



Roj: **SAP PO 238/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:238**

Id Cendoj: **36038370012015100052**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **12/02/2015**

Nº de Recurso: **360/2014**

Nº de Resolución: **54/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**PONTEVEDRA**

**SENTENCIA: 00054/2015**

**Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 360/14**

**Asunto: ORDINARIO 352/12**

**Procedencia: PRIMERA INSTANCIA NÚM. 1 LALÍN**

**LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS**

**D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ**

**D. MANUEL ALMENAR BELENGUER**

**D<sup>a</sup> MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ,**

**HA DICTADO**

**EN NOMBRE DEL REY**

**LA SIGUIENTE**

**SENTENCIA NUM.54**

En Pontevedra a doce de febrero de dos mil quince.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario 352/12, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Lalín, a los que ha correspondido el Rollo núm. 360/14, en los que aparece como parte apelante-demandado: D. Francisca , representado por el Procurador D. ANTONIO DANIEL RIVAS GANDASEGUI, y asistido por el Letrado D. JOSE LUIS FERNANDEZ PEDREIRA, y como parte apelado-demandante: D. Adolfo , representado por el Procurador D. CRISTINA ALAEJOS GUINEA, y asistido por el Letrado D. MARIA CARMEN GONZÁLEZ GÓMEZ; demandados apelados: D. Palmira , D. Trinidad , D. Amanda , D<sup>ña</sup>. Coral ; COMUNIDAD HEREDITARIA DE Inocencia , no personados en esta alzada, y siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. **D<sup>a</sup> MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Lalín, con fecha 24 febrero 2014, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta a instancia de la Procuradora Sra. Alaejos Guinea, en nombre y representación de Adolfo , asistido por la letrada Sr. González Gómez, contra la comunidad



hereditaria de Inocencia integrada por Francisca , que fue representado por el procurador Sr. Nistal Riádigos y asistida por el letrado Sr. Fernández Pedreira, e Trinidad , Amanda , Coral E Palmira , representado por el procurador Sr. Nistal Riádigos y asistida por la letrada Sra. González, debo:

1.-Debo declarar y declaro que la disposición testamentaria PRIMERA otorgada por la difunta Leticia en el testamento otorgado por ésta el día 28 de enero de 2011, ante el notario Manuel Barros Gallego, bajo el número 92 de su Protocolo y consistente en instituir como único heredero a Inocencia es inválida e ineficaz, toda vez que causante y heredera murieron simultáneamente.

2.-Debo declarar y declaro que la disposición testamentaria SEGUNDA otorgada por la difunta Leticia en el testamento otorgado por ésta el día 28 de enero de 2011, ante el Notario Manuel Barros Gallego, bajo el número 92 de su Protocolo y consistente en instituir como Sustitutos vulgares de la heredera instituida a sus descendientes, es ineficaz e inválida al no haberse producido la condición de la premoriencia establecida.

3.-Que como consecuencia de la falta de designación de heredero en el citado testamento procede la apertura de la sucesión intestada de Leticia .

4.-Condeno a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por D. Francisca , se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

**TERCERO.-** En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .- De la conmoriencia.-** En virtud del precedente Recurso por la apelante, D<sup>a</sup> Francisca se pretende la revocación de la Sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 352/12 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Lalín, que acogiendo la demanda, declaró inválida e ineficaz la institución de heredera efectuada por D<sup>a</sup> Leticia a favor de D<sup>a</sup> Inocencia (madre de la apelante y hermanos) por haber fallecido simultáneamente las dos en un accidente de tráfico, e ineficaz la sustitución vulgar dispuesta por D<sup>a</sup> Leticia a favor de los descendientes de aquella por no haberse producido la situación de premoriencia para que se estableció.

La resolución a quo partió, erróneamente a juicio de la apelante, de la existencia de **conmoriencia** entre la testadora y su heredera en un accidente de tráfico que ocurrió a las 14,55 horas del día 2 de mayo de 2011, toda vez que consignándose como hora de fallecimiento de doña Inocencia (la heredera) las 15 horas y cero minutos, no lo hizo por tanto a la misma hora que la testadora D<sup>a</sup> Leticia , cuyo parte de defunción consigna "pericarpio roto de 311 grs. Roto en su cara interior", que es causa de fallecimiento instantáneo y lo hizo antes. Para el Letrado de la parte apelante si el actor sostenía que D<sup>a</sup> Inocencia no sobrevivió los cinco minutos que resultan desde la hora del accidente hasta la que se consigna en el certificado de defunción, a él incumbía probarlo. La conclusión de ello es que D<sup>a</sup> Inocencia llegó a heredar.

Ab initio cabe pensar que en materia de **conmoriencia** y prueba de la muerte anterior de uno de los involucrados en la sucesión, debería estarse a la hora del fallecimiento que consta en la inscripción de la muerte en el Registro Civil, pues ésta hace fe de dicha circunstancia ( artículo 81 LRC 1957 "La inscripción hace fe de la muerte de una persona y de la fecha, hora y lugar en que acontece "; artículo 62.1 LRC 2011 "La inscripción en el Registro Civil de la defunción es obligatoria. La inscripción hace fe de la muerte de una persona y de la fecha, hora y lugar en que se produce. En la inscripción debe figurar asimismo la identidad del fallecido ."). Tal como indica DE CASTRO, esta duda existirá solamente cuando se dé una incertidumbre invencible al respecto. Ahora bien, esta duda es una situación de hecho que puede suscitarse al tribunal incluso en contra de lo publicado al respecto por el Registro Civil.

Pese a la claridad de estas normas, la Sentencia del Tribunal Supremo 4 de diciembre de 1948 (referida a unos cónyuges fusilados conjuntamente en la Guerra Civil) consideró que la presunción del artículo 33 Código Civil prevalecía sobre la constancia en la inscripción del fallecimiento de la hora de la muerte: "aunque sea cierto el principio general de que quien haga una afirmación relativa al estado civil de las personas contraria a lo que resulte del Registro civil debe de probarla, no lo es menos que en el caso a que se refiere el art. 33 del Código civil , a saber, la existencia de un estado de duda sobre cuál de dos o más personas llamadas a suceder haya muerto primero, aquel que sostenga la muerte anterior de una u otra es el que debe justificarla, pero quién afirma la **conmoriencia** y, consiguientemente, la intransmisión de derechos entre las mismas, **no tiene que probar otra cosa sino que tal estado de duda existe** , porque, supuesta tal situación, la con-moriencia es una presunción



establecida por el indicado precepto legal, y las presunciones establecidas por la Ley relevan de toda prueba a los favorecidos por ellas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.250 del Código civil".

Igualmente insiste el tercer considerando en que, "si bien es cierto que por virtud de los preceptos citados, las actas del Registro civil constituyen la prueba del estado civil de las personas, tal prueba tiene un carácter provisional y sólo puede subsistir en tanto en cuanto no se suscite contienda ante los Tribunales que ponga en entredicho la verdad del contenido de tales actas, pues cuando tal contienda se suscita, la eficacia de las mismas queda subordinada a que los Tribunales le confirmen por responder su contenido a la realidad de los hechos, o la nieguen por no reflejarse en ellas tal realidad, siendo esto último lo que declara la sentencia recurrida, que no infringe con ello los citados artículos".

Así las cosas el motivo de recurso no puede estimarse, toda vez que efectivamente en el caso que nos ocupa la situación de duda persiste y la parte contraria, ahora apelante, no la ha despejado. En efecto, el atestado policial indica al folio 40 de los autos, que el accidente de tráfico en que se vieron implicadas con resultado de muerte D<sup>a</sup> Leticia y D<sup>a</sup> Inocencia, tuvo lugar a las 14:55 horas del día 2 de mayo de 2011; en el Registro Civil se ha inscrito el fallecimiento de ambas a la misma hora, esto es a las 15 horas cero minutos (f. 35 y 56 de los autos), de tal manera que el hecho de que en el caso de D<sup>a</sup> Leticia se haya determinado que falleció porque tenía "el corazón roto" determina su muerte inmediata -lo cual no dudamos- ello no implica, per se, que las lesiones de D<sup>a</sup> Inocencia la hubieran hecho sobrevivir unos minutos, y, en consecuencia, hubiera habido **conmoriencia**, máxime cuando no contamos con el informe de autopsia de ninguna de las fallecidas. Ello lo entendemos de ese modo aun cuando nuestro C. Civil no recoja una norma mucho más explícita para superar las dificultades apuntadas como la del C. Civil catalán, Ley 25/2010, de 29 de julio cuando dispone en el art. 211-2 que "El llamamiento a una sucesión o la transmisión de derechos en favor de una persona que dependen del hecho de que haya sobrevivido a otra solo tienen lugar si aquella ha vivido al menos setenta y dos horas más que la persona a quien tenía que sobrevivir".

Rige también una presunción de **conmoriencia** dentro del ámbito del derecho internacional privado sucesorio, se recoge en el artículo 32 del Reglamento europeo 650/2012, de 4 de julio, sobre competencia y ley aplicable a las sucesiones internacionales, según el cual: "Si dos o más personas cuya sucesión se rija por leyes diferentes falleciesen en circunstancias que impidan conocer el orden en que se produjo su muerte, y dichas leyes regularan tal situación mediante disposiciones diferentes o no la regularan en absoluto, ninguna de las personas fallecidas tendrá derecho alguno a la sucesión de la otra u otras".

En conclusión, **persistiendo la duda**, y no habiéndose despejado, entra en juego el art. 33 del C. Civil y no se ha producido transmisión de derechos hereditarios entre D<sup>a</sup> Leticia y D<sup>a</sup> Inocencia porque "Si se duda, entre dos o más personas llamadas a suceder, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla; a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro."

El primer motivo de recurso decae.

**SEGUNDO.- De la sustitución vulgar.-** Aduce también el apelante que está mal entablada la relación procesal toda vez que la demanda se dirige contra "la comunidad hereditaria de doña Inocencia" pero no los descendientes de doña Inocencia que fueron nombradas sustitutas de esta en el testamento de 28 de enero de 2011, ante el Notario de Silleda, de doña Leticia con la siguiente cláusula: "PRIMERA.- Instituye heredera a Doña Inocencia.- SEGUNDA.- SUSTITUCIÓN VULGAR.- Sustituye vulgarmente a la heredera instituida con sus descendientes, para el solo caso de premoriencia".

El motivo no puede ser acogido toda vez que en el caso que nos ocupa han resultado emplazados todos los miembros de la comunidad hereditaria de D<sup>a</sup> Inocencia, que la han contestado a la demanda, y son coincidentes con los descendientes de aquella, por más que la demanda se haya dirigido formalmente contra la "comunidad hereditaria", la que en este caso está integrada por sus descendientes.

Pero el principal motivo de recurso cae de lleno sobre si dentro de las previsiones del art. 774 del C. Civil cabe a modo de sustitución vulgar el supuesto de **conmoriencia** cuando dice que:

"puede el testador sustituir una o más personas al **heredero para el caso de que muera antes que él**, no quieran o no puedan aceptar la herencia. La sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario"

Esto es el Código contempla tres supuestos para que entre en juego la sustitución vulgar, a saber: premoriencia, renuncia o imposibilidad, por lo que es una cuestión exclusivamente jurídica y de labor de interpretativa la de determinar si el supuesto de **conmoriencia** abre la sucesión intestada o tiene lugar, por el contrario la sustitución vulgar con la llamada a la herencia de las hijas de la sustituida, esto es, las sustitutas.



La tesis de la sentencia de instancia es que como en la sustitución vulgar de la testadora no se previó expresamente la **conmoriencia** sino la premoriencia, no entran en juego como herederas las sustitutas de D<sup>a</sup> Inocencia y se abre la sucesión intestada a favor del sobrino de la testadora, el hoy actor.

No compartimos este criterio aún a sabiendas de que las Audiencias provinciales no coinciden en sus conclusiones. La Sala considera que el supuesto de **conmoriencia** es el mismo de *premoriencia* a los efectos de la sustitución vulgar, esto es, que el designado no llega a heredar por efecto del art. 33 del C.Civil, resolviéndose el caso con carácter presuntivo, dando por supuesto que fallecieron al mismo tiempo y no hay transmisión hereditaria. La consecuencia de esta presunción, de carácter iuris tantum, es que no tendrá lugar la transmisión de derechos de una persona a otra, es decir, el efecto es equivalente al caso de la premoriencia del heredero al testador. Teniendo, pues, en cuenta que los efectos de la **conmoriencia**, la no transmisión de derechos de una persona a otra, equivalen a los de la premoriencia, cabe defender que el régimen de una se extienda a la otra, en cuestiones sucesorias como las citadas (sustitución vulgar, derecho de acrecer, etcétera), de manera que cuanto la Ley o el testador se refieran a la situación de premoriencia, deba entenderse comprendida también la de **conmoriencia**.

Ya el Letrado apelante recoge no solo las opiniones doctrinales al respecto, tanto de Puig Brutau, como Albadalejo quien didácticamente expone que las previsiones del art. 774 del C.Civil (que el instituido muera antes que el testador, o no quiera, o no pueda aceptar la herencia) son especificaciones imperfectas puesto que, en todo caso, hubiera bastado con decir que el sustituto es llamado para cuando el primer instituido no quiera (*casus voluntatis*) o no pueda (*casus impotentiae*, que comprende el de premoriencia del instituido al causante) aceptar la herencia, cuyos dos supuestos se resumen en el de que no llegue a ser heredero. A su juicio, cualquier hecho que impida suceder al primer llamado es, en principio, suficiente para producir el llamamiento al sustituto. Sin ánimo exhaustivo, pero sí con el fin de especificar las más corrientes y las discutidas enumera los casos de premoriencia del instituido al causante o muerte simultánea de ambos (art. 33); ausencia del instituido o indignidad de este o invalidez de su institución (v. STS de 11-3-11 y 12 -2-15) entre otras que cita.

Desde otra perspectiva hay que dar cabida a la sustitución vulgar, fruto esta última de la autonomía de la voluntad del testador, institución que tiene como cometido el prevenir y evitar, a toda costa, la sucesión ab intestato. Para RIVAS MARTÍNEZ, en el caso de **conmoriencia** entre el testador y el sustituido, si la cláusula testamentaria no comprende todos los casos en que puede nombrarse un sustituto, o previéndose solo la premoriencia, tendrá lugar la sustitución a favor del sustituto vulgar y ello, porque el heredero sustituido, no puede llegar a ser heredero por no sobrevivir al momento de la apertura de la sucesión (situación de **conmoriencia** del testador y del heredero sustituido), solución que se desprende -a juicio del autor-, con toda claridad del artículo 33 del Código Civil español, salvo que como se prevé en esta norma, si se logra probar la muerte anterior del testador, entraría en juego el derecho de transmisión a favor de los herederos del sustituido, con exclusión de la sustitución vulgar.

A favor de **conmoriencia** y premoriencia tienen encaje en el art. 774 del C. Civil se muestran las AP Tenerife 4/3/11, León 9/6/09 y el Auto del TS de 6 de marzo de 2007 en atención al alcance que debe darse a esa palabra comoriencia (o **conmoriencia**) refiere en su fundamento tercero:

*"(...) la parte recurrente pretende, de forma solapada, someter a esta Sala la revisión de la interpretación que la Audiencia realizó de la cláusula testamentaria controvertida, con el objeto de que, en contra de lo declarado por la sentencia recurrida, y mediante una nueva interpretación de la misma (acomodada lógicamente a los intereses de la recurrente), se considere acreditado que la intención de la testadora y causante Dña. Visitacion, al expresar en su testamento que "en caso de comoriencia de la testadora y su hermana instituyó heredera a su buena amiga Dna. Macarena", fue que ésta última únicamente heredara en el supuesto de muerte simultánea de ambas hermanas, abogando, así, en definitiva, por una interpretación estricta del término médico legal "conmoriencia" que conduciría a que dicha cláusula testamentaria, y en virtud de las circunstancias fácticas concurrentes en el caso, careciera finalmente de eficacia; interpretación que conduciría a la consecuencia de que la recurrente conservaría su condición de heredera abintestato, y que resulta absolutamente contradictoria con la realizada por la Audiencia Provincial en su sentencia, que por contra reconocía la eficacia de dicha cláusula testamentaria atribuyendo como consecuencia a la actora la condición de heredera universal de la antedicha causante. Igualmente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección tercera, de fecha nueve de junio de dos mil nueve, da un sentido amplio a la expresión y refiere que la "conmoriencia" que aparece en el testamento antedicho, debe ser interpretada, como fallecimiento de la testadora y su hermano Jacinto a la vez, y fallecimiento de éste antes que la testadora, es decir, que al fallecimiento de la testadora, también hubiera fallecido D. Jacinto, bien antes o a la vez que la testadora, y concluye que: "Viene a deducirse e inferirse de forma lógica y racional, que fue voluntad e intención de la testadora Dona Zaira, que para el supuesto que aconteciese el fallecimiento de su hermano D. Jacinto, antes que ella o al mismo tiempo, heredase su tío D.*



*Plácido y en defecto del mismo, por sustitución, sus descendientes de forma única y exclusiva. Aplicándose así, correctamente, lo dispuesto en el art. 675 del Código Civil y jurisprudencia que lo interpreta, en cuanto al conflictivo término de "conmoriencia" utilizado en la cláusula segunda del testamento objeto de litis'.*

Resulta interesante en tal sentido el caso sometido a consideración de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña en el recurso gubernativo interpuesto por un notario de Barcelona contra la calificación de la registradora de la propiedad 2 de Sant Feliu de Llobregat, denegatoria de la inscripción de una escritura de manifestación de herencia que tiene por base una sustitución vulgar establecida para el caso de muerte simultánea del testador y de la heredera instituida en primer lugar, resuelto por la Resolución de 28 de noviembre del 2005 de la citada Dirección, en la cual se ofrece una interesante interpretación de la figura de la sustitución vulgar, en lo que a los supuestos comprendidos en ella concierne; si bien en el caso no se dio una situación propiamente de **conmoriencia**. Todo lo contrario, premurió la instituida heredera al testador, cuando la cláusula de sustitución comprendía, al menos según su tenor literal, solo la muerte simultánea del testador y de la heredera instituida, empero la Dirección General determinó a bien estimar el recurso interpuesto y revocar la nota de la registradora sobre la base de considerar que ha de interpretarse *"la voluntad del testador más allá de la literalidad de la expresión muerte simultánea en el sentido que, empleándola, estableció una sustitución vulgar en favor (de su sobrino), para el caso que no fuese efectivo el llamamiento a favor de su esposa (...) y, también, que en el Derecho catalán, excepto que sea clara la voluntad del testador de ordenar la sustitución vulgar exclusivamente para un caso concreto, la sustitución ordenada para un caso se extiende a todos los otros y que el uso de la expresión 'muerte simultánea' no excluye el caso de premoriencia ni ningún otro caso en que el heredero instituido en primer lugar no quiera o no pueda ser heredero"*.

A lo anterior cabe añadir, que el mismo art. 774 prevé que *"a falta de designación de supuestos se entienden incluidos todos"*, lo cual implica que la interpretación que ha de darse al precepto es extensiva en el sentido de que la ley considera que a falta de designación concreta es favorable a la sustitución, esto es a que se mantenga la designación. Es más, como quiera que D<sup>a</sup> Leticia en ningún momento cita a su sobrino, el actor, por el contrario sí manifestó su voluntad de que si no llegase a heredarla D<sup>a</sup> Inocencia por no sobrevivirla, la sustituyesen sus descendientes, cabe pensar que la voluntad de la testadora no avala tampoco la tesis del actor.

El motivo se estima.

**TERCERO.**- En virtud de lo dispuesto en el Art. 398 de la LEC cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, se aplicarán en cuanto a las costas del recurso lo dispuesto en el Art. 394. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

No obstante la Sala considera que pese a desestimarse la demanda no debe hacerse pronunciamiento en cuanto a las costas toda vez que existe doctrina contradictoria y también resoluciones que se inclinan a favor de una y otra tesis a propósito del encaje en la sustitución vulgar de la **conmoriencia**.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey

## FALLAMOS

Que estimando el Recurso de Apelación formulado por D<sup>a</sup> Francisca contra la Sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 352/12 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Lalín la debemos revocar y revocamos dejándola sin efecto y en su lugar desestimamos la demanda formulada por D. Adolfo representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Cristina Alaejos Guinea contra la citada apelante y otros a quienes se absuelve de los pedimentos de la demanda sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de ambas instancias.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que componen esta Sala, D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, Presidente; y D. MANUEL ALMENAR BELENGUER; y, D<sup>a</sup> MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, ponente. Doy fe.