



Roj: **SAP OU 734/2013 - ECLI:ES:APOU:2013:734**

Id Cendoj: **32054370012013100358**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **30/09/2013**

Nº de Recurso: **119/2012**

Nº de Resolución: **357/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FERNANDO ALAÑÓN OLMEDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

### **OURENSE**

#### **APELACIÓN CIVIL**

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por los Señores, D. Fernando Alañón Olmedo, Presidente, D<sup>a</sup> Ángela Domínguez Viguera Fernández y D<sup>a</sup> Josefa Otero Seivane, Magistrados, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

#### **SENTENCIA: 00357/2013**

En la ciudad de Ourense a treinta de septiembre de dos mil trece.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de Procedimiento Ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia Uno de O Barco de Valdeorras (Ourense), seguidos con el n.º 8/2011, Rollo de Apelación núm. **119/2012**, entre partes, como apelante, D<sup>a</sup>. Raquel y D. Emilio , representado por el procurador D. Lorenzo Soriano Rodríguez, bajo la dirección del letrado D. José Antonio Iglesias Franco, y, como apelado, D<sup>a</sup>. Leonor , D<sup>a</sup>. Juliana y D<sup>a</sup>. Verónica , representado por la procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Luisa González Mascareñas, bajo la dirección del Letrado D. Jaime Benito Gutiérrez.

Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Fernando Alañón Olmedo.

#### **I - ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia Uno de O Barco de Valdeorras, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 19 de octubre de 2011 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Que debo ESTIMAR Y ESTIMO totalmente la demanda instada por D<sup>a</sup>. Leonor , D<sup>a</sup>. Juliana y D<sup>a</sup>. Verónica representadas por el Procurador de los Tribunales D. Jorge Vega Álvarez contra D<sup>a</sup>. Raquel y D. Emilio representados por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Diana Ortiz Carracedo, en el ejercicio de acción declarativa y reivindicatoria en relación a casa y finca, estableciendo:

1).- se declara que la casa y parcela sita en la RUA000 nº NUM000 en A Rúa de Valdeorras (Ourense), descrita en el hecho primero del escrito de demanda, es propiedad de D<sup>a</sup>. Leonor , D<sup>a</sup>. Juliana y D<sup>a</sup>. Verónica , en la proporción que figura en la escritura de adjudicación hereditaria otorgada ante la Notario de Ourense D<sup>a</sup>. María Isabel Louro García en fecha 19 de junio de 2009 al número 1.158 de protocolo, esto es, D<sup>a</sup>. Leonor deviene titular de una mitad indivisa del inmueble descrito, y D<sup>a</sup>. Verónica y D<sup>a</sup>. Juliana , devienen titulares cada una de ellas, de una cuarta parte indivisa del mismo.

2).- se condena a los demandados a estar y pasar por dicha declaración, reintegrando la referida casa y parcela a los actores.

3).- se condena a los demandados al pago de las costas judiciales.



Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO la reconvencción formulada por D<sup>a</sup>. Raquel y D. Emilio representados por la Procuradora de los Tribunales D. Diana Ortiz Carracedo, contra D<sup>a</sup>. Leonor , D<sup>a</sup>. Juliana y D<sup>a</sup>. Verónica representadas por el Procurador de los Tribunales D. Jorge Vega Álvarez, sobre declaración de heredero de D. Jesus Miguel , nulidad de escritura pública de aceptación de herencia, y de acuerdo sucesorio, cancelación de asientos registrales, devolución de bienes y de los frutos obtenidos y otros extremos, siendo condenados en las costas causadas D<sup>a</sup>. Raquel y D. Emilio . . . .".

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación de D<sup>a</sup>. Raquel y D. Emilio recurso de apelación en ambos efectos habiéndose opuesto al mismo la representación de D<sup>a</sup>. Leonor , D<sup>a</sup>. Juliana y D<sup>a</sup>. Verónica , y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

**TERCERO.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

## II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** En la presente litis se ejercita acción reivindicatoria en relación a la casa que se describe en el antecedente primero de la demanda. Como título se expone la escritura de adjudicación hereditaria otorgada ante el notario de Ourense, D<sup>a</sup>. María Isabel Louro García el 19 de junio de 2009. Las demandantes aceptaron pura y simplemente la herencia de D. Jesus Miguel y en el ejercicio del derecho transmitido por este las de D. Roberto y de D<sup>a</sup>. Violeta . D<sup>a</sup>. Violeta falleció el 7 de junio de 2001 y D. Roberto el 26 de noviembre de 2005. Ambos habían otorgado sendos testamentos ante el notario del Barco de Valdeorras el 21 de noviembre de 1994, documentos los anteriores que habrán de regir su sucesión. En ambos testamentos se instituía heredero al hijo común, D. Jesus Miguel ; en consideración a su condición de incapaz se nombraba sustituto ejemplar a la persona que desempeñara el cargo de tutor. En la cláusula sexta de ambos testamentos se disponía que al fallecimiento de su hijo incapaz tal y como se especificaba anteriormente, los bienes que no hayan sido consumidos pasarán, por iguales partes, a la persona, personas o entidad que hayan atendido y cuidado al incapaz debidamente y hasta su fallecimiento. D. Jesus Miguel sobrevivió a sus padres y heredó todos sus bienes, entre los que se encontraba la casa litigiosa. En el procedimiento de incapacidad del anterior se nombró tutora a D<sup>a</sup>. Leonor . D. Jesus Miguel falleció sin haber otorgado testamento el 26 de junio de 2008. En el ejercicio de sus funciones tutelares la demandante, Sra. Leonor , contrató los servicios como empleada de hogar de la hoy demandada, D<sup>a</sup>. Raquel y a tal efecto se suscribió el correspondiente contrato de trabajo el 14 de noviembre de 2006 y por virtud del anterior pasó a residir en la vivienda que ocupaba D. Jesus Miguel dedicándose también a sus cuidados. La demandante sostiene que D<sup>a</sup>. Raquel carece de título para seguir ocupando aquella vivienda.

La posición de la demandada es considerar que no se está ante una sustitución ejemplar prevista en el artículo 774 del Código Civil . La verdadera sustitución ejemplar es la contenida en la cláusula sexta del testamento. Desde la consideración de que la tutora no fue la persona que cuidó al incapaz viene a sostener que es a ella a la que corresponde la herencia del Sr. Jesus Miguel . Determina lo anterior el ejercicio de demanda reconvenccional por la que se solicita que se declare que la anterior es la heredera universal de D. Jesus Miguel así como la nulidad de los documentos que han tenido su base en la adquisición de la cualidad de herederas de los hoy demandantes.

La sentencia dictada en la instancia parte de considerar que era clara la voluntad de ambos testadores de proveer lo necesario para que su hijo contase con las atenciones debidas en atención a las limitaciones de que adolecía, que la cláusula tercera es una verdadera sustitución ejemplar, que la misma se subordina al cumplimiento de una condición cual es el cuidado del hijo de los testadores, que el cuidado que le prestó D<sup>a</sup>. Raquel tenía su base en el contrato de trabajo que suscribió con la Sra. Leonor y, finalmente, que D<sup>a</sup>. Leonor ha venido desempeñando adecuadamente la función tutelar con pleno cumplimiento de las obligaciones asumidas en cuanto se refieren al cuidado y atención del incapaz.

Señala la parte apelante que la cuestión fundamental de la litis es la interpretación del testamento otorgado por los cónyuges D. Roberto y D<sup>a</sup>. Violeta por los que habría de seguirse la sucesión de su hijo incapacitado D. Jesus Miguel . A juicio de esa parte la cláusula fijada como tercera entraña una sustitución vulgar y ello porque se encuentra a continuación de haber nombrado heredero de los testadores a su hijo D. Jesus Miguel , por el hecho de que los familiares más cercanos de los testadores eran precisamente los hoy demandantes, que a los tutores no se les designa en la cláusula sexta. En su posición es la cláusula sexta la que contiene la verdadera sustitución ejemplar.

**SEGUNDO .-**Es evidente que la cuestión litigiosa se centra en la interpretación de los testamentos otorgados por los ascendientes de Jesus Miguel . En ambos se hacía mención expresamente a una sustitución ejemplar (cláusula 3<sup>a</sup>) y se añadía que los bienes que quedaren pasarían a la persona que en vida hubiera cuidado al



incapaz (cláusula 6ª). La sentencia de instancia, en síntesis, vino a admitir la realidad de la sustitución ejemplar así como el hecho de que la parte demandante cuidó adecuadamente al incapaz.

Como primer argumento para sostener que la cláusula tercera en realidad alude a una sustitución vulgar, la parte demandante señala que la ubicación de la misma determina tal circunstancia. No se comparte ese razonamiento y no se alcanza a comprender la consecuencia pretendida desde la posición de la cláusula que ordena la sustitución. No es posible inducir de la ubicación de la cláusula que lo que quisieron decir los testadores fue que el tutor sucedería a los testadores para el caso de premoriencia del hijo o cuando éste no quisiera o no pudiera heredar. En primer lugar porque para el supuesto de premoriencia el tutor nunca hubiera llegado a ser tal pues se estaría ante un supuesto de patria potestad prorrogada. ( artículo 171 del Código Civil ). Tampoco cabe admitir, desde la situación de incapacidad prevista por los testadores, que Jesus Miguel no quisiera o no pudiera heredar.

En segundo lugar, la situación personal de los testadores no determina la existencia de una sustitución vulgar porque si su deseo hubiera sido que los nombrados tutores en el testamento fueran herederos para el supuesto de premoriencia de Jesus Miguel , les hubiera bastado acordarlo en tal sentido sin necesidad de acudir a un eventual nombramiento de tutor.

El hecho de que a los tutores no se les designe en la cláusula sexta no excluye que los mismos no pudieran ser los aludidos en la misma pues tampoco se les excluye. Señala la doctrina que es posible aplicar las normas de interpretación de los contratos a la labor hermenéutica que tiene por objeto una disposición testamentaria. La ausencia de una normativa general sobre la interpretación del negocio jurídico lleva necesariamente a aplicar analógicamente las reglas de interpretación de los contratos en cuanto sean compatibles con el concreto negocio jurídico que se contemple. En ese sentido no cabe duda de que el llamado canon hermenéutico de la totalidad ( artículo 1285 del Código Civil ) es directamente aplicable en la interpretación testamentaria como elemento determinante del conocimiento de la voluntad del testador. El propio Código Civil en relación con el testamento dispone en el artículo 675 que en caso de duda habrá que estar a lo que aparezca más conforme con la voluntad del testador y ese resultado habrá que obtenerlo, necesariamente, del análisis de la totalidad del testamento, integrando sus cláusulas de manera conjunta. Pues bien, desde ese razonamiento es evidente que la compatibilidad de las cláusulas tercera y sexta de los testamentos es perfectamente admisible y se debe entender, sin mayores esfuerzos, que la institución de heredero de los tutores se condicionaba a que éstos prestaran a Jesus Miguel los cuidados correspondientes. No es posible admitir que los padres del anterior no querían que fuesen sus tutores los herederos sino que lo pretendido era estimular su celo en el desarrollo de la tutela. Esta interpretación se aprecia con claridad y supone atribuir contenido a la totalidad de las prescripciones efectuadas por los testadores con pleno ajuste a la literalidad del negocio mortis causa.

Sobre el alegato de que la cláusula sexta sea la verdadera sustitución ejemplar, no derivaría en modo alguno de su posición en el testamento y si bien se comparte que la sucesión de Jesus Miguel estaba condicionada a la prestación de cuidados y atenciones, no supone que los mismos no pudieran ser prestados por los instituidos herederos, esto es, los tutores designados en el testamento. De seguirse la tesis de la apelante, que desliga la condición de heredero del nombramiento de tutor, se estaría vulnerando la literalidad de la cláusula tercera, con quebranto del artículo 675 del Código Civil y no se olvide que se está ante un testamento abierto en el que la intervención del notario aparece como fundamental. La presencia del notario en la redacción del testamento prestando su asesoramiento lleva necesariamente a considerar que el deseo de los testadores era precisamente el establecimiento de una sustitución ejemplar en la cláusula tercera. Es absolutamente forzado admitir que el notario hubiera expresamente calificado la sustitución de la cláusula tercera como ejemplar cuando lo querido era la configuración de una sustitución vulgar.

No es cierto, como señala la recurrente, que los padres del incapaz no designaron herederos a los tutores, porque sí lo hicieron, si bien, así debe entenderse, con el sometimiento a condición.

En cuanto al carácter retribuido de la prestación de los cuidados por parte de la demandada Dª. Raquel , es indicativo de que tal situación vino motivada por el deseo de la tutora de que el incapaz tuviera los cuidados precisos. Estos cuidados se proporcionaron de ese modo, a través de la hoy apelante. De esa manera se dio cumplida satisfacción al contenido de la cláusula sexta y no puede afirmarse que a través de la intervención del organismo tutelar -mediante la contratación de Dª. Raquel - no estuviera en todo momento Jesus Miguel debidamente cuidado y atendido pues ese es precisamente el basamento de la posición de la apelante. La prestación de cuidados es posible cumplirla de manera mediata, precisamente lo que aconteció.

Finalmente y en relación con el contenido de los testamentos que días antes habían otorgado los ascendientes de Jesus Miguel , al margen de que quedaron revocados en su totalidad ( artículo 739 del Código Civil ), cabe señalar que el contraste de los mismos con el posterior lleva a razonablemente considerar que el válido y eficaz abunda en la necesidad de que el incapaz esté perfectamente atendido y eso se configura, como anteriormente



se indicó, estimulando el celo del organismo tutelar mediante el establecimiento de una condición para que alcance la condición de heredero.

**TERCERO** .- Finalmente y en relación a los alegatos contenidos en los apartados sexto y séptimo nada aportan por cuanto su atención no desvirtúa el resultado de la litis. Es posible la institución de heredero sin necesidad de designación nominal ( artículo 750 del Código Civil ) y la validez de la cláusula sexta está fuera de toda duda.

**CUARTO** .- La desestimación del recurso de apelación planteado supone la imposición a la parte apelante de las costas de la alzada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

**FALLO:**

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup>. Raquel y D. Emilio contra la sentencia, de fecha 19 de octubre de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Uno de O Barco de Valdeorras en autos de Procedimiento Ordinario 8/2011, cuya resolución se confirma, con imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas interponer, **en su caso** , recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal en el plazo de veinte días ante esta Audiencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.