



Roj: **SAP LU 789/2010 - ECLI:ES:APLU:2010:789**

Id Cendoj: **27028370012010100550**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lugo**

Sección: **1**

Fecha: **28/07/2010**

Nº de Recurso: **398/2010**

Nº de Resolución: **413/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE RAFAEL PEDROSA LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Mondoñedo, núm. 2, 30-03-2010,  
SAP LU 789/2010**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LUGO

**SENTENCIA: 00413/2010**

AUDIENCIA PROVINCIAL

LUGO

Sección 1ª

SENTENCIA nº 413

ILMOS/AS. SRES/AS.:

PRESIDENTE:

D.ª MARÍA JOSEFA RUIZ TOVAR

MAGISTRADOS:

D. JOSÉ RAFAEL PEDROSA LÓPEZ

D. JOSÉ LUIS QUIROGA RODRIGUEZ (suplente)

Lugo, veintiocho de julio de dos mil diez.

La Ilma. Audiencia Provincial de Lugo ha visto en grado de apelación el Rollo de Sala n.º 398/2.010, dimanante del Juicio Ordinario n.º 280/2.009 seguido en

el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Mondoñedo sobre declaración de herederos; siendo apelantes los demandantes Doña María Virtudes, Doña

Adelina, Don Vicente, Doña Amanda y Doña Angelina, representados/as por el/la

procurador/a Sr. Varela Puga y asistidos/as del letrado/a Sra. Pernas Rodríguez y apelados/as los demandados Don Jose Enrique, Doña Berta y Doña Caridad, representados/as por el procurador/a Sra. García Mendez y asistidos/as de la letrada Sra.

Álvarez López, y Don Jesús Carlos y Doña Crescencia, en situación de rebeldía procesal y el MINISTERIO FISCAL; actuando como ponente el Magistrado, Ilmo. Sr. D. JOSÉ RAFAEL PEDROSA LÓPEZ.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**



PRIMERO.- Con fecha 30 de marzo de 2.010, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Mondoñedo, dictó sentencia en los referidos autos, cuya parte dispositiva dice: "FALLO: Desestimar la demanda interpuesta por María Virtudes , Adelina , Vicente , Amanda y Angelina contra Jose Enrique , Berta , Jesús Carlos , Crescencia , Caridad , absolviendo a los demandados de todos los pedimentos efectuados en su contra. Todo ello con imposición de las costas a la parte actora."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por, 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 Audiencia Provincial para la resolución procedente.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia apelada en lo que no se oponga a lo que, a continuación, se expone, y

PRIMERO.- En el caso presente no se trata tanto de determinar si, como entiende la sentencia de instancia, a falta de una consideración legal específica debe acudirse por analogía a la normativa sobre los contratos (Arts. 791 en relación con los 1.115 y 1.256 todos ellos del Código Civil) sino si la voluntad del testador se incumple cuando se prescinde de la opinión de la albacea designada, sobrina suya, y a la que aquél encargó la decisión de si la condición impuesta a su sobrino de cuidarle como obligación previa para ser su heredero y ello, porque, en este caso, tal decisión conlleva que la herencia en parte pueda recaer sobre dicha albacea-sobrina, es decir, que esta se convierte en directamente interesada en la cuestión. Es de suponer que tal hecho le era conocido al testador cuando tomó tales disposiciones pero no es menos cierto que también debe presumirse que esperaba una total objetividad, difícil en alguien que se convierte en "juez y parte", por ello este Tribunal debe entrar en el exámen de las circunstancias probadas para determinar si la decisión, en este supuesto negativa adoptada por la sobrina-albacea se ajusta a la realidad acreditada en los autos y ello no supone entrar en algo no planteado y vedado al conocimiento del Tribunal, pues al plantearse el juicio es precisamente el objeto de discusión y es claro que al testar mostró el testador su preferencia por el sobrino, por lo que decidir si la decisión negativa de que no se cumplió la condición de "cuidar" al testador por el heredero designado bajo dicha condición, está objetivamente y certeramente tomada y de tal modo cumplir con la voluntad del testador que debe prevalecer ya que otra cosa haría carecer de efecto alguno a dicha voluntad.

SEGUNDO.- Expuesto lo anterior, la prueba practicada acredita, sin género de dudas, que dentro de la situación que se creó al ingresar de modo voluntario en la residencia geriátrica de Ourense, el sobrino designado heredero cumplió con la condición impuesta ya que la prueba practicada así lo acredita. En primer lugar, tenemos que dada la entrada voluntaria en la residencia y la constatación testifical de su deseo de no abandonarla ya no sólo para ir a un domicilio particular sino a otra residencia, la expresión de "cuidar hasta su fallecimiento" no puede entenderse que se haya incumplido por aquel ingreso, el sobrino nombrado heredero condicional es el que mas trato tenía con él hasta tal punto que en el momento de la incapacitación fue el que se mostró dispuesto a aceptar el cargo tutelar y aceptó su nombramiento como tal. La testifical de la trabajadora social de la residencia señaló que cualquier circunstancia referente a Eliseo se comunicaba a Jose Enrique , consta asimismo una serie bastante notable de visitas de éste a su tío ya que no sólo hizo las que constan en horario de recepción que tienen un carácter interno para el centro sino también hizo otras más aparte de las señaladas, el ingreso hospitalario de Eliseo precedente a su fallecimiento también fue comunicado a Jose Enrique y consta por su declaración que estaba en contacto con los médicos que le atendían, además dada la estancia voluntaria en la residencia y su deseo de no dejarla acreditan que se encontraba a su gusto y plenamente cuidado y atendido en la misma, constando, por lo expuesto, que tal cuidado estaba supervisado por Jose Enrique que estaba al tanto de cualquier incidencia respecto su tío Eliseo, consta igualmente que fue Jose Enrique el que comunicó el ingreso hospitalario de Eliseo al resto de la familia, por tanto visto desde la pura objetividad no se puede decir que el sobrino, tutor y heredero designado haya incumplido la condición que en su testamento impuso el testador, ya que no se adivina que más pudo hacer, en relación con la condición de "cuidar", el citado heredero, por lo que, en definitiva se está en el caso de desestimar el recurso formulado y confirmar en lo esencial la resolución recurrida, salvo en el aspecto al que seguidamente se hace referencia.

TERCERO.- Dadas las peculiares circunstancias del caso examinado que hacen persistir alguna duda jurídica en relación con lo expuesto en el fundamento jurídico primero de esta resolución, no se hace una expresa imposición de las costas de la primera instancia (Art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) como tampoco se hace una expresa imposición de las costas de esta alzada (Art. 398.1 en relación con el art. 394, ambos de la Ley Procesal Civil y art. 398.2 de la citada ley).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.



## FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso formulado contra la sentencia dictada en fecha 30 de Marzo de 2.010 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Mondoñedo, debemos confirmar y confirmamos la misma, revocándola en el único sentido de no hacer una expresa imposición de las costas de la primera instancia como tampoco se hace una expresa imposición de las de esta alzada.

Devuélvase al consignante el depósito constituido para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá testimonio al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ