



Roj: **SAP C 1944/2002 - ECLI:ES:APC:2002:1944**

Id Cendoj: **15030370012002100368**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **18/07/2002**

Nº de Recurso: **529/2001**

Nº de Resolución: **320/2002**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **DAMASO MANUEL BRAÑAS SANTA MARIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rollo nº **529/2001**

Apelación civil

**SENTENCIANº 320/02**

En La Coruña, a dieciocho de julio de dos mil dos, la Sección Primera de la Audiencia Provincial, formada por los Iltmos. Sres. Magistrados, D. Ángel María Judel Prieto, Presidente, D.

Miguel Herrero de Padura y D. Dámaso Manuel Brañas Santa María, en el recurso de apelación interpuesto en el juicio de menor cuantía número 311 de 1999 del Juzgado de Primera Instancia número dos de Ferrol, sobre validez de **testamento** e ineficacia de legado, promovido por D. Humberto , D<sup>a</sup>. Bárbara , D<sup>a</sup>. Constanza , D. Joaquín , D. Manuel y D. Paulino , apelantes, representados por la procuradora Sra. Berea Ruiz y defendidos por la abogada D<sup>a</sup>. Susana Romalde Corral, contra D<sup>a</sup>. Marí Jose , apelada, representada por el procurador Sr. Bejerano Fernández y defendido por la abogada D<sup>a</sup>. Fátima Piñeiro Pereira, resuelve como se dirá por las siguientes razones:

#### ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Se aceptan los de la sentencia recurrida, dictada el dos de enero de 2000, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por la Sra. García Galeiras, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Bárbara , D<sup>a</sup>. Constanza , D. Joaquín , D. Manuel y D. Paulino , contra D<sup>a</sup>. Marí Jose , salvo la declaración de validez del **testamento** otorgado por D. Gerardo , que se considera valido, con imposición de costas a la parte actora".

Segundo. Contra ella interpuso la parte demandante recurso de apelación, que se admitió en ambos efectos, y elevados los autos a este Tribunal, una vez emplazadas las partes, se siguió el procedimiento con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y, habiendo optado las partes por las alegaciones escritas, la procuradora Sra. Berea Ruiz presentó escrito en el que, tras alegar lo que consideró oportuno, pidió su revocación y la estimación de la demanda con imposición a la contraria de las costas de primera instancia y subsidiariamente la revocación parcial en el sentido de no hacer imposición de costas al haberse estimado parcialmente la demanda y no concurrir circunstancias excepcionales que justifiquen aquélla; conferido traslado a la contraparte, el procurador Sra. Trigo Castiñeira presentó escrito de oposición al recurso en solicitud, por las razones que adujo, de su desestimación y de la confirmación de la sentencia apelada con imposición de costas a la parte actora.

Tercero. Se señaló para la votación y fallo el pasado día veinte de diciembre y actuó como ponente el Iltmo. Sr. D. Dámaso Manuel Brañas Santa María.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se aceptan sustancialmente el primero y la parte inicial del segundo de la sentencia apelada, en lo que no discrepen de los siguientes.



Segundo. Conviene precisar en primer término el objeto del proceso y el ámbito de conocimiento en esta instancia. Al contestar a la demanda se pidió que "se desestime las pretensiones de los demandantes y se declare la validez del **testamento** otorgado por Don Gerardo de fecha 28-AGO-86 y por cumplida por mi mandante la condición impuesta por el testador en la cláusula 2º del citado **testamento**, al haber atendido y cuidado a su padre hasta su fallecimiento y por lo tanto se declare su derecho a percibir el legado constituido en la mencionada clausula". Ello supone que la demandada se allanó a la petición a) de la demanda, pero, como las otras declaraciones que interesa son puramente contradictorias de las peticiones b) y c) de la demanda, no planteó reconvencción implícita y acertadamente no se dio traslado para contestarla. Por otra parte el pronunciamiento de validez del **testamento** es firme y ahora solo ha de tratarse sobre si concurre o no la situación prevista, de la que depende la procedencia de atribuir o no el legado a la demandada, así como, en el caso de solución favorable a la apelada, el pronunciamiento sobre las costas de primera instancia, respecto al que cabe anticipar que sería ineludible estimar la petición subsidiaria de la apelante a tenor del artículo 523, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, con la consiguiente repercusión sobre las de esta instancia de acuerdo con el 710 de la misma.

Tercero. La Sala no va a referir ni, mucho menos, transcribir el contenido del artículo 675 del Código Civil, ya suficientemente repetido en el proceso, pero sí va a aplicarlo. En primer término la referencia a "que lo cuiden y asistan hasta el mismo momento de su fallecimiento" concierne, como resulta de su literalidad y corrobora el contexto de la disposición, a la persona del testador. Por otra parte no se vislumbra dato alguno, ni siquiera extrínseco, que permita entrar en consideraciones sobre una distinta voluntad del testador. Así pues el esfuerzo procesal desplegado por las partes en relación al trabajo de la casa, las fincas y el ganado deviene inútil, porque no guarda relación con el cuidado y la asistencia personal al testador. Por otra parte la meritada disposición no es propiamente un legado condicional; la incertidumbre inicial se debe al modo de designación del legatario o legatarios, perfectamente válido conforme al criterio que expresan los artículos 750 y 772, párrafo segundo, del Código Civil y la jurisprudencia ( sentencias del Tribunal Supremo de veintiuno de enero de 1895, tres de enero de 1899, cinco de noviembre de 1905 y veintiuno de diciembre de 1920), porque en el momento de la apertura de la sucesión la certeza será indudable, con independencia de haya uno o varios o ninguno; en efecto no es imprescindible que el favorecido por una disposición testamentaria sea una persona determinada en su concreta identidad, basta que resulte determinable de modo inequívoco (citado artículo 750 "que por algún evento pueda resultar cierta") en virtud de las circunstancias que el **testamento** indique o, de no haber persona alguna en quien concurren, de igual manera la certeza de su inexistencia, situación en definitiva no distinta, por citar un ejemplo, de la de premoriencia del designado por su nombre y apellidos; el testador es libre de llamar a una persona cuya identidad desconoce en el momento de testar, pero que es susceptible de averiguación ulterior mediante los datos o eventos que señale para ello, es decir, "de modo que no pueda dudarse quién sea el instituido" (párrafo citado del artículo 772). En particular la mencionada sentencia de 1920 trata, de un caso en que el evento identificador es esencialmente el mismo del presente.

Cuarto. Por otra parte el cuidado y asistencia han de entenderse, de acuerdo con un criterio lógico y también ajustado al uso social, para el caso de que el testador lo necesitare y su cónyuge no pudiere prestárselos ( artículos 67 y 68 del Código Civil) o de hecho no lo hiciera, lo que aparece reforzado por datos extrínsecos (Sra. Marí Jose a la 15ª y documental de los folios 42 y 43). Son hechos al margen del debate que el testador convivía con su mujer, se valía por sí mismo hasta unos tres meses antes de su muerte, en que sufrió una trombosis, y estuvo hospitalizado una parte de ese último trimestre; también que en la casa vivía el hermano del testador D. Ángel Jesús ; asimismo la demandada admite (confesión a la sexta) que su madre tuvo buena salud hasta que falleció aquél y no estaba incapacitada, así como que era una esposa normal (a la cuarta). Ello bastaría para desechar la tesis de la apelada; no obstante se examinará la prueba que produjo. El resultado de la confesión judicial de los demandantes no favorece en modo alguno su postura; en cuanto a la testifical, la única pregunta (la octava está formulada de modo impersonal) que está en relación con el evento considerado en la disposición testamentaria es la séptima; la afirmaron los testigos Sras. Encarna (ciertamente dos y no una, pero ambas reconocieron su interés en la victoria de quien las propuso), Dª. Lourdes , al parecer madre de las anteriores, Dª. Pilar , Dª. Marí Luz y D. Fernando , sin dar ninguno de ellos razón de ciencia; los tres últimos manifestaron su total ignorancia sobre el contenido de la correlativa repregunta, así como sobre la quinta pregunta, con lo que está claro, como dice el Sr. Fernando , "que dentro de la casa no sabe lo que hacían", y éste y la Sra. Pilar lo rematan al manifestar su desconocimiento del dato objetivo a que se refiere la octava, en tanto que la Sra. Marí Luz , al contestarla, expresa una opinión o una suposición, obviamente sin base, por lo declarado a la quinta; la razón del desconocimiento que Dª. Lourdes da al responder a ésta sería igualmente aplicable a la pregunta y además reconoce que el testador era atendido por su mujer (a la repregunta a la 8ª); de Doña. Encarna , aparte lo ya dicho, cabe añadir que Dª. Lourdes no tiene su domicilio en A Faeira, con lo que ni siquiera es vecina, y ambas contradicen a su madre al responder a las repreguntas a la séptima y la octava e incluso a la demandada (respuestas de ésta a las posiciones cuarta y quinta), lo que pone en cuarentena, sino su veracidad (pueden estar convencidas de lo que dicen), desde luego su capacidad



informativa. A ello ha de agregarse lo declarado, con evidente conocimiento de la vida familiar, por la viuda del testador y su hermano, que, pese a no admitir estar en algún supuesto de tacha, no fue tachado por la demandada.

Quinto. Las costas de primera instancia se rigen por el artículo 523, párrafo segundo, y las de ésta segunda por el 710, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

VISTOS los artículos citados y demás de aplicación.

En nombre de S. M. El Rey

#### **FALLAMOS:**

Estimamos el recurso de apelación, revocamos parcialmente la sentencia apelada, estimamos la demanda interpuesta, declaramos la validez del **testamento** otorgado por D. Gerardo el veintiocho de agosto de 1986, que en ninguno de sus hijos y herederos concurren las cualidades establecidas en su cláusula segunda al efecto de la atribución del legado, por lo que los bienes objeto de éste se distribuirán entre los herederos de acuerdo con su cláusula tercera, e imponemos a la demandada las costas de primera instancia, sin hacer especial pronunciamiento sobre las de la alzada. Devuélvanse los autos, con certificación de la presente, una vez firme, al Juzgado de procedencia.

Así por esta sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, juzgando definitivamente en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.