



Roj: **SAP PO 2209/2017 - ECLI: ES:APPO:2017:2209**

Id Cendoj: **36038370012017100491**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **24/10/2017**

Nº de Recurso: **449/2017**

Nº de Resolución: **506/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER VALDES GARRIDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00506/2017

N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Tfno.: 986805108 Fax: 986803962

MA

N.I.G. 36017 41 1 2016 0000185

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000449 /2017

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.2 de A ESTRADA

Procedimiento de origen: DIVISION **HERENCIA** 0000087 /2016

Recurrente: Eutimio

Procurador: MAGDALENA MENDEZ-BENEGASSI GAMALLO

Abogado: JOSE ALBERTO NODAR GARCIA

Recurrido: Asunción , Jacinta , Marino

Procurador: RAQUEL PUENTE FERNANDEZ, MANUEL SANCHEZ ORTEGA , RAQUEL PUENTE FERNANDEZ

Abogado: MARIA INES BARREIRO REBOREDO, JOSE MANUEL CONSTENLA SANMARTIN , MARIA INES BARREIRO REBOREDO

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO

D^a MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ GONZALEZ

D. JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM. 506/17



En PONTEVEDRA, a veinticuatro de octubre de dos mil diecisiete.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de DIVISION **HERENCIA** 0000087/2016, procedentes del XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.2 de A ESTRADA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000449/2017, en los que aparece como parte **apelante-demandado, Eutimio**, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MAGDALENA MENDEZ-BENEGASSI GAMALLO, asistido por el Abogado D. JOSE ALBERTO NODAR GARCIA, y como partes **apeladas-demandantes, Asunción, Jacinta, Marino**, representados por los Procuradores de los tribunales, Sr./a. RAQUEL PUENTE FERNANDEZ, MANUEL SANCHEZ ORTEGA, RAQUEL PUENTE FERNANDEZ, asistidos por los Abogados D. MARIA INES BARREIRO REBOREDO, JOSE MANUEL CONSTENLA SANMARTIN, MARIA INES BARREIRO REBOREDO, respectivamente, siendo el Magistrado/a Ponente el/la **Ilmo./Ilma. D./D^a FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm.2 de A Estrada, con fecha 16 de marzo de 2.017, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"APROBAR LA PARTICIÓN, LIQUIDACIÓN Y ADJUDICACIONES DE BIENES DEL CUADERNO PARTICIONAL DE FECHA 10 DE OCTUBRE DEL 2016.

Cada una de las partes pagará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la parte demandada se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente proceso de división judicial de la **herencia** de los finados esposos don Eutimio y doña Elisenda, promovido por la hija de los causantes, doña Asunción, contra sus hermanos don Eutimio y doña Jacinta, frente a la sentencia de instancia que acuerda la aprobación del cuaderno particional de los bienes hereditarios de los progenitores de los litigantes de fecha 10 de octubre de 2016, confeccionado por la contadora-partidora letrada Sra. Florencio, recurre en apelación el demandado don Eutimio.

SEGUNDO.- A efectos de resolución del recurso, interesa poner de manifiesto los siguientes extremos:

1.- Ambos causantes otorgaron sendos **testamentos** en fecha 24/6/2002 y 13/12/2002:

2.- En su último **testamento**, de fecha 13/12/2002, los dos testadores vinieron a modificar la cláusula quinta de su respectivo anterior **testamento** en la que se hacían legados recíprocos de bienes en el sentido de pasar a atribuir dichos legados a favor de la persona que les cuidase y asistiese hasta el fallecimiento de ambos.

Particularmente, por lo que se refiere a la causante doña Elisenda, en la cláusula segunda de su **testamento** de fecha 13/12/2002, se dispone que "Modifica la testadora la cláusula quinta de su **testamento** anterior en el sentido de que la participación ganancial que le corresponde en la vivienda descrita la lega en pleno dominio a la persona que cuide y asista a la testadora y a su esposo hasta el fallecimiento de ambos".

3.- Don Eutimio falleció el 13/2/2005, y el fallecimiento de doña Elisenda tuvo lugar el día 2/7/2008.

4.- Por sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de A Estrada, de fecha 9/12/2011, recaída en el juicio ordinario núm. 36/2011, promovido por doña Asunción contra sus hermanos, en pretensión de ser declarada beneficiaria de los bienes descritos en la cláusula quinta del **testamento** otorgado por don Eutimio, en fecha 24/6/2002, se vino a declarar beneficiarios del legado descrito en la cláusula quinta del referido **testamento** a los hijos del causante, doña Asunción y don Eutimio.

Sobre la base de haber sido don Eutimio el cuidador de sus progenitores. Hasta que "una vez acaecido el fallecimiento de D. Andrés y por expreso deseo de doña Elisenda, ésta solicitó que fuera su hija Dña. Asunción la que atendiera a sus cuidados, trasladándola a su domicilio y falleciendo en casa de su hija Dña. Asunción". Hechos éstos también asumidos por las partes en el presente proceso.

Siendo fundamento de tal decisión el que "Probado ha sido, que en los cuidados prestados al padre y a la madre concurrieron D. Eutimio (especialmente su mujer) y Dña. Asunción; aún cuando no ha sido acreditado



de forma fehaciente el tiempo que D. Eutimio y su mujer permanecieron en el domicilio y atendieron a los cuidados de D. Andrés y su esposa Doña. Elisenda .

5.- En el cuaderno particional de litis, la contadora-partidora Sra. Florencio tiene en cuenta la decisión adoptada en la precitada sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de A Estrada, de fecha 9/12/2011 , en el sentido de declarar a los hermanos doña Asunción y don Eutimio beneficiarios del legado descrito en la cláusula quinta del **testamento** de fecha 24/6/2002 otorgado por el causante don Andrés .

Empero, por lo que se refiere al legado descrito en la cláusula quinta del **testamento** de fecha 24/6/2002, otorgado por la causante doña Elisenda al que se remite la cláusula segunda de su **testamento** de fecha 13/12/2002, considera como única beneficiaria a doña Asunción . Con base en el siguiente razonamiento recogido en la página 13 del cuaderno particional: "En la Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2011, recaída en el procedimiento Juicio ordinario 36/2011, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de A Estrada , si bien el objeto de la pretensión se limitaba a determinar quién era el beneficiario de la cláusula 5º del **testamento** de Don Andrés y no de su esposa, en su fundamentación jurídica, se recoge como hecho no controvertido entre las partes que doña Elisenda falleció en casa de su hija doña Asunción , quien se ocupó de sus cuidados por petición expresa de la misma hasta su fallecimiento, de ahí que, sea ésta la acreedora del valor del legado de la cláusula 5ª del **testamento** de la misma de 24 de junio de 2002 y por ello, del valor del mismo, conforme se ha recogido en el párrafo anterior".

TERCERO.- En la resolución impugnada, la Juzgadora de instancia fundamenta esencialmente su decisión en la consideración de que, de la prueba practicada, se acredita que la intención y voluntad plasmada en el **testamento** de la causante doña Elisenda era la de ser cuidada hasta su fallecimiento.

De modo que la contadora partidora ha efectuado una interpretación correcta de las disposiciones testamentarias que afectan a doña Elisenda . Dado que, tras el fallecimiento del causante don Andrés , fue la hija doña Asunción , quién se encargó del cuidado de su madre hasta que ésta falleció. Siendo así que es la hija Asunción la que cumple la condición de cuidarla hasta su fallecimiento, con independencia de los cuidados anteriores que pudieran haber prestado el hijo Eutimio y su mujer.

CUARTO.- En su escrito de interposición de recurso de apelación, por el recurrente don Eutimio se solicita la revocación de la sentencia, alegando la existencia de error en la valoración de la prueba.

Así, se indica que hay una sentencia firme, de fecha 9/12/2011 , que establece que la **herencia** del causante don Andrés debe repartirse entre sus hijos Eutimio y Asunción . Porque se considera que los cuidados a don Andrés fueron de ambos hijos. Cuando resultó claro que los cuidados al causante don Andrés , en los tres últimos años viviendo con él y con su mujer y más de diez asistiéndolos, fueron prestados por el hijo Eutimio (aquí recurrente) y su esposa.

Que la interpretación de la cláusula litigiosa del **testamento** de doña Elisenda (idéntica a la del **testamento** de su esposo don Andrés) por parte de la contadora- partidora y de la Juzgadora es totalmente diferente al que se realiza en la precitada sentencia firme. No teniéndose para nada en cuenta los anteriores cuidados prestados por el recurrente a su madre doña Elisenda .

Que la hermana doña Jacinta ha venido a reconocer los cuidados prestados a sus padres por su hermano Eutimio durante un período de dos o tres años.

Que, asimismo, no puede basarse la sentencia impugnada en la voluntad de doña Elisenda de, tras el fallecimiento de su esposo, irse a vivir con su hija Asunción . Pues, como se deduce de la prueba documental y testifical practicada, doña Elisenda , por sus diversas enfermedades intelectuales, no estaba capacitada para tomar dicha decisión.

Que el argumento de la contadora-partidora para la atribución en el cuaderno particional del legado de la causante doña Elisenda a su hija Asunción es que viene a ser la que cumple las dos condiciones de la cláusula testamentaria, de cuidar a sus padres y hasta el fallecimiento de ambos. No siendo ello cierto, pues quién cuidó a don Andrés (padre) hasta su fallecimiento fue el recurrente. Así es que la hija Asunción no cumple todas las condiciones. Pues no cuidó a su padre hasta su muerte. Por lo tanto, al igual que sucede con el legado de don Andrés (padre), el legado de doña Elisenda debe repartirse entre quiénes la cuidaron, es decir, los hermanos doña Asunción y don Eutimio .

QUINTO.- Con carácter previo, y ante la objeción formulada por la representación de doña Asunción , se hace preciso señalar que la controversia planteada, por afectar al modo de distribución de los bienes hereditarios, es susceptible de ser examinada y decidida en este trámite procedimental de oposición a las operaciones divisorias, a que hace referencia el art. 787 LEC . Y ello, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5 del citado precepto acerca de que "la sentencia que recaiga se llevará a efecto con arreglo a lo dispuesto en el artículo



siguiente, pero no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda".

A la hora de resolver el litigio debe tenerse presente la vinculación existente entre los **testamentos** de los dos causantes-esposos.

Otorgados los mismos días y ante el mismo notario. Con evidente unidad de propósito de recompensar con el respectivo legado a la persona que les prestase cuidados y asistencia. A ambos y no solo al otorgante del **testamento**. Debiendo entenderse la indicación de "hasta el fallecimiento de ambos" más como término final del período asistencial que como condición de indispensable cumplimiento por el cuidador para la adquisición de su derecho al legado. Piénsese en el caso de efectivos cuidadores que se van alternando o sucediendo en el tiempo, incluso por expresa voluntad de la persona atendida. Cuál acontece en el supuesto de litis. En que, tras el otorgamiento de sus **testamentos** en el año 2002, los cónyuges testadores son cuidados por su hijo Eutimio hasta el fallecimiento del padre en fecha 13/2/2005. Pasando entonces la madre a ser cuidada por la hija Asunción hasta su muerte en fecha 2/7/2008.

De lo que cabe concluir que en el supuesto examinado, la condición a tener en cuenta para la adquisición del derecho al legado es la efectiva prestación de cuidados y asistencia a los dos esposos testadores. Lo que cumple el hijo recurrente, Eutimio .

De ahí que deba ser acogida la pretensión de dicho recurrente. Y, en consecuencia, ser modificado el cuaderno particional en el sentido de que el legado de la cláusula quinta del **testamento** de doña Elisenda de fecha 24/6/2002 sea objeto de adjudicación y reparto entre los hermanos doña Asunción y don Eutimio , al 50%.

Máxime si se tiene en cuenta lo contradictorio que resulta el que, habiéndose decidido por sentencia judicial declarar beneficiarios del legado descrito en la cláusula quinta del **testamento** de don Andrés de fecha 24/6/2002 a dichos dos hermanos (cuando el citado causante solo fue cuidado y asistido hasta su muerte por el hijo Eutimio y su familia), el legado de doña Elisenda se venga ahora a atribuir exclusivamente a la hija Asunción (cuando la causante fue cuidada y asistida en vida por los dos hijos, primero Eutimio y luego Asunción).

SEXTO.- Dada la estimación del recurso de apelación, que conlleva el acogimiento de la pretensión del recurrente don Eutimio , las costas procesales de la primera instancia se imponen a doña Asunción , sin hacer especial imposición de las correspondientes a la presente alzada (arts. 394-1 y 398-2 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Se estima el recurso de apelación y se revoca la sentencia de instancia impugnada, y, en consecuencia, se acuerda que por la contadora-partidora designada se proceda a la modificación del cuaderno particional, en el sentido de que el legado de la cláusula quinta del **testamento** de doña Elisenda de fecha 24/6/2002 sea objeto de adjudicación y reparto entre los hermanos doña Asunción y don Eutimio , al 50%; todo ello con expresa imposición de las costas del incidente de oposición a doña Asunción y sin hacer especial imposición de las correspondientes a la presente alzada.

Hágase devolución al recurrente don Eutimio del depósito constituido para poder recurrir en apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.