



Roj: **SAP OU 148/2011 - ECLI: ES:APOU:2011:148**

Id Cendoj: **32054370012011100088**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **04/03/2011**

Nº de Recurso: **339/2010**

Nº de Resolución: **89/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSEFA OTERO SEIVANE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

### **OURENSE**

SENTENCIA: 00089/2011

### **APELACIÓN CIVIL**

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por los Señores, don Fernando Alañón Olmedo, Presidente, doña Ángela Irene Domínguez Viguera Fernández, y doña Josefa Otero Seivane, Magistrados, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la

siguiente

### **SENTENCIA NÚM. 89**

En la ciudad de Ourense a cuatro de marzo de dos mil once.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de **juicio ordinario 217/07** procedentes del **Juzgado de 1ª Instancia 4 de Ourense, rollo de apelación 339/10**, entre partes, como apelantes, Dª Felicísima y D. Ruperto, representados por la procuradora Dª Mª Gloria Sánchez Izquierdo, bajo la dirección del letrado D. Francisco Conde Fernández, y, como apelada, Dª **Macarena**, representada por la procuradora Dª Rosario Outeiriño Míguez, bajo la dirección del abogado D. Manuel Conde Conde.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dª. Josefa Otero Seivane.

## **I - ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de 1ª Instancia 4 de Ourense dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 22 de febrero de 2010, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Sánchez Izquierdo en nombre y representación de Dª Felicísima y D. Ruperto, contra Dª Macarena, declarando no haber lugar a la misma.- Con imposición de las costas causadas en el presente procedimiento a la parte actora."

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, la representación procesal de D. Felicísima y D. Ruperto interpuso recurso de apelación en ambos efectos, y, seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

**TERCERO.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

## **II - FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Don Ángel, padre de los actores, otorgó **testamento** el 20 de junio de 2006 en cuya virtud deshereda a su esposa, lega a sus hijos ahora accionantes la legítima que les corresponde e instituye heredera a la



demandada doña Macarena "con la condición, que se considera cumplida salvo prueba en contrario, de cuidar al testador, proporcionándole cuanto sea preciso para su sustento, habitación, vestido, asistencia médica y farmacéutica hasta su fallecimiento". Al tiempo del otorgamiento el testador contaba 76 años de edad y su estado de salud era delicado, en sus antecedentes personales, recogidos en el informe elaborado por el doctor Casiano , propuesto como testigo-perito por la parte actora, consta diabetes mellitus, linfoma no-hodgkin, cardiopatía isquémica, prótesis de cadera derecha, prótesis biológica de válvula aórtica por estenosis aórtica, endocarditis posterior, sustitución de válvula por bioprótesis y transfundido en varias ocasiones. El tres de julio de 2006 ingresó en el complejo hospitalario de Ourense donde permaneció hasta su fallecimiento el 12 del mismo mes.

En la presente litis los hijos de Don Ángel solicitan la nulidad de la institución de heredero efectuada en el indicado **testamento** por incumplimiento de la condición impuesta por el testador. La sentencia de instancia rechaza la pretensión. Frente a ella se alzan los actores a fin de que se proceda a su revocación y estimación de la demanda, formulando la parte contraria el oportuno escrito de oposición.

**SEGUNDO.** - No se desconoce la dificultad que plantea la calificación jurídica de cláusulas análogas a la aquí controvertida por las que se supedita la institución de heredero u otra disposición testamentaria al cumplimiento de determinadas obligaciones o eventos, bien como condición, bien como carga modal y en el primer supuesto su naturaleza suspensiva o resolutoria. En el presente caso ha de partirse de que nos encontramos ante una institución de heredero bajo condición suspensiva, porque así lo establece la sentencia discutida, en pronunciamiento no cuestionado, atendiendo a la literalidad de la cláusula, a la que ha de estarse como modo de interpretación preferente acerca de la voluntad del testador (artículo 675 CC). Como en el supuesto contemplado en la STS de 9 de mayo de 1990, invocada en el recurso, se trata de una condición suspensiva, porque impide adquirir el derecho si no se cumple; consiste en hechos pasados, puesto que han de existir antes de la muerte del causante; y es potestativa, en cuanto su cumplimiento depende de la voluntad del favorecido y del testador como receptor de los cuidados.

El código civil permite las disposiciones testamentarias bajo condición en su artículo 790. Si bien no contempla expresamente las suspensivas, nada impide su admisibilidad al amparo de la autonomía de la voluntad del testador siendo de aplicación, a falta de disposiciones expresas, las reglas sobre obligaciones condicionales por remisión del artículo 791 CC. En caso de vecindad civil gallega, la ley 2/2006 de 14 de junio de derecho civil de Galicia, cuya entrada en vigor se produjo con posterioridad al **testamento** declara ya en su artículo 204 la validez de las disposición hechas "bajo la condición de cuidar y asistir al testador, sus ascendientes, descendientes o cónyuge".

**TERCERO.** - Es un hecho indiscutido que al tiempo del **testamento** el Sr. Ángel gozaba de plenas facultades mentales, como así lo apreció el notario autorizante. La fórmula utilizada de considerar cumplida la condición "salvo prueba en contrario", es expresiva, atendida la plena capacidad del testador y su convivencia con la demandada en el domicilio del primero (así lo recoge el propio **testamento**), de que hasta entonces la actuación de la segunda fue correcta en lo que al cuidado del mismo se refiere y de la voluntad del testador de partir de una presunción de cumplimiento inatacable de no demostrarse lo contrario, de ahí que no pueda sino compartirse el criterio de la sentencia apelada en el sentido de que el único período temporal a considerar a efectos de determinar posible incumplimiento de la condición, como viene a reconocerse en el recurso, es el transcurrido desde la fecha del **testamento** -20 de junio de 2006- hasta el que fue último ingreso del testador en un centro hospitalario -3 de julio de 2006- donde permaneció hasta su fallecimiento el 11 del mismo mes. Con tal planteamiento, resultan irrelevantes a los efectos decisorios los hechos que se relacionan en el recurso relativos al poco tiempo transcurrido desde que la demandada conoció al Sr. Ruperto hasta el otorgamiento del **testamento** o las relaciones anteriores del mismo con su familia o cuidados que éstos pudieran haberle proporcionado.

La voluntad del testador, ley de la sucesión, fue designar heredera a la demandada con objeto de asegurarse los cuidados futuros que pudiera precisar en los diferentes órdenes materiales de la vida, sin sujetar la obligación de cuidado a un plazo determinado, extremo éste de singular importancia porque, no obstante el poco tiempo transcurrido desde el **testamento** hasta el fallecimiento, la ausencia de prueba sobre el incumplimiento de la condición determina que haya de considerarse cumplida en virtud de la presunción querida por el propio testador.

En la demanda se liga el incumplimiento en exclusiva a la desatención médica y farmacéutica por no proporcionar al fallecido la medicación prescrita. La prueba practicada sobre el particular, al margen de la historia clínica, se reduce al testimonio del antes aludido Don Casiano , según el cual aquel dejó de tomar un medicamento prescrito para sus padecimientos (clorambucil) aunque indicó también la escasa probabilidad de que ello fuese causa única del fatal desenlace. En cualquier caso, ha de insistirse en la plena capacidad de obrar del Sr. Ángel y su consiguiente libertad de decisión en cuánto a los medicamentos a tomar, con



la consiguiente imposibilidad de suplir su voluntad en caso de negativa o resistencia al tratamiento pautado. Según la demandada sostuvo en su interrogatorio el fallecido le indicó que una de las pastillas, la que guardaba en la nevera, al parecer clorambucil, se la había retirado el médico.

**CUARTO.-** En cuánto a los cuidados de sustento, habitación y vestido, nada se dice en la demanda sobre el particular, como antes se indicó centrada en la falta de asistencia médica y farmacéutica, lo que sería bastante para el rechazo de las alegaciones vertidas en el recurso sobre el particular porque sabido es que en nuestro derecho la apelación no constituye un nuevo juicio ni permite al tribunal "ad quem" decidir temas no planteados ante el Órgano de instancia en tiempo y forma, esto es, en la demanda, contestación y, en su caso, reconvenición y contestación a la misma cuyos términos son los que delimitan el objeto del proceso, a salvo las alegaciones complementarias sobre hechos no esenciales provocadas por los términos de la contestación (artículos 411, 412 y 426 LEC), configuración de la apelación plasmada en el artículo 456 LEC ("en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, *con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia...*").

Con independencia de lo anterior, la prueba practicada no permite llegar a conclusión distinta a la mantenida en la sentencia apelada. La demandada convivía con el testador, lo dice el **testamento** y lo ratifica la testigo propuesta por la demandada que también refiere los cuidados proporcionados por ésta y su asistencia al centro hospitalario mientras que los testigos propuestos de adverso no concretan acto alguno del que pudiera derivarse un incumplimiento de tales cuidados, sus testimonios son vagos e imprecisos hasta el punto de que todos ellos afirmaron desconocer si en los últimos meses le cuidaba persona extraña a la familia, admitiendo no obstante Doña Flor conocer a la demandada de verla en las escaleras y el yerno del fallecido haber coincidido con ella una vez en el domicilio de su suegro y otra en el hospital. Los episodios relatados por la Sra. Flor sobre la presencia en la vía pública a las cinco de la mañana del fallecido, sólo, de manga corta y en invierno son anteriores al período a considerar (alude a dos o tres meses antes del fallecimiento) y ni siquiera consta la presencia entonces de la demandada en la vivienda.

El hecho de que el Sr. Ángel costease su alimentación o vestido o fuese el propietario de la vivienda no implica incumplimiento, las condiciones son las mismas que concurrían al tiempo del **testamento** y, por tanto, fueron asumidas y aceptadas por el testador, lo cual revela que su deseo era procurarse las ayudas y cuidados que necesitaba, consciente de sus padecimientos físicos, mas allá de la asistencia económica que no precisaba, siendo su voluntad regla prioritaria en la materia. La disposición cuestionada alude a proporcionar "cuanto sea preciso", expresión no identificable con el abono de los gastos derivados de alimentación, vivienda, vestido o asistencia médica al ser comprensiva de otras prestaciones inherentes a las necesidades vitales como la realización de los trabajos propios de la casa o cuidados físicos.

Las sentencias invocadas en el recurso no obstan al criterio aquí acogido. La STS de 9 de mayo de 1990 precisamente mantiene el cumplimiento de la condición impuesta por la abuela testadora a un nieto y rechaza la nulidad de la disposición a favor de éste basándose en que cuidó a aquella cuando le fue permitido. La SAP de A Coruña de 25 de febrero de 2002 y la SAP de Pontevedra de 7 de noviembre de 2006 contemplan supuestos claros de incumplimiento de la condición impuesta, en el primero mediaron horas desde el **testamento** hasta la muerte del causante sin que llegaran a prestarse cuidados mientras que en el segundo el testador fue cuidado por personas distintas a la designada.

**QUINTO.** - Procede imponer las costas de la alzada a la parte apelante en virtud de lo dispuesto en el artículo 398 LEC.

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

#### **FALLO:**

No ha lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Felicísima y D. Ruperto, contra la sentencia dictada el 22 de febrero de 2010 por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia 4 de Ourense, en autos de juicio ordinario 217/07, rollo de apelación 339/10, resolución que se mantiene en sus propios términos, con imposición a la apelante de las costas del recurso.

Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas interponer, **en su caso**, el recurso extraordinario por infracción procesal y/o el recurso de casación, en el plazo de cinco días para ante esta Audiencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.