



Roj: **SAP GU 397/2014 - ECLI:ES:APGU:2014:397**

Id Cendoj: **19130370012014100395**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Guadalajara**

Sección: **1**

Fecha: **07/10/2014**

Nº de Recurso: **50/2014**

Nº de Resolución: **225/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ISABEL SERRANO FRIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

GUADALAJARA

SENTENCIA: 00225/2014

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 de GUADALAJARA

Domicilio: PASEO FERNANDEZ IPARRAGUIRRE NUM. 10

Tfno.: 949-20.99.00

Fax: 949-23.52.24

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000050 /2014

Juzgado de procedencia: JDO.PRIMERA INSTANCIA N.1 de GUADALAJARA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000326 /2013

Recurrente: Horacio

Procurador: M PILAR ORTIZ LARRIBA

Abogado: VALERO BERBANE UTRERA

Recurrido: Pedro Antonio

Procurador: MARIA DEL CARMEN LOPEZ MUÑOZ

Abogado: FERNANDO LLAMAS JIMENEZ

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D^a ISABEL SERRANO FRÍAS

D. MANUEL EDUARDO REGALADO VALDÉS

D. JOSE AURELIO NAVARRO GUILLÉN

SENTENCIA N^o 225/14

En Guadalajara, a siete de octubre de dos mil catorce.

VISTO en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial de GUADALAJARA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000326/2013, procedentes del JDO.PRIMERA INSTANCIA N.1 de GUADALAJARA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 50/2014, en los que aparece como parte apelante, Horacio , representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. M PILAR ORTIZ LARRIBA, asistido por el Letrado D. VALERO BERBANE UTRERA, y como parte apelada, Pedro Antonio , representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. MARIA DEL CARMEN LOPEZ MUÑOZ, asistido por el Letrado D. FERNANDO LLAMAS JIMENEZ, sobre cantidad, siendo la Magistrada Ponente la Ilma. D^a ISABEL SERRANO FRÍAS.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los correspondientes de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- En fecha 12 de diciembre de 2013 se dictó sentencia, cuya **parte dispositiva** es del tenor literal siguiente: "FALLO: Con desestimación de la demanda promovida por D. Horacio , representado por el procurador Sra. Ortiz Larriba y asistido por el letrado Sr. Bernabé Utrera Valero contra D. Pedro Antonio , representado por el procurador Sra. López Muñoz y asistido por el letrado Sr. Fernando Llamas Jiménez, debo absolver y absuelvo al demandado de todas las pretensiones contra el ejercitadas. Se imponen las costas al demandante".

TERCERO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de D. Horacio se interpuso recurso de apelación contra la misma; admitido que fue, emplazadas las partes y remitidos los autos a esta Audiencia, se sustanció el recurso por todos sus trámites, llevándose a efecto la deliberación y fallo del mismo día de la fecha.

CUARTO .- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales con inclusión del plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Se planteaba en la demanda rechazada por la sentencia recurrida la existencia de una **sustitución** ejemplar a favor de la hermana incapaz del causante de forma que una vez falleciera la mima la porción recibida, si no hubiera sido consumida por necesidad pasaría a los demás herederos por partes iguales.

El art. 776 del CCivil se refiere a la **sustitución** ejemplar por la cual el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de 14 años que conforme a derecho haya sido declarado incapaz por enajenación mental, **sustitución** que, añade el párrafo segundo quedara sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lucido o después de haber recobrado la razón.

Dos son los obstáculos para considerar que se trata de un **sustitución** ejemplar, que el testador no es un ascendiente sino un colateral y que la incapaz otorgo testamento abierto el 11 de marzo de 2008, no habiéndose cuestionado el mismo y presumiéndose la capacidad, no constando en otro orden de cosas la fecha de la incapacitación.

Se hace esta matización en cuanto parte la sentencia de instancia de considerar no controvertida la existencia de una **sustitución** ejemplar, cuyas consecuencias no serian las pretendidas pues según reiterada jurisprudencia así STS, Sala Primera, de lo Civil, S de 7 Nov. 2008 la finalidad de la **sustitución** ejemplar es evitar la sucesión intestada, que no se daría en el supuesto de autos donde la incapaz otorgo testamento abierto "el TS tiene declarado desde la sentencia de 6 de febrero de 1.907 que la **sustitución** ejemplar consiste en un nombramiento del heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquél; quien opera la **sustitución** y, por consiguiente, nombra heredero del incapaz, es el sustituyente".

Pero es que además el alcance de esta **sustitución** no es solo el destino del patrimonio recibido del sustituyente sino el patrimonio entero del sustituido Cabe señalar en este sentido la STS, Sala Primera, de lo Civil, S de 14 Abr. 2011, "la **sustitución** tanto **pupilar** como ejemplar, comprende el patrimonio entero de sustituido -hijo menor o incapaz- y no sólo el recibido del sustituyente, lo cual podría hacerse sencillamente mediante la **sustitución** fideicomisaria. El alcance amplio del contenido de la **sustitución** ejemplar ha sido mantenido por la sentencia, la primera, de 6 de febrero de 1907 , que es reiterada por la de 26 de mayo de 1997 que dice:

" Esta Sala tiene declarado desde la sentencia de 6 de febrero de 1907 que la **sustitución** ejemplar consiste en un nombramiento de heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquél..."

La anterior sentencia plantea directamente la cuestión del contenido y se pronuncia a favor del amplio, que comprende todo el patrimonio del sustituido incapaz. Lo que es reiterado por la sentencia de 7 de noviembre de 2008 que plantea el problema en estos términos:

"El núcleo central del mismo es si en la **sustitución** ejemplar, el ascendiente hace testamento por el sustituido incapaz, por lo que los sustitutos designados por aquél heredan a dicho sustituido, o heredan al ascendiente respecto de los bienes que deja al sustituido incapaz".

Y lo resuelve en los mismos términos que la sentencia anterior, de 26 de mayo de 1997, a la que se remite y afirma que comprende todo el patrimonio del sustituido y, así, los sustitutos heredan a éste, no al sustituyente.



La sentencia de 20 de mayo de 1972, dice explícitamente que la **sustitución** tanto **pupilar** como ejemplar, constituyen una excepción al artículo 670 del Código civil (LA LEY 1/1889) que proclama, con carácter general, el carácter personalísimo del testamento y reitera lo ya declarado por las sentencias anteriores de 2 de diciembre de 1915, 10 de diciembre de 1929 y 10 de junio de 1941".

Se acercaría más la figura que nos ocupa al llamado fideicomiso de residuo, que es calificado como un llamamiento condicional no en cuanto a la cualidad de heredero, que la adquieren todos los llamados desde el momento del fallecimiento del causante, sino en cuanto a la porción hereditaria que recibirán, dado que el fideicomisario adquirirá únicamente aquellos bienes que el anterior heredero hubiese recibido del causante y que no hubiere dispuesto de los mismos.

Para entender con precisión cuál fue la auténtica voluntad de los testadores hay que acudir al entorno y circunstancias en que aquellas se produjeron.

En realidad no pretendía el testador establecer una prohibición de disponer en su sentido técnico sino que se trata simplemente de previsiones que están pensadas para asegurar, al menos económicamente, el cuidado y atención debidos al incapaz de ahí la utilización de la expresión en caso de necesitarlo a lo que añade «por haberse agotado todos sus recursos económicos» garantizando en definitiva la subsistencia y atención de la incapaz, cantidad que después de su fallecimiento pasaría a los otros herederos. No hay prohibición de disponer, carecería de sentido si de lo que se trata es de que este garantizada la atención de la incapaz pero si se condiciona a la necesidad esto es que no se pueda atender con los bienes propios de la incapaz..

Con esta perspectiva resulta evidente que la disposición testamentaria del causante a su hermana incapaz trataba de garantizar la atención y cuidados precisos de la misma y si no era preciso para esa finalidad el importe de lo dispuesto mortis causa, debería acrecentar a los otros dos herederos y no a quien hubiera designado como heredero la incapaz.

También es obvio que los herederos de D. Victoriano junto al representante de la Fundación Mayores que ejercía la tutela de la incapaz cumplieron lo dispuesto por el causante según se refleja en el documento suscrito el 14 de febrero de 2011. Y por último es de una claridad meridiana que si la heredera incapaz a su fallecimiento era titular de una suma bastante superior a la que recibió como heredera de su hermano, no necesita para su subsistencia la misma y ello al margen de que lo recibido por esta vía se ingresara en una cuenta con cargo a la cual se hacían frente a los gastos de la misma pues el tenor literal de la cláusula testamentaria es indubitado en cuanto al carácter residual de lo transmitido a efectos de hacer frente a los gastos. Como ese tenor literal es claro insistimos no hay que acudir a otros criterios hermenéuticos para interpretar la voluntad del testador que dejó una cantidad a su hermana por si le era necesaria para su mantenimiento y si pasaría a los otros dos hermanos también instituidos herederos. Distinto es el tema de que no se pusiera control al uso de la cantidad que correspondía vía hereditaria a la incapaz, lo que no es incompatible con la condición impuesta de utilización solo en caso de necesidad esto es en el supuesto de que su patrimonio fuera insuficiente, pero no siendo así, lo que resulta del patrimonio existente a la fecha del fallecimiento de la causante, hecho no controvertido, no constandingo indicio alguno de que se obtuviera el mismo tras haber utilizado por situación de necesidad el importe de lo heredado para atender sus necesidades, no siendo preciso rendición de cuentas pues no es este el objeto del pleito ni si se utilizó debidamente el objeto de la adquirido vía hereditaria ante la contundencia de la evidencia, no desvirtuada, de que si al fallecer tenía más de lo que recibió por esa vía, no se produjo la situación de necesidad que era la que permitía su utilización.

Los argumentos precedentes, al margen como exponíamos al comienzo de esta resolución de la calificación o encaje jurídico de la **sustitución**, es que no se ha dado la condición para su uso por la heredera incapaz, "en caso de serle necesario" por lo que deberá cumplirse la voluntad del testador en el sentido de que se reparta la tercera parte adjudicada a la misma entre los otros dos herederos, que en el supuesto de autos supone la estimación de la pretensión del heredero demandante que reclama la mitad de ese tercio que según la prueba practicada sería de 24660,02 euros, lo que supone una estimación sustancial de la demanda.

Se imponen a la parte demandada las costas de la instancia sin hacer pronunciamiento de las devengadas en esta alzada.

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

FALLAMOS

Que estimando en lo sustancial el recurso interpuesto y con ello la demanda deducida, debemos revocar la resolución recurrida condenando a la demandada a satisfacer a la actora y recurrente la cantidad de 24660,02 euros imponiendo a la demandada las costas de la instancia sin hacer pronunciamiento de las devengadas



en esta alzada, y, en su caso, restitúyase al apelante el depósito constituido para la interposición del recurso de apelación.

Contra esta sentencia, se puede interponer recurso de casación por infracción procesal, o por interés casacional, en su caso, cumpliéndose, en ambos supuestos, con los requisitos exigidos por los artículos 469 de la LEC, en relación con la disposición final decimosexta, o 477.2.3 del mismo cuerpo legal. Debiéndose interponer, mediante escrito, firmado por letrado y procurador, y a presentar ante esta misma Sala. Formalizándose dicho recurso en el término de veinte días a contar desde la notificación de esta resolución. Y debiendo, igualmente, procederse al ingreso de la cantidad de 50 euros, en concepto de depósito.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen para su conocimiento y ejecución, debiendo acusar recibo.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ