efectuadas a favor de los actores en el testamento otorgado en Italia en el mes de julio de 1994, dispone de sus bienes estableciendo legados a favor de sus cuatro hermanos, dos sobrinos, su empleada, e incluso, uno de los actores. Dicho testamento lo entrega a uno de sus sobrinos, Don Guillermo, quien lo presenta en la Notaría en el año 2013, donde se efectúa una copia testimoniada, quedando en poder de dicha persona el original, acto al que acudió el actor, Don Herminio, al ser avisado por su primo depositario de dicho testamento. De esos hechos cabe extraer como consecuencia que la testadora se aseguró que la existencia de ese testamento ológrafo fuera conocido por la familia y guardado a buen recaudo.



La testadora fallece el 28 de julio de 2015, después de haber sido declarada incapaz por sentencia judicial del mes de enero de ese mismo año, a causa del deterioro mental que venía sufriendo desde 2011, agravado a partir de 2013. Habiéndose nombrado tutor a su sobrino Don Iván, dicho tutor presenta el testamento ológrafo para su adveración y protocolización ante notario, actuaciones que se llevan a cabo, una vez que se aporta el testamento otorgado en Italia en el mes de julio de 1994, con la intervención de todas las personas citadas en uno y otro testamento, incluidos los actores, habiéndose practicado la prueba pericial sobre dicho testamento que determinó que fue realizado por la testadora en el pleno uso de sus facultades mentales, siendo autorizado con fecha de 3 de enero de 2017.

Los actores promovieron ante el Notario de Santa Cruz, señor Martínez del Moral, cuestiones relacionadas con la herencia de la fallecida, otorgando el 18 de febrero de 2016 escritura de aceptación de herencia a beneficio de inventario, en su condición de herederos, en relación al testamento otorgado ante Notario de Puerto de la Cruz el 16 de junio de 1994, sin hacer referencia alguna al testamento otorgado en Italia en el mes de julio de 1994, con citación de todas las personas citadas respecto del testamento otorgado en España en junio de 1994 y el ológrafo de 2006. Teniendo conocimiento los actores de la adveración del testamento ológrafo del mes de enero de 2006, averado en la notaría de Puerto de la Cruz, solicitaron la formación de inventario con citación de los legatarios dispuestos en el citado testamento y demás personas interesadas en la sucesión. Como consta acreditado, el acto fue suspendido debido al estado de una de las legatarias, hermana de la testadora, incurso en un procedimiento de incapacidad.

Con fecha 29 de julio de 2019, los actores interponen la demanda que inicia estas actuaciones, impugnando el testamento ológrafo por considerar la existencia de infracción de normas de procedimiento en su protocolización notarial, alegando que la testadora no se encontraba en pleno uso de sus facultades mentales cuando lo escribió; que fue inducida o actuó bajo dolo o violencia y, que, en todo caso, dicho documento está antedatado, habiendo sido otorgado en fecha posterior a la señalada.

Las actuaciones notariales a instancia de los actores fueron suspendidas como consecuencia de la interposición de la demanda.

Por su parte los demandados, ante la notaría de Puerto de la Cruz, después de averado y protocolizado el testamento ológrafo, el 16 de agosto de 2019, otorgaron escritura de petición y nombramiento de contador partidor; efectuado el nombramiento y aceptado el cargo, se elaboró cuaderno particional teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en el testamento otorgado ante notario en Italia en el mes de julio de 1994 y el ológrafo de 30 de enero de 2006.

En la primera instancia se dictó auto el 9 de marzo de 2020 en el que, a instancia de los actores, se adoptaba como medida cautelar la paralización del expediente o acta notarial de formación de inventario y partición de herencia mediante contador partidor, que se tramita en la notaría de Puerto de la Cruz, derivada del expediente notarial de adveración y protocolización del testamento ológrafo de Doña Virginia, autorizado el 3 de enero de 2017. Dicha medida cautelar se encuentra en vigor.

QUINTO.- La sentencia dictada en la primera instancia, partiendo de la valoración de la prueba, fruto del minucioso examen de la practicada en autos, tuvo por acreditado el cumplimiento de todas las normas de aplicación en el procedimiento de adveración y protocolización del testamento ológrafo llevado a cabo ante la Notaría del Señor Bermejo sita en Puerto de la Cruz, que terminaron con el acta de autorización de tres de enero de 2017; declaró el estado de salud mental de la testadora en el año 2006, del que deriva el pleno uso de sus facultades mentales a esa fecha, así como la ausencia de cualquier prueba que determine que la fecha del testamento ológrafo no es la expresada en dicho testamento, enero de 2006. Examinada nuevamente la prueba practicada en la primera instancia a la luz de los motivos de impugnación de la sentencia contenidos en el recurso de apelación formulado por los actores, no se aprecia error en la valoración de dicha prueba y, habiéndose denegado la práctica en esta alzada de la pretendida por los actores apelantes, no procede a los fines de lo solicitado en esta alzada, emitir una nueva valoración probatoria distinta de la que consta en la sentencia recurrida que, por estimarla efectuada conforme a las reglas valorativas de las pruebas y la lógica del pensamiento humano y la sana crítica, damos por reproducida dicha valoración probatoria en evitación de inútiles repeticiones que nada aportarían a la resolución del recurso, aceptando expresamente la valoración probatoria efectuada en la sentencia dictada en la primera instancia.

En efecto, es doctrina jurisprudencial reiterada y conocida la que señala que debe prevalecer la valoración que de las pruebas realicen los órganos judiciales por ser más objetivas que la de las partes, dada la mayor subjetividad de estas por razón de la defensa de sus particulares intereses. Por otro lado, también es aceptado que si bien el recurso de apelación transfiere al tribunal de la segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión en aquellos extremos de la sentencia que hayan sido objeto del recurso, ese conocimiento queda reducido a verificar si en la valoración de la prueba, -que no olvidemos, ha de ser conjunta-, el juez de



instancia se ha comportado de forma arbitraria, o por el contrario, del contenido de la sentencia resulta que esa valoración es la procedente teniendo en cuenta los medios probatorios aportados por las partes y los resultados obtenidos en el proceso y plasmados en la sentencia. De manera que la función revisoria de esta Sala debe centrarse en determinar si las valoraciones probatorias se encuentran debidamente expresadas en la sentencia y si las conclusiones fácticas a que se llega en la misma no resultan contradictoria, incompletas, incongruentes, en definitiva, si no evidencia un manifiesto error de valoración.

En consecuencia, no apreciándose error en la valoración de la prueba, se mantienen las consideraciones fácticas contenidas en la sentencia recurrida en relación a los pronunciamientos impugnados respecto del testamento ológrafo, referidos a la capacidad de la testadora, manteniéndose la capacidad de testar de Doña Virginia, así como que fue escrito por ella en la fecha que consta en el propio documento.

SEXTO.- En el apartado 2 del suplico de la demanda, solicitan los actores que se declare la condición de los demandantes de herederos legítimos y universales de Doña Virginia. En el hecho decimocuarto de la demanda dicen los actores "la condición de herederos legítimos y universales de mis representados (en virtud de los testamentos otorgados por la causante) no decae por el hecho de haber aparecido este último y más que sospechoso testamento ológrafo, siendo ambos compatibles en ese aspecto, en tanto que este último carece de institución de heredero, limitándose únicamente a instituir legados, y ni explícita ni implícitamente, revoca los anteriores".

La sentencia recurrida, en su fundamento séptimo, resuelve sobre dicha petición, señalando que de la contestación de la demanda y de las pruebas practicadas, resulta que no ha sido objeto de discusión por los demandados la condición de herederos universales de los actores, insistiendo aquellos en su condición de legatarios en virtud del testamento ológrafo de enero de 2006 que no anula el último notarial, el otorgado en Italia en el mes de julio de 1994, en el que expresamente instituye herederos a los actores en la parte que determina. No existiendo conflicto judicial ni extrajudicial en relación a dicha condición de los actores, declara la sentencia que dicha pretensión carece de objeto, estimando innecesario cualquier pronunciamiento al respecto.

Respecto de dicho pronunciamiento de la sentencia de la primera instancia, alegan los recurrentes que de los hechos probados queda acreditado que los codemandados han tratado en todo momento de impedir que los actores apelantes pudieran ejercer sus derechos como herederos, sin poder acceder a los bienes de la masa hereditaria de la causante ni a las decisiones en relación a dichos bienes, señalando que, desde que se abrió la sucesión, comenzaron las hostilidades por parte de los codemandados. Negadas dichas afirmaciones de contrario, se desestima dicho motivo, pues una cosa es la existencia de conflicto entre las partes como consecuencia del procedimiento de división de herencia y otra cosa distinta y no acreditada, es la existencia de conflicto respecto de las posiciones de las partes en dicha sucesión, herederos unos y legatarios otros, a tenor de las disposiciones en ambos testamentos. Constando, por otro lado, que en virtud de lo dispuesto en los artículos 536 y siguientes del Código Civil Italiano, los actores apelantes no tienen la consideración de herederos forzosos en tanto que no son legitimarios, se trata de herederos designados en testamento a los que se refiere el art. 763 del Código Civil español, que dispone "El que no tuviera herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes o parte de ellos en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos", dicha condición no ha sido negada de contrario, precisamente porque los demandados mantienen en todo momento la validez y eficacia del estamento otorgado por Doña Virginia en Italia en el mes de julio de 1994.

SÉPTIMO.- En el apartado 3 del suplico de la demanda, con carácter subsidiario, solicitan los actores que se declaren válidos, eficaces y no anulados por el testamento ológrafo, el testamento notarial abierto de Doña Virginia autorizado por Notario en Puerto de la Cruz el 16 de junio de 1994, y el testamento notarial abierto otorgado por Doña Virginia en Italia el 22 de julio de 1994. En ambos casos en todo aquello que no fuera incompatible con las disposiciones del testamento ológrafo y en particular con la condición de herederos universales de Doña Virginia.

La sentencia recurrida en su fundamento octavodesestimó dicha pretensión señalando que el testamento otorgado en España el 16 de junio de 1994 fue total y expresamente revocado por el posterior de 22 de julio de ese año, de modo que, a la fecha del fallecimiento de la testadora, los únicos testamentos eficaces, cuyas disposiciones coexisten y resultan compatibles, son el notarial de 22 de julio de 1994 y el ológrafo de 30 de enero de 2006.

Recurrido dicho pronunciamiento por los actores, lo cierto es que, como consta acreditado en las actuaciones, la causante, a fecha de su fallecimiento, tenía la **nacionalidad** italiana, de modo que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 9.1 del Código Civil, la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su **nacionalidad**, disponiendo el número 8 que la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional



del causante al momento del fallecimiento, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país en el que se encuentren, señalando dicho precepto que las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador en el momento de su otorgamiento conservaran su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión.

En atención a lo expuesto, no pueden aceptarse las alegaciones de los recurrentes relativas a que el testamento otorgado en España en junio de 1994 se refiera a los bienes existentes en este país y el de 22 de julio del mismo año, a los bienes sitos en Italia, al no aportarse ninguna prueba de la que apreciar tal dato. Por el contrario, en atención a la **nacionalidad** de la testadora al momento de su fallecimiento y a la ley aplicable, debe estarse a la validez del último de los dos testamentos, en tanto que el del mes de julio expresamente revoca el otorgado con anterioridad, el de junio de 1994, sin que sea posible la coexistencia de ambos testamento teniendo en cuenta el literal del testamento otorgado en Italia que expresamente deja sin efecto los anteriores, de manera que, declarada la vigencia del de 22 de julio de 1994, coexiste, tal y como dispuso la sentencia recurrida, con el ológrafo de 30 de enero de 2006, en tanto que las disposiciones de ambos son complementaria.

OCTAVO.- En el sexto otrosí de la demanda, solicitaron los actores la adopción de la medida cautelar consisten en la paralización y suspensión del expediente o acta notarial de formación de inventario y partición hereditaria mediante contador partidor, que se tramitaba en la Notaría de Don Ignacio Bermejo derivado de la adveración y protocolización del testamento ológrafo de Doña Virginia . Dicha petición dio lugar a la incoación del procedimiento de medidas cautelares 346/20 seguido ante el mismo Juzgado, dictándose auto acordando la paralización del referido expediente notarial de formación de inventario y partición de herencia, fijándose la caución de 35.208 euros. Recurrido dicha resolución, por auto de esta misma Sección de nueve de febrero de 2021, se estimó en parte el recurso formulado por los actores, confirmando el referido auto, excepto en la cuantía de la caución que se fijó en 18.885,23 euros.

En el recurso de apelación interpuesto por los actores que aquí resolvemos, se solicita el mantenimiento de la medida cautelar adoptada, al amparo de lo dispuesto en el artículo 744.1 LEC, durante la tramitación de la segunda instancia, con fundamento en la subsistencia de los presupuestos y circunstancias que justificaron su adopción, se mantiene inalteradas en la actualidad.

Dispone el art. 744.1 LEC que absuelto el demandado en primera o segunda instancia, el Letrado de la Administración de Justicia ordenará el alzamiento de las medidas cautelares adoptadas, si el recurrente no solicitase su mantenimiento o adopción de alguna medida cautelar distinta en el momento de interponer recurso contra la sentencia. En ese caso, se dará cuenta al tribunal que, oída la parte contraria y con anterioridad a remitir los autos al órgano competente para resolver el recurso contra la sentencia, resolverá lo procedente sobre la solicitud, atendiendo a la subsistencia de los presupuestos y circunstancias que justificasen el mantenimiento o la adopción de dichas medidas.

No consta que por el Juzgado de Instancia se haya dictado resolución alguna al respecto, de manera que, de acuerdo con lo dispuesto en el citado art. 744 LEC, no es el momento procesal oportuno ni el órgano judicial competente para resolver la petición formulada, entendiéndose que la medida cautelar acordada sigue vigente.

NOVENO.- Las costas de esta alzada se imponen al recurrente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398 LEC.

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

FALLO

1.- Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Apolonio y Don Aurelio contra la sentencia dictada el 26 de mayo de 2021 en los autos de juicio ordinario 288/2019 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número Uno de Puerto de la Cruz.

2.- Se confirma la referida sentencia en todas sus partes.

3.- Las costas de esta alzada se imponen a los recurrentes.

Procedase a dar al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., si se hubiera constituido.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional (art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y recurso extraordinario por infracción procesal si se formula conjuntamente con aquél (Disposición Final decimosexta 2ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que podrán interponerse ante esta Sala en el plazo de veinte días. ?



Notifíquese esta resolución a las partes en la forma que determina el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Una vez firme la presente resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de Primera Instancia de su procedencia, con testimonio de la misma, para su ejecución y cumplimiento y a los efectos legales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al presente Rollo, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ