



Roj: **SAP BU 55/2000 - ECLI:ES:APBU:2000:55**

Id Cendoj: **09059370022000100563**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **2**

Fecha: **17/01/2000**

Nº de Recurso: **389/1999**

Nº de Resolución: **17/2000**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ARABELA CARMEN GARCIA ESPINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA Nº 17**

SECCION SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS

BURGOS, a diecisiete de Enero del año dos mil.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Burgos, constituida por los Ilmos. Sres. Don Agustín Picón Palacio, Presidente; Doña Arabela García Espina y Don Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente, Magistrados; siendo Ponente Doña Arabela García Espina, pronuncia la siguiente:

SENTENCIA

En el Rollo de Apelación número 389 de 1.999 dimanante de Juicio de Menor Cuantía 40 de 1.999, sobre traslado de **restos mortales**, del Juzgado de Primera Instancia nº dos de Miranda de Ebro, en virtud de recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha ocho de Junio de 1.999, han comparecido como demandante-apelante, Doña Leonor, en nombre propio y en beneficio de su esposo Don Plácido, representada por el Procurador doña Lucia Ruiz Antolín y defendida por el Letrado Don Ramiro Robador Abaigar; como demandado-apelado, Don Cosme, vecino de Miranda de Ebro, representado por el Procurador don Francisco Javier Prieto Sáez y defendido por el Letrado Jesús María Sancidrian Mateo.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: Se aceptan, sustancialmente, los antecedentes de hecho de la sentencia apelada, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: " Que desestimando como desestimo la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Don Juan Carlos Yela Ruiz, en nombre y representación de Doña Leonor, contra Don Cosme, debo absolver y absuelvo a la parte demandada de todos los pedimentos contenidos en la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora".

SEGUNDO: Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de D<sup>a</sup> Lucia Ruiz Antolín, se interpuso contra la misma recurso de apelación que fue admitido en ambos efectos, emplazándose a las partes y remitiéndose los autos a esta audiencia.

TERCERO: Seguido el recurso por sus trámites se señaló para la celebración de la vista el día doce del corriente mes a las once y media de su mañana, la que tuvo lugar con asistencia de los Letrados de las partes personadas, quienes informaron en apoyo de sus pretensiones.

CUARTO: En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO: Pretende la actora que se autorice el traslado de los **restos mortales** de su hija, del nicho NUM000 del Cementerio de Bardauri de Miranda de Ebro donde reposan desde que se produjo su enterramiento el día 13 de Octubre de 1.996, al Panteón, que en el mismo cementerio los padres de la fallecida adquirieron, con motivo de su fallecimiento y con la finalidad de enterrarla allí; pretensión que fundamenta en el acuerdo alcanzado



con el esposo de su hija, al fallecimiento de esta, y según el cual los padres y hermanos de la fallecida y el esposo de esta acordaron inhumar provisionalmente a la fallecida en el nicho en el que se encontraba hasta su traslado definitivo al Panteón que con tal motivo iban a adquirir los padres de la finada y subsidiariamente, en que como herederos de su hija según consta en la declaración de herederos obrante en las actuaciones, ya que murió intestada, les corresponde el derecho de custodia sobre los **restos mortales** de su hija. Niega el demandado haya existido acuerdo con los padres sobre el enterramiento provisional de la fallecida en su nicho hasta la adquisición de un Panteón, negando siquiera haber tenido conocimiento de la adquisición por estos del Panteón, hasta que el Ayuntamiento de Miranda de Ebro le requirió para que manifestara si estaba de acuerdo con el traslado pretendido por los padres de su esposa. Aunque la existencia del acuerdo que sostiene la actora es confirmado por su hija Rocío y su yerno dado el manifiesto interés que tienen en que prospere la demanda, no puede ser considerado elemento de prueba suficiente para acreditar ese pretendido acuerdo, ni aún admitiendo que los escasos 10 días con que se formula la petición de concesión de un panteón al Ayuntamiento de Miranda por el padre de la fallecida, pone de manifiesto que tal adquisición fue motivada por el fallecimiento de Estíbaliz sin duda con la finalidad de que en el reposarán sus **restos mortales**.

SEGUNDO: No habiendo quedado acreditado que los litigantes hubieran acordado que el enterramiento de los **restos mortales** se realizaran en el Panteón que los padres de este adquirieron y que solo con carácter provisional, se inhumaron sus **restos** en el nicho donde se encuentra, dado que los tramites de adquisición de un Panteón no permitía hacerlo inicialmente allí, la cuestión litigiosa reside en determinar quien ostenta el mejor derecho a la custodia de los **restos** de una persona fallecida sin descendencia, si sus padres o su esposo; cuestión que no es objeto de regulación legal, existiendo por tanto una laguna legal en nuestro derecho privado, por lo que estaría permitido acudir al procedimiento analógico ( artículo 4.1º C. Civil ) y a la costumbre ( art. 1.3. C. Civil ).

Para que la analogía resulte predicable, tal y como exige el artículo 4.1 del Código Civil , y como señala la sentencia del T.S. de 11 de Mayo de 1.995 , es preciso que exista identidad de razón, presupuesto que no parece concurrir con relación a las normas de la sucesión intestada, ya que no pueden asimilarse los **restos mortales** de una persona con los bienes materiales que la misma dejó al fallecer.

Es indudable que sobre los **restos mortales** no puede haber derecho de propiedad o derecho de posesión, ya que el objeto de los derechos reales ha de estar dentro del comercio y los **restos** humanos no lo están, y se encuentran al margen de los susceptibles de apropiación.

Sin perjuicio de que no son extrapolables normas dirigidas a regular un supuesto a otro, con el que no guardan identidad de razón, lo cierto es que existen normas en nuestro derecho privado que permitirían sostener tanto la posición de los padres como del esposo; la de aquellos como consecuencia de su condición de herederos de la fallecida, que la suceden en todos sus derechos y obligaciones que no se hayan extinguido con su muerte, ( artículo 659, 660 y 661 del Código Civil ), condición difícilmente predicable del cónyuge, que solo ostente la llamada cuota viudal usufructuaria; ahora bien el artículo 1894 del Código Civil que impone la obligación de satisfacer los gastos funerarios del difunto a aquellos que en vida habrían tenido la obligación de alimentarla, y el artículo 143. nº 1 establece como primer obligado al cónyuge, con preferencia sobre ascendientes o descendientes del alimentista, permitiría sostener que es el cónyuge, primer alimentista, a quien corresponderla la decisión sobre el destino de los **restos mortales** de la fallecida.

Si examinamos la costumbre, entendida como uso social continuado y uniforme, aplicable en defecto de ley ( artículo 3.1 del Código Civil ), resultaría que la atribución de derecho de custodia de los **restos** humanos estaría en función de las relaciones que hubieran existido en su día entre la difunta y su esposo de una parte y los padres de aquella de otra, en el marco de las relaciones paterno-filiales y conyugales respectivamente, siendo el caso que, en situación de normalidad matrimonial y de convivencia conyugal canónica los usos sociales ponen de relieve que es el viudo, la persona con la que la difunta decidió unirse en vida, a quien como persona más allegada al producirse el fallecimiento, corresponde las decisiones relativas, al tiempo lugar, modo y demás circunstancias que rodean el enterramiento y funeral.

Así resulta que no puede ignorarse la decisión que el demandado ha tomado sobre el traslado de los **restos mortales** de su esposa pretendido por los padres de esta. Ahora bien, todos los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe conforme prescribe el artículo 7.1 del Código Civil , no amparando la Ley el abuso del derecho ( artículo 7.2 C. Civil ). La negativa del demandado al traslado pretendido por los padres de su esposa, no puede ser amparada, ya que no habiéndose alegado motivo ninguno que la justifique, o perjuicio alguno que del traslado puede para el derivarse, teniendo en cuenta que los padres de la fallecida estaban afectivamente ligados a ella tanto como el, aunque en otro plano, como se pone de manifiesto en el hecho de que en el momento del fallecimiento realizaran todas las gestiones relativas al funeral de la finada, incluso abonando los gastos funerarios, ya que por expreso reconocimiento del demandado en prueba de confesión, (posición 2ª), el no realizó gestión alguna; que es evidente que la adquisición del Panteón por el



padre de Estíbaliz , fue con motivo y por razón del fallecimiento de esta (dada la proximidad de la fecha del fallecimiento y de la petición de adjudicación del Panteón al Ayuntamiento); que se trata de un cambio de ubicación dentro del mismo cementerio, por lo que el derecho al culto del demandado no se ve perturbado de ninguna manera; que la concesión del nicho donde actualmente reposan es temporal por el periodo de 10 años, frente al carácter permanente donde puede reposar en el panteón dada su adquisición en propiedad, son circunstancias que permiten considerar como ejercicio abusivo de derecho la oposición del demandado al traslado pretendido por los padres, oposición que tiene como única finalidad causar daño a estos, ya que no le reporta beneficio alguno, y tampoco le causa ningún perjuicio.

TERCERO: No obstante estimarse la demanda, al no existir una regulación específica de la cuestión litigiosa, dada la naturaleza de la misma, con las implicaciones efectivas que entraña, no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas de ninguna de las instancias.

## FALLO

Por lo expuesto, este Tribunal decide:

Se estima el recurso de apelación formulado por Doña Leonor contra la sentencia de fecha ocho de Junio de 1.999 , y con revocación de la misma, se estima la demanda formulada por la apelante, contra Don Cosme y se autoriza a Doña Leonor y su esposo a trasladar el cadáver de su hija Estíbaliz del nicho NUM000 del Cementerio de Bardauri de Miranda de Ebro en el que se encuentra enterrada al Panteón NUM001 , Patio NUM002 del mismo Cementerio condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración, sin hacer imposición de las costas de ninguna de las instancias.

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