



Roj: **STSJ GAL 5265/2011** - ECLI: **ES:TSJGAL:2011:5265**

Id Cendoj: **15030310012011100025**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **16/05/2011**

Nº de Recurso: **44/2010**

Nº de Resolución: **14/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PABLO ANGEL SANDE GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 1554/2010,**  
**STSJ GAL 5265/2011**

**T.S.J.GALICIA SALA CIV/PE**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00014/2011**

**tribunal superior de justicia de galicia**

A Coruña, dieciséis de mayo de dos mil once, la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, constituida por los

Ilmos. Sres. magistrados don Juan José Reigosa González, don Pablo A. Sande García y don José Antonio Ballester Pascual,

dictó

**en nombre del rey**

la siguiente

**s e n t e n c i a número 14**

En el recurso de casación **44/2010** interpuesto por don Franco , representado por la procuradora doña Ana Tejelo Núñez y asistido por el letrado don Paulino Pérez Riveiro, y en el que es parte recurrida don Lucas y

otros, representada por el procurador don José Manuel del Río Sánchez y asistida por la letrada doña Celia Balboa Guerra, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña con fecha de 4 de junio de 2010 (rollo de apelación número 338 de 2009 ), como consecuencia de los autos del juicio de división de herencia número 293 de 2003, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Corcubión, sobre oposición a adjudicación del tercio de mejora y la mitad del de libre disposición efectuada en cuaderno particional por contadora partidora.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO: 1.** La procuradora doña Belén Borrero Castro, en nombre y representación de doña María Esther (sucedida procesalmente por sus hijos Baldomero , Donato y Lucas ) y doña Estibaliz , actuando esta última en su propio nombre y en el de doña Marta , mediante escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia de Corcubión, formuló, el 3 de diciembre de 2003, solicitud de división judicial de herencia de don Matías y doña Amanda .

En dicha solicitud, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho habidos por convenientes, termina solicitando que *se proceda a la formación del correspondiente inventario, mandando luego convocar a Junta*



a los interesados, citándolos en la forma establecida en el artículo 783.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y siguiendo el procedimiento para la división de dichas herencias en la forma en que determina el mencionado artículo y siguientes de la mencionada Ley.

2. Admitida la solicitud por medio de auto dictado el siguiente día 26, se señaló para la formación de inventario el 12 de febrero de 2004, para lo que se citó en concepto de interesado a don Franco . Tras la conformación del inventario de bienes, se procedió a dar traslado de las actuaciones al perito y contador partidario, quienes cumplieron su cometido legal aportando respectivamente el informe de valoración de los bienes y el consiguiente cuaderno particional, respecto del que, habiéndose dado traslado a las partes, se formula oposición al mismo por la procuradora señora Borrero Castro, lo que motivó la convocatoria de las partes a una comparecencia con el fin de lograr un acuerdo que, a la postre, resultó imposible, por lo que inmediatamente se siguieron los trámites del juicio verbal para la proposición y práctica de las pruebas pertinentes.

3. El Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Corcubión dictó sentencia con fecha de 28 de enero de 2009 , cuyo fallo, aclarado mediante auto del siguiente 5 de marzo es como sigue:

*Desestimando totalmente la demanda de oposición al cuaderno particional de fecha 18 de junio de 2008 obrante en autos apruebo el mismo en su integridad debiendo darse cumplimiento a lo en él dispuesto y a lo dispuesto en el artículo 788 de la LEC ; con imposición de costas a la demandante.*

**SEGUNDO:** La representación de los demandantes interpuso recurso de apelación y una vez tramitada la alzada, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña dictó sentencia con fecha de 4 de junio de 2010 , que en su parte dispositiva dice:

*Con estimación del recurso de apelación interpuesto, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Corcubión, y, en su lugar, dictamos otra por virtud de la cual declaramos que no procede aprobar el cuaderno particional elaborado por la contadora partidaria, debiéndose realizar otro nuevo, teniendo en consideración como heredera mejorada, de conformidad con la disposición testamentaria de los causantes, a su hija doña Estibaliz , con expresa imposición de las costas procesales causadas en primera instancia a la parte demandada; y sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas del recurso.*

**TERCERO: 1.** La representación de don Franco presentó escrito el 24 de junio de 2010 en el que manifestaba su propósito de interponer recurso de casación en esta Sala contra la sentencia dictada el anterior día 4 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña. Esta, por providencia de fecha 28 de septiembre, tuvo por preparado el recurso de casación y concedió a la parte recurrente el plazo de veinte días hábiles para su interposición.

2. La procuradora doña Ana Tejelo Núñez, en nombre y representación de don Franco , mediante escrito presentado en dicha Sección el 18 de octubre, interpuso recurso de casación contra la indicada sentencia, y por providencia del siguiente día 28, la Audiencia tuvo por interpuesto el recurso de casación y acordó remitir los autos a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, ante la que emplazó a las partes por el plazo de treinta días.

**CUARTO:** Recibidos los autos en este Tribunal y personadas ante el mismo las partes, así como una vez pasadas las actuaciones al Magistrado Ponente, la Sala dictó auto con fecha de 2 de diciembre de 2010 por el que acordó admitir a trámite el recurso de casación. En nombre y representación de doña Estibaliz y otros, el procurador don José Manuel del Río Sánchez formalizó escrito de impugnación del recurso el 7 de enero de 2011.

La Sala, por providencia de 25 de enero de 2011, señaló día, el pasado 22 de marzo, para la celebración de vista.

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Pablo A. Sande García.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** El perfil del caso al que nos enfrentamos en casación viene dado por el relato histórico que a continuación plasmamos, construido a partir de los hechos probados contenidos en las sentencias de instancia y del examen de las actuaciones efectuado por la Sala:

1. Don Matías , labrador, natural y vecino del lugar de Castelo, parroquia de Ozón (Muxía), otorgó testamento abierto notarial el 11 de febrero de 1962. Según su cláusula primera instituye herederos a sus cuatro hijos ( Franco , Estibaliz , Marta y María Esther), los cuales sucederán en su herencia en la siguiente forma:

A) Adjudica el tercio de mejora y la mitad del tercio de libre disposición, al hijo o hija que case en **casa**, o, no casando ninguno, este con el testador o su esposa, viviendo en su compañía y cuidándolos y asistiéndolos conforme a costumbre al fallecimiento del último de los mismos, con preferencia en este caso del varón, y, entre las hijas, de la mayor.

B) Adjudica el remanente de la herencia a sus cuatro hijos citados por iguales partes.

Según la cláusula segunda del testamento si alguno de los hijos no pudiese o no quisiese suceder y tuviese descendientes legítimos, éstos le sustituirán en todos sus derechos.

Es deseo del testador, dice la cláusula tercera, que si su esposa le sobrevive, tenga el usufructo vitalicio ... de toda su herencia ... y si alguno de sus hijos se opusiere a ello, quedará reducido el que tal haga a su legítima estricta, cumpliéndose lo prevenido en el artículo ochocientos veinte del Código Civil.

2. Doña Amanda, esposa de don Matías, y también labradora, natural y vecina del lugar de Castelo, parroquia de Ozón (Muxía), a su vez otorgó testamento abierto notarial el mismo día 11 de febrero de 1962 con idénticas cláusulas.

3. Don Matías falleció en Castelo a los 76 años de edad el 15 de septiembre de 1979, y doña Amanda en A Coruña el 26 de octubre de 2000 a los 88 años de edad.

4. El hijo Franco nunca salió de la **casa** familiar. Fue el único hijo que permaneció en la **casa** petrucial, llamada Corredoira, cooperando con los padres en el sostenimiento de la misma, con dedicación plena y exclusiva a la explotación agraria, único sostén de la **casa** petrucial, fuente de ingresos de la familia en su conjunto.

5. Doña Amanda vivió desde el año 1989 y hasta que falleció con su hija Estibaliz en A Coruña. Dejó la **casa** petrucial después de haber padecido un ictus cerebral (con secuelas físicas). Nunca cambió la titularidad de las cuentas bancarias que compartía con su hijo Franco. Durante los fines de semana y los periodos vacacionales de los que disfrutaba Estibaliz por su condición de docente, ambas, madre e hija, solían venir a la **casa** petrucial, donde eran acogidas por Franco.

6. El 15 de julio de 2002 los cuatro hermanos, reunidos y de común acuerdo, autorizan a Estibaliz a *rehabilitar y utilizar libremente las siguientes propiedades*:

1) **Casa** situada en Castelo, denominada DIRECCION000.

2) Hórreo anexo a la **casa** DIRECCION000, citada anteriormente.

3) Galpón o alpendre, denominado da Sacaneta.

*Estas propiedades herencia de sus difuntos padres, se encuentran en estado ruinoso, valorándose en estos momentos, a los efectos de su cómputo en el reparto definitivo de bienes, en 3.000 euros.*

*Estas propiedades con la valoración especificada, pasarán a propiedad definitiva de Estibaliz, en el momento del reparto de bienes.*

*Asimismo acuerdan que la huerta anexa al hórreo y a la **casa** denominada DIRECCION000, pase en el reparto de bienes a propiedad de Estibaliz, fijándose su valoración, de acuerdo con la extensión y criterios fijados para el resto de propiedades a repartir.*

7. Don Franco falleció, soltero, el 7 de mayo de 2003, a los 60 años. Había tenido un hijo, nacido el 24 de abril de 1971, al que por sentencia de 28 de octubre de 1974, en la que se le condenó por estupro, fue obligado a reconocer.

8. Las tres hermanas (María Esther, Estibaliz y Marta) presentaron solicitud de división judicial de la herencia de sus padres (don Matías y doña Amanda) el 3 de diciembre de 2003.

9. Tanto en el inventario de los bienes de los causantes presentado por dichas hermanas como en el formulado por el hijo del fallecido hermano Franco figura la **casa** petrucial (Corredoira) como bien privativo de don Matías.

10. En el cuaderno particional confeccionado por la contadora partidora se atribuye el tercio de mejora y la mitad del de libre disposición de las herencias de los causantes al hijo Franco, "de quien no se cuestiona que vivió en la **casa** petrucial y mantenido el patrimonio familiar en régimen de comunidad de compañía familiar gallega hasta su fallecimiento acaecido con posterioridad a sendos causantes. La circunstancia de que la testadora haya vivido en los últimos años de su vida con su hija Estibaliz en el domicilio de ésta en A Coruña, no significa por sí sola que el hijo Franco haya incumplido la condición testamentaria, salvo declaración en contrario que compete a los Tribunales de justicia".



11. La contadora partidora adjudica a Franco , entre otros bienes, la **casa** petrucial Corredoira, y a Estibaliz , también entre otros bienes, la **casa** llamada DIRECCION000 , por así "acordarlo todos los herederos en documento privado de 15 de julio de 2002".

12. La representación procesal de Estibaliz se opuso al cuaderno particional por lo que hace a la adjudicación del tercio de mejora y la mitad del de libre disposición a favor de su fallecido hermano Franco .

**SEGUNDO:** La sentencia del juzgado desestima la demanda de oposición al cuaderno particional y, al tiempo, lo aprueba. El juzgador de primera instancia subraya de entrada que la contienda se limita a una cuestión de mera interpretación testamentaria y al hecho de haber decidido la partidora la adjudicación de la mejora a favor del hijo Franco . Lo que pide la actora, Estibaliz , es que el lote adjudicado a Franco le sea adjudicado a ella ya que fue ella y no su hermano la que cumplió la condición impuesta por sus padres los causantes en sus respectivos testamentos.

A partir de la literalidad de las cláusulas testamentarias en que se atribuye la controvertida mejora, el juzgador entiende que ésta se somete a una doble condición alternativa: el mejorado será el que "case para **casa**" o, en su defecto, el que esté en compañía de los testadores y los cuide hasta el fin de sus días, "conforme a costumbre". Claro que determinar cuál era la voluntad real de los causantes a la hora de establecer tal condición pasa necesariamente por precisar el sentido de la expresión "**casar para casa**", lo que para el juzgador no ofrece duda: interpretar la expresión "**casar para casa**" en el sentido literal de contraer matrimonio resulta, a su juicio, ciertamente insuficiente para inferir la voluntad real de los causantes. "**Casar para casa**", en el contexto del ámbito rural gallego en el que nos encontramos, máxime en la fecha en que se otorgaron los testamentos, conllevaría dos componentes principales: el primero, permanencia en el hogar familiar "a mesa y mantel" con el petrucio y su esposa, con el fin último de garantizar la unidad y viabilidad futura de la "**casa**" como explotación agrícola y , en segundo lugar, la obligación, inherente al componente anterior, de cuidar y asistir a los padres hasta su muerte. Llevados a cabo ambos componentes o requisitos podríamos estimar cumplida la condición testamentaria aunque no se contraiga matrimonio, y en apoyo decisivo de esta tesis refiere el juzgador la STSJG 38/2002, de 9 de noviembre .

Así precisado en la sentencia del Juzgado el alcance de la expresión "**casar para casa**", el análisis de la prueba practicada que efectúa el señor juez de primera instancia le conduce a concluir que el hijo Franco sí que cumplió con la condición impuesta: por un lado, convivió en la **casa** petrucial en compañía de los padres y contribuyó con su trabajo y dedicación plena y exclusiva al mantenimiento de la unidad y viabilidad futura de la misma, centro neurálgico de la explotación agraria y única fuente de ingresos de la familia; y por otro lado, extremo este que es el verdaderamente discutido, prestó a los causantes la asistencia y cuidado "de costumbre" hasta el fallecimiento del último de ellos: no hubo un rechazo frontal por parte de Franco al cuidado y atención de su madre a raíz de sufrir ésta un ictus cerebral que le llevó a dejar la **casa** petrucial en la que hasta entonces había convivido con su marido y su hijo Franco para vivir con su hija Estibaliz en A Coruña hasta su fallecimiento once años después, sino más bien sucedió que todos los hermanos consensuaron que su madre estaría sin duda mejor cuidada y atendida en A Coruña con Estibaliz -tal y como ella misma manifestó expresamente a sus hijos- que en la **casa** petrucial con Franco , puesto que en A Coruña disponía de mejores medios para la atención de su frágil estado de salud y además Estibaliz contaba con el apoyo de su hermana Esther, residente en la cercana Betanzos. Es más: Amanda , madre de los litigantes, a quien el ictus afectó especialmente a su estado físico, pero no a sus facultades psíquicas, es indudable que no otorgó testamento mejorando a Estibaliz , ni cambió la titularidad de las cuentas bancarias que compartía con Franco , y, en fin, durante los fines de semana y los periodos vacacionales de los que disfrutaba Estibaliz , junto con ésta solía venir a la **casa** petrucial en la que eran acogidas por Franco , el cual transfería con exacta periodicidad mensual ciertas cantidades de dinero a su hermana Estibaliz con la finalidad de contribuir al sostenimiento de su madre.

Por último, resalta el juzgador de primera instancia lo significativo que resulta el que tres años después de la muerte de doña Amanda , los cuatro hermanos acordaran ceder a Estibaliz la conocida como "**casa** de DIRECCION000 " con sus anejos para que pudiera reformarla, lo que constituiría un indicio más para estimar que ya entonces todos los hermanos respetaban y tenían por admitido el hecho de que la **casa** petrucial (llamada "Corredoira") y, consiguientemente, la mejora aludida en las disposiciones testamentarias de sus progenitores, había de corresponder a su hermano Franco ; como significativo también resulta que si se admitiese que el contraer matrimonio fuese condición esencial exigible por la voluntad de los causantes, no se comprendería que tras haber sido Franco condenado por estupro en el año 1974, precisamente por no haber contraído matrimonio, ninguno de sus progenitores variase un ápice su testamento y siguiesen admitiendo a su hijo y conviviendo con él hasta su muerte, en el caso del padre, y quince años más después de aquella condena, en el caso de la madre.



**TERCERO:** La sentencia de la Audiencia revoca la del Juzgado y declara que no procede aprobar el cuaderno particional elaborado por la contadora partidora, sino realizar otro nuevo teniendo en consideración como heredera mejorada a la hija de los causantes Estibaliz .

El órgano de apelación admite que el hijo Franco se mantuvo en todo momento al frente de la explotación agrícola en la "casa" donde vivió hasta su muerte, pero, ello no obstante "y por muy laxo" que se pueda estimar "el hecho de contraer matrimonio por el sucesor del petrucio", concluye que "quien realmente cumplió la condición alternativa de la disposición de mejora testamentaria" fue la hija Estibaliz , quien en su domicilio de A Coruña "de forma exclusiva se hizo cargo" de su madre durante los últimos años de su vida y a raíz de "los importantes padecimientos que sufría, aún cuando pasasen fines de semana o periodos de vacaciones en la casa de Muxía. Sostiene la Audiencia que fue Estibaliz la que cuidó a su madre "cuando realmente lo necesitaba, durante unos once largos años, viviendo en su compañía y asistiéndola en todo momento hasta su fallecimiento".

No acepta la Audiencia que Franco contribuyese económicamente a la manutención de su madre toda vez que las transferencias bancarias que efectuó "no puede afirmarse con rotundidad que excediesen de la pensión de jubilación" que percibía doña Amanda , y considera la sentencia de apelación que no se infringe la doctrina de los actos propios por mor de que los cuatro hermanos, unos tres años después de la muerte del último de los causantes (doña Amanda ), "autorizasen" a Estibaliz en documento privado a rehabilitar y utilizar la casa de DIRECCION000 "por cuanto de ello no se reconoce ni puede deducirse el reconocimiento que se pretende" de que Estibaliz no era la hija mejorada.

La Audiencia entiende, además, que el caso enjuiciado se diferencia del resuelto en la STSJG 38/2002, de 9 de noviembre , en la medida en que en el actual la condición de casar para casa "se estableció de forma principal y contundente por los testadores" no pudiendo ahora concebirse el "casar para casa" como "el mero dato de estar al frente de los trabajos de la explotación agraria uno de los hijos", y sí, en los términos de la LDCG/2006, como el hecho de integrarse un nuevo matrimonio o pareja en la vida comunitaria y de trabajo del grupo familiar ya constituido.

Nada, en fin, tenía que modificar la causante su testamento porque "ya se establecía la condición alternativa en la disposición testamentaria de la mejora".

**CUARTO:** Son ocho los motivos de infracción procesal que acompañan al recurso interpuesto por el antes apelado y en un principio demandado (nieto de los causantes e hijo de Franco ), y ninguno de ellos puede acogerse favorablemente:

1º Amparado en el artículo 469.1.2º LEC, el primero de los motivos denuncia la falta de motivación de la sentencia de la Audiencia con infracción de los artículos 120 CE, 218.2 y 3 LEC, y 465.4 LEC. El recurrente, además de cometer la equivocación de citar un precepto heterogéneo respecto de los demás como es el 465.4 LEC, del que se omite indicar en qué medida, grado o sentido pudo haber sido vulnerado (por todas, SSTSJG 14/2007, de 13 de septiembre , y 15/2008, de 17 de septiembre ), incurre en una confusión conceptual a la que en no pocas ocasiones nos hemos referido, a saber, la que tiene lugar entre, por un lado, la exigencia de motivación de la sentencia y los razonamientos para llegar al fallo con, por otro lado, la particular valoración de la prueba, como si sólo fuese motivación admisible la acogedora de la posición jurídica de uno y no la de la ajena, o la que tenga que conducir a darle a uno la razón (por todas, SSTSJG 7 y 17/2005, de 28 de febrero y 23 de mayo, en línea con la STS 4/2003, de 19 de febrero ).

A pesar de ello o no obstante semejante confusionismo, insistimos, al igual que hicimos en la SSTSJG 37/2005, de 9 de noviembre y 13/2010, de 9 de abril , en que es doctrina reiterada la que enseña que "el índice de motivación de las sentencias lo marca la expresión de la razón causal de su fallo (por todas, STS 155/2004, de 10 de marzo )", y que en el caso que nos ocupa sí que concurre, aunque no le resulte convincente a la parte recurrente, pero "una cosa es que la respuesta a las pretensiones de las partes no convenga y otra que porque no convenga esa necesaria respuesta la sentencia en que se da carezca de motivación: tampoco cabe confundir la falta de motivación con desconformidad de la motivación", y como suficientemente motivada hay que considerar la resolución judicial de la Audiencia que refleja los criterios fundamentadores de la *ratio decidendi* (por todas, STS 90/2004, de 13 de febrero ). Es más: "el deber constitucional (artículo 120.3 CE) y legal (artículo 218.2 LEC) de motivar las sentencias o de, como antes avanzamos, cumplir con la imprescindible *exposición de la razón causal del fallo* no se identifica con la exigencia de un *razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión a decidir* ( SSTSJG 6/2002, de 1 de febrero , con atención a la doctrina de los Tribunales Supremo y Constitucional relativa a la motivación de la respuesta judicial, y 11 y 49/2002, de 22 de febrero y 31 de diciembre, así como la 4/2009, de 20 de febrero ).



Debería bastar con la dación de cuenta de la sentencia de la Audiencia que hemos llevado a cabo en el fundamento precedente para poder concluir sin asomo de duda que la respuesta judicial ofrecida cumple el parámetro motivador jurisprudencial y constitucionalmente exigible (el canon de la mínima motivación exigible), y que representa un exceso dialéctico el calificar a la decisión combatida de "arbitraria", como si su motivación fuese inexistente, o como si no nos fuese permitido conocer las razones causales del fallo sobre la cuestión nuclear del pleito (no habiendo casado en **casa** ninguno de los hijos de los causantes, incluido Franco , que aunque permaneció en la **casa** no contrajo matrimonio -obligación establecida por los testadores "de forma principal y contundente"-, la controvertida mejora ha de adjudicarse a Estibaliz , la hija que al fallecimiento de su madre habría sido la que vivió en su "compañía", cuidándola y "asistiéndola en todo momento").

2º También amparado en el artículo 469.1.2º LEC , el segundo motivo de nuevo dice denunciar la falta de motivación de la sentencia de la Audiencia, ahora sostenida en los artículos 218.1 y 2 LEC, y 9.3 y 14 CE, que resultarían infringidos "al apartarse arbitrariamente de lo acordado por el mismo órgano en supuestos idénticos, vulnerando el derecho a la igualdad ante la ley". Pretende el recurrente, así pues, erigirnos en jueces de la constitucionalidad en orden a lo resuelto por el órgano de apelación y en el marco de la infracción procesal, pero a cuya sombra no cabe entrar en el fondo de derecho material, tal y como se entra en el desarrollo del motivo sobre la base descontextualizada de otras sentencias de la Audiencia con pronunciamientos recaídos en torno al alcance de la obligación de cuidado y asistencia, al ámbito de aplicación del artículo 798 CC , y a la doctrina sobre la ineficacia de las particiones hereditarias, sin percatarse de lo que es propio de los motivos de infracción procesal y de los casacionales, que son los que han de versar en exclusiva sobre materia jurídica sustantiva (por todas, STSJG 12/2004, de 29 de abril , y STS 486/2010, de 9 de julio ).

3º A su vez amparado en el artículo 469.1.2º LEC, el motivo tercero denuncia la infracción del artículo 218.1 LEC a los efectos de acusar a la sentencia de la Audiencia de incongruencia.

La mención, para sustentar este motivo, de la STSJG 3/2009, de 6 de febrero , dista de resultar adecuada al caso, como no lo es la STSJG 5/2005, de 22 de febrero , traída a colación en aquélla, y no lo es porque notoriamente no nos encontramos ante un supuesto en el que se declara algo que no se ha pedido, esto es, estimar o no la oposición a la adjudicación del tercio de mejora y la mitad del de libre disposición efectuada en cuaderno particional por contadora partidora declarando si procede aprobarlo o no. El recurrente, en fin, no confronta la conformidad entre el fallo de la sentencia de la Audiencia y la pretensión deducida en los suplicos de los escritos rectores del proceso, sino -lo que nada tiene que ver con el vicio de incongruencia- entre determinadas alegaciones de dichos escritos y también determinados fundamentos de la sentencia, en particular con lo que se considera "**casar para casa**", de manera que, a la postre, lo que el recurrente muestra de nuevo es su disconformidad con los razonamientos y conclusiones obtenidas por la Audiencia, cuando es lo indudable, insistimos, que la incongruencia ha de venir referida al fallo de la sentencia en relación con lo pedido (por todas, STS 404/2010, de 18 de junio ).

4º Los motivos cuarto, quinto, sexto y séptimo, denuncian, con amparo en el artículo 469.1.4º LEC , error notorio en la valoración de prueba documental privada (certificaciones de titularidad, saldos y extractos bancarios así como una concreta factura) y pública ( sentencia de 28 de octubre de 1974 junto a concretas testificales así como un expediente del Instituto Gallego de Vivienda y Suelo, y solicitud de liquidación del impuesto de sucesiones de la causante), todo ello con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE .

El recurrente demuestra conocer la doctrina conforme a la cual la posibilidad de que en el contexto de la LEC de 2000 se plantee un error en la valoración probatoria por la vía de la infracción procesal "tropieza con la dificultad de que no existe un motivo concreto en el artículo 469.1 LEC en que sea incardinable ...", constituyendo la relación de motivos una lista cerrada, numerus clausus, y que "cuando el error en la apreciación de la prueba consiste en un error notorio o patente -de hecho-" o incida en arbitrariedad, o manifiesta irrazonabilidad, y la infracción de una norma de prueba legal o tasada pueda suponerla, cabría alegar la infracción del artículo 24.1 de la Constitución", infracción que como motivo recoge el artículo 469.1.4º LEC (por todas, STS 1069/2008, de 28 de noviembre , y STSJG 15/2009, de 15 de septiembre ), pero aunque demuestra conocer dicha doctrina la ignora por completo a la hora de argumentar las infracciones que denuncia en esos aludidos cuatro motivos, en los que desde luego no se pone de manifiesto cuáles son los errores de hecho manifiestos, o la irracionalidad o la arbitrariedad en la que haya incurrido la Audiencia. En realidad, el recurrente, más que errores notorios en la apreciación de la fuerza probatoria del documento público (artículos 1218 CC y 319.1 LEC) y privado (artículos 1225 CC y 326.1 LEC), lo que denuncia es la errónea interpretación de su contenido, y esto implica no reparar en que una cosa es la valoración de la prueba documental, tarea procesal, y otra la interpretación de los actos y negocios jurídicos (v.gr., la del documento que califica de pre-particional de 15 de julio de 2002), tarea sustantiva (por todas, SSTS 783/2009, de 4 de diciembre , y 678/2010, de 26 de octubre ).



El recurrente desde luego que "no demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico aplicables al proceso" más allá de su mera afirmación; tiene vedado sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio, por acertado que pueda parecer, v.gr., respecto de si era o no voluntad de los causantes que su hijo José contrajera matrimonio habiendo sido condenado por estupro; y está impedido para "postular como más adecuada la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador de Primera Instancia frente a la llevada a cabo por el tribunal de apelación", v.gr., en lo que hace a si Franco contribuyó económicamente o no a las necesidades de su madre (por todas, STS 88/2011, de 16 de febrero).

Y para acabar: el recurrente no puede desconocer que el valor o eficacia probatoria de los documentos públicos, y por remisión la de los privados cuya autenticidad no haya sido impugnada por la parte a quien perjudiquen, se extiende al "hecho, acto o estados de cosa que documenten", a la "fecha en que se produce esa documentación" y a "la identidad de los fedatarios y demás personas" que intervengan en ella (artículos 319.1 LEC y 326.1 LEC), pero no se extiende al contenido de los documentos o a las declaraciones que hagan los otorgantes y no impiden la apreciación del tribunal, en relación con los demás medios de prueba, sobre las consecuencias que puedan derivarse de las expresadas circunstancias (por todas, SSTS 1248/2003, de 31 de diciembre, y 122/2011, de 22 de febrero). Y todavía: la valoración de un documento -público o privado- como prueba para considerar acreditado un hecho no tiene que ver con la interpretación de un testamento ya que "el documento público notarial que contiene un testamento prueba efectivamente su existencia", y sobre la realidad de los testamentos del caso que nos ocupa no hay controversia, sino que el debate gira en torno a su interpretación, tarea ésta que por sustantiva, insistimos, rebasa el ámbito estrictamente procesal (en este sentido, STS 327/2010, de 22 de junio).

5º El motivo octavo y último de los que se formulan como si lo fuesen de infracción procesal aduce, con apoyo en el artículo 469.1.4º LEC, que la sentencia de la Audiencia no se ajusta "a la lógica y a la razón" y que por ello vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 24.1 CE. El motivo no encierra más que el serio despropósito de mostrar disconformidad con lo decidido por la sentencia de la Audiencia, objeto de crítica infundada jurídicamente, y este modo de proceder del recurrente confirma el dislate que representa identificar y reducir la motivación de las resoluciones judiciales a la de las que conducen a darle a uno la razón, y de ahí que en el desarrollo del motivo reitere sus alegatos de fondo so pretexto de presuntas por inexplicitadas infracciones de las normas procesales reguladoras de la sentencia. Infracciones éstas, por cierto, a las que el artículo 469.1 LEC no reserva su motivo 4º, sino el 2º; y normas procesales que comprenden el procedimiento para dictar la sentencia, la forma, contenido y requisitos internos de ella, pero no "las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba" (por todas, STS 458/2009, de 30 de junio), como por supuesto que tampoco comprenden las posiciones de derecho material que no han sido aceptadas y menos para destacarlas como las únicas razonables y lógicas al tiempo que se acusa a la sentencia impugnada de no ajustarse a la lógica ni a la razón (v.gr. "no es lógico ni razonable que el hijo no mejorado sea el que vive en la casa de exclusiva propiedad del causante mejorante durante 24 años, y la mejorada no resida en dicha casa", y así siete sinrazones más), como sí, por ende, la sentencia de la Audiencia hubiese caído nada menos que en el vicio de manifiesta irrazonabilidad, el que se produce -aunque no precisamente en el caso enjuiciado- cuando se parte de premisas inexistentes o palmariamente erróneas o se sigue un hilo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en ninguna de las razones aducidas (por todas, SSTC 20/2004, de 23 de febrero y 11/2008, de 21 de enero).

**QUINTO:** Doce son los motivos de casación que acompañan al recurso, los nueve primeros amparados en el art. 477.1 LEC y los tres últimos en el artículo 2.1 LCG.

Algunos de ellos suscitan cuestiones nuevas, como el motivo tercero en el que se invoca la infracción del artículo 14 CE porque - es lo que dice la recurrente- si se interpretase que la institución del **casar** en **casa** acarrea la obligatoriedad de tener que contraer matrimonio se discriminaría "a otras uniones como las parejas de hecho o las de igual sexo que hasta fechas bien recientes no podían contraer matrimonio" así como a "aquellas personas que por un motivo u otro permanezcan célibes" (sic); cuestión que como nueva bastará por sí misma para explicar el rechazar un motivo en el que se menciona como infringida una norma sustraída al análisis del Juzgador y de la Audiencia, y por completo ajena a la delimitada en los escritos rectores del pleito (por todas, STSJG 12/2002, de 13 de marzo, y STS 783/2009, de 4 de diciembre). Defecto, el apuntado, que es trasladable al motivo sexto, en el que se denuncia la infracción de los artículos 1068 "y siguientes" del CC sobre los efectos de la partición en relación con el artículo 788 LEC, si bien en su desarrollo la recurrente hace especial hincapié en la infracción de los artículos 1073 "y siguientes" del CC junto con la doctrina atinente a la ineficacia de las particiones, como si el pleito del que procede este recurso versase sobre la impugnación de una partición hereditaria por causa de nulidad, anulabilidad o rescisión, lo que equivale a olvidar que en el origen del litigio está una solicitud de división judicial de herencia ex artículo 782 LEC, en cuyo procedimiento se produjo ex artículo 787.1 LEC oposición respecto a una concreta operación divisoria realizada por la contadora-partidora (la adjudicación del tercio de mejora y la mitad del de libre disposición), sin que hasta el momento,



esto es, en el seno del juicio verbal en el que ex artículo 787.5 LEC se continúa sustanciando el procedimiento, haya recaído sentencia firme que permita hablar ex artículo 788.1 LEC de partición aprobada definitivamente.

Hay además motivos que igualmente tienen que desestimarse de plano porque ni como posibilidad cabe plantear la infracción por la Audiencia de determinadas normas: la de los artículos 84, 85 y 86 de la Compilación de 1963 (CDCG), relativos al derecho de labrar y poseer, junto con la de los artículos 130 y 144 LDCG/1995, a su vez tocantes a ese derecho y a su establecimiento por testamento, normas todas ellas citadas como infringidas en el motivo primero; o las de las costumbres según las cuales "la mejora de labrar y poseer dentro del partido judicial de Corcubión abarca frecuentemente el tercio de mejora y el de libre disposición" (motivo noveno), o que "fallecido un petrucio quien resulta mejorado se convierte en el nuevo petrucio y dirige los asuntos de la **casa** petrucial" (motivo décimo), o que "al hijo mejorado bajo la condición de **casar en casa** por un petrucio dueño de un lugar acasariado le corresponde en pago de su mejora en primer lugar el lugar acasariado" (motivo decimoprimer), o que "la condición testamentaria de cuidados y asistencia a los testadores, cuando los testadores son labradores, debe ser cumplida en la **casa** petrucial" (motivo décimo segundo).

Y decíamos que ni como hipótesis cabe plantear la infracción de las recién indicadas normas, legales y consuetudinarias, porque la sentencia de la Audiencia no somete a controversia el que estemos en presencia -lo aclaramos nosotros- de una muy típica fórmula notarial del rural gallego sobre designación indirecta en testamento del petrucio o beneficiario de la mejora en favor del que se case para la **casa** petrucial (la otra fórmula viene tradicionalmente representada por la delegación a favor del cónyuge supérstite de la facultad de mejorar). Tampoco está en discusión que la mejora gallega, la propia de la tradición jurídica de Galicia, tiene más de gallega -es decir, de algo genuino, a través de las costumbres "ataviadas por los notarios del territorio con una indumentaria que, antes de la CDCG, no podía tomarse más que del CC"- que de mejora, tal como ésta institución se entiende en el CC (así acertó a describirla el académico autor que mejor la estudió en las vísperas de la tarea compiladora). Mejora que, como a su vez acertó a ver ya por entonces un lúcido autor notarial, es empleada por el paisano en el sentido de ventaja que obtiene cualquier heredero sobre los demás, aún cuando exceda o no llegue al tercio íntegro de ese nombre (en el CC) de la herencia. Mejora, lo que igualmente no se discute, que lo es ya se la llame o no de labrar y poseer, hasta el punto de que -como se nos enseña modernamente- hay amplias zonas de Galicia en que ese derecho no significa nada y sin embargo se usa la mejora con profusión, y mejora gallega que en sus usuales variantes cuantitativas de tercio y quinto, tercio y medio o dos tercios, "se realizaba con una ampliación económica, más allá del llamado tercio de mejora del CC, mediante disposición sobre el tercio libre -que a estos efectos es mejora también- a favor del mismo mejorado, generalmente por vía del legado o incluso como heredero con cuota ampliada, a través del testamento". Claro está, sin duda, que en Galicia, antes de que el artículo 84 CDCG extendiese y precisamente porque extendió la mejora incluso a la totalidad del tercio libre, rigió -y ahí está la práctica notarial que lo confirma- la posibilidad de mejora superior al tercio con la mejora por la vieja (*pola vella*) o de tercio y quinto, y además con cualquier otra variante: nada impidió instituir la mejora de dos tercios, o la de tercio y medio plasmada en los testamentos del año 1962 del caso que enjuiciamos, y en cuanto excediese de un tercio recaía sobre el de libre disposición, siendo mejora también.

Mejora, en fin, cuya finalidad está fuera de debate: no por casualidad en la exposición de motivos de la CDCG podíamos leer que "por lo general, el alcance de la mejora tiende a conservar la **casa** petrucial, el lugar acasariado que tanto costó al labrador y a sus antepasados adquirir, y que desean permanezca unido como base y soporte económico de la familia rural", y no por casualidad pudo entonces hablarse muy autorizadamente de esa finalidad -común a otros territorios- consistente en mantener la indivisibilidad de la **casa**, de la explotación agraria, del *fundus instructus*, "sede y medio de vida de una familia arraigada y estable institucional y socialmente". En este sentido, la acción de mejorar por parte del actual petrucio comprende toda atribución del lugar acasariado, de la **casa**, a quien se encargará de conservarla y en este contexto aparece el "**casar para casa**" como uno de los varios instrumentos para conservar el lugar acasariado, adjudicado mediante la obligación de que el mejorado (el futuro petrucio) se establezca en él, de que case para **casa**.

**SEXTO:** Resisten, pues, como motivos casacionales el primero en lo que hace a la infracción de los artículos 87 CDCG y 132, 133 y 145 LDCG/1995, y el segundo, el cuarto, el quinto, el séptimo y el octavo, respectivamente relativos a las infracciones de los artículos 160.2 LDCG/2006, 657 y 798 CC, así como de la doctrina de los propios actos en unión del artículo 7.1 CC y la del enriquecimiento injusto.

Los motivos suscitan como cuestión capital una de las que centraron el debate en las instancias, a saber, si la institución del casamiento para **casa** requiere o no contraer matrimonio. La Sala sostiene que la mejora en favor del hijo que case para **casa** no entraña diferencia sustancial con la que impone al mejorado vivir en la **casa** petrucial con los testadores cuidándoles "en salud y en enfermedad" hasta su muerte; **casar** en o para la **casa**, a los efectos de designar indirectamente al hijo mejorado, lo que esencialmente precisa es permanecer en la **casa** petrucial "a mesa y mantel" con los padres (el petrucio y su esposa), incluso si se llega a contraer





matrimonio, a fin de garantizar la conservación de la misma, la unidad e indivisibilidad del patrimonio familiar, y que del mismo modo que la **casa** fue recibida por el actual petrucio pueda ser recibida por el futuro petrucio, el hijo mejorado a su vez petrucio o *vinculeiro* que a la muerte del último de sus padres -el cónyuge viudo usufructuario universal- llegará a ejercer la jefatura familiar (asi, STSJG 35/2003, de 21 de noviembre).

Una cosa es, por lo tanto, "integrarse el nuevo matrimonio o pareja en la vida comunitaria y de trabajo del grupo familiar ya constituido", que es el hecho en cuya virtud el artículo 160.1 LDCG/2006 dice que se entiende "**casar para casa**" a los efectos de constituir la compañía familiar gallega, supuesto en el cual, por lo tanto, resulta imprescindible el contraer matrimonio -o formar pareja-, y otra cosa es que contraer matrimonio resulte determinante para poder ser mejorado en los casos, como el enjuiciado, en que la ventaja se anuda al **casar** para la **casa**, que primaria y esencialmente requiere, como antes dijimos, permanecer en la misma cumpliendo determinadas cargas y gravámenes (contribuir con su trabajo al sostenimiento de la **casa** y atender a los progenitores), pero entre los que de modo principal no está la de contraer matrimonio. Antes que negar la relación que otrora pudiera haber existido entre compañía familiar y mejora gallega, afirmamos la completa autonomía de ésta y descartamos que el hijo mejorado al que se le impone como carga el permanecer en la **casa** o **casar** para la **casa** tenga la obligación de contraer matrimonio y esté abocado por ello, salvo pacto en contrario, a constituir tácitamente compañía familiar (al respecto, SSTSJG 2 y 12/1996, de 23 de enero y de 19 de octubre). Punto de vista, el que acabamos de reflejar, que inicialmente mantuvimos en la STSJG 38/2002, de 9 de noviembre, al destacar que "lo trascendente no es tanto que el sucesor del petrucio contraiga matrimonio, como la circunstancia esencial y principal de que mantenga el patrimonio familiar y preste la debida atención al causante", y lo destacábamos en relación a un caso en que al concreto hijo mejorado se le imponen expresamente como condiciones la de "cuidar y asistir al testador en cuanto precise sano o enfermo, casarse y vivir continuamente en la misma **casa** y compañía del otorgante ayudándole según costumbre en los trabajos de la **casa** y laboreo de los bienes"; caso el de entonces en el que además, a diferencia del que ahora enjuiciamos, no se prevé sustitución vulgar alguna, sino que el incumplimiento de esas condiciones por voluntad del hijo mejorado conllevaba que la mejora recaería en otro hijo del causante, mientras que en el caso que nos ocupa la cláusula segunda de los testamentos de los causantes -desatendida en las sentencias de instancia- contempla la sustitución vulgar -sin excluir en la mejora- del hijo que no "pudiese o no quisiese suceder" por sus descendientes legítimos.

Por añadidura, descartamos que el entendimiento de la institución del casamiento para **casa** en la segunda mitad del siglo XX y aún al principio del actual siglo XXI no ofrezca variación respecto del que recibió a finales del XIX y principios del XX, en un contexto social y económico de subsistencia en el que **casar** para la **casa** suponía formar una familia que con su prole pudiese atender suficientemente el trabajo de la **casa**, concebida como agrupamiento familiar, algo así como la familia agnaticia de los romanos y de los germanos. Un contexto, en fin, en el que la familia necesitaba del trabajo de todos sus integrantes y de ahí que el hijo mayor, el *vinculeiro* que recibía la mejora, quedara en la **casa** petrucial trayendo a su mujer a ella y teniendo ésta que vivir indefectiblemente en la misma contribuyendo a perpetuar la labranza.

**SÉPTIMO:** Entendemos, pues, que la sentencia de la Audiencia infringió el artículo 675 CC porque, si bien es de resaltar la difícil interpretación de los testamentos en los que los testadores establecen una cláusula como la centralmente debatida en orden a la designación indirecta del hijo mejorado que case para la **casa** (cfr. STS 768/2009, de 3 de diciembre), la solución a la que llega choca profundamente en nuestra opinión con la verdadera voluntad de los causantes, regla básica como es de sobra conocido de la interpretación del testamento, y a la que ha de llegarse desde el criterio de la literalidad hasta "el tenor del mismo testamento", esto es, el conjunto de las cláusulas testamentarias, sin dejar de atender a otros medios probatorios de la voluntad del testador cuando éste se exprese de modo oscuro (por todas, SSTS 133 y 779/2009, de 3 de marzo y 10 de diciembre).

La sentencia de la Audiencia, en particular, erró al aplicar implícitamente el artículo 160 LDCG/2006, tomado por ella como referente para discernir el significado de la institución del **casar para casa**. LDCG/2006, además, *per se* inaplicable a sucesiones abiertas antes de su vigencia, como las de ambos causantes, fallecidos uno el año 1979 y otra el año 2000, ésta bajo la vigencia, por lo tanto, de la LDCG/1995, pero que al respecto del extremo que tratamos exigiría acudir no al artículo 101, concordante con aquél, sino ex artículo 145 a las normas de interpretación e integración mencionadas en su artículo 134, señaladamente los principios, la costumbre reflejada en la práctica notarial, y la doctrina que encarna la tradición jurídica gallega en torno a la institución del **casar para casa** anudada a la mejora gallega en los términos que antes hemos reflejado.

La sentencia de la Audiencia tampoco se percató de la más profunda diferencia que separa al caso resuelto en la STSJG 38/2002, de 9 de noviembre, del que ahora enjuiciamos, y que no estriba en que en éste "la condición de **casar para casa** se estableció de forma principal y contundente por los testadores". Al contrario, muy por el contrario: en el caso resuelto por la STSJG 38/2002, de 9 de noviembre, el tener que "casarse" se configura



como una de las "condiciones" expresamente impuestas al hijo mejorado, y en el que ahora nos ocupa no se habla de "casarse" y sí del más amplio concepto institucional de **casar en casa**, y sobre todo no se impone como condición el **casar en casa**. Es indudable que al tiempo de otorgarse el año 1962 los testamentos de los causantes, el párrafo segundo del artículo 795 CC serviría de acomodo para admitir la validez de la condición puramente potestativa de **casar para casa**, condición que además es suspensiva y no resolutoria, al consistir en hechos pasados y tener necesariamente que cumplirse -o no- antes de que el testamento despliegue su eficacia, o, mejor, antes de la apertura de la sucesión del último de los causantes (por todas, STS de 9 de mayo de 1990 y STSJG 15/2009, de 15 de septiembre), pero lo cierto es que la cláusula testamentaria segunda de los testamentos de don Matías y de doña Amanda en absoluto supeditan la mejora a una "condición", la de **casar en casa**, y ya se sabe que el artículo 797 CC es inequívoco al establecer en su párrafo primero que "la expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad", de suerte que cualquier duda al respecto debe resolverse legalmente "en contra y no a favor de la condición" (por todas, STS 13/2003, de 21 de enero). No cabe hablar, por lo tanto, de *conditio déficit* descartado que el **casar en casa** se haya configurado como condición impuesta al hijo mejorado. Mal podría acudir, por lo tanto, al artículo 132.1b) LDCG/1995, relativo a la carencia de efecto de la mejora por incumplimiento de las condiciones impuestas en el título constitutivo, precepto por lo demás sólo aplicable si la mejora fuese pactada, lo que no es del caso.

**OCTAVO:** Carga o gravamen que a su vez lo es el ínsito en el **casar para casa** de cuidar y asistir a los causantes. Carga o gravamen que ya era el sentido que merecía el término "condiciones" del artículo 87.1º CDCG (antecedente del artículo 132.1 b LDCG/1995), al igual que sucede con el artículo 647 CC y sucedía con el primitivo artículo 1333.1º CC, y artículo aquél que - como puso de manifiesto la mejor doctrina de la época- recogió la práctica notarial de imponer al hijo mejorado determinados deberes, relativos al cultivo y conservación del lugar acasado, así como de atención hacia los padres y hermanos, precisamente el de casarse en la **casa** petrucial o vivir con el testador y su esposa, cuidándolos "en salud y enfermedad" hasta su muerte, "con arreglo a su estado, a su clase y a la costumbre de la tierra". Deberes, o cargas o gravámenes que se hallaban amparados en el artículo 824 CC, pero que como muestra esa práctica notarial sólo tenían el alcance de un deber moral cuando favorecían a otras personas que no fuesen legitimarias del disponente, entre ellas los propios padres del mejorado, y ello porque beneficiados con la carga o gravamen impuesto al mejorado únicamente podían serlo los hijos y descendientes del causante, o sea, las personas que ex artículo 823 CC son susceptibles de ser mejoradas, entre las que no está el cónyuge de dicho causante. La mejora, así pues, traía consigo cargas: el mejorado que quedaba en la **casa**, bien podía ser "el que peor vivía de los hermanos", disfrutando de un nivel inferior al de los que se han colocado en la ciudad o han emigrado, debía vivir en la **casa** en compañía de sus padres, asistiéndolos, trabajando para la misma y renunciando a buscar colocación fuera de ella sin que el fallecimiento de aquéllos implicase la inmediata división de la herencia.

Y si no se quiere admitir el carácter de deber moral aplicado a los cuidados y atenciones que el hijo llamado a ser mejorado habría de prestar singularmente a su madre, último progenitor fallecido, y sí el carácter de modo o carga, convendrá recordar que el modo no afecta a la institución, que sólo genera la obligación de cumplirlo, y a quien lo pagó el derecho a reclamar lo pagado ex artículo 797 CC, conforme al cual lo dejado de esa manera "puede pedirse desde luego". Sin perjuicio de ello, que es lo decisivo, incluso podríamos tener en cuenta el artículo 798 CC, denunciado como infringido, para la hipótesis de entender que la obligación de cuidados y asistencia de doña Amanda reúne una condición y no una recomendación moral ni tampoco una carga, y decimos que podría ser tenido en cuenta para esa hipótesis porque según ese precepto si el interesado en que se cumpla la condición, que lo es, se presume, doña Amanda, por propia voluntad cambia su domicilio dejando la **casa** petrucial de Muxía (la Audiencia no desdice al Juzgado cuando éste concluye que doña Amanda les dijo a sus hijos que prefería quedarse en A Coruña con Estibaliz y que todos los hermanos consensuaron que su madre estaría sin duda mejor cuidada y atendida en A Coruña con Estibaliz y no en la **casa** petrucial con Franco), no por ello debería entenderse que no se ha cumplido esa (hipotética) condición, sino más bien al contrario. A este respecto ha de repararse en que la jurisprudencia, como subraya la precitada STS 13/2003, de 21 de enero, muestra "una gran flexibilidad" a la hora de apreciar tanto el cumplimiento del modo y también el de la condición suspensiva, atendiendo, por lo que aquí importa, a las posibilidades del instituido, al mantenimiento de la institución por la testadora sin revocar el testamento por otro posterior, y a la ausencia de petición o requerimiento alguno de cumplimiento.

En consecuencia, no se podría obviar que doña Amanda dejó la **casa** petrucial por su voluntad a raíz del ictus cerebral que padeció sin que el hijo Franco rechazase cuidarla y asistirla, y que éste, antes de la marcha de su madre, hubo de ocuparse de ella y siempre de su padre en dicha **casa** en la que convivieron, así como que acogió a su madre en la **casa** petrucial durante los fines de semana y las vacaciones de Estibaliz; no se podría obviar que doña Amanda no revocó su testamento durante los once años que vivió con Estibaliz ni desde



luego instó a su hijo Franco a abandonar la **casa** petrucial de la que era usufructuaria; no se podría obviar que Franco permaneció en la **casa** petrucial al frente de la explotación agrícola incluso después de que su madre la dejase sin que a lo largo de los once años posteriores ni doña Amanda ni sus hermanas lo requirieran a cumplimiento alguno, como tampoco nada requirieron éstas al fallecimiento de su madre en octubre de 2000, si no que sólo una vez fallecido Franco en mayo de 2003 solicitaron la división judicial de las herencias de sus progenitores y al cabo se opusieron a la adjudicación del tercio de mejora y de la mitad del de libre disposición a su hermano; no se podría obviar, en fin, que entre la muerte de madre e hijo, los cuatro hermanos efectuaron en julio de 2002 si no una partición contractual de parte de las herencias de sus padres, sí la adjudicación de uno de sus bienes a Estibaliz (la DIRECCION000 ), adjudicación que, al margen de tener que ser respetada al hacer la partición, no deja de representar un indicio más de que todos tenían por admitido que la **casa** petrucial ("Corredoira") correspondía a Franco en tanto que hijo mejorado, sucesor en la jefatura familiar, o *vinculeiro* que como tal fue tenido y aceptado hasta que falleció, soltero y con descendencia, como sabemos.

**NO VENO:** La estimación del recurso determina la casación de la sentencia recurrida y la confirmación de la de primera instancia por la misma revocada (artículo 487.2 LEC ), excepto en lo que se refiere a la imposición de costas, que resolvemos no imponerlas dada la complejidad fáctica y jurídica del caso (artículo 394.1 LEC ). En lo tocante a las costas del recurso, procede su no imposición (artículo 398.2 LEC ); y por lo que hace al depósito constituido para recurrir, ha de devolverse al recurrente (disposición adicional decimoquinta, punto 8 , LOPJ).

En atención a lo expuesto y por la autoridad conferida por el pueblo español,

### FALLAMOS

Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Franco contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña con fecha de 4 de junio de 2010 (rollo de apelación número 338 de 2009 ), la cual casamos y anulamos al tiempo que confirmamos la dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Corcubión con fecha de 28 de enero de 2009 en los autos del juicio de división de herencia número 189 de 2008, pero sin condena en costas.

Devuélvase al recurrente el depósito constituido para recurrir.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia y devuélvase las actuaciones que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se formulará testimonio para su unión al rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.