



Roj: **SAP PO 2032/2008 - ECLI:ES:APPO:2008:2032**

Id Cendoj: **36038370032008100365**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **3**

Fecha: **22/07/2008**

Nº de Recurso: **204/2008**

Nº de Resolución: **367/2008**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JAIME ESAIN MANRESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPII, Lalín, núm. 2, 17-12-2007,**  
**SAP PO 2032/2008**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00367/2008

LA SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, compuesta por los Magistrados Ilmos. Sres. D.

ANTONIO J. GUTIÉRREZ R.- MOLDES, Presidente, D. JAIME ESAIN MANRESA y D. FRANCISCO JAVIER ROMERO COSTAS, ha pronunciado, EN NOMBRE DEL REY, la siguiente:

#### **SENTENCIA Nº: 367/08**

En PONTEVEDRA, veintidós de julio de dos mil ocho

Visto el recurso de apelación contra la sentencia recaída en los autos de juicio ordinario núm. 305/07, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de los de Lalín (Rollo de Sala número 204/08) en el que son partes: como apelantes Rosa y Gabriel , quienes se personaron en esta instancia representados por el procurador PERDRO SANJUAN FERNANDEZ, como apelada Teresa , la cual se personó en esta instancia representada por la procuradora MARIA BELÉN ÁLVAREZ SÁNCHEZ, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. JAIME ESAIN MANRESA.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 17 de diciembre de 2007, recayó sentencia en los autos de que se deja hecha mención, cuyo fallo, literalmente dice: "Estimar íntegramente a demanda presentada por Teresa contra Gabriel e Rosa e declaro:

1º A ineficacia da institución de herdeiros efectuada por don Diego a prol de don Gabriel e dona Rosa , a medio de testamento outorgado por aquel o 11.10.2002 ante o notario de Lalín don Victorino Gutiérrez Aller, número de protocolo NUM000 , por incumplimento voluntario, patente e manifesto da condición nel imposta.

2º Procede a apertura da sucesión lexítima ou intestada do referido cuasante don Diego .

Non procede facer condena en custas".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se preparó, en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación de Rosa Y Gabriel , recayendo resolución del juzgado de instancia por la que se tuvo por preparado el recurso y se acordó emplazar a la parte recurrente al objeto de que lo interpusiera en legal forma, lo que efectuó dentro del plazo legal, y conferido traslado a las restantes partes, con emplazamiento por diez días, al objeto de que



formularan oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que resultara desfavorable, por la representación de Teresa .

TERCERO.- Remitidos los autos a esta Audiencia con los escritos de interposición al recurso y de impugnación al mismo correspondió su conocimiento a esta Sección, por turno de reparto de fecha 07 de abril de 2008, sin que por las partes se haya propuesto prueba ni se haya solicitado la celebración de vista.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han cumplido las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

No se aceptan los contenidos en la resolución impugnada.

PRIMERO.- La sentencia apelada estimó demanda de juicio ordinario, declarando la ineficacia de la institución de herederos efectuada por Diego a favor de los demandados Gabriel y Rosa a medio de testamento otorgado por aquél el 11.10.2002, así como la procedencia de la apertura de la sucesión legítima o intestada del referido causante, en aplicación de los arts. 790 y 675 del Código Civil y 386 de la LEC.

SEGUNDO.- Según se desprende del contenido de las cláusulas segunda y tercera del testamento controvertido, otorgado el 11.10.2002, Diego instituyó herederos a los cónyuges demandados, imponiéndoles la carga de proveer el cuidado y asistencia del testador hasta su fallecimiento. (folio 13 vuelto).

En análisis de la voluntad real del testador en interpretación subjetivista exigida por el art. 675 del CC ., debe entenderse que la imposición incluida por el causante constituye verdadera condición, y no simple modo o carga, a los efectos dispuestos en el art. 797, párrafo primero del Código , fundamentada en la profunda precariedad física que afectaba en el otorgamiento al testador: a sus 91 años, sin descendientes ni ascendientes, alejado de su esposa, y completamente impedido y dependiente como consecuencia de hemiplejía que requirió hospitalización.

Se trata de condición suspensiva -que impide adquirir el derecho si no se cumple-, que consiste en hechos pasados -puesto que han de tener existencia antes de que el testamento despliegue su eficacia-, y potestativa -dado que su cumplimiento depende de la voluntad de la persona del favorecido bajo condición (también de la voluntad del causante). De lo que cabe desprender que el incumplimiento de la condición suspensiva acarrea como consecuencia que el instituido heredero no llegue a adquirir la herencia, con la salvedad del incumplimiento involuntario del heredero por impedimento ajeno (ya del testador ya de terceros interesados en la herencia), en que se considerará cumplida la condición, a tener de los preceptuado en el párrafo segundo del art. 798 del Código Civil .

Por lo demás, con respecto a las cláusulas modales y condicionales insertas en los testamentos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo muestra una gran flexibilidad a la hora de apreciar su cumplimiento, y también el de la condición suspensiva, atendiendo a las posibilidades del instituido (SS.TS. 9.2.1948 Y 18.12.1965 ), al mantenimiento de la institución por el testador sin revocar el testamento por otro posterior (STS 9.05.1990 ) o conjuntamente a las posibilidades del instituido y a la ausencia de petición o requerimiento alguno de cumplimiento (STS 10.05.1991 ).

Así se pone de manifiesto en S. AP de Pontevedra (Secc. 1ª) 7.11.2006, con cita de la ya señalada STS 9.05.1990 y de la S. AP de A Coruña de 25.02.2002 .

TERCERO.- En el supuesto estudiado resulta indiscutido que el 1.10.2002, después de que la sobrina demandante rechazara el ofrecimiento municipal de encargarse del cuidado de Diego , éste fue trasladado al domicilio del matrimonio interpelado, otorgándose en fecha 11.10 posterior el testamento, hasta el 11.04.2003 en que se produjo el ingreso en la Residencia de ancianos, donde permaneció hasta su fallecimiento el 11.01.2007, sin revocar el testamento.

Constituirá cuestión nuclear determinar si la salida de la custodia de los demandados se debió: a la desatención y malos tratos de los anteriores, lo que supondría incumplimiento voluntario y patente de la condición e ineficacia de la institución de heredero, con estimación de la demanda, en aplicación de los arts. 790, 791 y 798, párrafo segundo del CC, con desestimación de la demanda.

Pues bien, la valoración conjunta de la prueba practicada demuestra que el debatido traslado del anciano, desde la casa de los demandados a la Residencias, no tuvo causa en la desatención o maltrato, sino en la simple decisión voluntaria y libre del acogido debida, en parte al estado de tristeza en que le sumía la separación física de su esposa, y en parte al carácter inadaptable del mismo.

Del amplio material probatorio destaca el Tribunal la exhaustiva y detallada testifical en juicio del sacerdote Sr. Valentín , antiguo amigo de Diego , con el que trataba prácticamente a diario, y que ofrece máximas



garantías de veracidad por su inmediatez e imparcialidad. Declara que, pese a su lucidez e inteligencia, Diego era una persona maniática y de difícil adaptación convivencial, a causa de su carácter y carencia de hijos durante 50 años; describe la profunda precariedad y abandono recibido por el impedido a la salida del hospital; que nunca recibió queja de malos tratos, avalándole testigo el cuidado muy bueno dispensado por los demandados, y explicando que la marcha de su domicilio respondió a su simple voluntad; remarca la gran tristeza que le producía el alejamiento de su esposa; concreta haber conversado con el mismo respecto a la posible revocación del testamento; y especifica cómo fue precisamente el marido de la sobrina demandante quien introdujo la alusión de malos tratos en informe de Servicios Sociales municipales, figurando a la postre como motivo -no constatado- de ingreso en la Residencia. (folio 16)

Engarzando con tan relevante testimonio, también se obtiene el doble valioso testimonio del médico de cabecera, Dr. Julián , y de la enfermera Sra. Marí Trini -particularmente el de la última, basado en reiteradas visitas al propio domicilio-, en contundente demostración del cuidado y afecto que se dispensó a Diego por los demandados -únicos dedicados a la tarea, sin ayuda de los sobrinos-, remarcando la profunda tristeza que le producía la separación de la esposa, y excluyendo cualquier queja de maltrato o desatención. Dicha ausencia de quejas viene refrendándose también en juicio por los propios testigos, propuestos a instancia de la propia parte actora, vecinas Sras. Ana , María Inmaculada y María Angeles , no ofreciendo mayor trascendencia, frente al sólido material probatorio analizado, las testificales del Sr. Ismael y de las Sras. Andrea y Carina , a la sazón compañero, Directora y monja de la Residencia, referidas al período temporal posterior y más circunscrito.

En definitiva, no concurre incumplimiento voluntario de condición a los efectos de aplicación de los Arts. 790, 791 y 1.114 del CC , sino incumplimiento involuntario por impedimento ajeno, que determina la consideración de cumplimiento de la condición conforme al párrafo segundo del art. 798 del CC ., lo que ponderando asimismo la no revocación del testamento, deriva en la estimación del recurso, la revocación íntegra de la sentencia y la plena desestimación de la demanda, respetando sustancial criterio de la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 9.05.1990 .

CUARTO.- Dichas conclusiones finales acarrearán la imposición de las costas de primera instancia a la parte actora vencida, y el no pronunciamiento respecto a las costas de la alzada, según los arts. 394.1 y 398.2 de la LEC.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

## FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Manuel Nistal Riádigos en nombre y representación de Rosa Y Gabriel , y revocar íntegramente la sentencia impugnada, dictada en fecha 17 de diciembre de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de los de Lalín , desestimando plenamente la demanda presentada por el Procurador Manuel Cean Garrido en nombre de Teresa , con imposición de las costas de primera instancia a la parte actora. Y sin hacerse pronunciamiento en costas de la alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas en la forma establecida en el artículo 248.4 de la LOPJ .

Firme esta resolución, expídase testimonio de la misma y remítase junto con los autos, al Juzgado de procedencia, tomándose las oportunas notas en los libros de registro de esta Sección.

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