



Roj: **SAP C 2561/2017 - ECLI:ES:APC:2017:2561**

Id Cendoj: **15030370032017100357**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **3**

Fecha: **13/12/2017**

Nº de Recurso: **282/2017**

Nº de Resolución: **373/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL JESUS FERNANDEZ-PORTO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 2561/2017,**  
**STS 858/2021**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

A CORUÑA

**SENTENCIA: 00373/2017**

N10250

C/ DE LAS CIGARRERAS, 1

(REAL FABRICA DE TABACOS-PLAZA DE LA PALLOZA)

A CORUÑA

Tfno.: 981 182082/ 182083 Fax: 981 182081

**N.I.G.** 15053 41 1 2016 0000026

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000282 /2017**

**Juzgado de procedencia:** XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.1 de MUROS

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000021 /2016

Recurrente: DOÑA María Dolores y DON Pedro Jesús

Procurador: doña Caridad González Cerviño

Abogado: don José-Elisardo García Lago

**Recurrido: DON Artemio y DOÑA Celestina**

Procurador: don Diego Ramos Rodríguez

Abogado: don Felipe Mayán Quintela

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCIÓN TERCERA**

**A CORUÑA**

**S E N T E N C I A**

Número 00373/2017

Ilmos. Sres. Magistrados:



Doña María Josefa Ruiz Tovar, presidenta

Doña María José Pérez Pena

Don Rafael Jesús Fernández Porto García

En A Coruña, a 13 de diciembre de 2017.

Ante esta **Sección Tercera de la Ilma. Audiencia Provincial de A Coruña**, constituida por los Ilmos. señores magistrados que anteriormente se relacionan, se tramita bajo el **número 282-2017** el recurso de **apelación** interpuesto contra la sentencia dictada el 31 de marzo de 2017 por la Sra. Juez del **Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Muros**, en los autos de **procedimiento ordinario** registrado bajo el número 21-2016, siendo parte:

Como **apelantes**, los demandantes DOÑA María Dolores y DON Pedro Jesús, mayores de edad, vecinos de Carnota (A Coruña), con domicilio en DIRECCION000, provistos de los documentos nacionales de identidad números NUM000 y NUM001 respectivamente, representados por la procuradora doña Caridad González Cerviño, bajo la dirección del abogado don José-Elisardo García Lago.

Como **apelados**, los demandados DON Artemio y DOÑA Celestina, mayores de edad, vecinos de Carnota (A Coruña), con domicilio en DIRECCION000, provistos de los documentos nacionales de identidad números NUM002 y NUM003, representados por el procurador don Diego Ramos Rodríguez, y dirigidos por el abogado don Felipe Mayán Quintela.

Versa la apelación sobre nulidad de testamento, y nulidad de institución de heredero por incumplimiento de condición.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- *Sentencia de primera instancia* .- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia de 31 de marzo de 2017, dictada por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Muros, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Desestimo la demanda interpuesta por don Luis, don Pedro Jesús y Dña. María Dolores, representados por la procuradora de los tribunales Dña. Caridad González Cerviño, contra don Artemio y Dña. Celestina, absolviendo a éstos últimos de las pretensiones que venían deduciéndose contra los mismos.

*Todo ello con condena en costas a la parte actora.*

*Notifíquese esta resolución a las partes con indicación de que la misma no es firme y contra la misma cabe recurso de apelación».*

**SEGUNDO** .- *Recurso de apelación* .- Se presentó escrito interponiendo recurso de apelación por doña María Dolores, don Luis y don Pedro Jesús, dictándose resolución teniéndolo por interpuesto y dando traslado a las demás partes por término de diez días. Se formuló por don Artemio y doña Celestina escrito de oposición al recurso.

Se constituyó por la parte apelante un depósito de 50 euros conforme a lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial con oficio de fecha 11 de mayo de 2017, previo emplazamiento de las partes.

**TERCERO** .- *Admisión del recurso* .- Se recibieron en esta Audiencia Provincial el 24 de mayo de 2017, siendo turnadas a esta Sección Tercera el 26 de mayo de 2017, registrándose con el número 282-2017. Por el letrado de la Administración de Justicia se dictó el 12 de julio de 2017 diligencia de ordenación admitiendo el recurso, mandando formar el correspondiente rollo, indicando los componentes del tribunal y designando ponente.

**CUARTO** .- *Personamientos* .- Se personó ante esta Audiencia Provincial la procuradora doña Caridad González Cerviño en nombre y representación de doña María Dolores, don Luis y don Pedro Jesús, en calidad de apelante, para sostener el recurso; así como el procurador don Diego Ramos Rodríguez, en nombre y representación de don Artemio y doña Celestina, en calidad de apelado.

**QUINTO** .- *Solicitud de recibimiento a prueba en segunda instancia* .- Habiéndose interesado el recibimiento a prueba en esta alzada por los apelantes en el escrito interponiendo el recurso de apelación, se acordó pasar las actuaciones a la Sala para resolver. Por auto de 31 de julio de 2017 se acordó denegar el recibimiento a



prueba interesado en esta alzada por don Artemio y doña Celestina , se mandó que quedasen las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, cuando por turno correspondiera

**SEXTO .-** *Señalamiento* .- Por providencia de 15 de noviembre de 2017 se señaló para votación y fallo el pasado día 12 de diciembre de 2017, en que tuvo lugar.

**SÉPTIMO .-** *Ponencia* .- Es ponente el Ilmo. magistrado Sr. don Rafael Jesús Fernández Porto García, quien expresa el parecer de la Sección.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** *Fundamentación de la sentencia apelada* .- Se aceptan y comparten los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, que se dan por reproducidos como parte integrante de la presente en aras a inútiles repeticiones.

**SEGUNDO .-** *Objeto del litigio* .- La cuestión litigiosa planteada puede resumirse en los siguientes términos:

1º.- Los cónyuges don Pedro Jesús y doña Dolores vivían en una casita que ella había heredado de su madre, si bien quedaba pendiente el abono en metálico a sus hermanos don Carmelo y don Edmundo lo que les correspondían por legítima.

Eran sus vecinos don Artemio y doña Celestina , con quienes mantenían una gran relación de amistad, quienes les llevaban a realizar gestiones o compras, iban con ellos de viaje de placer, organizaban fiestas y comidas; además don Artemio y don Pedro Jesús iban de pesca juntos, y colaboraban mutuamente en los arreglos de la casa, etcétera.

2º.- Fallecida doña Dolores , la heredó su viudo.

Además de sus citados cuñados -don Artemio y don Edmundo -, don Pedro Jesús tenía tres sobrinos, hijos de un hermano: doña María Dolores , don Luis y don Pedro Jesús

3º.- El 9 de mayo de 2002 don Pedro Jesús otorgó testamento abierto en el que, tras manifestar ser viudo de doña Dolores , únicas nupcias que contrajo, habiendo fallecido sus progenitores, careciendo de descendientes, testa «con arreglo a la siguiente cláusula única:

»*Instituye herederos de todos sus bienes a don Artemio y a su esposa doña Celestina , con sustitución vulgar a favor de sus descendientes.*

»*Impone a estos herederos la condición de atender al cuidado y asistencia del testador hasta su fallecimiento, aunque no conviva con los mismos, y la obligación de sufragar los gastos de su entierro y funerales.*

»*Así lo otorga...»* .

El testador no comunicó a nadie quiénes eran sus herederos, ni la condición impuesta.

4º.- A partir del año 2006 don Pedro Jesús tuvo varios ingresos en el servicio de cirugía vascular de un hospital del Servicio Galego de Saúde. Finalmente sufrió una amputación de una extremidad inferior, teniendo que ser asistido.

5º.- Los servicios sociales municipales empezaron a gestionar la prestación de atenciones para don Pedro Jesús , empezando por la denominada Ayuda a Domicilio, acudiendo una persona unas horas a limpiar la casa y asistirle. Dada su situación, la trabajadora social consideró urgente su ingreso en un geriátrico, lo que habló con el sobrino don Luis .

El 25 de marzo de 2008 don Pedro Jesús ingresó en el "Centro de Mayores" denominado "La Paz", en el término municipal de Outes (A Coruña). Por mediación de la trabajadora social del Ayuntamiento de Carnota se gestionó la concesión de una plaza concertada con la Xunta de Galicia, concediéndole plaza en la residencia "Geriatros" de la población de Noia (A Coruña), donde ingresa el 10 de diciembre de 2009, por la que abonaba el 75% de la pensión que recibía. Don Pedro Jesús se encontraba contento en esta residencia.

En esta residencia fue visitado por el agente inmobiliario don Primitivo , quien traía el encargo de sus cuñados don Carmelo y don Edmundo , de gestionar la venta de la casa familiar, a fin de poder cobrarse su legítima en metálico. Tras hablar con el trabajador social del centro, mantuvo una entrevista con don Pedro Jesús , obteniendo respuestas incoherentes, pues solo le hablaba de barcos.

El 28 de diciembre de 2014 don Pedro Jesús ingresó en el Hospital General, del Servicio Galego de Saúde, en Santiago de Compostela, siendo posteriormente derivado al "Hospital Gil Casares" para cuidados paliativos,



donde finalmente falleció el 5 de enero de 2015. Los gastos de entierro fueron abonados por "Santa Lucía, S.A. Compañía de Seguros y Reaseguros", con quien don Pedro Jesús tenía concertada una póliza de decesos.

**6º.-** Los sobrinos doña María Dolores, don Luis y don Pedro Jesús se presentaron como herederos del fallecido, procediendo a retirar el mobiliario e instalaciones de la casa, siendo observados sin oposición por los vecinos del lugar.

**7º.-** Los cuñados del difunto, los citados don Carmelo y don Edmundo, indicaron al agente inmobiliario don Primitivo que hablase con los sobrinos de aquél, a fin de poner en venta la casa para cobrarse en metálico su legítima. Una vez obtenida la certificación de la inscripción de la defunción en el Registro Civil, don Primitivo gestionó el certificado del Registro de Actos de Última Voluntad, acudiendo a ver a los sobrinos doña María Dolores, don Luis y don Pedro Jesús, explicándoles su encomienda, así como la necesidad de que obtuviesen una copia del testamento, para así poder en venta la casa. Como pasasen los meses, no le facilitasen la copia del testamento, y le diesen largas, acudió directamente a la notaría, donde explicó el problema; allí fue informado que los hermanos Pedro Jesús, Luis, María Dolores no eran los herederos, sino que los instituidos eran don Artemio y su esposa doña Celestina. Don Primitivo los localizó, informándoles de su condición de herederos, sorprendiéndoles, y quedando en que lo hablarían con un abogado, y que aceptarían la herencia dependiendo de los gastos e impuestos.

Posteriormente se presentaron las autoliquidaciones por el Impuesto sobre Sucesiones, abonando su importe con cargo a la cuenta del causante, alcanzando un acuerdo con don Carmelo y don Edmundo en orden a la venta de la casa y pago de sus legítimas, poniendo el agente inmobiliario carteles anunciando la venta.

**8º.-** El 21 de enero de 2016 doña María Dolores, don Luis y don Pedro Jesús dedujeron demanda en procedimiento ordinario por razón de la cuantía contra los herederos don Artemio y doña Celestina. Exponían que eran hijos del fallecido don Estanislao, hermano del causante don Pedro Jesús. Que los herederos habían sido instituidos bajo condición, que no habían cumplido, porque nunca atendieron al testador, ni cuando vivía en el Ayuntamiento de Carnota, que sufrió múltiples intervenciones quirúrgicas en los años 2006, 2007, 2008 y 2009, que fue atendido por los servicios sociales municipales, ingresando primero en la residencia "La Paz" de Outes, y después en la residencia "Geriatros" de Noia, que eran pagadas con el dinero propio de don Pedro Jesús. Los gastos de entierro fueron sufragados por un seguro de decesos que tenía concertado el difunto con Seguros Santa Lucía. Los demandados nunca se ocuparon de los cuidados, ni de llevarlo al médico, ni pagaron los gastos de residencia, ni los de entierro. Alegaron fundamentos legales y terminaban suplicando que se dictase sentencia declarando nula la institución de heredero hecha a favor de los demandados al no cumplirse la condición impuesta, reintegrando los bienes a la masa hereditaria.

Don Luis falleció el 11 de marzo de 2016, siendo declarados sus herederos *ab intestato* sus hermanos y codemandantes doña María Dolores y don Pedro Jesús, a quienes se les declaró sucesores procesales.

**9º.-** Los demandados se opusieron a la demanda argumentando: **(a)** que ignoraban que fuesen los herederos de don Pedro Jesús, hasta que se lo comunicó un agente inmobiliario que realizaba gestiones para los hermanos de doña Dolores (premuerta esposa de don Pedro Jesús); **(b)** que los demandados eran vecinos de don Pedro Jesús y doña Dolores, teniendo un trato familiar, llevándolos en coche a gestiones, siendo testigo en testamentos, ayudando en obras de la casa, compartiendo aficiones, celebrando fiestas juntos, etcétera; razón por las que los prefirió a sus sobrinos; **(c)** a lo largo de 12 años no se otorgó nuevo testamento, el entierro fue pagado por un seguro, los herederos son sustituidos por sus descendientes; **(d)** han pagado el Impuesto de Sucesiones y pagado obligaciones, mientras que los demandantes, sin ser herederos, retiraron todos los muebles de la vivienda. Alegaron fundamentos legales y terminaron suplicando la desestimación de la demanda.

**10º.-** Tras la correspondiente tramitación se dictó sentencia en la que se considera acreditado que los demandados desconocían su condición de herederos, no puede hablarse de abandono porque estaba en una residencia, donde era atendido en todas sus necesidades; precisamente por su estancia en esa residencia, que se impuso por su situación, los herederos no tuvieron ocasión de cumplir o no cumplir su obligación; los gastos de entierro fueron abonados por el seguro concertado; además debe tenerse en consideración la intención del testador, que no cambió el testamento desde su otorgamiento, y no tenía buena relación con sus sobrinos. Por lo que desestimó la demanda, con imposición de costas a los demandantes. Pronunciamientos frente a los que estos se alzan.

**TERCERO .- Modo, no condición .-** Antes de entrar en el análisis del recurso de apelación interpuesto por los demandantes, parece obligado hacer una reflexión previa, por cuanto se considera que se incurre en una errónea calificación jurídica. El tribunal estima que no estamos en presencia de una institución de herederos testamentarios condicional, sino modal. La cláusula cuestionada no contiene una condición, cuyo incumplimiento deje sin efecto el nombramiento de don Artemio y doña Celestina como herederos. Es una



mera carga modal, cuyo incumplimiento no afecta a la designación. Por lo que la demanda estaba llamada a ser desestimada desde su planteamiento.

**1º.-** Es problemático tratar de dar una respuesta jurídica coherente a una situación que suele chocar con el sentido común del ciudadano medio. Se trata de la efectividad de la institución de un heredero que se hace depender de una actuación de este, a desplegar con anterioridad al fallecimiento del testador, y que el heredero ignora. El ejemplo típico más simple son esas disposiciones en las que se nombra a una persona heredero o legatario, con la obligación de cuidar y asistir al testador, pero no se comunica al heredero o legatario. Este puede no saber que ha sido nombrado en el testamento, y desde luego ignora que se le imponga el deber de cuidado para tener derecho a recibir lo dejado; pero al mismo tiempo se sostiene la exigencia del cumplimiento de esa condición, anterior al fallecimiento del causante, y que él desconocía. Se ha mencionado en múltiples ocasiones que este tipo de condiciones no tienen amparo en el artículo 795 del Código Civil, en cuanto regula exclusivamente las potestativas que deban ser cumplidas por el heredero o legatario, una vez enterado de la obligación impuesta, y siempre después de la muerte del testador. Pero, al mismo tiempo, también se admite que la libertad del testador permite que pueda establecerlas.

**2º.-** La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre este tipo de cláusulas, su catalogación, y sus consecuencias, con diversas soluciones. Las citas más clásicas son:

**(a)** La sentencia de 2 de enero de 1928 (Roj: STS 1496/1928) (La referencia Roj es la numeración en la base de datos del Centro de Documentación Judicial, que puede ser consultada en la página web del Consejo General del Poder Judicial), en un recurso interpuesto contra una sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña, se analiza la cláusula testamentaria en la que se impone a la heredera *«las obligaciones de asistir y cuidar al testador, con verdadero afecto, en todas sus enfermedades y, una vez ocurrido su fallecimiento, funerarle con arreglo a su estado y posición social»*.

En esta sentencia, tras recordar que la "condición" es el hecho futuro e incierto, cuyo cumplimiento determina la influencia que ha de tener sobre la relación jurídica; indicando que se suele encabezar con la partícula "si", el adverbio "cuándo", o similares; de cuyo cumplimiento depende que el nombrado adquiera o no finalmente la condición plena de heredero. Y lo diferencia del "modo" en cuanto es la referencia del fin para el que se realiza la disposición; el instituido adquiere ese carácter, aunque subordinada al posterior cumplimiento del fin expresado en la disposición testamentaria.

La resolución, partiendo del tenor literal de la cláusula testamentaria, considera que no se puede afirmar que la intención del testador fuese subordinar la eficacia de la institución de heredera al cumplimiento de tales "obligaciones", ni podían ser cumplidas una vez que esta tuviera conocimiento del contenido del testamento (una vez fallecido el testador) (conforme al artículo 795 del Código Civil, la condición tiene que cumplirse después de la muerte del testador), por lo que mantiene el criterio de la Audiencia, que consideraba que se trataba de un modo, y que la única obligación que restaba era hacerse cargo de los gastos de entierro y funeral.

**(b)** La sentencia de 18 de diciembre de 1965 (Roj: STS 899/1965) en la que, tras legar la testadora una finca a una persona, dispuso que *«se reducirá a la mitad indivisa, acreciendo la otra mitad a la heredera universal, en el caso de que la legataria doña Cristina no sirva a la testadora en todas sus necesidades, tanto en caso de salud como de enfermedad y conviviendo con ella, sirviéndola personalmente»*. Reitera la diferencia entre condición (vivifica o extingue, según su clase, el propio derecho hereditario y no implica obligación o carga para el sucesor) y el modo (el heredero o legatario entra en posesión de los bienes que les corresponden y de los que adquieren el dominio, aunque deban cumplir el fin, destino o carga que impuso el testador), pero matiza que en la práctica la distinción puede no resultar tan clara, razón por la que el artículo 797 del Código Civil preceptúa que en caso de duda deberá considerarse modo y no condición. En este caso se inclina por considerar que es una condición, pues *«el "modo" implica siempre una actividad del sucesor, a realizar después de la muerte del causante y, en el caso del pleito, la actividad que se impone, en razón a su propia índole, habría de desarrollarse en el lapso de tiempo comprendido entre la fecha del testamento y la del óbito de quien lo otorga»*.

**(c)** La sentencia de 9 de mayo de 1990 (Roj: STS 3635/1990), resolviendo un recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Territorial de La Coruña, con la siguiente disposición testamentaria: *«Mejora a su nieto Genaro, hijo de su hija María Luisa, en el tercio de este nombre, y lo instituye heredero en el de libre disposición, bajo condición de que atienda al cuidado y asistencia de la testadora hasta su fallecimiento, y la obligación de abonar los gastos de entierro y funerales»*. La testadora fue atendida en casa de su hija María Luisa, donde falleció. María Luisa y su hermana plantean el incumplimiento de la condición, y por lo tanto que Genaro no tenía derecho alguno en la herencia. Juzgado y Audiencia consideraron cumplida la condición (artículo 798 del Código Civil). En esta sentencia se menciona expresamente que *«La subordinación de una institución testamentaria a condición es admitida por el artículo 790 del Código Civil y el contenido del testamento, por tanto, puede depender de un suceso futuro e incierto o de un suceso pasado que los*



interesados ignorasen». Razona que se trata de condición suspensiva, que impide adquirir el derecho si no se cumple; consiste en hechos pasados, puesto que han de tener existencia antes de que el testamento despliegue su eficacia; y es potestativa, puesto que su cumplimiento depende de la voluntad de la persona del favorecido bajo condición, así como de la voluntad de la causante); por lo que *«naturalmente ha de conocerla el obligado a cumplirla para que su voluntad pueda determinar el cumplimiento»* . Tras indicar que el Código Civil prevé la condición suspensiva por hechos posteriores al óbito en el artículo 795 , y que no contempla la condición suspensiva potestativa de hechos pasados, «ello no significa que, en virtud de la autonomía del testador, no puedan introducirse en el testamento», aplica el artículo 798: **1)** Si el causante, interesado en que se cumpla, cambia por su propia voluntad de domicilio, la condición debe entenderse cumplida. **2)** Así lo entiende el propio testador, que no cambió su disposición de última voluntad. **3)** Si las hijas, interesadas en que no se cumpla, con su comportamiento impidieron el cumplimiento, debe entenderse cumplida la condición. Para acto seguido concluir que *«Cierta que en la cláusula se reúnen una condición y un modo. La condición, que se atiende a la testadora; el modo, que se le pague el entierro y funeral. La condición se ha declarado cumplida, y el modo sólo genera la obligación de cumplirlo, y a quien lo pagó, el derecho a reclamar lo pagado, pero no afecta a la institución (artículo 797)»* .

**(d)** La sentencia 13/2003, de 21 de enero (Roj: STS 223/2003, recurso 2946/1997 ), en recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, analizando la cláusula *«La mejora y el legado de la cláusula anterior los hace a su hijo Carmelo , con la obligación modal de cuidar y asistir a la testadora y a su esposo, en cuanto precisen sanos o enfermos, y vivir en su compañía, en familia, ayudándoles, según costumbre, en los trabajos de la casa y laboreo de los bienes»* , por el tenor literal y la voluntad de la testadora deducida de actos externos, concluye que estamos ante un modo.

**(e)** La sentencia número 768/2009, de 3 de diciembre (Roj: STS 7217/2009, recurso 1890/2005) analiza la siguiente disposición: *«La institución de herederos queda sometida a la condición de que los mismos, atiendan y asistan a la testadora en caso de enfermedad o en cualquier otra situación de necesidad de la misma, estableciendo que los que no le presten su asistencia en tales circunstancias perderán toda participación en la herencia, acreciendo su parte a los restantes herederos que cumplan la voluntad de la testadora»* . Se destaca que la Audiencia Provincial la calificó como condición potestativa de imposible cumplimiento porque «no era conocida por los herederos antes de la apertura de la sucesión y que una vez fallecida la testadora, ya no pudo cumplirse». Concluye que se trata de una institución de heredero bajo condición de pasado, aunque para el causante, como en este caso, debe considerarse siempre de futuro y tendrá la cualidad de potestativa impuesta a los herederos, que deberá haberse cumplido antes de la apertura de la sucesión. Pero al analizar su eficacia, concluye que como nunca existió necesidad en la testadora, no concurrió el supuesto de hecho en que se habría desplegado el cumplimiento de la condición.

**(f)** Por último, la sentencia de 557/2011, de 18 de julio (Roj: STS 4881/2011, recurso 1269/2008), que se refiere a una cláusula compleja en su redacción: *«Llegado el día en que por senectud, invalidez, enfermedad irreversible o cualquier otra causa análoga, la testadora no pudiera valerse por sí misma, tendrán los herederos la obligación de acogerla en su casa el tiempo que sea necesario, por periodos de tiempo iguales cada uno.- Si alguno de los nombrados herederos se negare a atenderla en estas circunstancias quedará excluido de la herencia, acreciendo su parte a los demás.- Si alguno de los herederos, hermanos de la testadora por razones de enfermedad grave o senectud no pudiera atenderla, serán sustituidos en la obligación por los respectivos hijos de los mismos, sobrinos de la testadora en ese caso con sustitución fideicomisaria en lo que respecta a los bienes que les correspondan en la herencia, a favor de los sobrinos que efectivamente la atiendan.- No se considerará incumplido el deber de asistencia, si ha de producirse el internamiento de la testadora en un centro hospitalario o geriátrico por necesidad de asistencia médico sanitaria»* , donde reitera la doctrina de la admisibilidad de este tipo de cláusulas testamentaria en virtud de la autonomía del testador, y que en este caso se trata de una institución de heredero bajo condición de pasado, aunque para el causante, como en este caso, debe considerarse siempre de futuro y tendrá la cualidad de potestativa impuesta a los herederos, que deberá haberse cumplido antes de la apertura de la sucesión.

**3º.-** En Derecho Civil de Galicia existen varias menciones a este tipo de condiciones que afectan a derechos hereditarios. Es más, se destaca que existe una práctica notarial de incluir en los testamentos disposiciones testamentarias favorecedoras de persona o personas determinadas bajo la condición o modo de cuidar y asistir al testador u a otras personas; con la observación de que es una práctica notarial, pero no constituye una norma consuetudinaria a efectos de fuente del Derecho Civil de Galicia [ Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia número 15/2009, de 15 de septiembre (Roj: STSJ GAL 12245/2009, recurso 40/2008 )].

Así, ya en el artículo 87.1º de la Ley 147/1963, de 2 de diciembre, sobre Compilación del Derecho Civil de Galicia (BOE 5 de diciembre de 1963), se mencionaba que quedaba sin efecto la mejora de labrar y poseer «Por



el incumplimiento de las condiciones impuestas al establecer la mejora» . Este precepto es el antecedente del artículo 132.2.b) de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia , donde se prevé que la mejora pactada quedaría sin efecto «*Por incumplimento das condicións impostas no título constitutivo*» .

Dada la fecha del fallecimiento del causante, es de aplicación lo normado en el artículo 204 de la Ley de Derecho Civil de Galicia 2/2006, de 14 de julio: «*Tamén será válida a disposición feita baixo a condición de coidar e asistir ao testador, aos seus ascendentes, aos seus descendentes ou ao seu cónxuxe. Se o testador designase testamenteiro, corresponderalle a este a facultade de apreciar o cumprimento ou o incumplimento da condición resolutoria*» .

4º.- Debe resaltarse la doctrina contenida en las sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia:

(a) La número 15/2009, de 15 de septiembre (Roj: STSJ GAL 12245/2009, recurso 40/2008), donde se analiza con detalle el sentido y correcta interpretación del artículo 204 de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 2006 , destacando que lo único que hace la norma es admitir la validez de la cláusula, y sobre todo atribuir al contador partidor una facultad de apreciar un cumplimiento, lo que no existía antes. Sentencia que aclara una cuestión: pese a la mención del artículo 204, lo primero que habrá que discernir es si estamos en presencia de una mera obligación moral, o de un modo, o de una verdadera y propia condición, porque el artículo solo es aplicable en este último caso. No excluye que este tipo de cláusulas puedan configurarse como modos.

(b) La número 14/2011, de 16 de mayo (Roj: STSJ GAL 5265/2011, recurso 44/2010), en cuanto se refiere a este tipo de cuidados y atenciones como deber moral, o en su caso modo o carga que solamente genera obligación de cumplirla, y a quien lo pagó el derecho a reclamar lo pagado ( artículo 797 del Código Civil ); y, que si se considerase como condición (algo que parece rechazar) dado que la persona a cuidar no aceptó esos prestaciones, mudando de casa voluntariamente, debería entenderse cumplida la condición, con invocación de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 13/2003, de 21 de enero , en cuanto a "una gran flexibilidad" a la hora de apreciar tanto el cumplimiento del modo y también el de la condición suspensiva, «atendiendo, por lo que aquí importa, a las posibilidades del instituido, al mantenimiento de la institución por la testadora sin revocar el testamento por otro posterior, y a la ausencia de petición o requerimiento alguno de cumplimiento».

(c) Y la número 31/2015, de 30 de junio (Roj: STSJ GAL 5361/2015, recurso 34/2014), donde nuevamente, al decir «favorecedoras de personas determinadas o a favor de algún pariente bajo la condición (o modo) de que éste cuide y asista al testador o a otra u otras personas...», vuelve a reiterar que podemos estar en presencia de un modo, y no de verdaderas condiciones.

5º.- En conclusión, debe atenderse a la correcta interpretación del testamento, a su tenor literal; determinar si la intención del testador fue subordinar la institución de heredero o legatario al cumplimiento de esa obligación; si el obligado la conocía previamente o no; si estamos en presencia de una verdadera condición o de un modo; si existió necesidad por parte del testador, y en su caso si impidió que pudiera cumplirse; si pese a ese supuesto incumplimiento el testador no cambió el testamento en el tiempo transcurrido, pudiendo hacerlo; y, en su caso, la ausencia de petición o requerimiento.

6º.- Por otra parte, la interpretación del testamento es la averiguación y comprensión del sentido y alcance de la voluntad del testador. Interpretación que tan solo el artículo 675 del Código civil regula lacónicamente, al preceptuar que «*toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento*» .

La jurisprudencia viene recordando que en la interpretación de los testamentos: (a) debe buscarse la verdadera voluntad del testador; (b) debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador y sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto. Si las palabras están claras, se han de interpretar de forma literal, a no ser que claramente aparezca que fue otra la voluntad del testador, "sin que sea lícito al intérprete la búsqueda de otros medios probatorios más allá de la literalidad". La doctrina ha resaltado que los actos de última voluntad deben ser interpretados desde el punto de vista del testador, es el ángulo visual de la interpretación del testamento, negocio jurídico unilateral. Es un negocio jurídico unilateral y no recepticio, por lo que su interpretación debe referirse al tiempo de su otorgamiento y no al tiempo de su muerte. Las conductas de los herederos no pueden ser utilizadas como una vía para interpretar el testamento, porque es un acto al que no concurrieron [ Ts. 15 de enero de 2013 (Roj: STS 1429/2013, recurso 1388/2010 ), 30 de octubre de 2012 (Roj: STS 9156/2012, recurso 797/2010 ), 20 de julio de 2012 (Roj: STS 6027/2012, recurso 333/2010 ), 9 de junio de 2011 (Roj: STS 3629/2011, recurso 331/2008 ), 5 de mayo de 2011 (Roj: STS 2644/2011, recurso 238/2008 ), 18 de marzo de 2011 (Roj: STS 1314/2011, recurso 734/2007 ), 22 de noviembre de 2010 (Roj:



STS 6256/2010, recurso 973/2007 ), 2 de noviembre de 2010 (Roj: STS 6249/2010, recurso 720/2007 ), 17 de junio de 2010 (Roj: STS 3091/2010 ), 31 de mayo de 2010 (Roj: STS 2654/2010 ), 27 de mayo de 2010 (Roj: STS 2529/2010 ), entre otras muchas].

7º.- Aplicando dicha doctrina al presente caso, se observa que la cláusula testamentaria única establece claramente que instituye como herederos a los demandados, añadiendo -en punto y aparte- que *«Impone a estos herederos la condición de atender al cuidado y asistencia del testador hasta su fallecimiento, aunque no conviva con los mismos, y la obligación de sufragar los gastos de su entierro y funerales»*. Este tribunal interpreta que, pese al uso de la palabra "condición", realmente estamos en presencia de una institución modal, y no de una designación de heredero bajo condición:

(a) No se usan los vocablos típicos en las instituciones condicionales, tales como "designo heredero si...", "bajo condición de..." o similares, que en todo caso indiquen el carácter eventual de la nominación. No hay una verdadera vinculación del nombramiento al cumplimiento. No se hace depender en ningún momento ese llamamiento de que cumpla o no cumpla la obligación. Están nombrados herederos, y nada más. En ningún momento se dice que si no cumplen con ese mandato o encargo perderán todo derecho hereditario.

(b) No hay alternativa. No hay un heredero designado para el caso de que no cumpla, ni se distribuyen los bienes de otra forma. Si se incumple, no pasan los bienes a otro heredero (con o sin condición).

A lo que se añade que don Pedro Jesús ni comunicó la designación en su momento a los futuros herederos, con advertencia de la supuesta obligación, ni se les requirió tampoco. Debe interpretarse que se trata de una mera designación modal. Conclusión a la que también se llegaría aplicando el artículo 797 del Código Civil, si se albergase alguna duda. Por lo tanto la única obligación de los herederos sería reembolsar los gastos de entierro y funeral a quien los hubiera satisfecho, pero como se hizo el pago por una entidad aseguradora en cumplimiento de una póliza de seguros de deceso, ni eso tienen que retornar.

En consecuencia, el recurso tiene que ser desestimado, como lo fue en su día la demanda. No obstante, se analizan los alegatos del recurso, en aras a una tutela judicial efectiva, intentando dar una cumplida respuesta a los argumentos del mismo.

**CUARTO .-** *Infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .- En lo que vendría a ser el primer motivo del recurso de apelación se invoca una infracción del mencionado precepto, por cuanto se considera que la sentencia apelada impone a los demandantes -ahora apelantes- la carga de probar que los demandados desconocían su institución como herederos de don Pedro Jesús, así como la obligación que se les imponía en el testamento.

El motivo no puede ser estimado.

1º.- El artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula el principio sobre distribución de la carga de la prueba o «regla de juicio», que debe aplicarse exclusivamente en los supuestos en que un hecho relevante se tiene por no probado, y se atribuyen los efectos negativos de la falta de prueba a la parte que tenía que haberlo acreditado, según las reglas de carga de la prueba contenidas en dicho precepto. La aplicación del mandato contenido en el artículo es un paso posterior a la valoración de las pruebas practicadas en el momento de dictar sentencia. Esa es la razón por la que el precepto que la regula, el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se encuentra entre las disposiciones generales en materia de prueba ( artículos 281 a 298 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ) sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuando han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba. Una vez valorada, cuando hechos relevantes no puedan considerarse acreditados, el órgano judicial debe dictar sentencia rechazando los planteamientos de aquél que debió probar los hechos y no lo hizo oportunamente. El principio de carga de la prueba recogido en el citado artículo ( *«Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones»* ) se aplica después de valorarse la prueba practicada. Luego no puede considerarse infringido el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando el Juzgado considera acreditados los hechos, fundándose en las pruebas practicadas. Como se ha dicho en frase muy explicativa, el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula el problema de la carga de la prueba, pero *«El problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de la prueba»*, es decir, lo que realmente regula son los supuestos en que no hay prueba. Por lo que no resulta aplicable cuando un hecho está acreditado en virtud de la prueba practicada, con independencia de cuál fuese la parte que aportó dicho elemento de prueba. No se trata de quién tiene que probar, sino de quién tiene que sufrir las consecuencias de la falta de la prueba. No se produce la infracción cuando un hecho se declara probado, cualquiera que sea el elemento probatorio tomado en consideración y sin que importe, en virtud del principio de adquisición procesal, quién aportó la prueba. Tal es la doctrina que viene estableciendo sistemáticamente la Sala Primera del Tribunal Supremo [ Ts 447/2017,





de 13 de julio (Roj: STS 2848/2017, recurso 621/2015), 174/2017 de 13 de marzo (Roj: STS 975/2017, recurso 778/2014), 16 de noviembre de 2016 (Roj: STS 5101/2016, recurso 448/2016), 20 de julio de 2016 (Roj: STS 3638/2016, recurso 2095/2014), 6 de abril de 2016 (Roj: STS 1415/2016, recurso 477/2014), 16 de marzo de 2016 (Roj: STS 1207/2016, recurso 2541/2013), 4 de febrero de 2016 (Roj: STS 351/2016, recurso 2326/2013), entre otras muchas].

No puede confundirse el error en la aplicación de las reglas del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con la valoración de las pruebas efectivamente practicadas, pues ya no estamos ante un supuesto de falta de pruebas, hipótesis en la que no hay que aplicar las reglas del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [ Ts. 20 de octubre de 2015 (Roj: STS 4283/2015, recurso 2158/2014), 12 de febrero de 2013 (Roj: STS 596/2013, recurso 1190/2010), 18 de julio de 2012 (Roj: STS 5290/2012, recurso 990/2009)]. En este sentido, se ha reiterado que es contradictorio alegar la vulneración de las reglas sobre la carga de la prueba contenidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y al mismo tiempo impugnar la valoración de pruebas efectivamente practicadas [ Ts. 16 de marzo de 2016 (Roj: STS 1207/2016, recurso 2541/2013), 3 de noviembre de 2015 (Roj: STS 4471/2015, recurso 2328/2013), 10 de septiembre de 2015 (Roj: STS 3756/2015, recurso 1778/2013), 6 de febrero de 2015 (Roj: STS 264/2015, recurso 73/2013), 15 de enero de 2015 (Roj: STS 564/2015, recurso 961/2013), 8 de octubre de 2012 (Roj: STS 6765/2012, recurso 2080/2009), 30 de junio de 2011 (Roj: STS 5116/2011, recurso 16/2008), 22 de febrero de 2011 (Roj: STS 1067/2011, recurso 2027/2006), 16 de diciembre de 2010 (Roj: STS 6946/2010, recurso 87/2007), 17 de noviembre de 2010 (Roj: STS 6114/2010, recurso 1308/2007), 11 de noviembre de 2010 (Roj: STS 6061/2010, recurso 2048/2006), 4 de noviembre de 2010 (Roj: STS 6363/2010, recurso 444/2007) y 13 de octubre de 2010 (Roj: STS 6119/2010, recurso 1941/2006)].

2º.- Las reglas de la carga de la prueba no han sido infringidas porque no ha sido necesario aplicarlas [ Ts. 15 de octubre de 2015 (Roj: STS 4159/2015, recurso 1161/2014), 2 de diciembre de 2014 (Roj: STS 5095/2014, recurso 982/2013)]. La sentencia apelada analiza concienzuda y detalladamente la prueba practicada, para concluir acertadamente que don Artemio y doña Celestina ignoraban que fuesen los herederos de don Pedro Jesús. Como también lo ignoraban los demandantes.

Por otra parte, es claramente contradictorio sostener que se infringen las normas del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y acto seguido analizar profusamente, a lo largo de más de treinta páginas, todas y cada una de las pruebas practicadas, en un sentido claramente acomodaticio a los intereses de los recurrentes.

**QUINTO** .- *Error en la valoración de la prueba* .- El segundo motivo del recurso es un extenso y reiterativo alegato sobre la valoración de la prueba practicada en primera instancia, donde se hace hincapié en que los apelados no cumplieron la condición de cuidar al testador, y que fueron los apelantes quienes le prodigaron todo tipo de atenciones y cariños.

El motivo no puede ser estimado.

1º.- El recurrente trata de combatir las apreciaciones probatorias contenidas en la sentencia recurrida, discrepando de la valoración de los medios de prueba que en esta se realiza, para tratar de imponer sus subjetivas opiniones. Debe recordarse que no es posible desarticular una valoración conjunta de la prueba para que prevalezcan solo determinados elementos probatorios que sirvan a los intereses de la parte apelante, al margen de las conclusiones objetivas y desinteresadas del órgano jurisdiccional. No puede pretenderse que se dé prioridad a un concreto medio probatorio para obtener unas conclusiones interesadas. La recurrente revisa la prueba, oponiéndose a la valoración hecha en instancia y defendiendo la propia conforme a sus intereses. El hecho de que no se tomen en consideración determinados elementos de prueba relevantes, en el subjetivo juicio de la parte recurrente, carece de trascendencia y no significa que no hayan sido debidamente valorados por la sentencia impugnada, sin que las exigencias de motivación obliguen a expresar este juicio, a no ser que se ponga de manifiesto la arbitrariedad o el error [ sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2015 (Roj: STS 2980/2015, recurso 2651/2013), 4 de febrero de 2015 (Roj: STS 183/2015, recurso 657/2013), 25 de noviembre de 2014 (Roj: STS 4769/2014, recurso 2264/2012), 13 de noviembre de 2013 (Roj: STS 5471/2013, recurso 2123/2011), 24 de octubre de 2013 (Roj: STS 5030/2013, recurso 1263/2011), 17 de abril de 2013 (Roj: STS 1837/2013, recurso 1826/2010), 29 de enero de 2013 (Roj: STS 545/2013, recurso 2021/2010), 27 de enero de 2012 (Roj: STS 278/2012, recurso 1660/2008), 20 de junio de 2011 (Roj: STS 4841/2011, recurso 1520/2007), 13 de junio de 2011 (Roj: STS 4042/2011, recurso 948/2008), 6 de abril de 2011 (Roj: STS 2673/2011, recurso 27/2007) y 15 de noviembre de 2010 (Roj: STS 5887/2010, recurso 610/2007)].

2º.- Se reitera que los demandados conocían el contenido del testamento, tanto en cuanto a su designación como herederos, como en cuanto a la condición que se les imponía. Argumento que no puede compartirse:



**(a)** La afirmación carece de toda prueba que la avale. Nadie ha declarado que se conociese que don Pedro Jesús había comunicado a don Artemio y doña Celestina que los había nombrado herederos. Incluso las preguntas prospectivas que realizó el letrado en el acto del juicio a los distintos testigos sobre si era conocido o no en el lugar tal nombramiento, obtuvieron siempre respuesta negativa. Es más, las testigos doña Micaela y doña Sofía manifestaron que fue toda una sorpresa en el lugar cuando se conoció que don Pedro Jesús había designado herederos a don Artemio y doña Celestina, pues todos supusieron que eran sus sobrinos.

**(b)** La mejor prueba de que lo ignoraban, es que tampoco lo sabían los demandantes doña María Dolores, don Luis y don Pedro Jesús. Hasta el punto de que a los pocos meses del fallecimiento proceden a sacar el mobiliario de la casa del difunto. Labores para las que incluso contrataron a terceros, pues el testigo don Alejandro, propuesto por los demandantes, declaró que él había ayudado a sacar unas camas; al igual que la testigo de la otra parte doña Sofía, que ayudó con unos somieres. Hechos que suceden pasados unos meses del fallecimiento. Labores en las que no son interrumpidos, sino incluso ayudados, precisamente porque todo el mundo creía que eran ellos los herederos. Si todo el mundo conociese que los instituidos eran los demandados, lógicamente se habría impedido el expolio.

Lo anterior indica que los hermanos Estanislao Pedro Jesús Luis, o bien -en un alarde de osadía- dieron por cierto que eran herederos (sin molestarse en comprobar la existencia de testamento, y en su caso su contenido) y no dudaron en apoderarse de los bienes; o bien conocían que no lo eran, en cuyo caso su conducta puede derivar por otros derroteros.

Sea como fuere, lo cierto es que, a raíz de que don Primitivo -el agente inmobiliario que actuaba para don Carmelo y don Edmundo, hermanos de la difunta esposa del testador don Pedro Jesús- los localiza y les menciona la necesidad de que pidan la copia del testamento -que él ya sabía que existía porque había obtenido el certificado del Registro de Actos de Última Voluntad- ya tuvieron conocimiento pleno de que no eran los herederos. Es más, debe resaltarse que don Pedro Jesús falleció el 5 de enero de 2015, y la copia del testamento aportada con la demanda está datada a 19 de marzo de 2015. Luego a los dos meses ya sabían que no eran los herederos.

**(c)** La sorpresa que causó a don Artemio y doña Celestina saber que eran los herederos de don Pedro Jesús lo testificó el agente inmobiliario don Primitivo. Claramente manifestó que fue él quien les va a buscar, quien les transmite la noticia, explicando lo sorprendidos que se quedaron.

**(d)** Pero es que, en último término, la cuestión carece de toda trascendencia jurídica. Supieran los demandados que eran los herederos, o lo ignoraran, y conocieran o no el modo, ni puede considerarse incumplido, ni evitaría la delación del heredero.

**3º.-** La afirmación de que no visitaron a don Pedro Jesús en las dos residencias en las que estuvo ingresado tampoco tiene trascendencia. Los demandados alegaron que sí iban, e incluso eran ellos quienes llevaban a don Luis a visitarlo porque no tenía coche. Que no aparezcan en los registros de la residencia solo quiere decir que, por la razón que fuere, el registro no es exhaustivo. Del testimonio del testigo don Justiniano, nada útil se puede obtener, pues primero afirmó ser un gran amigo del causante, para pasar a dar respuestas de lo más dubitativas e impropias de esa gran amistad; y aunque lo veía en la residencia cuando él iba a visitar a su suegra, acto seguido sostiene que allí estuvo poco tiempo, porque la ingresaron en la de Vimianzo; pero lo que sí declaró es que don Pedro Jesús era un gran amigo de don Artemio, que salían juntos. Con todo, el visitar o no al testador carece de trascendencia jurídica. Aunque se considerase condición, no impone un cuidado y asistencia personal, e incluso excluye expresamente la necesidad de convivencia.

**4º.-** Dejando al margen que no tuvieron conocimiento de lo que consideran los apelantes como condición del nombramiento, no puede pretenderse que un vecino (salvo situaciones de auténtico riesgo vital) acuda a los servicios sociales municipales para que se solvente la situación de don Pedro Jesús, cuando tenía unos sobrinos que se supone que son los encargados de cuidarlo y atenderlo, como familiares más próximos. Y de hecho son ellos los que aceptan las proposiciones que les hace la trabajadora social. Es como las preguntas que se hicieron sobre si los demandados habían firmado el consentimiento informado en los hospitales; lógicamente el centro médico exige la presencia del pariente más cercano, no de unos extraños.

**5º.-** Tacha de ambiguo y contradictorio el testimonio prestado por el agente inmobiliario don Primitivo, afirmando que "mintió" porque los notarios no dan información, "mintió" porque tiene interés al ser agente inmobiliario, "mintió" porque afirmó que fue a ver personalmente a los demandados cuando en la contestación a la demanda se dice que fue un contacto telefónico. Y posteriormente se vuelve a insistir en otros párrafos del recurso sobre las "mentiras" de este testigo. Soslayando la ligereza con la que se utilizan de forma harto reiterada expresiones ofensivas, no puede compartirse la valoración que se propone:



(a) El tribunal ha revisado la grabación íntegra del juicio. Puede constatar a través de la misma que el citado testigo dio una explicación clara y coherente de cuál había sido su actuación.

(b) Es la parte demandante -ahora apelante- quien afirmó en el juicio que don Artemio y doña Celestina habían intentado que don Pedro Jesús les "pasase en vida por venta" la casa que habitaba, razón por la que mandaron a un agente inmobiliario a la residencia de Noia. El testigo detalló perfectamente que no conocía a los demandados, que iba por encargo de don Carmelo y don Edmundo porque querían percibir su legítima y porque ya nadie habitaba la casa que había sido de su madre; que tuvo que ir dos veces, la primera se le negó el acceso porque el trabajador estaba de vacaciones, y en la segunda se entrevistó con el trabajador, quien le advirtió del estado mental de don Pedro Jesús, y que después comprobó él mismo, pues solo le hablaba de barcos de DIRECCION000, cualquiera que fuese la pregunta que se le hiciese, razón por la que no se llevó a cabo operación comercial ninguna.

(c) Se silencia por los apelantes que el testigo, al que tan insistentemente tachan nada menos que de mentiroso, acudió en primer lugar a verlos a ellos. Y va en nombre de don Carmelo y don Edmundo. También callan que le dieron largas durante varios meses (lo que hace suponer que en esa fecha ya sabían que no eran los herederos).

(d) El artículo 226 del Reglamento Notarial impide que el notario pueda expedir una copia del testamento a don Primitivo. Precepto que sí permite que se libre para doña María Dolores, don Luis y don Pedro Jesús. Pero lo que no veta es que, ante las explicaciones que da el agente inmobiliario, se le informe de quiénes son los herederos designados en el testamento. En modo alguno puede tildarse de anómalo o ilegal el comportamiento del notario.

(e) Es cierto que en la contestación a la demanda se afirma que don Primitivo contactó telefónicamente con don Artemio y doña Celestina para comunicarles que eran los herederos de don Pedro Jesús. Y que el testigo declaró en el acto del juicio que el contacto personal. Lo que vino a corroborar el demandado don Artemio. Se tratará de un lapsus de la contestación a la demanda, que en nada afecta, ni permite, desde luego, faltar al testigo.

6º.- La amputación de una pierna por un problema vascular en nada afecta a la capacidad de don Pedro Jesús para otorgar un nuevo testamento. El que poco antes de su óbito se constate una afectación de su capacidad, como declaró el testigo don Primitivo, y corroboraría la petición a la Fiscalía, no altera que en años anteriores el testador no modificó su testamento, manteniendo la designación de los demandados.

7º.- Todo lo relativo a los depósitos existentes en la entidad actualmente denominada "Abanca Corporación Bancaria, S.A.", los movimientos y la insistente petición de información, carece por completo de trascendencia. Son actuaciones realizadas por el heredero, una vez acreditada ante la entidad bancaria su condición, y realizada la declaración tributaria.

8º.- Por último, la trabajadora social se limita a relatar su actuación. La asistencia social prestada y gestiones realizadas. Nadie pone en duda que a raíz de la defunción de su esposa se iniciase un declive vital de don Pedro Jesús. Se habla de que sufrió alcoholismo, que tuvo problemas circulatorios a partir del año 2006, que precisó ser internado en una residencia geriátrica, y finalmente mostraba una aparente demencia. Pero eso no afecta a la validez del testamento otorgado (que ni siquiera se cuestiona).

**SEXO** .- Costas .- Por todo lo anterior, la sentencia apelada debe ser confirmada, lo que conlleva la preceptiva imposición de las costas devengadas por el recurso a la parte apelante ( artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

**SÉPTIMO** .- *Depósito del recurso* .- Conforme a lo dispuesto en el ordinal noveno, de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, la desestimación del recurso conlleva la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

## FALLO:

Por lo expuesto, **la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña** ha decidido:

1º.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto en nombre de los demandantes **doña María Dolores y don Pedro Jesús**, contra la sentencia dictada el 31 de marzo de 2017 por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Muros, en los autos del procedimiento ordinario seguidos con el número 21-2016, y en el que son demandados don Artemio y doña Celestina.

2º.- Confirmar la sentencia apelada.



3º.- Imponer a los apelantes doña María Dolores y don Pedro Jesús las costas devengadas por su recurso.

4º.- Acordar la pérdida del depósito constituido para apelar. Procédase por el letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de instancia a transferir el depósito constituido para recurrir, conforme a lo previsto en el apartado 10 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

5º.- Disponer que sea notificada esta resolución a las partes, con indicación de que contra la misma, al dictarse en un procedimiento tramitado por razón de la cuantía, fijada como indeterminada, puede interponerse recurso de casación, conforme a lo previsto en el ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre), fundado en presentar interés casacional, pudiendo formularse conjuntamente recurso extraordinario por infracción procesal, para su conocimiento y resolución por la Excma. Sala Primera del Tribunal Supremo. Es inadmisibles la interposición autónoma y única de recurso extraordinario por infracción procesal sin presentar al mismo tiempo recurso de casación. El recurso deberá acomodarse a lo dispuesto en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a lo establecido en la Disposición Final Decimosexta de la misma; teniendo en consideración el «acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal» adoptado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en el Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, así como los reiterados criterios jurisprudenciales sobre admisión de recursos contenidos en los autos de dicha Sala, que pueden consultarse en la página «www.poderjudicial.es». Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente a la notificación.

Alternativamente, e incompatible con los recursos mencionados en el párrafo anterior, si se considerase que esta resolución, exclusivamente o junto con otros motivos, infringe normas de Derecho Civil de Galicia, puede interponerse recurso de casación, en el que podrán incluirse motivos procesales, para ante la Excma. Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, conforme a lo previsto en el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley 5/2005, de 25 de abril, del Parlamento de Galicia. Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente a la notificación.

Con el escrito de interposición deberá acompañarse justificante de haber constituido previamente un depósito por importe de cincuenta euros (50 ?) por cada clase de recurso en la "cuenta de depósitos y consignaciones" de esta Sección, en la entidad "Banco Santander, S.A.", con la clave 1524 0000 06 0282 17 para el recurso de casación, y con la clave 1524 0000 04 0282 17 para el recurso extraordinario por infracción procesal.

Esta instrucción de recursos tiene carácter meramente informativo. La indicación errónea de los recursos procedentes en ningún caso perjudicará a la parte que interponga los mencionados [ STC 244/2005, de 10 de octubre ; 79/2004, de 5 de mayo ; 5/2001, de 15 de enero ]; ni impide que pueda presentar otros que considere correctos.

6º.- Fírme que sea la presente resolución, líbrese certificación para el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Muros, con devolución de los autos.

Así se acuerda y firma.-

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. señores magistrados que la firman, y leída por el Ilmo. Sr. magistrado ponente don Rafael Jesús Fernández Porto García, en el mismo día de su fecha, de lo que yo, letrado de la Administración de Justicia, certifico.-