



Roj: **SAP LO 528/2005 - ECLI:ES:APLO:2005:528**

Id Cendoj: **26089370012005100554**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Logroño**

Sección: **1**

Fecha: **18/10/2005**

Nº de Recurso: **244/2005**

Nº de Resolución: **270/2005**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **VICTOR FRAILE MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LOGROÑO

SENTENCIA: 00270/2005

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA RIOJA

Sección 001

Domicilio : VICTOR PRADERA 2

Telf : 941296439/440

Fax : 941296444

Modelo : SEN01

N.I.G.: 26089 37 1 2005 0100249

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000244 /2005

Juzgado procedencia : JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de CALAHORRA

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000225 /2004

**SENTENCIA Nº 270 DE 2005**

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. JOSÉ FÉLIX MOTA BELLO

Magistrados:

Dª Mª CARMEN ARAUJO GARCÍA

D. VÍCTOR FRAILE MUÑOZ

En la ciudad de Logroño a dieciocho de octubre de dos mil cinco.

VISTO en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial, integrada por los Sres. Magistrados indicados al margen, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 225 /2004, procedentes del JDO.1ª INSTANCIA N.2 de CALAHORRA, a los que ha correspondido el Rollo 244 /2005, en los que aparece como parte apelante la entidad HERMANITAS DEL ASILO DE LOS ANCIANOS DESAMPARADOS, representada por el procurador D. HECTOR SALAZAR OTERO, y asistida por el Letrado D. JOSE MARIA SOLANO ANTOÑANZAS, y como apelado Dª Rita , representada por el procurador D. JOSE IGNACIO LARUMBE GARCIA, y asistido por el Letrado D. CARLOS MARIA GONZALO MUGABURU, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. VÍCTOR FRAILE MUÑOZ.



## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que, con fecha 14 de marzo de 2005, se dictó sentencia en primera instancia en cuyo fallo se recogía: "Que estimando íntegramente la demanda formulada por el procurador Sra. Miranda Adán, en nombre y representación de Rita , contra HERMANITAS DEL ASILO DE LOS ANCIANOS DESAMPARADOS, representada por la procurador Sra. Escalada, debo declarar ineficaz el testamento abierto otorgado por Don Rafael en fecha 25 de abril de 1976, declarando como únicos herederos abintestato a los nombrados en auto de este juzgado recaído en procedimiento 320 de 2001 con imposición a la demandada de las costas del proceso".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, por la representación de la parte demandada, se presentó escrito solicitando se tuviese por preparado en tiempo y forma la apelación, que fue admitida, con traslado por 20 días a la parte recurrente para que interpusiese ante el Juzgado el recurso de apelación. Interpuesto éste, se dio traslado a las demás partes para que en 10 días presentasen escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada, en lo que le resultase desfavorable.

TERCERO.- Seguido el recurso por todos sus trámites, se señaló para la celebración de la votación y fallo el día 6 de octubre de 2005.

CUARTO.- En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia dictada en la instancia que estima íntegramente la demanda presentada por el procurador Sr. Miranda Adán en nombre y representación de Rita , y en consecuencia declara ineficaz el testamento abierto otorgado por Don Rafael en fecha de 25 de abril de 1976, se interpone recurso de apelación por parte de las Hermanitas del Asilo de los Ancianos Desamparando, quien interesa que con estimación de su recurso se anule la sentencia apelada, impugnando dicha sentencia en cuanto al pronunciamiento sobre las costas.

Con carácter previo a la resolución del recurso de apelación, poner de manifiesto que el objeto de debate en este procedimiento, se centra en la demanda en la que se solicitaba la declaración de nulidad del testamento otorgado por Don Rafael el 25 de abril de 1976, sin que puedan tener acogida las manifestaciones vertidas en el recurso de apelación respecto a la capacidad o no de la actora para heredar, o las alegaciones relativas al titularidad de las cuentas que Don Rafael poseía en la entidad Caja Rioja.

SEGUNDO.- Centrados ya los términos del recurso de apelación, la cuestión ha resolver en este supuesto es la validez o no del testamento otorgado por Don Rafael con fecha de 25 de abril de 1976.

Testamento que contiene en su cláusula primera y segunda "Instituye heredera universal de todos sus bienes a su citada mujer Doña Silvia ", y en la cláusula segunda "Los bienes de los que la heredera instituida no haya dispuesto a título oneroso o lucrativo, intervivos o mortis causa pasaran en la institución benéfica que cuide y atienda a la heredera instituida hasta su fallecimiento".

Y es en orden a la validez o no del testamento donde se centra la discrepancia, para la demandante este testamento resulta nulo, puesto que establece una sustitución fideicomisaria, pero que no tiene ninguna validez ya que la instituida Doña Silvia premuere al testador. Por el contrario la demandada entiende que nos encontramos ante una clara manifestación de voluntad del testador, indicando que los bienes pasan a la institución pública que atienda a su esposa.

La sentencia ahora impugnada entiende que este testamento debe ser declarado nulo, al constituir claramente un fideicomiso de residuo, fideicomiso que entiende tiene como condición necesaria que el fideicomisario sobreviva al testador, circunstancia que no concurre en este supuesto.

TERCERO.- El recurso de apelación debe ser desestimado, así constando clara las fechas de fallecimiento de Doña Silvia , que fallece el 30 de julio de 1993, y por otro lado el fallecimiento de Don Rafael , que según el Auto del Juzgado de Instrucción Nº 1 de Soria de 18 de octubre de 2000, se produce entre el 19 de julio de 1999 y el 22 de abril del 2000 .

Considera esta Sala que el testamento otorgado por Rafael contiene un fideicomiso de residuo, recogido en el artículo 783 de nuestro Código Civil , puesto que del tenor literal de esa disposición es clara la intención de instituir heredera a su mujer, y cuando esta fallezca a la institución benéfica que le haya atendido y cuidado. Lo que no se puede concluir de esa disposición es la intención de considerar a la institución benéfica, como sustituta de su esposa heredera, con lo que acreditada la premoriencia de Doña Silvia a su marido, dicha cláusula no resulta de aplicación, y debe considerarse ese testamento como nulo. Así el Tribunal Supremo señala en la sentencia de fecha 5 de octubre de 1970 que "mientras que en el caso que se examina, por



haber premuerto la mujer al testador, en virtud de esa premoriencia, no pudo producirse la transmisión hereditaria entre ambos, y, por ende, tampoco puede tener aplicación la cláusula fideicomisaria, porque la esposa premuerta, que nada recibió, nada puede transmitir, y el llamado fideicomiso de residuo o disposición "eo quod supervit" no puede tener lugar", criterio también mantenido en la sentencia de fecha 23 de abril de 1975, y de las que se desprende claramente que si premuere el fiduciario, no puede tener efectos la cláusula fideicomisaria.

Todo lo cual conduce a la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia dictada en la instancia.

CUARTO.- Que las costas causadas en este recurso de apelación se imponen a la parte apelante de acuerdo con lo dispuesto los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Escalada Escalada, en nombre y representación de Las Hermanitas Del Asilo De Los Ancianos Desamparados, contra la sentencia de fecha 14 de marzo de 2005, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia N° 2 de Calahorra , la cual debemos confirmar y confirmamos.

Con imposición de las costas causadas en el recurso de apelación a la parte apelante.

Cúmplase al notificar esta resolución lo dispuesto en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 208-4 de la Ley 1/00, de Enjuiciamiento Civil .

Devuélvanse los autos al juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, interesándose acuse de recibo.

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

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

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.