

Roj: **STS 223/2003** - ECLI: **ES:TS:2003:223**Id Cendoj: **28079110012003101939**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **21/01/2003**Nº de Recurso: **2946/1997**Nº de Resolución: **13/2003**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Enero de dos mil tres.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Ignacio Argos Linares, en nombre y representación de D. Ismael , contra la sentencia dictada con fecha 14 julio de 1997 por la Audiencia Provincial de Lugo en el recurso de apelación nº 150/97 dimanante de los autos de juicio declarativo de menor cuantía nº 178/96 del Juzgado de Primera Instancia de Sarria, sobre ineficacia de mejora y legado. Ha sido parte recurrida D. Luis Pablo , representado por la Procuradora Dª María Jesús González Díez.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 21 de junio de 1996 se presentó ante el Juzgado de Primera Instancia de Sarria demanda interpuesta por D. Luis Pablo , Dª Carmen , Dª Silvia , Dª Francisca y Dª Almudena contra D. Ismael solicitando se dictara sentencia por la que se declarase: "a) que el demandado ha incumplido la obligación impuesta por su madre en el **testamento** de fecha 7 de octubre de 1.994, consistente en cuidar y asistir a la testadora y a su esposo, en cuanto necesitasen sanos o enfermos, y vivir en su compañía, en familia, ayudándoles según costumbre, en los trabajos de la casa y laboreo de los bienes. Y ,

b) se declare en consecuencia que es ineficaz la cláusula primera del **testamento** de Dª María Teresa , otorgado ante el Notario de Sarria D. Emilio Mezquita del Cacho, con fecha 7 de octubre de 1.964, instrumento público núm. 662 del protocolo de dicho fedatario público, quedando sin efecto la mejora y el legado de la mitad del tercio de libre disposición en ella ordenados.

Condenando al demandado a estar y pasar por tales pronunciamientos, con expresa imposición de costas al mismo".

SEGUNDO.- Formados los autos nº 178/96 de juicio declarativo ordinario de menor cuantía y emplazado el demandado, éste compareció y contestó a la demanda solicitando su desestimación con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la Sra. Juez sustituta del mencionado Juzgado dictó sentencia con fecha 26 de febrero de 1997 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: "Desestimo la demanda presentada por la representación procesal de D. Luis Pablo , Carmen , Silvia , Francisca y Almudena contra D. Ismael , con imposición de costas a la parte demandante."

CUARTO.- Interpuesto por el codemandante D. Luis Pablo contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 150/97 de la Audiencia Provincial de Lugo, dicho Tribunal dictó sentencia en fecha 14 de julio de 1997 con el siguiente fallo: "que dando lugar al recurso entablado por D. Luis Pablo contra la sentencia de 26-2-97 del Juzgado de Primera Instancia de Sarria, con revocación de ésta, estimando la demanda interpuesta por D. Luis Pablo , Doña Carmen , Doña Silvia , Doña María Teresa y Doña Almudena contra D. Ismael debemos declarar y declaramos que: el demandado ha incumplido la obligación impuesta por su causante en



el **testamento** de 1.964 consistente en cuidar y asistir a la testadora y a su esposo, en cuanto necesitasen sanos o enfermos, y vivir en su compañía, en familia, ayudándoles según costumbre, en los trabajos de la casa y laboreo de los bienes, declarando en consecuencia ineficaz la cláusula primera del **testamento** de Doña María Teresa , otorgado ante el Notario de Sarria D. Emilio Mezquita del Cacho, con fecha 7 de octubre de 1.964, instrumento público nº 662 del protocolo de dicho fedatario público, quedando sin efecto la mejora y el legado de la mitad del tercio de libre disposición en ella ordenados; condenando al demandado referido a estar y pasar por tales pronunciamientos, sin hacer especial imposición de costas en ninguna de ambas instancias".

QUINTO.- Anunciado recurso de casación por el demandado contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por el Procurador D. Ignacio Argos Linares, lo interpuso ante esta Sala articulándolo en tres motivos amparados en el ordinal 4º del art. 1692 LEC de 1881: el primero por infracción del art. 797 CC y la jurisprudencia, el segundo por infracción del art. 798 CC y la jurisprudencia y el tercero por infracción del art. 675 CC y la jurisprudencia.

SEXTO.- Personado el codemandante-apelante D. Luis Pablo como recurrido por medio de la Procuradora Dª María Jesús González Díez, evacuado por el Ministerio Fiscal el trámite del art. 1709 LEC con la fórmula de "visto" y admitido el recurso por Auto de 12 de noviembre de 1998, el mencionado recurrido presentó su escrito de impugnación solicitando se confirmara la sentencia recurrida con imposición de costas al recurrente.

SÉPTIMO.- Por Providencia de 12 de noviembre de 2002 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 9 de enero siguiente, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El presente recurso, articulado en tres motivos al amparo del ordinal 4º del art. 1692 LEC de 1881, plantea dos cuestiones que en realidad vienen a ser las mismas que centraron el debate en las instancias: una, si la cláusula segunda del último **testamento** otorgado por la madre de los litigantes establece una condición o una carga o **modo**; y la otra, si el hecho de que el demandado hoy recurrente no se atuviera exactamente a lo prescrito en dicha cláusula debe determinar la ineficacia de la mejora y el legado ordenados a su favor.

La sentencia de primera instancia, razonando que el contenido de la referida cláusula era modal y no condicional, interpretando la voluntad de la testadora en función de sus otros dos **testamentos** anteriores y entendiendo que la testadora se había considerado suficientemente atendida por su hijo mejorado-legatario, desestimó la demanda interpuesta contra éste por sus hermanos. Formulado recurso de apelación por solamente uno de los demandantes, el tribunal de segunda instancia, razonando que el contenido de la cláusula segunda del **testamento** era el propio de una condición suspensiva postestativa de hechos pasados y entendiendo que el demandado la había incumplido por propia voluntad al alejarse del domicilio materno en Galicia para fijar su residencia en Cataluña, estimó en cambio la demanda y dejó sin efecto la mejora y el legado de la mitad del tercio de libre disposición ordenados a favor del demandado. Interpuesto por éste recurso de casación, ante esta Sala se ha personado como parte recurrida únicamente, de los cinco hermanos inicialmente demandantes, el mismo que en su día apeló la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO.- Dado el muy concreto ámbito del recurso, ya reseñado, conviene transcribir, antes de entrar en el examen de sus motivos, el contenido de la cláusula testamentaria especialmente controvertida y el de unas cláusulas similares contenidas en otros dos **testamentos** anteriores de la madre de los litigantes, así como especificar las fechas de los respectivos **testamentos** y de la muerte de la testadora y su esposo.

La cláusula conflictiva se contiene en el último **testamento** abierto de la causante, otorgado ante Notario el 7 de octubre de 1964 y expresamente revocatorio de los anteriores. Tras ordenar en la cláusula primera que mejora a su hijo hoy demandado-recurrente, "mandándole en tal concepto el tercio destinado por la ley a ese fin", y legarle, además, "la mitad del otro tercio llamado de libre disposición de todo su caudal o haber, en propiedad", la testadora dispone, numerándola como segunda, la siguiente cláusula: "La mejora y el legado de la cláusula anterior los hace a su hijo Antonio, con la obligación modal de cuidar y asistir a la testadora y a su esposo, en cuanto precisen sanos o enfermos, y vivir en su compañía, en familia, ayudándoles, según costumbre, en los trabajos de la casa y laboreo de los bienes". Y a continuación, como cláusula tercera, en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones instituye y nombra únicos y universales herederos, a partes iguales, a sus seis hijos, sustituyéndolos vulgarmente, incluso en la mejora y legado, por sus respectivos descendientes legítimos.

Este **testamento** del año 1964 vino precedido de otros dos igualmente abiertos y otorgados ante Notario: en el de 6 de junio de 1955 la madre de los litigantes mejoró igualmente al hoy demandado-recurrente, legándole asimismo la mitad del tercio de libre disposición, "a condición de que habrá de asistir y cuidar a sus padres en cuanto precisen sanos o enfermos y tener con él en familia a sus demás hermanos en tanto permanezcan



solteros no reclamen sus participaciones hereditarias y le ayuden según costumbre en los trabajos de la casa y laboreo de los bienes"; y en el de 22 de febrero de 1956, otorgado tras emigrar el hoy demandado-recurrente a Santo Domingo, hizo idéntica disposición a favor de una de sus hijas "a condición de que habrá de asistir y cuidar a su padre en cuanto precise sano o enfermo en tanto se conserve viudo y vivir en su compañía en familia ayudándole según costumbre en los trabajos de la casa y bienes y la de tener con ella también en familia a sus hermanos solteros mientras no se casen o reclamen sus participaciones hereditarias y le ayuden según el estilo del país en las faenas agrícolas y domésticas", previendo que si la hija así favorecida no cumpliera por su voluntad "las condiciones impuestas" o dejara de vivir en compañía de sus padres, los referidos legado y mejora pasarían a otra de sus hijas "en las mismas condiciones" y, en defecto de esta última por las causas expresadas, a otra hija distinta, "también en igual forma".

El **testamento** litigioso, es decir el de 1964, se otorgó después de que el hoy demandado-recurrente retornara de Santo Domingo a la casa de sus padres en Galicia. No obstante volvió luego a marcharse, ahora a Cataluña, por razones de trabajo, aunque en vacaciones residía en el mismo pueblo que sus padres, si bien no en casa de éstos sino en la de sus suegros, y se preocupaba de ellos tanto directamente como por medio de la persona, ajena a la familia, que desde muchos años atrás les atendía personalmente; y en Cataluña siguió residiendo hasta después de la muerte de aquéllos, acaecida la de la madre testadora el 29 de julio de 1976 y la del padre el 8 de abril de 1993, sin constar que ni la madre ni el padre ni los hermanos requirieran en momento alguno al hoy recurrente para que fijara su residencia en el domicilio familiar. Fue por el contrario una vez muerto el padre cuando sus hermanos se dirigieron contra el hoy recurrente pidiendo la ineficacia de la mejora y el legado ordenados a su favor, mediante demanda presentada el 21 de junio de 1996.

TERCERO.- A partir de lo antedicho puede entrarse ya en el examen de los motivos del recurso, que en buena lógica debe comenzar por el tercero y el primero conjuntamente, pues fundados en infracción de los artículos 675 y 797 del Código Civil, respectivamente, así como de la jurisprudencia correspondiente, ambos vienen a impugnar la interpretación que del **testamento** hace la sentencia recurrida, propugnando el recurrente que la cláusula especialmente conflictiva establece una carga o **modo** y no una condición suspensiva como declara la sentencia impugnada.

Acerca de la interpretación de los **testamentos** y su revisión en casación es doctrina reiteradísima de esta Sala que aquélla corresponde a los órganos de instancia, pero también, de un lado, que cabe excepcionalmente revisarla en casación cuando resulte ilógica o contraria a la voluntad del testador o a la ley y, de otro, que la principal finalidad de la interpretación del **testamento** es investigar la voluntad real o al menos probable del testador, en sí misma, atendiendo incluso a circunstancias exteriores al **testamento** (SSTS 29-1-85 y 26-4-97).

Pues bien, con arreglo a dicha doctrina procede estimar los dos motivos aquí examinados por las siguientes razones: primera, aunque la sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 1990 parezca autorizar la calificación de condición potestativa de hechos pasados que la sentencia atribuye a la obligación establecida en la cláusula debatida, una detenida lectura de dicha sentencia revela, en primer lugar, que la cláusula allí examinada mejoraba al nieto de la testadora "bajo condición" de atenderla hasta su fallecimiento y abonar los gastos de entierro y funerales y, en segundo lugar, que esa misma sentencia consideraba que en tal cláusula se reunían una condición, la de atender a la testadora, y un **modo**, el pago de entierro y funeral; segunda, una interpretación de la cláusula debatida en el sentido literal de sus palabras, como en primer término establece el art. 675 CC, apenas deja lugar alguno a la duda desde el momento en que, ante Notario y por tanto sin poder desconocerse la función de éste en relación con la expresión de la voluntad de la testadora, se omite por completo el término "condición" y, en cambio, se consigna expresamente el concepto de "obligación modal"; tercera, lo mismo sucede si, en virtud de la duda que técnicamente podría suscitar la incompatibilidad del **modo** con una obligación no ligada a los bienes de la testadora para después de su muerte, cual sería la de cuidarla y vivir con ella en vida, se investiga su voluntad acudiendo a circunstancias exteriores o extrínsecas al propio **testamento** interpretado tan significativas como sus dos **testamentos** anteriores, pues en éstos, en cambio, sí se supeditan muy claramente la mejora y el legado a una "condición", y en el segundo de ellos incluso se prevén sucesivas sustituciones de la primeramente instituida para caso el de incumplimiento; cuarto, el art. 797 CC es inequívoco al disponer 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, como por demás tiene declarado esta Sala en sus sentencias de 18 de diciembre de 1965, 17 de mayo de 1971 y 28 de mayo de 1994; y quinta, la conducta de la testadora posterior al **testamento** interpretado autoriza igualmente la misma conclusión, porque mientras la primera marcha del demandado-recurrente del domicilio de sus padres determinó la inmediata revocación del **testamento** de 1955 que le favorecía, su segunda ausencia, en cambio, no produjo cambio alguno en la voluntad de la testadora, que mantuvo el **testamento** litigioso desde el año 1964 hasta su muerte casi doce años después.



CUARTO.- La estimación de los dos motivos examinados comporta la del motivo restante del recurso, articulado como segundo, que se funda en infracción del artículo 798 del Código Civil.

Las razones de tal estimación no coinciden exactamente con los argumentos del recurrente en el cuerpo del motivo, que parecen apuntar a una falta de acción de los hermanos del hoy recurrente para exigir el cumplimiento de la carga o **modo**, aunque sí con otros razonamientos del mismo recurrente expresados en el desarrollo argumental del motivo tercero, ya estimado, y que en cualquier caso pueden ser tomados en consideración por esta Sala al asumir la instancia tras estimar los dos motivos examinados en el fundamento jurídico anterior.

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

Lo que sucede, empero, es que siendo claro, conforme al art. 798 CC, que el **modo** no afecta a la institución (SSTS 18-12-65, 17-5-71 y 9-5-90), pues lo dejado de tal manera "puede pedirse desde luego", la jurisprudencia de esta Sala muestra una gran flexibilidad a la hora de apreciar su cumplimiento, y también el de la condición suspensiva, atendiendo a las posibilidades del instituido (SSTS 9-2-48 y 18-12-65), al mantenimiento de la institución por la testadora sin revocar el **testamento** por otro posterior (STS 9-5-90) o conjuntamente a las posibilidades del instituido y a la ausencia de petición o requerimiento alguno de cumplimiento (STS 10-5-91). En consecuencia, como quiera que en el caso examinado la marcha del hoy recurrente a Cataluña se debió a razones de trabajo, éste se preocupó de sus padres directamente mientras residía en el mismo pueblo durante sus vacaciones e indirectamente a través de la persona que con ellos vivía, la testadora no manifestó indicio alguno de revocar la mejora y el legado durante años pese a la segunda marcha del hoy recurrente de la casa familiar, tampoco tras la muerte de la testadora le requirió su padre viudo para que retornara al pueblo a vivir con él pese a sobrevivir a aquélla durante casi diecisiete años y, en fin, los hermanos del recurrente ni le requirieron tampoco para que regresara a vivir con su padre ni instaron la resolución de la mejora y el legado por incumplimiento del **modo** mientras su padre vivió sino que, por el contrario, esperaron a que éste muriera para, sólo entonces, pedir la "ineficacia" de aquellas disposiciones por incumplimiento de la obligación impuesta al demandado, debe concluirse que se dio el cumplimiento alternativo del **modo** en los términos más análogos y conformes a la voluntad de la testadora, como prevé el citado art. 798 y atinadamente entendió la juzgadora del primer grado.

QUINTO.- De todo lo antedicho se desprende que, conforme al art. 1715.1- 3º LEC de 1881, procede resolver desestimando la demanda, como hizo la sentencia de primera instancia.

SEXTO.- En cuanto a las costas de las instancias, sobre las que debe resolverse aplicando las reglas generales como dispone el art. 1715.2 LEC de 1881, las de primera instancia deben ser impuestas a la parte demandante conforme al art. 523 de la misma ley, procediendo por tanto confirmar la sentencia de primera instancia también en este punto, en tanto las de apelación deben imponerse al único demandante-apelante, conforme al art. 710 de la misma ley, ya que la sentencia de segunda instancia tenía que haber sido confirmatoria de la apelada.

SÉPTIMO.- Al haber sido estimado el recurso de casación, no procede imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por el mismo (art. 1715.2 LEC de 1881).

FALLAMOS

1º.- HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el Procurador D. Ignacio Argos Linares, en nombre y representación de D. Ismael , contra la sentencia dictada con fecha 14 de julio de 1997 por la Audiencia Provincial de Lugo en el recurso de apelación nº 150/97.

2º.- ANULAR LA SENTENCIA RECURRIDA para, en su lugar, CONFIRMAR LA DE PRIMERA INSTANCIA, incluido su pronunciamiento sobre costas.

3º.- Imponer al codemandante-apelante D. Luis Pablo las costas de la segunda instancia.

4º.- Y no imponer especialmente a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.



Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro González Poveda.-Francisco Marín Castán.-José de Asís Garrote.-FIRMADO Y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marín Castán, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ