



Roj: **STS 3635/1990** - ECLI: **ES:TS:1990:3635**

Id Cendoj: **28079110011990100283**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/05/1990**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JESUS MARINA MARTINEZ-PARDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Núm. 289.-Sentencia de 9 de mayo de 1990**

PONENTE: Magistrado Excmo. Sr. don Jesús Marina Martínez Pardo.

PROCEDIMIENTO: Recurso de casación contra sentencia dictada en Juicio de Mayor Cuantía.

MATERIA: Testamento. Institución condicional de **heredero**, nieto de la testadora.

NORMAS APLICADAS: Sustantivas. Artículos 790, 792, 793, 794, 795, 797, 798, 807, 823 y 1.113 del Código Civil .

DOCTRINA: La cláusula condicional de autos nada permite incardinarla en los supuestos de nulidad testamentaria.

La **condición** impuesta por la testadora al nieto mejorado en el tercio de este nombre e instituido **heredero** en el de libre disposición, lo fue con la **condición** de que atendiera al **cuidado** y asistencia de dicha causante hasta su fallecimiento y abonase gastos de entierro y funerales. Se trata de una **condición** suspensiva que impide adquirir el derecho si no se cumple y que consiste en hechos pasados, puesto que han de tener existencia antes de que el testamento despliegue su eficacia. Además es potestativa, puesto que su cumplimiento depende de la voluntad del favorecido bajo **condición**.

En el caso de autos ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 798 del Código Civil , conforme al cual si el interesado en que se cumpla, que lo es, se presume la causante, por su

propia voluntad cambia de domicilio no por ello ha de entenderse que no se ha cumplido **condición**, puesto que es él quien lo impidió y habrá de tenerse por cumplido, y, por tanto, subsistente la disposición de bienes condicional.

En la villa de Madrid, a nueve de mayo de mil novecientos noventa.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados firmantes, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Corcubión sobre declaración de nulidad de cláusula testamentaria; cuyo recurso fue interpuesto por doña Blanca y doña Amparo , representadas por el Procurador don Gabriel Sánchez Malingre y asistidas por el Letrado don Santiago Nogueira Romero; siendo parte recurrida don Jose Ignacio , representado por el Procurador don Argimiro Vázquez Guillen y asistido por el Letrado don Antonio Vázquez Guillen.

### **Antecedentes de hecho**



Primero: 1. El Procurador don Jesús Manuel Bujero Lourido, en representación de doña Blanca y doña Amparo , interpuso demanda de juicio de 289 mayor cuantía sobre declaración de nulidad de cláusula testamentaria, contra don Jose Ignacio , alegando, en síntesis, los siguientes hechos: Que la madre de las demandantes y abuela del demandado falleció habiendo dejado en su último testamento tanto el tercio de mejora como el de libre disposición a dicho nieto, hijo de una de las demandantes, doña Amparo , con la **condición** de que la asistiera y sufragara los gastos de entierro y funerales, cosa que no hizo él, sino su madre e hija de la causante, doña Amparo , razón por la cual ha incumplido la **condición** impuesta por la testadora; que dicho demandado fue llamado a conciliación, que no terminó sin avenencia. Alegó a continuación los fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia «por la que se declare nula, sin valor ni eficacia jurídica alguna, la cláusula segunda del último testamento de la causante doña Consuelo que se refiere en el hecho tercero de la demanda, dado el incumplimiento por parte del demandado Jose Ignacio , allí mejorado y legatario, de la **condición** impuesta por la testadora en dicha cláusula testamentaria, cual era el atender al **cuidado** y asistencia de la testadora hasta su fallecimiento, y la obligación de abonar los gastos de su entierro y funerales», condenando al demandado a que así lo reconozca, acate y consienta, y que en virtud de tal nulidad, pérdida de valor e ineficacia de tal cláusula testamentaria, las únicas herederas de la causante doña Consuelo son sus hijas las actoras doña Blanca y doña Amparo , de por mitad e iguales partes, imponiendo al demandado las costas del juicio.

2. El Procurador don Juan Manuel Leis Rial, en nombre de don Jose Ignacio , contestó a la demanda oponiendo a la misma los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, para terminar suplicando al Juzgado dictase sentencia «por la que se desestime la demanda, absolviendo de ella al demandado, imponiéndose las costas a las actoras».

3. Formulados los escritos de réplica y duplica y admitido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia de Corcubión dictó sentencia con fecha 31 de julio de 1985 , cuya parte dispositiva es como sigue: «FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por doña Blanca y doña Amparo , representadas por el Procurador señor Bujero Lourido, contra don Jose Ignacio , representado por el Procurador señor Leis Rial; de la que se absuelve al demandado don Jose Ignacio . Sin hacer mención especial en cuanto a las costas.»

Segundo: Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de doña Blanca y doña Amparo , la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña dictó sentencia con fecha 22 de julio de 1988 , cuya parte dispositiva es como sigue: «FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación promovido por la representación de los demandantes doña Blanca y doña Amparo , contra la sentencia dictada por el señor Juez de Primera Instancia de Corcubión, con fecha treinta y uno de julio de mil novecientos ochenta y cinco en los autos a los que el presente rollo se contrae, y confirmando en su consecuencia la referida sentencia, con desestimación de la demanda formulada por doña Blanca y doña Amparo , representadas por el Procurador señor Bujero Lourido, contra don Jose Ignacio , representada por el Procurador señor Leis Rial, debemos absolver y absolvemos al demandado don Jose Ignacio . Todo ello sin hacer una especial imposición de las costas ocasionadas en ninguna de las dos instancias.»

Tercero: 1. El Procurador don Gabriel Sánchez Malingre, en nombre de doña Blanca y doña Amparo , interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, con apoyo en los siguientes motivos: Motivos del recurso: Primero: Al amparo del número 5 del artículo 1.692 LEC , por infracción del artículo 790 en relación con el 1.113 CC . Segundo: Con la misma base legal, se denuncia infracción del artículo 807, 1.º CC . Tercero: Al amparo del mismo número, se denuncia infracción del artículo 797 CC.

2. Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción, se señaló para la vista el día 19 de abril de 1990, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Excmo. Sr. Magistrado don Jesús Marina Martínez Pardo.

### Fundamentos de Derecho

Primero: Son antecedentes que conviene destacar para la resolución del presente recurso: a) El proceso trae causa del testamento otorgado el 25 de noviembre de 1977 ante el Notario de Corcubión por doña Consuelo , en el que, entre otras cláusulas, figuran las que literalmente dicen: «Segunda: Mejora a su nieto Jose Ignacio , hijo de su hija Amparo , en el tercio de este nombre, y lo instituye **heredero** en el de libre disposición, bajo **condición** de que atienda al **cuidado** y asistencia de la testadora hasta su fallecimiento, y la obligación de abonar los gastos de entierro y funerales. Tercera: En el remanente instituye herederas por partes iguales a sus dos expresadas hijas, con sustitución a favor de sus descendientes respectivos por estirpes.» b) Doña



Consuelo falleció y fue enterrada en Dumbría, siendo atendida por su hija Amparo en su propia casa durante los últimos días, donde falleció, por lo que, entendiéndose ésta y su hermana que no se cumplió la **condición** expresada en el testamento, presentaron demanda cuyo suplico contiene la petición de que se declare nula, sin valor ni eficacia jurídica alguna, la cláusula segunda, dado el incumplimiento por parte del demandado Jose Ignacio, allí mejorado y legatario, y que se le condene a que reconozca, acate y consienta, en virtud de tal nulidad, pérdida de valor e ineficacia de tal cláusula, que las únicas herederas de la causante son sus hijas, las actoras doña Blanca y doña Amparo. c) El Juzgado desestimó la demanda por entender cumplida la **condición** y la sentencia confirmatoria que dictó la Audiencia en apelación se impugna por los tres motivos que a continuación se analizarán.

Segundo: Como cuestión previa, reconocida incluso por el propio recurrente en escrito de formalización, está la de analizar el contenido del suplico en el que se solicita, como se recoge en el fundamento anterior, la declaración de las hijas como únicas herederas porque la **condición** del testamento es nula, pero sin señalar en los escritos procesales la causa determinante de la nulidad. La subordinación de una institución testamentaria a **condición** es admitida por el artículo 790 CC y el contenido del testamento, por tanto, puede depender de un suceso futuro e incierto o de un suceso pasado que los interesados ignorasen. El Código recoge supuestos de **condiciones** nulas (art. 794), de **condiciones** que se tienen por no puestas (arts. 792, 793), pero la cláusula condicional de autos nada permite incardinarla en los supuestos de nulidad, por lo que la súplica de la demanda es absolutamente incorrecta. No obstante, de su lectura global se desprende que, solicitado también que se declaren únicas herederas a las hijas de la testadora porque la **condición** del llamamiento del nieto no se cumplió y, «conditio déficit», no surte efectos la institución, puede estudiarse si se debe dar lugar en parte a la demanda.

Tercero: El motivo primero, al amparo del número 5 del artículo 1.692 LEC, denuncia infracción del artículo 790 CC en relación con el artículo 1.113 del mismo texto legal. El razonamiento, en síntesis, se reduce a sostener que la **condición** de atender y cuidar a la testadora hasta su fallecimiento no se cumplió, y como se trata de una **condición** potestativa cuya introducción en el negocio testamentario permite el artículo 790 CC y es exigible su cumplimiento para adquirir el derecho, al fallar la **condición** los derechos hereditarios corresponden a las hijas. Para decidir la cuestión ha de tenerse en cuenta que el testamento, como negocio jurídico o declaración de voluntad no recepticia, y «mortis causa», no despliega su eficacia hasta que la sucesión se abre, y cuando, como en este caso, la voluntad del causante se subordina al cumplimiento de una **condición**, es preciso analizarla. Su lectura revela que se trata de **condición** suspensiva, que impide adquirir el derecho si no se cumple, y que consiste en hechos pasados, puesto que han de tener existencia antes de que el testamento despliegue su eficacia. Además es potestativa, puesto que su cumplimiento depende de la voluntad de la persona del favorecido bajo **condición** (también de la voluntad de la causante). Así pues, siendo potestativa y de hechos pasado, naturalmente ha de conocerla el obligado a cumplirla para que su voluntad pueda determinar el cumplimiento. El Código prevé la hipótesis de **condición** suspensiva consistente en hechos posteriores a la muerte del causante y, además, potestativas (art. 795), pero no contempla la **condición** suspensiva potestativa de hechos pasados. Por ello, en el caso de autos, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 798, conforme al cual si el interesado en que se cumpla, que lo es, se presume, la causante, por propia voluntad cambia su domicilio, no por ello ha de entenderse que no se ha cumplido la **condición**, pues es él quien lo impidió y habrá de tenerse por cumplida y, por tanto, subsistente la disposición de bienes condicional, que, como bien dice la sentencia recurrida en calidad de «obiter dicta», de haber querido la causante que perdiera eficacia habría revocado el testamento con otro posterior. Si la interesada en que no se cumpla, que son, también se presume, las hijas recurrentes, con su conducta produjeron el incumplimiento, también ha de tenerse por cumplida según el repetido artículo 798. Es la correcta conclusión la obtenida por las sentencias de instancia, acorde con la doctrina tradicional, con la declaración testamentaria en la que se advierte concordancia entre la voluntad expresa de la testadora y con la voluntad tácita que se desprende del mantenimiento del testamento. También con los hechos probados e indiscutidos de que el nieto cuidó de la abuela mientras ésta quiso.

Cuarto: El motivo segundo, al amparo del número 5 del artículo 1.692, alega infracción del artículo 807, 1.º CC, y lo funda en que la sentencia de instancia, en uno de sus fundamentos, dice «la testadora, madre de las actoras y abuela del demandado, a virtud de la libertad de decisión en cuanto a la sucesión de sus bienes al no tener **herederos** forzosos expresa en su último testamento su voluntad...». Ciertamente se equivoca la sentencia cuando dice que la testadora, madre de dos hijas, carece de **herederos** forzosos, pero tal error no trasciende al fallo, porque la libertad de disposición fue ejercitada sobre bienes, tercios de mejora y de libre disposición, y en favor de personas, el nieto, al que podía mejorar (art. 823), por lo que no se ha traspasado por la causante su limitada libertad de testar ni se ha violado el principio de intangibilidad de las legítimas ni se ha desconocido el tenor del artículo 807. El motivo, pues, carece de relevancia modificadora de la parte dispositiva de la sentencia,



que es como reconoce explícitamente la propia recurrente, contra la que se formulan los recursos de acuerdo con constante jurisprudencia.

Quinto: El motivo tercero, al amparo del número 5 del artículo 1.692, denuncia infracción del artículo 797 CC . Para la recurrente, hay confusión en la sentencia de instancia en cuanto habla de **condición** o carga y desconoce que, aunque sea carga el contenido de la cláusula, es una carga causal que exigiría su cumplimiento para que pudiera beneficiar al nieto con la mejora y el tercio de libre disposición. El motivo carece también de virtualidad modificadora. Ciertamente en la cláusula se reúnen una **condición** y un modo. La **condición**, que se atiende a la testadora; el modo, que se le pague el entierro y funeral. La **condición** se ha declarado cumplida, y el modo sólo genera la obligación de cumplirlo, y a quien lo pagó, el derecho a reclamar lo pagado, pero no afecta a la institución (artículo 797).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

#### **FALLAMOS:**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador señor Sánchez Malingre contra la sentencia dictada con fecha 22 julio de 1988 por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña , la que se confirma en todos sus pronunciamientos, condenando a dicha parte recurrente al pago de las costas, así como a la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal, y libérese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así, por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- José Luis Albácar López.- Eduardo Fernández Cid de Temes.- Jesús Marina Martínez Pardo.- José Almagro Nosete.- Antonio Fernández Rodríguez.- Rubricados.

Publicación: Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Jesús Marina Martínez Pardo, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Primera del Tribunal Supremo en el día de hoy, de lo que, como Secretario de la misma, certifico. En Madrid, a 9 de mayo de 1990.