



Roj: **SAP B 2954/2010 - ECLI: ES:APB:2010:2954**

Id Cendoj: **08019370192010100062**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **19**

Fecha: **03/03/2010**

Nº de Recurso: **396/2009**

Nº de Resolución: **100/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ASUNCION CLARET CASTANY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN DIECINUEVE

ROLLO Nº **396/2009-C**

JUICIO ORDINARIO Nº 1297/2007

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 DE TERRASSA

**SENTENCIA Nº 100/10**

Ilmos. Sres.

D<sup>a</sup>. ASUNCIÓN CLARET CASTANY

D. JOSÉ MANUEL REGADERA SÁENZ

D<sup>a</sup>. THEA ESPINOSA GOEDERT

En la ciudad de Barcelona, a tres de marzo de dos mil diez.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Diecinueve de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Juicio Ordinario nº 1297/2007, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Terrassa, a instancia de D<sup>a</sup>. Fidela, contra D<sup>a</sup>. Rita, D. Carlos y D<sup>a</sup>. Bernarda; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia dictada en los mismos el día 25 de Febrero de 2009, por el/la Juez del expresado Juzgado.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por D<sup>a</sup>. Fidela representada por el Procurador D. Manuel Aguilar De la Rosa contra D<sup>a</sup>. Rita y D. Carlos (menor de edad y representado por su madre D<sup>a</sup>. Rita) representados por la Procuradora D<sup>o</sup>. Montserrat Puig Alsina y contra D<sup>a</sup>. Bernarda representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Marta Forrellat Armengol Padros, debo absolver y absuelvo a dichos demandados de la pretensión contenida en la demanda; con imposición de las costas causadas a la parte demandante. Que estimando la demanda reconventional interpuesta por D<sup>a</sup>. Rita contra D<sup>a</sup>. Fidela, debo condenar y condeno a la Sra. Fidela: 1º) Al pago a Doña. Rita de la suma de 242.000 euros (DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL EUROS) con los intereses legales a computar desde la fecha de la interposición de la demanda reconventional; 2º) A reintegrar a la Sra. Bernarda en la plena y pacífica posesión de los siguientes bienes: a) Finca urbana sita en Terrassa, calle DIRECCION000 Número NUM000; b) Finca urbana: vivienda ubicada en la planta NUM001, escalera NUM002, puerta NUM003, del edificio sito en Llança, Número NUM004 - NUM005 de la finca DIRECCION001; c) Vehículo marca Mercedes Benz E 280 Classic, matrícula R-....-RV; d) Teléfono móvil marca Sagem, mando a distancia del garaje, llaves del citado vehículo, la cartera conteniendo DNI, tarjeta sanitaria y metálico en la suma



66,14 euros, propiedad del causante D. Jesús Manuel . Se imponen las costas causadas por dicha demanda reconvenicional a la parte actora principal y reconvenida. Se dejan sin efecto alguno las medidas cautelares que pudieran haberse adoptado a instancia de la parte actora principal (autos 1316/04- JM), librándose, en su caso y a tal efecto, los despachos oportunos".

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria que se opuso; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 10 de Febrero de 2010.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. ASUNCIÓN CLARET CASTANY.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en la instancia desestima la demanda interpuesta por D<sup>a</sup>. Fidela frente a D<sup>a</sup>. Rita , D. Carlos y D<sup>a</sup>. Bernarda , en ejercicio de acción de declaración de ineficacia de la institución de heredero a favor de Doña Rita en **testamento** de 15 de abril de 2005, otorgado por el causante D. Jesús Manuel , hermano de la actora, en base a la falta de cumplimiento de la condición impuesta -asistencia y **cuidado** del testador hasta el final de sus días- y consecuentemente apertura de la sucesión intestada, al entender que no nos encontramos ante una condición suspensiva sino ante una obligación modal o carga, absolviendo a los demandados de todos los pedimentos en su contra, y de otro, estima la demanda reconvenicional interpuesta por D<sup>a</sup> Rita y condena a D<sup>ña</sup>. Fidela a restituir a D<sup>ña</sup>. Rita el total efectivo de 242.000 euros perteneciente al causante, así como los bienes inmuebles y muebles integrantes del caudal relicto.

Frente a dicha sentencia interpone recurso de apelación D<sup>a</sup>. Fidela interesando la revocación sobre la base de: 1) errónea valoración de la prueba e interpretación del último **testamento** otorgado por el causante, al entender que el mismo contenía una condición suspensiva, incumplida por la instituida heredera D<sup>a</sup>. Rita , de atender y asistir al testador hasta el fallecimiento; 2) improcedente imposición de las costas respecto a los sustitutos vulgares; 3) improcedente estimación de la demanda reconvenicional al ostentar la actora los bienes de su hermano finado en su condición de tutora de los mismos.

SEGUNDO.- Comenzaremos por el estudio de la cuestión que centró el debate en la instancia: si la cláusula tercera del último **testamento** otorgado por el causante D. Jesús Manuel en fecha 15 de Abril de 2005 establece una condición, en los términos que pretende la recurrente, hermana del fallecido, esto es, la condición de asistir y atender al testador hasta su óbito (q.e.p.d.) incumplida por D<sup>a</sup>. Rita o por el contrario una carga o modo, tal y como concluye el juzgador de instancia, interpretando la voluntad del testador en función de los otros dos **testamentos** anteriores.

Ante todo conviene transcribir la cláusula testamentaria especialmente controvertida -tercera- y la segunda, así como el de las cláusulas similares contenidas en otros dos **testamentos** anteriores al último derogado el 15-04-2005.

Las cláusulas en cuestión se contienen en el último **testamento** abierto del causante, otorgado ante el Notario D. Esteban Cuyás Hendre en fecha 15 de Abril de 2005, y son del tenor que siguen: "SEGUNDA.- Lega el usufructo vitalicio y universal de su herencia a su esposa, doña Maite , relevándola de la obligación de hacer inventario y prestar fianza. TERCERA.- Instituye heredera universal y libre a doña Rita , de nacionalidad rusa, con pasaporte número NUM006 , siempre que hubiere atendido y asistido al testador y a su esposa hasta su fallecimiento, y sin que en ningún caso para cumplir con dicha obligación pueda ingresarse al testador y a su esposa en una residencia, sustituida vulgarmente por su estirpe de descendientes por el orden legal de la sucesión intestada".

Este **testamento** viene precedido por otros dos anteriores de fechas próximas. El inmediatamente anterior igualmente abierto y otorgado ante Notario Sr. Cuyas, cuya cláusula segunda es del tenor que sigue: "SEGUNDA.- Instituye heredera universal y libre a su citada esposa, sustituida vulgarmente por Doña Rita con número de Pasaporte ruso número NUM006 , siempre que hubiere atendido y asistido al testador y a su esposa hasta su fallecimiento, lo que se acreditará con el testimonio de dos vecinos, que ya vivan en el mismo edificio o en edificios próximos y sin que en ningún caso para cumplir con dicha obligación pueda ingresarse al testador y su esposa en una residencia, sustituida vulgarmente por su estirpe de descendientes por el orden legal de la sucesión" y el anterior a éste otorgado en fecha 22 de Septiembre de 2004 ante el Notario D. Alfonso Auria Paesa, cuya cláusula tercera es del tenor que sigue: "TERCERA.- Instituye heredera universal y libre a su citada esposa, sustituida vulgarmente por Doña Rita con número de Pasaporte número NUM006 siempre que hubiere atendido y asistido al testador y a su esposa hasta su fallecimiento, lo que se acreditará con el

testimonio de dos vecinos ya vivan en el mismo edificio o en edificios próximos y sin que en ningún caso para cumplir con dicha obligación pueda ingresarse al testador y su esposa en una residencia".

El causante se hallaba casado en únicas nupcias con Dña. Maite, sin descendencia. La esposa falleció el 31 de Marzo de 2006, tras una penosa y larga enfermedad -Alzheimer- iniciada en el año 2001, lo que decidió a su marido y causante D. Jesús Manuel a jubilarse y dedicarse por entero a su **cuidado**; si bien dadas las atenciones que la enfermedad requería, en enero de 2004 el causante contrató los servicios de una empleada del hogar, Doña. Rita, de nacionalidad rusa, quien acudía a la casa por las tardes, y posteriormente en febrero de 2004 a otra trabajadora, conocida de la primera, que acudía al hogar por las mañanas. D. Jesús Manuel falleció el 28 de Mayo de 2007 tras una desafortunada y trágica caída ocurrida el 17 de Enero del mismo año.

A partir de los antecedentes fácticos transcritos podemos abordar el núcleo de la cuestión controvertida, que no es otro, como ya hemos dicho, que establecer e indagar la verdadera voluntad del causante, estableciendo si la cláusula por la que instituye heredera universal de sus bienes a Dña. Rita establece una condición suspensiva de atender y cuidar al testador hasta su óbito incumplida por la heredera como pretende la recurrente, hermana del finado, o por el contrario una carga o modo como establece el juzgador a quo.

Dice la S.TS. de 4-06-1965 que institución modal es aquélla en que el testador impone al heredero instituido o legatario designado la obligación de hacer u omitir algo para una finalidad determinada, pudiendo consistir en una carga real o meramente personal.

El modo, como la condición, son accidentales y no esenciales a la institución de heredero o disposición de legado, pero radicalmente distintos en sus efectos, según con claridad recoge el artículo 979 C.Civil de acuerdo con el cual la condición suspensiva suspende la eficacia de la disposición, pero no la constriñe, mientras que el modo constriñe pero no suspende (STS 9-10-2003), en cuanto que el instituido bajo modo, producido el óbito del testador, deviene heredero y, aceptada la herencia, viene obligado al cumplimiento de la carga, mientras que el instituido bajo condición no adquiere la de tal si la condición no se cumple.

Dice asimismo la S. del T.S. de 21 de Marzo de 2003 "Ciertamente la sentencia de esta Sala de 4 de junio de 1965 declaró que la institución modal no atribuía a un tercero el derecho a exigir la prestación a cargo del favorecido, pero aclarando que "para sí", como reiteró la sentencia de 28 de mayo de 1994. De ahí que, contra lo que alega el recurrente en este motivo, no quepa limitar la legitimación para exigir el cumplimiento del modo tan sólo al directamente beneficiado por el mismo, pues en cuanto deber jurídico que es también ha de reconocerse tal legitimación, como propone la doctrina científica, a los albaceas o herederos, en cuanto interesados y encargados de velar por el cumplimiento de la voluntad del testador, y a los que se beneficiarían de su incumplimiento por pasar entonces a ellos los bienes.

Lo que sucede, empero es que siendo claro, conforme al art. 798 CC, que el modo no afecta a la institución (SSTS 18-12-65, 17-5-71 y 9-5-90), pues lo dejado de tal manera "puede pedirse desde luego", la jurisprudencia de esta Sala muestra una gran flexibilidad a la hora de apreciar su cumplimiento, y también el de la condición suspensiva, atendiendo a las posibilidades del instituido (SSTS 9-2-48 y 18-12-65), al mantenimiento de la institución por la testadora sin revocar el **testamento** por otro posterior (STS 9-5-90) o conjuntamente a las posibilidades del instituido y a la ausencia de petición o requerimiento alguno de su cumplimiento (STS 10-5-91)".

Debemos indagar ante todo cual fue la verdadera voluntad del testador de acuerdo con las indicaciones contenidas en los artículos 110 del Codi de Successions de 30 de diciembre de 1991, aplicable por razones de vigencia intertemporal; y que con carácter general ordena estar a la verdadera voluntad del testador, pero sin olvidar que las cláusulas ambiguas u oscuras han de ser interpretadas en el sentido favorable a la eficacia del **testamento**, y en caso de duda, la interpretación lo ha de ser en sentido favorable al favorecido, interpretándose las disposiciones que impusieron cualquier carga, de modo restrictivo. Y ello sin olvidar que con arreglo a lo que dispone el artículo 161.CS en el caso de duda sobre si el testador ha impuesto una condición o un modo, o una simple recomendación, se dará preferencia respectivamente, al modo o a la recomendación.

En nuestro caso, los términos del **testamento** designan la prestación impuesta a la instituida heredera como "obligación" es decir como modo o carga, y no como condición. Y así se dice literalmente "...y sin que en ningún caso para cumplir con dicha obligación..." refiriéndose a la obligación de atención y asistencia a la que se refiere con la locución "siempre que...". Enlazando unos y otros términos empleados entendemos que se trata de una obligación, una carga modal y no una condición. Pues en ningún momento se emplea la dicción de "condición". La única referencia lo es a la obligación impuesta a la heredera, de atender y asistir al finado y a su esposa hasta su fallecimiento, sin poder ser los mismo ingresados en una residencia, a tal fin. En definitiva, se omite por completo el término "condición" y en cambio se consigna expresamente el término "obligación".



Lo mismo acontece, si en virtud de la duda que técnicamente se plantea, se investiga la real y verdadera voluntad del testador acudiendo a circunstancias extrínsecas al propio **testamento** interpretado, tan significativas como sus dos **testamentos** anteriores. En éstos se patentiza la voluntad expresa, manifiesta y constante del testador de favorecer a Dña. Rita . En el primero de los **testamentos** de fecha 22 de Septiembre de 2004 cierto resulta que el causante instituyó heredera universal a su esposa, si bien ya se patentiza la voluntad de favorecer a la Sra. Rita , como sustituta vulgar de la misma, siempre que atendiese y asistiese a los esposos hasta su fallecimiento, si bien en dicho **testamento** se introdujo la cautela de comprobar el cumplimiento de la obligación o carga impuesta a la sustituta con el testimonio de dos vecinos del inmueble o próximos.

En el **testamento** posterior, e inmediatamente anterior al que nos ocupa, otorgado en fecha 18 de Noviembre de 2004 ante igual Notario ante el que se otorgó el último de los **testamentos**, se mantienen idénticos términos, a los del redactado en fecha 22-09-2004, si bien tan sólo se añade la sustitución vulgar de la instituida sustituta vulgar de la esposa, la estirpe de descendientes.

Es en el último de los **testamentos** cuando el causante modifica los dos anteriores en el único y exclusivo sentido de instituir heredera a Dña. Rita y por ello favorecer aún más a dicha señora; manteniendo de forma repetitiva y reiterada la obligación impuesta en los dos anteriores **testamentos** de atención y **cuidado** de los esposos, con la prohibición de ser ingresados en una residencia, si bien aún va más allá en el favorecimiento de la instituida heredera universal al suprimirse el único medio de comprobación del cumplimiento de la carga modal impuesta a cargo de Dña. Rita ;esto es, al desaparecer la mención específica de que el cumplimiento de la obligación impuesta se acreditará con el testimonio de dos vecinos.

El propio Notario autorizante, Sr. Cuyás, del **testamento** que nos ocupa otorgado el 15-04-2005 y el de fecha anterior 18-11-2004 declaró en el acta del juicio de un modo sincero, diáfano, claro y honesto que informó al causante de que con la modificación introducida de supresión de la comprobación por dos vecinos, el cumplimiento de la obligación modal impuesta a la Sra. Rita quedaba inclusive como una mera recomendación, dada la difícil prueba en la práctica. El Notario autorizante fue claro, y explícito en su declaración, sobre cuál era la voluntad del causante, imponer una obligación, más nunca condicionar la institución de heredero; llegando a afirmar que tras informar al causante de la dificultad que entrañaba en la práctica la comprobación del cumplimiento de la obligación, al suprimirse la comprobación de los dos vecinos, a éste le manifestó que le daba igual. Incluso llegó a concluir como mera opinión personal, que dados los términos en que se redactó tal cláusula en el último de los **testamentos**, al suprimirse el sistema de comprobación externo (a través de dos vecinos) la obligación modal quedaba como una mera "recomendación".

En definitiva, no puede ponerse en duda la voluntad manifiesta, patente y persistente del testador de favorecer a Dña. Rita , inicialmente como sustituta vulgar de su esposa, y posteriormente, y aun en vida de ésta, cuando se hallaba sometida a una penosa enfermedad, como heredera universal de sus bienes.

No empecé lo anterior el hecho de que el causante D. Jesús Manuel otorgara en igual fecha en que otorgó el **testamento** de 22 de Septiembre de 2004 ante el Notario D. Alfonso Auria, escritura de autotutela en favor de Dña. Rita , preveyendo la posibilidad de que algún día fuese incapaz o en situación de gran dificultad para administrar sus bienes, si bien por motivos que se desconocen dicha escritura ni se inscribió en el Registro Notarial de autotutelas ni tampoco en el Registro de Autotutelas. La mera manifestación de la recurrente de que detrás de dicho error se escondía la voluntad del causante de no proceder a la inscripción por no ser de su interés carece del más mínimo atisbo probatorio. Máxime cuando no se trajo a declarar al propio Notario otorgante de la escritura.

Como muy acertadamente expone la recurrente en su recurso, las escrituras de los dos **testamentos** previos al último que nos ocupa resultan determinantes para averiguar la voluntad del testados. La cláusula testamentaria controvertida se reproduce con mínimas modificaciones en los tres últimos **testamentos** de 15-04-2005, 18-11-2004 y 22-9-2004. Y la única modificación a la "obligación" (así expresamente se dice en todos ellos) modal impuesta a cargo de Dña. Rita de atender y asistir al causante y a su esposa precisamente se atenúa, al suprimirse el único criterio de comprobación externa prevista en los dos **testamentos** anteriores al que nos ocupa. En los tres **testamentos** se habla siempre de "asistir y atender" al causante y su esposa, y la locución "...siempre que..." precisamente entronca con la locución "...con dicha obligación...". Nunca en ninguno de las tres disposiciones testamentarias se mencionó o empleó el término "condición". Una lectura literal, completa, sistemática e íntegra del **testamento** nos lleva a concluir la existencia de una obligación modal. Desconocemos los motivos particulares por los cuales el causante en tres reiteradas y sucesivas ocasiones favoreció y designó finalmente a la Sra. Rita como heredera de todos sus bienes, pero ésta fue su última y verdadera voluntad.



Pero es que aún cuando tomásemos como mera hipótesis que la "obligación" impuesta en **testamento** fuese una "condición", que no lo fue, lo cierto e indiscutido es que no ha logrado acreditar la recurrente que Dña. Carmen no hubiere cumplido la obligación de atención y asistencia que el testador le impuso con relación tanto a su mujer, como su persona, hasta el fallecimiento. No existe en las actuaciones, revisado el material probatorio y con especial atención a las prolijas y extensas declaraciones que resultan del visionado del juicio, prueba certera, concluyente y plena que asevere el incumplimiento del deber de atención y asistencia impuesta a la heredera Dña. Carmen.

Las declaraciones testificales no resultan concluyentes al respecto. Toda vez que mientras los testigos de la demandante, hermana del finado, afirman que D. Jesús Manuel tras la muerte de su esposa presentaba un aspecto absolutamente descuidado, desaliñado, abandonado e ingería alcohol, los testigos que adhirieron a instancia de la heredera afirman lo contrario. Destacar que ninguno de dichos testigos pertenece al círculo familiar o de amistad de Dña. Rita, de nacionalidad rusa, dato éste de extrema relevancia. Por contrario, declararon a su instancia los profesionales con los que D. Jesús Manuel trató durante su vida la gestión de sus negocios, Sr. Pons Coll, letrado, Sr. Teodoro, arquitecto técnico y Sr. Adolfo, administrador de fincas, los cuales afirmaron con rotundidad que el extinto presentaba un aspecto correcto, el "normal de siempre". En igual sentido se manifestaron otros dos testigos que frecuentaban con el causante desde hacía muchos años: Sr. Ignacio y Sr. Roman. Inclusive declaró una señora con la que ni el causante ni Dña. Rita tenían relación ninguna Sra. Manuela, enfermera de profesión, que cuidaba de su esposo mientras permaneció ingresado en la misma habitación del hospital donde estuvo ingresado el Sr. Jesús Manuel, quien afirmó que la Sra. Rita proporcionaba al causante una atención exquisita y asistencia extrema y permanente.

Ninguna luz arroja en relación a la obligación de asistencia y **cuidado**, las diligencias penales en su día abiertas a raíz del óbito del causante. Tan sólo destacar que se dictó Auto en fecha 25 de Julio de 2007 por el que se acordaba el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones al no haberse aseverado, tras la práctica de las oportunas pruebas, indicio alguno de violencia, auto que si bien resultó recurrido en apelación por Dña. Fidela en octubre de dicho año 2007, se desconoce el estado actual en que se encuentra. Irrelevantes resultan dichas diligencias cuando ningún indicio de criminalidad se desprende de las mismas, sino todo al contrario, el archivo provisional, al no justificarse la comisión de delito alguno.

Inclusive consta incorporado a las actuaciones la relación de todas las visitas médicas a las que asistió el causante hasta fechas próximas al desgraciado y trágico accidente (enero 2007), de las que resulta el seguimiento extenso, con revisiones y análisis periódicos, que cumplía el causante. La propia hermana Dña. Fidela reconoció en el acta de la vista que D. Jesús Manuel acababa de pasar pruebas de preoperatorio para ser sometido a una artroscopia de rodilla.

La voluntad persistente y reiterada del causante (D. Jesús Manuel) de favorecer e instituir como heredera a Dña. Rita inclusive aún en vida de su querida esposa deviene irrefutable, a tenor de los **testamentos** abiertos otorgados en fechas 22-09-2004, 18-11-2004 y finalmente el último de todos ellos el 15 de Abril de 2005. La voluntad del causante, firme, consciente, reiterada, patentizada y manifestada hasta en tres ocasiones, inclusive con el extremo de suprimir en el último de sus **testamentos**, el único medio de comprobación o justificación del cumplimiento de la "obligación" impuesta a Dña. Rita, deviene irrefutable por todo lo hasta aquí dicho.

Por todo ello, el motivo de apelación debe perecer.

TERCERO.- Examinaremos a continuación, el motivo que combate la condena dineraria impuesta en favor de la heredera Dña. Rita, concretamente el reintegro de los 242.000 euros, como base líquida o peculio del causante. Ninguno de los otros pronunciamientos objeto de demanda reconvenzional han resultado contradichos ni recurridos.

No se discute ni cuestiona la titularidad de dicho peculio como propiedad del causante. Más la recurrente entiende, de un lado, que se modificó el petitum de la demanda reconvenzional en el acto de Audiencia Previa, de otro, la reproducción en el presente procedimiento de la rendición de cuentas tramitado ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de los de Terrassa.

En cuanto a la pretendida "modificación" del petitum reconvenzional no puede tener por respuesta la acogida. No existió en el acto de Audiencia Previa una modificación sustancial de la pretensión dineraria contenida en la reconvección sino una puntualización o precisión, a tenor del procedimiento de expediente de incapacitación y nombramiento de tutor provisional, respectivamente números 359/07 y 539/07 seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de los de Terrassa.

Dña. Rita es la heredera de D. Jesús Manuel, y como tal quien debe disfrutar de todos los bienes que tenía el causante a la fecha de su fallecimiento (27 de mayo 2007). El patrimonio dinerario del causante ascendía



a 244.000 euros. La liquidez de la cuantía reclamada deviene así incuestionable. No obstante resulta que ocurrido el desgraciado accidente se instó por Dña. Fidela expediente de incapacitación de su hermano D. Jesús Manuel , dictándose en fecha 2 de Mayo de 2007, en la oportuna pieza separada de medidas cautelares, Auto en cuya virtud se designó a Dña. Fidela como tutora provisional de D. Jesús Manuel . Acaecido el fatal desenlace, (óbito del presunto incapaz) se acordó el archivo del procedimiento de incapacitación, presentando Dña. Fidela , tutora provisional, inventario y rendición de cuentas, que fue aprobado en virtud de Auto de 3 de Febrero de 2009. Dicho Auto, a tenor de la documental incorporada y admitida junto al Recurso de Apelación, consta ha sido recurrida en apelación por la representación procesal de Dña. Rita , hallándose pendiente de resolución.

Pues bien, la cantidad que debe devolver Dña. Fidela a Dña. Rita es la que existía a la fecha de fallecer el causante en las cuentas de su titularidad, de importe 242.000 euros, a tenor de la documental nº 33 y 35 de la contestación a la demanda. Si bien de dicha cantidad deberá detrarse la suma que se fije como gastada en la administración de los bienes del presunto incapaz por parte de la tutora provisional. Ninguna modificación sustancial ni en modo alguno indefensión se ha podido ocasionar a la recurrente.

No se trata de reproducir en los presentes autos el procedimiento de rendición de cuentas seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Terrassa. No procede aquí juzgar ni aprobar las cuentas del tutor sino tan sólo reintegrar las sumas que componían el caudal relicto. Pero ahora bien, eso sí, debiendo detrarse la cantidad que resulte a favor de la tutora provisional como gastos justificados en tal condición. Más de ello no se deriva en modo alguno que las cantidades que integraban el caudal relicto a la fecha de producirse el óbito no eran líquidas ni exigibles, sino que la deuda a compensar derivada de su actuación como tutora provisional era ilíquida y se hallaba pendiente de aprobación judicial firme. Por ello, la suma a devolver será la que resulte de detrarse a los 242.000 euros que integraban el causal relicto dinerario aquellas cantidades que se justifiquen derivadas de la administración desarrollada por Dña. Fidela mientras ejerció como tutora provisional de D. Jesús Manuel .

El motivo se acoge en los términos referidos.

CUARTO.- Por último examinaremos el motivo relativo a las costas de la instancia derivado de la falta de legitimación de los sustitutos vulgares. Pues entiende la recurrente que no debe hacerse una expresa imposición en relación s los mismos, dada su falta de conocimiento de la realidad de la aceptación de la herencia por parte de la codemandada Dña. Rita .

Varias son las razones para su desestimación. En primer lugar, consta en la propia demanda el conocimiento expreso de la actora sobre la aceptación de la herencia de la Sra. Rita (vid pags. 28 y 29 de la demanda): "...Por las informaciones que le han llegado parece ser que ha aceptado notarialmente la herencia del Sr. Jesús Manuel conforme a su último **testamento** de 15 de Abril de 2005...". En segundo lugar, ha continuado con la tramitación de todo el juicio contra los sustitutos vulgares, tras tener conocimiento expreso de la Escritura Notarial de Aceptación de Herencia, acompañada como documento número 2 de la contestación a la demanda. La voluntad explícita de la actora de continuar con la tramitación del juicio contra los sustitutos vulgares resulta incuestionable. No puede ahora pretender se le exima de la imposición de las costas al resultar aquéllos absueltos dada su persistente voluntad tanto de iniciar el procedimiento contra aquéllos como mantenerla en idéntica posición (como codemandados) a lo largo de la litis.

No concurriendo dudas fácticas, ni por supuesto jurídicas, que hiciesen aconsejable en dicho extremo la mitigación del principio general del vencimiento objetivo que proclama el artículo 394.1 LEC, es por lo que procede desestimar el motivo.

QUINTO.- En cuanto a las costas de la presente alzada no procede verificar un especial pronunciamiento al haber sido en parte estimado el recurso de apelación.

Se mantienen las causadas en la instancia, inclusive las de la reconvención, toda vez que ha existido una estimación sustancial de las pretensiones allí formuladas. Puesto que la reconvención fue presentada en fecha 6-02-2008, y si bien constaba instado el procedimiento de incapacitación y la medida cautelar de tutoría provisional en favor de la hermana, la Sra. Rita no tuvo ninguna intervención en aquellos autos, sino hasta después de dictado el Auto de fecha 3-02-2009 en cuya virtud se aprobó de modo definitivo el Inventario y Rendición de Cuentas de la tutora, tal y como resulta de la propia documentación que incorpora la recurrente junto con su recurso de apelación. Y además la dirección letrada de Dña. Rita , en el acto de Audiencia Previa matizó y especificó en cuanto a la suma pecuniaria que reclamaba que esta era la resultante de restar al dinero que tenía el incapaz (causante) los gastos que resultasen acreditados de la administración de sus bienes por parte de la tutora. Ha existido en razón a todo lo expuesto una estimación sustancial de las pretensiones de la reconvención.



En base a lo expuesto,

## FALLAMOS

Que, ESTIMANDO en parte el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup>. Fidela contra la Sentencia dictada en fecha 25 de Febrero de 2009 por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 1 de Terrassa en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos REVOCAR y REVOCAMOS en parte la misma en el único y exclusivo sentido de que la cantidad a entregar por la Sra. Fidela a D<sup>ña</sup>. Rita será la que resulte de descontar o detraer de la suma de 242.000 euros( que conforme al haber dinerario del causante) aquella cantidad que se fije como imputable al peculio del causante (presunto incapaz), por razón del cargo de tutora provisional desempeñado por D<sup>ña</sup>. Fidela ; todo ello sin hacer expresa declaración de las costas causadas en la presente alzada.

Se mantienen los restantes pronunciamientos de la instancia.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

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

PUBLICACIÓN.- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.