



Roj: **SAP C 2839/2014 - ECLI: ES:APC:2014:2839**

Id Cendoj: **15030370052014100356**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **5**

Fecha: **10/11/2014**

Nº de Recurso: **210/2013**

Nº de Resolución: **372/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN MARTELO PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

A CORUÑA

SENTENCIA: 00372/2014

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION QUINTA

A CORUÑA

Rollo: 210/13

Proc. Origen: Juicio Ordinario núm. 277/06

Juzgado de Procedencia: 1ª Instancia núm. 1 de Muros

Deliberación el día: 23 de octubre de 2014

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, ha pronunciado en nombre del Rey la siguiente:

SENTENCIA Nº 372/13

Ilmos. Sres. Magistrados:

MANUEL CONDE NÚÑEZ

JULIO TASENDE CALVO

Mª DEL CARMEN MARTELO PEREZ

En A CORUÑA, a diez de noviembre de dos mil catorce.

En el recurso de apelación civil número 210/13, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Muros, en Juicio Ordinario núm. 277/06, sobre "Ineficacia de cuaderno particional y legado", siendo la cuantía del procedimiento 18.793,64 euros, seguido entre partes: Como **APELANTES: DON Marcelino y DOÑA Concepción , COMUNIDAD HEREDITARIA DE Rogelio** , representada por el/la Procurador/a Sr/a. González Cerviño; como **APELADOS: DOÑA Jacinta , DOÑA Petra y DON Carlos Francisco** , representado por el/la Procurador/a Sr/a. Pita Urgoiti.- Siendo Ponente el Ilmo. Sr. **Mª DEL CARMEN MARTELO PEREZ**

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Que por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Muros, con fecha nº 18 de enero de 2013, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice como sigue:

"1.- Que estimo parcialmente la demanda, entablada por la procuradora Sra. González Cerviño, actuando en nombre y representación de Don Marcelino , Doña Concepción y don Rogelio , frente a Doña Jacinta y declaro



que los saldos existentes en las cuentas nº NUM000 -º (1.730,31 euros) y nº NUM001 valores (61.904,03 euros) a la fecha del fallecimiento de Doña Bernarda (dos de marzo de 2002) eran de la exclusiva propiedad de la causante, la citada doña Bernarda , desestimando el resto de las peticiones contenidas en el suplico de la demanda. Respecto de las costas, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

2.- Desestimo la acción ejercitada por los demandantes, Don Marcelino , Doña Concepción y don Rogelio contra Don Carlos Francisco y Doña Petra , imponiendo expresamente el pago de las costas causadas a dichos demandados a la parte demandante. "

La sentencia fue aclarada por Auto de fecha siete de septiembre de dos mil doce cuya parte dispositiva dice como sigue:

"Se rectifica el error padecido en la redacción de la Sentencia, de fecha 18 de enero de 2012 en el sentido de que en donde dice <<Esta sentencia no es firme y contra la misma podrá interponerse, en este Juzgado, recurso de apelación que deberá prepararse ante este Juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a su notificación>> debe decir <<Esta sentencia no es firme y contra la misma podrá interponerse, en este Juzgado, recurso de apelación que habrá de interponerse ante este Juzgado en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación>> "

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se interpuso contra la misma en tiempo y forma, recurso de apelación por los demandantes que le fue admitido en ambos efectos, y remitidas las actuaciones a este Tribunal, y realizado el trámite oportuno se señaló para deliberar la Sala el día 23 de octubre de 2013, fecha en la que tuvo lugar.

TERCERO.- En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia recurrida en lo que no se opongan a los de la presente resolución.

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia plantea recurso de apelación la representación de don Marcelino , doña Concepción y don Rogelio interesando su revocación parcial con estimación íntegra de la demanda planteada. Fundamentan su recurso en las siguientes alegaciones: 1). *Error de hecho en la apreciación de la prueba e infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico* (artículos 999 Código Civil y concordantes y jurisprudencia asociada al mismo) *sobre la falta de legitimación activa* "por no haber acreditado los demandantes su condición de herederos del causante don Hilario ". Que la sentencia recurrida para desestimar las pretensiones a), b) y d) de la demanda se basa en que "no se han aportado por los demandantes los documentos esenciales que acreditan su legitimación, es decir, su condición de herederos de don Hilario , toda vez que no se ha presentado ni el **testamento** del causante ni el certificado de últimas voluntades del mismo, *documentos fundamentales sin los cuales no se puede entrar a conocer de las pretensiones ejercitadas* ", dado que la demanda tiene por objeto la declaración de nulidad de un proyecto de cuaderno particional de fecha 7 de julio de 1990, en el que se procedía a partir los bienes de don Hilario , por no haber sido firmado y, por tanto aceptado, por la unanimidad de sus herederos. Que en el citado documento tanto la demandada como sus hermanos intervienen en calidad de herederos de don Hilario , lo que así se hace constar en el **testamento** de éste, el cual se reproduce íntegramente en el exponen del citado cuaderno particional; que con las contestaciones a la demanda se adjunta, documento nº 2, lo que sería el " *original completo del citado cuaderno particional, y el cupo dejado a don Jesus Miguel* ", pues a su juicio el aportado con la demanda estaba incompleto, dado que faltaba " *el adjudicado al heredero don Jesus Miguel* "; que en la contestación a la demanda se afirma que al menos unos de los actores realizó " *actos de aceptación de la herencia de su padre* "; que la demandada, doña Jacinta , al ser interrogada admite la condición de herederos forzosos de los actores, algo que ignora la sentencia de instancia. *Que procede entrar en el fondo del asunto: Que el cuaderno particional de fecha 7 de julio de 1990 no fue firmado por todos los herederos* , puesto que uno de ellos, Jesus Miguel , se negó a ello (lo reconoce la demandada, doña Jacinta y se admite en la contestación). Que don Jesus Miguel no aceptó la partición y que lo que se invoca de adverso como acto concluyente de aceptación (que don Jesus Miguel en su **testamento** de 11 de agosto de 1995 lega por partes iguales a sus hijos una serie de bienes que le habían sido adjudicados en el cuaderno particional impugnado) no es tal dado que se trata de bienes que le habían sido adjudicados en virtud de legado por su padre en **testamento** de 14 de octubre de 1967, cosa que no hizo con los restantes bienes que supuestamente se le adjudicaron en el cuaderno particional impugnado (fincas NUM002 , NUM003 y NUM004). Que la nulidad de las ventas especificadas en el hecho cuarto de la demanda es una consecuencia lógica del pedimento anterior al afectar a uno de los bienes integrantes de la masa hereditaria de don Hilario . *Ineficacia del legado establecido en la disposición adicional 5ª del*



testamento otorgado por don Hilario , al haber sido incumplida la condición impuesta por el testador en la misma - que continúe viviendo con el testador y su esposa, cuidándoles y asistiéndoles, según es costumbre, hasta el fallecimiento de ambos y la obligación de sufragar los gastos de entierro y funerales del otorgante -. Que la demandada no cumplió la condición (no cuidó a su padre, y que tampoco la cumplió con respecto a su madre). 2). *Error de hecho en la valoración de la prueba. Infracción de las normas del ordenamiento jurídico. Ineficacia del legado establecido en la disposición segunda del **testamento** de fecha 20 de julio de 1979, otorgado por doña Bernarda a favor de su hija Jacinta al haber incumplido la condición impuesta por la testadora (atender al cuidado y asistencia a la testadora, hasta su fallecimiento, y la obligación de abonar los gastos de su entierro y funerales de la misma).*

La representación de doña Jacinta , doña Petra y don Carlos Francisco , se opuso al recurso planteado interesando su desestimación y la confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Centrado, conforme a lo expuesto, el objeto de debate en la alzada, procede, en primer lugar, abordar la cuestión relativa a la existencia o no de legitimación activa en los demandantes para el ejercicio de las pretensiones planteadas en la demanda (pretensiones a, b y d), *pretensión a) : " Que se declare que el cuaderno particional que se adjunta a la demanda es ineficaz e inexistente de pleno derecho por no haber sido otorgado por la unanimidad de todos los herederos de don Hilario "; pretensión b) : "Que se declare la ineficacia del legado establecido en la disposición del **testamento** otorgado por don Hilario de fecha 11 de septiembre de 1963, al haber sido incumplida la condición impuesta por el testador en la misma, refundiendo el citado legado en la masa hereditaria de don Hilario " y pretensión d) " Que se declare que la compraventa especificada en el hecho cuarto de la demanda es nula de pleno derecho "; pretensiones que la sentencia apelada desestima " por cuanto no se han aportado por los demandantes los documentos esenciales que acreditan su legitimación, es decir, su condición de herederos del causante don Hilario , toda vez que no se ha presentado ni el **testamento** del causante ni el certificado de últimas voluntades del mismo, documentos fundamentales sin los cuales no se puede entrar a conocer de las pretensiones ejercitadas " .*

El motivo debe ser estimado.

Si bien es cierto que no se aporta con la demanda ni el **testamento** de don Hilario ni el certificado de últimas voluntades del mismo, no es menos cierto que con la demanda se aporta copia de lo que la parte actora denomina proyecto de cuaderno particional de fecha 7 de julio de 1990 respecto del que solicita se declare que es ineficaz e inexistente de pleno derecho por no haber sido otorgado por la unanimidad de los herederos de don Hilario , precisando que en el mismo " se recogían los bienes que constituían la masa hereditaria del causante " y que no fue aceptado por la totalidad de sus herederos ya que don Jesus Miguel (fallecido el 16 de mayo de 1999) no firmó dicho cuaderno particional, y añadiendo que en dicho cuaderno particional de la herencia de don Hilario " **se recogen las disposiciones testamentarias efectuadas por el causante en fecha 11 de septiembre de 1963** " - folio 3 -, es decir, si bien no se aporta el título hereditario que dio lugar al referido cuaderno particional de 7 de julio de 1990 **se aporta** copia de éste por la demandante, aportando la parte demandada lo que sería el " **original completo del citado cuaderno particional, y el cupo dejado a don Jesus Miguel** " - folio 105 -.

Partiendo de lo expuesto, resulta claro que no puede compartirse el criterio seguido por la juzgadora de instancia que le ha llevado a entender que los demandantes al no haber aportado los documentos esenciales (**testamento** y últimas voluntades de don Hilario) no han acreditado su condición de herederos de don Hilario , pues basta el cuaderno particional cuestionado de fecha 7 de julio de 1990 para constatar la condición de herederos de los demandantes, repárese que en dicho documento los hermanos Marcelino Jesus Miguel Hilario Concepción Rogelio Jacinta intervienen en calidad de herederos de don Hilario (fallecido el 14 de octubre de 1967 y con **testamento** de 11 de septiembre de 1963), *reproduciéndose en el mismo las cláusulas testamentarias* , lo que unido a que con la demanda se aporta el certificado de defunción de don Jesus Miguel (padre del demandante don Marcelino) - doc. núm. 6 de la demanda - y el certificado de nacimiento de don Marcelino - doc. núm. 8 de la demanda -, *permite concluir que los demandantes ostentan legitimación para accionar* , pues es evidente que si en el referido documento se ha reconocido la cualidad de herederos a los demandantes, lo que no es admisible en derecho es que se pretenda negar ahora, con ocasión del presente litigio, dicha cualidad como elemento obstativo a la legitimación ad causam para actuar como demandantes, pues, como ya señala la sentencia del TS de 16 enero 2012 , el principio general de derecho que sostiene la inadmisibilidad de venir contra los actos propios, como consecuencia del principio de buena fe y de la exigencia de observar una conducta coherente dentro del tráfico jurídico, exige que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una situación jurídica afectante a su autor y asimismo que exista una contradicción o incompatibilidad según el sentido de la buena fe que hubiera de atribuirse a la conducta precedente, citando en igual sentido otras sentencias como las de 25 octubre 2.000 y 7 mayo 2.001 . Por su parte la sentencia de 22 julio de 2010 , con cita de la de 19 noviembre 2008 afirma que «la doctrina de los actos propios, o de la inadmisibilidad del "venire contra "factum" proprium"



es de elaboración y desarrollo jurisprudencial y encuentra su fundamento en el principio de la buena fe (artículo 7.1 Código Civil) y en la protección de la confianza creada por la apariencia, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuar cuando se han creado unas expectativas razonables, pues el comportamiento supone en tal caso la expresión inequívoca de una determinada voluntad en referencia a una relación jurídica o situación de hecho que impide la admisión como legítimo de un posterior comportamiento contradictorio».

Resuelto lo anterior, procede entrar en el examen de las pretensiones (a, b y d) formuladas por la parte actora, cuya desestimación ya anticipamos, por las razones que se dirán:

En primer lugar, pretensión "a", interesan los demandantes: se declare que el cuaderno particional de 7 de julio de 1990 es ineficaz e inexistente de pleno derecho por no haber sido otorgado por la unanimidad de todos los herederos de don Hilario , puesto que uno de ellos, don Jesus Miguel , se negó a firmar, por *no aceptar la partición en cuestión y que lo que se invoca de adverso como acto concluyente de aceptación* (que don Jesus Miguel en su **testamento** de 11 de agosto de 1995 lega por partes iguales a sus hijos una serie de bienes que le habían sido adjudicados en el cuaderno particional impugnado) no es tal, dado que se trata de bienes que le habían sido adjudicados en virtud de legado por su padre en **testamento**, cosa que no hizo con los restantes bienes que supuestamente se le adjudicaron en el cuaderno particional impugnado (fincas NUM002 , NUM003 y NUM004).

La referida pretensión no puede prosperar conforme a las consideraciones que pasamos a exponer:

Que, en el supuesto enjuiciado, si bien es cierto que don Jesus Miguel (padre del demandante don Marcelino) *no firmó ni el cuaderno particional de 7 de julio de 1990 ni el cupo que se le adjudicó*, también lo es que *el examen de lo actuado y el resultado de las pruebas practicadas permiten concluir que consintió la partición plasmada en el referido cuaderno particional*, conclusión que se extrae, no solo del hecho de que el mismo don Jesus Miguel dispusiese en su **testamento** de 11 de agosto de 1995 de los bienes que le habían sido adjudicados por su padre en **testamento**, bienes que han sido plasmados, conforme a dicho **testamento**, en el cuaderno particional impugnado, sino de los actos posteriores del propio don Jesus Miguel , *actos de los que resulta su aceptación de los bienes consignados en su cupo de fecha 7 de julio de 1990* (documento nº 3 de la contestación a la demanda, folios 149 a 172), tal y como pasamos a exponer, pues, sin desconocer que la partición convencional (artículo 1058 C.C.) requiere, como negocio jurídico plurilateral que es, la intervención y acuerdo de todos los herederos, creando una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas que puedan válidamente atacarla (STS. 20 de octubre de 1992), de manera que la partición así realizada tiene naturaleza contractual y está sujeta a lo dispuesto en el art. 1261 C.C. , en cuanto a su existencia y validez, y a la normativa prevista en los artículos 1300 a 1314 del Código Civil , respecto a posibles causas de nulidad o anulabilidad, lo cierto es que el hecho de que don Jesus Miguel no suscribiera el cuaderno particional de 7 de julio de 1990 no implica que no estuviera de acuerdo con su contenido, sabido es que el consentimiento (acto de voluntad, concurso de la oferta y de la aceptación) no requiere una forma concreta de manifestarse; puede ser expreso o tácito, *entendiéndose que hay consentimiento cuando se realizan determinados actos de los que racionalmente se infiere aquél*, *actos entre los que se incluye el propio silencio si es concluyente* (STS de 14 de junio de 1963), es decir, el consentimiento puede aparecer de *forma expresa* (oral o por escrito, normalmente a través de la firma del documento o negocio de que se trate) *o extraerse de los actos propios del interesado*, y esto es lo que acontece en el caso que nos ocupa , por lo que quien ha realizado actos de los que, clara e inequívocamente, se deduce un consentimiento, *no puede*, *sopena de quebrantar el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución*, y, en consecuencia, vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, *desconocer aquellos actos y actuar de manera contradictoria o divergente con aquel consentimiento*; respecto a la partición, la jurisprudencia ha considerado el silencio como expresión de asentimiento cuando sea claro e inequívoco (SSTS de 18 de febrero de 1987 , 8 y 15 de febrero de 1996 y 3 de febrero de 1999).

Pues bien, analizando, a la luz de lo expuesto, la actuación desplegada por don Jesus Miguel , *se evidencian actos propios expresivos de un consentimiento claro e inequívoco de la partición cuestionada* :

En primer lugar, con la demanda se aporta la copia de la partición cuestionada - doc. núm. 9 de la demanda -(corroborada por la original aportada por la parte demandada) en la que *constan las disposiciones testamentarias de don Hilario* , en lo que aquí interesa, el legado a su hijo Jesus Miguel (padre del actor don Marcelino), a tenor del cual, literalmente (folio 22, clausula tercera del **testamento** de don Hilario de fecha 11 de septiembre de 1963): "*Lega a su hijo Jesus Miguel , la Caseta de guardar los pertrechos de pesca , sita en el Puerto de Quilmas, y el terreno denominado " DIRECCION000 " , a labradío de unos dos ferrados más o menos , así como el prado denominado " DIRECCION001 " , de unos tres ferrados " , y disponiendo que "en el remanente instituye herederos por iguales partes a sus cuatro expresados hijos, con sustitución vulgar a favor de sus descendientes respectivos por stirpes"*; asimismo, en dicha partición aportada por la demandante, constan los bienes quedados al fallecimiento del causante don Hilario , relacionándose, a los folios 24 a 29, los bienes muebles e inmuebles quedados al fallecimiento de aquél .



En segundo lugar, consta acreditado que don Jesus Miguel en **testamento** de fecha 11 de agosto de 1995 (doc. núm. 7 de la demanda, folios 16 a 18), dispone, literalmente: " Segunda: Lega a los tres hijos Marcelino , Jacinta y Jesus Miguel , por terceras e iguales partes indivisas los siguientes bienes : la Caseta de guardar pertrechos de pesca , de veinte metros cuadrados , sita en el Porto de Quilmas, Ayuntamiento de Carnota ; el terreno denominado " DIRECCION000 ", de ocho áreas y dieciséis centiáreas y el " DIRECCION001 ", de ocho áreas , sitios en O Pindo , Ayuntamiento de Carnota " (cláusula segunda, folio 17) y en el remanente instituye herederos a sus cuatro expresados hijos por iguales partes, con sustitución vulgar a favor de sus descendientes respectivos (cláusula tercera, folio 17).

Pues bien, si atendemos al **testamento** de don Jesus Miguel de fecha 11 de agosto de 1995 , y, en concreto , a la descripción que en el mismo se realiza de los bienes que lega a sus tres hijos Marcelino , Jacinta y Jesus Miguel , y lo ponemos en relación (lo comparamos) con el **testamento** de don Hilario de 11 de septiembre de 1963 y con el cuaderno particional de 7 de julio de 1990, no queda duda alguna que don Jesus Miguel en su **testamento** (cláusula segunda) reproduce la descripción que de los bienes se realiza en el cuaderno particional de 7 de julio de 1990 que no la descripción que de esos mismos bienes realiza el causante, don Hilario , en el **testamento** de 11 de septiembre de 1963 , es decir, fácil es constatar que don Jesus Miguel conocía la partición cuestionada razón por la que describe los bienes que lega a sus hijos atendiendo a la descripción más detallada y precisa que de dichos bienes se realiza en el cuaderno particional de 7 de julio de 1990 que no a la descripción que de esos mismos bienes se realiza en el **testamento** de don Hilario de 11 de septiembre de 1963 (repárese, en el **testamento** de Hilario de 11 de septiembre de 1963, en cuanto a la superficie de los bienes, se habla de ferrados en tanto que en el **testamento** de don Jesus Miguel de 11 de agosto de 1995, al igual que en el cuaderno particional de 7 de julio de 1990, ya se habla de metros cuadrados , siendo, además, en ambos documentos - **testamento** de don Jesus Miguel y cuaderno particional cuestionado - los mismos bienes y con los mismos metros cuadrados), lo que lleva a concluir que don Jesus Miguel al otorgar **testamento** en fecha 11 de agosto de 1995 era conocedor del cuaderno particional de 7 de julio de 1990 y dispone de sus bienes conforme al mismo.

En consecuencia, si don Jesus Miguel dispone, en **testamento** de 11 de agosto de 1995, de sus bienes conforme al cuaderno particional de 7 de julio de 1990 es porque estaba de acuerdo con el contenido del mismo.

A mayor abundamiento, siendo el cuaderno particional de 7 de julio de 1990, repárese que don Jesus Miguel otorga **testamento** el 11 de agosto de 1995, es decir, cinco años después, sin que en ningún momento don Jesus Miguel hubiera efectuado alegación alguna de la que pudiera desprenderse una falta de acuerdo con su contenido (obsérvese que don Jesus Miguel fallece el 16 de mayo de 1999), esto es, no solo consintió la partición de 7 de julio de 1990, sino que otorgó **testamento** disponiendo de sus bienes conforme a la misma.

En definitiva, estamos ante verdaderos actos propios cuya significación jurídica resulta unívoca en el sentido de que don Jesus Miguel (padre del demandante don Marcelino) admitió la partición realizada el 7 de julio de 1990 , por lo que se impone la desestimación de la pretensión formulada en la demanda de que se declare que el cuaderno particional de 7 de julio de 1990 es ineficaz e inexistente de pleno derecho por no haber sido otorgado por la unanimidad de todos los herederos de don Hilario , con fundamento en que uno de ellos, don Jesus Miguel , se negó a firmar, por no aceptar la referida partición, puesto que, como queda razonado, don Jesus Miguel la ha querido y consentido , lo que determina que el motivo deba ser desestimado.

Consecuencia lógica de la desestimación del pedimento anterior (desestimación de la pretensión "a" de que se declare que el cuaderno particional de 7 de julio de 1990 es ineficaz e inexistente de pleno derecho) es la desestimación de la pretensión d) " Que se declare que la compraventa especificada en el hecho cuarto de la demanda es nula de pleno derecho ", por cuanto la nulidad invocada viene referida a la compraventa de la casa sita en El Pindo, adjudicada a la demandada, doña Jacinta , en el **testamento** de don Hilario de fecha 11 de septiembre de 1963 y llevada así al cuaderno particional de 7 de julio de 1990 - cuya ineficacia e inexistencia de pleno derecho ha sido desestimada - y al cupo que se le adjudicó a doña Jacinta , por lo que nada cabe objetar a las compraventas que tienen por objeto el referido inmueble y respecto de las que la parte actora, partiendo de la ineficacia del cuaderno particional que ha sido desestimada y con invocación de los artículos 348 y 1300 del Código Civil , interesa se declare su nulidad, pretensión que, por todo lo que se lleva señalado, no puede prosperar, tanto porque la partición realizada tiene naturaleza contractual como porque está sujeta a lo dispuesto en el art. 1261 del Código Civil , en cuanto a su existencia y validez, así como a la normativa prevista en los artículos 1300 a 1314 del Código Civil .

Y la misma suerte desestimatoria debe correr la pretensión "b": " Que se declare la ineficacia del legado establecido en la disposición del **testamento** otorgado por don Hilario de fecha 11 de septiembre de 1963, al haber sido incumplida la condición impuesta por el testador en la misma, refundiendo el citado legado en la masa hereditaria de don Hilario ", es decir, la parte actora peticona se declare la ineficacia de lo establecido



en la cláusula 5ª del **testamento** otorgado por don Hilario , al haber sido incumplida la condición impuesta, en la misma, a doña Jacinta por el testador (conforme a la cláusula 5ª de su **testamento** de fecha 11 de septiembre de 1967, don Hilario dispone a favor de su hija Jacinta con cargo al tercio de libre disposición, y en su caso al de mejora , " de la Casa en que habita, con todo cuanto se halle en su interior, la huerta unida a la misma, cabanel y todo lo demás conocido por " DIRECCION002 " y la Caseta de guardar aparejos de pesca, en el Puerto de Quilmas. La participación que a los demás herederos había de corresponderle en estos bienes, le será abonado en metálico, por la citada hija Jacinta . Lo así ordenado , se entenderá sujeto a la condición de que dicha heredera continúe viviendo con el testador y su esposa , cuidándoles y asistiéndoles , según es costumbre, hasta el fallecimiento de ambos y la obligación de sufragar los gastos de entierro y funerales del otorgante ..", pretensión que tampoco puede ser estimada tanto por lo razonado anteriormente para la desestimación de la pretensión "a" en la que los demandantes interesaban la declaración de que el cuaderno particional de 7 de julio de 1990 era ineficaz e inexistente de pleno derecho, como por lo que pasamos a exponer:

Que los demandantes, con inclusión del padre de don Marcelino (don Jesus Miguel), *consintieron* , como ha quedado explicado, *la partición de 7 de julio de 1990* , al igual que la consintió doña Bernarda (esposa del causante don Hilario), es decir, todos los herederos de don Hilario aceptaron y admitieron la referida partición de 7 de julio de 1990, *realizada conforme a lo dispuesto por don Hilario en su **testamento** de 11 de septiembre de 1963 , plasmándose íntegramente en el cuaderno particional de 7 de julio de 1990 las disposiciones testamentarias de aquél y realizando* , conforme a las mismas, *la partición con la que mostraron conformidad* , entre lo que se encuentra lo que ahora se cuestiona en demanda planteada en julio de 2006, por lo que, en este extremo, nos remitimos a lo razonado anteriormente sobre la aceptación de la partición de 7 de julio de 1990 y la significación jurídica de los actos propios.

Que la actora, con olvido de que doña Bernarda *mostró conformidad con el cuaderno particional de 7 de julio de 1990* (repárese que incluso renuncia a lo que le pueda corresponder en la herencia de don Hilario y muestra su conformidad a la renuncia), *fundamenta tal pretensión en un **testamento** otorgado por doña Bernarda en fecha 30 de octubre de 1975* , en el que la referida testadora, *además de disponer* (disposición segunda y tercera) *de los dos tercios de mejora y libre disposición, en favor de sus hijos, Jesus Miguel , Concepción y Rogelio , por partes iguales, y, en el remanente, instituye herederos a sus cuatro hijos , manifiesta que su hija Jacinta " no asistió a su esposo, padre de la misma, ni asiste a la otorgante, ya que actualmente reside dicha heredera en Estados Unidos, por lo que entiende la testadora que la referida hija ya no tiene la condición de mejorada "*.

Pues bien, *frente a lo así alegado , acontece que, doña Bernarda , con posterioridad al otorgamiento de aquel **testamento** de 30 de octubre de 1975 , otorga , en fecha 20 de julio de 1979, nuevo **testamento** , y revoca todas las disposiciones de última voluntad anteriormente otorgadas , siendo de destacar que doña Bernarda fallece el día 2 de marzo de 2002 y lo hace bajo dicho **testamento** de 20 de julio de 1979 , en cuya cláusula segunda dispone que " mejora a su hija Jacinta en el tercio de este nombre, y la instituye heredera del de libre disposición; bajo la condición de que atienda al cuidado y asistencia de la testadora, hasta su fallecimiento, y la obligación de abonar los gastos de su entierro y funerales de la misma " y en la cláusula tercera " en el remanente, instituye herederos por partes iguales, a sus cuatro expresados hijos, con sustitución vulgar a favor de sus descendientes respectivos por estirpes "*, todo lo cual unido a que don Hilario *fallece el 14 de octubre de 1967 bajo **testamento** de 11 de septiembre de 1963 y que el 7 de julio de 1990 doña Bernarda mostró conformidad con el cuaderno particional correspondiente a la herencia de don Hilario* , permite concluir que difícilmente se concilian los actos de conformidad por parte de todos los herederos de don Hilario con el incumplimiento que, como fundamento de su pretensión "b", invoca la parte demandante, por lo que, una vez más, damos por reproducido lo razonado anteriormente sobre la aceptación de la partición de 7 de julio de 1990 por todos los herederos y la significación jurídica de los actos propios.

Finalmente, insiste la parte recurrente en la ineficacia de lo dispuesto en la cláusula segunda del **testamento** otorgado, en fecha 20 de julio de 1979, por doña Bernarda a favor de su hija Jacinta , *al haber incumplido, doña Jacinta , la condición impuesta por la testadora , esto es, la condición " de atender al cuidado y asistencia a la testadora , hasta su fallecimiento , y la obligación de abonar los gastos de su entierro y funerales de la misma "* , lo así alegado tampoco puede prosperar , toda vez que su eficacia quedó subordinada a " *cuidar y asistir a la testadora hasta su fallecimiento y la obligación de abonar los gastos de su entierro y funerales de la misma " no a habitar en su mismo domicilio* , constando acreditado que la causante estuvo debidamente atendida y atendió los gastos de su entierro y funerales de la misma (testifical y documental) *sin que por lo demás se hubiera revocado el **testamento** otorgado el 20 de julio de 1979* (repárese que doña Bernarda se trasladó a Estados Unidos, lugar donde vivía su hija Jacinta , y obsérvese que doña Bernarda *fallece el día 2 de marzo de 2002 y que mantiene la voluntad expresada en **testamento** otorgado hace más de veinte años* (20 de julio de 1979), voluntad tácita, en cuanto acto concluyente de mantener dicha disposición testamentaria, pues de haber querido la causante que perdiera eficacia habría revocado el **testamento** con otro posterior, todo lo que conduce a mantener la resolución recurrida, siendo la misma conforme a los parámetros legales



y jurisprudenciales sin que se aprecien motivos bastantes para considerar errónea la valoración de la prueba ni la conclusión a la que se llega, en este extremo, en la sentenciada apelada, pues como señala la sentencia Tribunal Supremo de 21 de enero de 2003 , en relación a las cláusulas modales y condicionales insertas en los **testamentos**, " *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 cumplimiento (STS 10-5-91)* ".

TERCERO.- Al ser desestimado el recurso planteado y confirmarse la sentencia recurrida, las costas de la alzada se imponen al apelante (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que con desestimación del recurso planteado por la representación de don Marcelino , doña Concepción y don Rogelio contra la sentencia de fecha 18 de enero de 2012, aclarada por auto de fecha 7 de septiembre de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Muros , en autos de Juicio Ordinario núm. 277/2006, a que este Rollo se refiere y, en su virtud, debemos confirmar y confirmamos la misma, todo ello con imposición a la parte apelante de las costas causadas en la alzada.

Se declara la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso de apelación, al que se dará el curso legal correspondiente.

Esta resolución podrá impugnarse ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, a medio de recurso de casación por interés casacional y/o extraordinario por infracción procesal, que se interpondrán ante esta Sección, dentro del plazo de veinte días contados a partir del día siguiente a la **no** tificación de la misma.

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

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.