



Roj: **SAP LU 325/2014 - ECLI: ES:APLU:2014:325**

Id Cendoj: **27028370012014100265**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lugo**

Sección: **1**

Fecha: **29/07/2014**

Nº de Recurso: **63/2014**

Nº de Resolución: **303/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA PURIFICACION PRIETO PICOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LUGO

SENTENCIA: 00303/2014

Ilmos. Sres.

D. JOSÉ RAFAEL PEDROSA LÓPEZ.

Doñ. MARIA ZULEMA GENTO CASTRO.

Doña. MARÍA PURIFICACION PRIETO PICOS.

Lugo, a veintinueve de julio de dos mil catorce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de LUGO, los Autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000066/2011**, procedentes del **XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.1 de VIVEIRO**, a los que ha correspondido el Rollo **RECURSO DE APELACION (LECN) 0000063/2014**, en los que aparece como parte apelante, **Doña. Guadalupe y D. Gervasio**, representados por el Procurador Sr. JOSE ANGEL PARDO PAZ, asistidos por el Letrado D. MANUEL GONZALEZ LOPEZ, Doña. **Marcelina**, representada por el Procurador de los Tribunales Sr. ALVARO MARTIN-BUITRAGO CALVET, asistido por la Letrada Doña. MARIA PEREZ SANTABALLA, **D. Justino**, representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. MARIA JOSE PELAEZ GARCÍA, asistido por el Letrado Sr. ENRIQUE JOSE PEINO VILLARES, y como parte apelada, D. Moises, D. Remigio, Doña. Sara, D. Secundino, Doña. Zulima y D. Jose Carlos, representados por la Procuradora de los Tribunales Sra. MONICA SEXTO RIVAS, asistidos por el Letrado D. ISMAEL AWAD MOHAMED y D. Luis Pedro Y D. Secundino, no personados en esta Audiencia y HEREDEROS DESCONOCIDOS E INCIERTOS DE Juan Manuel siendo el Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Doña. MARÍA PURIFICACION PRIETO PICOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de marzo de 2013, el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Viveiro, dictó sentencia en los referidos autos, cuya parte dispositiva dice: "FALLO: Primero.- Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Doña. Beatriz Piñón López, en nombre y representación de D. Remigio, Doña. Sara, D. Luis Pedro, D. Secundino, Doña. Zulima, D. Moises, y Don Jose Carlos, y por consiguiente debo declarar y declaro que los herederos universales de Doña. Claudia son sus hermanos de doble vínculo Don Remigio, Don Luis Pedro, Doña Guadalupe y Doña. Sara, que heredarán por cabezas, sus sobrinos Don Moises, Doña. Zulima, Jose Carlos y Secundino quienes heredarán por estirpes y Gervasio y Guadalupe, como herederos del también fallecido herano Evaristo. Cada parte abonará sus costas y las comunes por mitad. Segundo.- Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don Pablo Díaz Lamparte, en nombre y representación de D. Justino y Doña. Marcelina, frente a Don Gervasio y Doña Guadalupe. Cada parte abonará sus costas y las comunes por mitad."



SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por Doña. Guadalupe , D. Gervasio , Doña. Marcelina y D. Justino , teniéndose por preparado el mismo y cumplidos los trámites del art. 458 y siguientes de la L.E.C . 1/2000 se elevaron los autos a la Sección 1ª de la Audiencia Provincial para la resolución procedente.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites legales

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, salvo en lo que no resulten coincidentes con los de esta resolución y,

PRIMERO.- En el caso que nos ocupa, doña Claudia , fallecida el 14 de junio de 2010, otorgó **testamento** ante notario el 6 de mayo de 2010. En virtud del mismo, dispuso la institución de herederos, por partes iguales a "la persona, personas o entidad que cuiden y asistan a la testadora hasta su fallecimiento, las cuales, asimismo, sufragarán los gastos de funeral y entierro de la testadora" (cláusula segunda). A su vez, revocó expresamente los **testamentos** otorgados con anterioridad (cláusula tercera).

La sentencia de instancia concluyó que, a la vista de la prueba practicada, nadie reunía los requisitos necesarios para ostentar la condición de heredero testamentario de doña Claudia . En consecuencia, declaró que los herederos universales de doña Claudia eran "sus hermanos de doble vínculo, don Remigio , don Luis Pedro , doña Guadalupe y doña Sara , que heredarán por cabezas; sus sobrinos, don Moises , doña Zulima , don Jose Carlos y don Secundino , quienes heredarán por estirpes; y don Gervasio y doña Guadalupe , como herederos del también fallecido hermano Evaristo ".

Contra la anterior sentencia, se alzan, en primer lugar, Guadalupe y Gervasio . En síntesis, sostienen que la sentencia de instancia incurre en incorrecta valoración de la prueba y error en el derecho aplicable en cuanto a lo que ha de entenderse por "**cuidado** y asistencia" en el Derecho civil de Galicia. Los recurrentes alegan que la prueba practicada acredita que fueron ellos quienes prestaron la asistencia necesaria para que la testadora viviese acorde a sus necesidades, circunstancias y voluntad; que cuando ella requería la presencia de don Gervasio o doña Guadalupe , éstos acudieron; todo ello, teniendo en cuenta que "doña Claudia era una persona de carácter difícil y en cierta medida muy rara". Añaden que hay un hecho indiscutible que demuestra lo anterior, "cuál es que los recurrentes se encontraban presentes cuando se produjo el fallecimiento de doña Claudia en su propia casa"; además de que sufragaron los gastos de entierro y funeral e, incluso, en el período voluntario, satisficieron el impuesto sobre sucesiones.

Asimismo, Justino y su esposa, Marcelina , recurren, bajo defensa y representación separada, la sentencia de instancia. Ambos discrepan, igualmente, con la valoración de la prueba. Sostienen que "existen elementos suficientes para considerar que han cumplido de buena fe la condición impuesta por doña Claudia ". Así, alegan que numerosos testigos los situaron en el domicilio de doña Claudia en el mes anterior a su fallecimiento; que el hecho de tener en su poder el **testamento** de la testadora "es un indicio de que doña Claudia requirió las atenciones" de los recurrentes. La representación procesal de la Sra. Marcelina añade como segundo motivo de su recurso la existencia de "error en la determinación como herederos ab intestato de doña Claudia " a Gervasio y Guadalupe " en tanto que herederos testamentarios de Evaristo , hermano premuerto de la fallecida.

Así las cosas, son dos las cuestiones discutidas por los recurrentes: 1) error en la valoración de la prueba respecto del efectivo **cuidado** y atención de doña Claudia hasta su fallecimiento; 2) error en la determinación de Gervasio y Guadalupe como herederos "ab intestato".

SEGUNDO.- En cuanto a la primera cuestión, esta Sala comparte la fundamentación contenida en la sentencia recurrida sobre la interpretación de la cláusula segunda del **testamento** de la testadora.

Efectivamente, la cláusula segunda del **testamento** está referida al supuesto de hecho del art. 203 LDCG de 2006 . Este precepto, a diferencia del art. 204 LDCG se refiere al caso de institución de heredero a quien "cuida al testador". Se refiere al "**cuidado** y asistencia" como evento que permite la determinación del concreto heredero del causante; al cual, además, se le impone la carga modal de "sufragar los gastos de funeral y entierro de la testadora".

Sentado lo anterior, el visionado del video permite a esta Sala compartir en lo sustancial la valoración probatoria efectuada con mejor intermediación por el juzgador "a quo", el cual explica en su sentencia en un razonamiento lógico, coherente con su resultado, y sin fisuras que "la prueba practicada no ha tenido la intensidad necesaria como para considerar que alguien ha cumplido con los requisitos establecidos para ser considerado heredero testamentario de doña Claudia ".



Efectivamente, tras el examen de la prueba practicada, se constata que al tiempo de otorgar su **testamento** (6 de mayo de 2010), doña Claudia contaba con 90 años de edad, falleciendo el día 13 del mes siguiente. Durante este período de tiempo estuvo afectada por importantes limitaciones físicas que le impedían satisfacer por sí misma sus necesidades diarias básicas. Así se desprende de la declaración de su médico de cabecera, don Hugo , el cual acudió a su domicilio para prestarle asistencia los dos últimos meses. Aquél señaló que doña Claudia "estaba encamada"; "aunque podía levantarse para ir al baño, no podía ducharse, hacerse la comida". La propia Sra. Guadalupe señaló que "en mayo ya estaba encamada"; que para poder acceder a su casa, la causante le tiraba la llave por la ventana.

Visto lo anterior, es más que evidente que los **cuidados** y asistencia requeridos por cualquier persona que se encontrase en las circunstancias antes descritas no quedarían colmados, ni siquiera mínimamente, con las ayudas puntuales que los recurrentes prestaron a doña Claudia .

Llama la atención que don Gervasio manifestase en el acto de juicio que doña Claudia "prácticamente no necesitó **cuidados** (...), porque siempre se asistió a sí misma"; cuando, como se ha dicho, era patente que aquella estaba impedida físicamente de forma importante. Muestra de esto último es el suceso relatado por Romulo , vecino de la fallecida. Este testigo manifestó que aproximadamente tres semanas antes de morir tuvo que socorrer a doña Claudia ; ésta estaba sola en casa y había caído en su habitación no pudiendo levantarse por sí misma; llegando a ser trasladada al hospital por una ambulancia. Sorprende que don Gervasio no supiese nada de aquel suceso, cuando afirmó que él y su esposa habían asistido y **cuidado** a doña Claudia los tres meses antes de su muerte.

Por otro lado, se aprecian serias contradicciones en las declaraciones de don Gervasio y su esposa. Ésta sostuvo en el acto de juicio que no tenía copia de la llave de la casa de doña Claudia ; mientras que su marido insistió en que tenían llaves, la original, especificando que "la llave la tenía mi mujer". Asimismo, don Gervasio afirmó que su esposa durmió con doña Claudia "los últimos tres o cuatro meses"; mientras que doña Guadalupe alude a noches puntuales.

En relación a los gastos de entierro y funeral, como ha quedado dicho, su pago no es suficiente para adquirir la condición de heredero. El requisito para adquirir tal condición, según la cláusula segunda del **testamento**, está referido al **cuidado** y asistencia de la testadora hasta su fallecimiento. Cumplido este requisito, la disposición testamentaria impone la carga u obligación de sufragar los gastos de funeral y entierro de la testadora.

No se puede sostener que los recurrentes cumplieren el requisito exigido por el hecho de haber acudido al domicilio de la finada cada vez que ésta lo requiera o por el hecho de pernoctar con ella algún día. Atendidas las circunstancias de doña Claudia (vivía sola) y su precario estado de salud (estaba encamada), es patente que su **cuidado** y asistencia no podía consistir únicamente en ayudas o visitas puntuales. Lo cierto es que el testigo Balbino alegó en el acto de juicio que doña Claudia le comentaba que "estaba sola".

En cualquier caso, son muy reveladoras las declaraciones de los testigos. Tanto Balbino (sobrino político de la fallecida), como los vecinos de doña Claudia ignoraban que ésta estuviese al **cuidado** de ninguna persona los meses previos al óbito. En concreto, Balbino (quien manifestó tener contacto con la causante hasta 20 días antes de morir) declaró que "no tenía entendido que nadie estuviera durmiendo allí con ella de noche"; que "podría ser que alguna noche ocasional". Es más, preguntado por quién había asistido a la fallecida los últimos días de su vida, contestó textualmente que "nadie porque era una persona muy difícil". En el mismo sentido, Romulo , que a pesar de vivir a unos 300/400 metros de la casa de Claudia , afirmó no saber quién cuidaba a Claudia ; que el mes antes de morir veía el coche de Justino , "aunque no podía asegurar que fuese a diario", asegurando, por otro lado que "también veía más coches". Igualmente, Guillerma (manifestó tener una casa a doscientos metros de la de la causante, acudiendo todos los días al lugar) señaló que doña Claudia tenía muchas "visitas", que "veía muchos coches"; que "alguna vez vio a Gervasio y a Guadalupe por allí" que "también estaba Justino , Balbino "; que "a Justino y a Fina los veía, pero no todos los días".

De igual manera debe rechazarse la alegación de Justino y Marcelina ; el hecho de que tuviesen en su poder una copia del **testamento** no constituye ningún indicio.

En definitiva, de las declaraciones prestadas, esta Sala considera correcta la conclusión del juzgador de instancia en el sentido de los recurrentes únicamente prestaron ayuda a doña Claudia de forma muy puntual, bien acudiendo a su casa, bien haciéndole la comida en algunas ocasiones o quedándose a dormir en su domicilio alguna noche. En consecuencia, ninguno de ellos llegó a cumplir los requisitos exigidos para adquirir la condición de heredero testamentario de doña Luis Pedro .

TERCERO.- Sentado lo anterior, en este caso resulta procedente la apertura de la sucesión intestada o legítima y deferir la herencia en favor de los hermanos y los hijos de hermanos conforme a los arts. 912.3º, 913, 943, 946 y 947 y concordantes del Código civil .



La representación procesal de Marcelina alega, como segundo motivo del recurso, la infracción de las normas que regulan la sucesión intestada, en la medida que la sentencia de instancia declara herederos legítimos, entre otros, a don Gervasio y a Guadalupe, en cuanto herederos del fallecido hermano Evaristo.

En el caso que nos ocupa, doña Claudia, no tenía al tiempo de su fallecimiento descendientes, ascendientes ni cónyuge que le sobreviviera. Esto supone que el llamamiento a la sucesión debe hacerse a favor de sus hermanos vivos e hijos de los premuertos (art. 946 CC). Los primeros heredarán por cabezas y los segundos por estirpes (arts. 947 y 948 CC).

En concreto, doña Claudia tenía seis hermanos de doble vínculo: Remigio, Luis Pedro, Sara, Guadalupe, Julio y Evaristo. Julio falleció el 21 de marzo de 1995; por lo que son sus hijos los que han de heredar ab intestado a doña Claudia (Moises, Zulima, Jose Carlos y Jose Carlos). Evaristo falleció sin descendientes el 9 de febrero de 1988 (folio 31); éste había instituido herederos de todos bienes a su sobrino Gervasio y a la esposa de éste en virtud de **testamento** notarial abierto otorgado el 18 de febrero de 1987 (folios 33 a 36).

Teniendo en cuenta que la sobrevivencia del causahabiente al causante es requisito para sucederle (arts. 33, 190, 758 y 766 CC), es evidente que Evaristo no llegó a integrar en su patrimonio ningún *ius delationis* respecto de la herencia de su hermana Claudia. Hay que recordar que la delación hereditaria requiere que la sucesión esté abierta (la apertura de la sucesión de Claudia se produjo el 13 de junio de 2012, día de su fallecimiento), que el llamado tenga capacidad para suceder y que sobreviva al testador (Evaristo no reúne estos requisitos al haber premuerto a su hermana). Por tales circunstancias, es claro que don Gervasio y su esposa no pueden ser declarados herederos legítimos de doña Claudia invocando su condición de herederos testamentarios de Evaristo. Esto únicamente sería posible en el caso de que Evaristo hubiese fallecido con posterioridad al 13 de junio de 2010. En tal caso, se habría producido el llamamiento efectivo de Evaristo a la herencia de su hermana. Entonces, y dado que el *ius delationis* se habría integrado en la masa hereditaria de Evaristo, de quien eran herederos universales en virtud de **testamento** don Gervasio y doña Guadalupe, estos sí sucederían en tal concepto. Esto sería así porque el *ius delationis* respecto de la sucesión de doña Claudia se transmitiría con los demás bienes que formaban parte de la herencia de su tío.

Sin embargo, como queda dicho, Evaristo ha premuerto a doña Claudia; por tanto, don Gervasio y doña Guadalupe no pueden tener ninguna participación en la herencia objeto de esta litis. Por otro lado, conviene recordar que en la línea colateral sólo tiene lugar el derecho de representación en favor de los hijos de hermanos, según establece el art. 925 CC.

Con base en lo expuesto, procede estimar este motivo del recurso; en consecuencia, excluir a Gervasio y Guadalupe de la condición de herederos ab intestato de doña Claudia.

CUARTO.- En cuanto a las costas, dada la estimación parcial del recurso, no se hace especial imposición de las causadas en esta alzada, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 398.2 LEC.

Vistos los artículos de pertinente aplicación.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso interpuesto por la representación procesal de Gervasio y Guadalupe, así como el recurso interpuesto por la representación procesal de Justino contra la sentencia recurrida.

Estimamos parcialmente el recurso interpuesto por la representación procesal de Marcelina contra la sentencia recurrida, revocándola parcialmente, de modo que no procede la declaración de Gervasio y Guadalupe como herederos de doña Claudia.

No hacemos especial imposición de las costas de la alzada.

Déseles a los depósitos el destino legal.

Contra dicha resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que pueda interponerse el recurso extraordinario de casación o por infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo caso el plazo para la interposición del recurso será el de veinte días, debiendo interponerse el recurso ante este mismo Tribunal.

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