



Roj: **SAP C 886/2007 - ECLI:ES:APC:2007:886**

Id Cendoj: **15030370042007100220**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **19/04/2007**

Nº de Recurso: **652/2006**

Nº de Resolución: **184/2007**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO MIGUEL FERNANDEZ-MONTELLS FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

LA CORUÑA/A CORUÑA

SENTENCIA: 00184/2007

ORTIGUEIRA

Rollo: RECURSO DE APELACION 0000652 /2006

**SENTENCIA N° 184/07**

AUDIENCIA PROVINCIAL

Sección Cuarta

Ilmos. Sres. Magistrados:

MANUEL CONDE NUÑEZ

CARLOS FUENTES CANDELAS

ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNANDEZ

En LA CORUÑA/A CORUÑA, a diecinueve de Abril de dos mil siete.

Vistos por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial, integrada por los señores que al margen se relacionan los presentes autos de juicio ordinario nº 106/05, sustanciado en el JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 1 DE ORTIGUEIRA, que ante la Audiencia Provincial pendían en grado de apelación, seguidos entre partes de una como DEMANDANTE Y APELATNE DON Ángel Jesús , representado en primera instancia por la Procuradora Sra. Pena Blanco y con la dirección del Letrado Sr. Rubido Ramonde y representado en esta instancia por el Procurador Sr. pardo Fabeiro y de otra como DEMANDADA Y APELADA DOÑA Lidia , representada en primera instancia por la Procuradora Sra. Fernández Álvarez y con la dirección del Letrado Sr. Barro Sabín y representada en esta instancia por el Procurador Sr. López Valcarcel; versando los autos sobre NULIDAD DE LEGADO EN TESTAMENTARIA.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por el JUZGADO DE 1ª INSTANCIA DE ORTIGUEIRA, con fecha 21-12-05 . Su parte dispositiva literalmente dice: FALLO: "Que desestimando como desestimo la demanda presentada por la Procuradora SRA. PENA BLANCO en nombre y representación de DON Ángel Jesús , debo absolver y absuelvo libremente a DOÑA Lidia de todos los pedimentos de la demanda, con imposición de costas a la actora".

SEGUNDO.- Contra la referida resolución por el demandante, se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que le fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.



TERCERO.- Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNANDEZ.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia y

PRIMERO.- Conviene precisar en principio que lo que se pretende en demanda, que viene desestimada en la sentencia apelada, es que se declare que la demandada no es la legataria ni beneficiaria del legado establecido por su difunta madre, doña Carolina , en la cláusula segunda de su **testamento** otorgado en fecha 29 de diciembre de 1977, que dispuso "Además de la institución de heredero, lega, como mejora, al hijo o nieto que cuide y atienda a la testadora y su esposo, hasta el fallecimiento del último, el piso que habita, con todo lo cuanto exista de puertas adentro, en el más amplio sentido", por cuanto no se cumplió la condición impuesta de cuidar a la madre, ya que en sus últimos años, esta última fue cuidada por su marido, una vez que retorno de Suiza a mediados de los años ochenta, tampoco al padre, una vez fallecida la madre en el día 17 de mayo de 1987, lo que estima acreditado de la prueba practicada, y de las mismas ultimas voluntades en **testamento** otorgado en el año 1996.

SEGUNDO.- Debemos de partir para la debida resolución del recurso de apelación que la voluntad del testador es la primera ley de la sucesión testada y de la interpretación de las disposiciones testamentarias 8 artículo 675 del Código Civil ), y que la demandada aduce que ha cumplido la condición impuesta por la testadora en la cláusula segunda del citado **testamento**, así lo estimó el Juzgador de instancia, al haber atendido y cuidado a su madre hasta su fallecimiento, no habiendo requerido el padre sus cuidados al no necesitarlos, y por lo tanto es beneficiaria del legado antes referido, frente a lo que se opone la parte recurrente basándose en que al utilizar la testadora la conjunción copulativa "y", como resulta de su literalidad necesariamente debía de cumplirse la condición al hijo o nieto que cuide y atienda a la testadora y su esposo, tanto respecto a la madre como del padre hasta el fallecimiento del último.

Como decíamos en nuestra reciente sentencia de fecha 26 julio 2006 "Las disposiciones testamentarias pueden ser configuradas y sus naturales efectos alterados mediante elementos o especificaciones accesorias: la condición, el término (tiempo) y el modo (o carga), impuestos al heredero o al legatario. El Código civil lo regula un tanto imperfectamente en sus artículos 790 y siguientes . Las consecuencias son diversas. En ocasiones resulta difícil distinguir cuando se trata de una condición o de un modo. Incluso en la doctrina y la jurisprudencia se pueden leer cláusulas parecidas a la de nuestro litigio de asistir y cuidar al testador y, en su caso, a la viuda u otros parientes o personas hasta su muerte, que unas veces se consideran como condiciones y otras como cargas modales. La consecuencia del incumplimiento en el supuesto de condición suspensiva (o sea, aquella en que la institución de heredero o el legado dependen del cumplimiento o realización del hecho que se pone como condición), es que el heredero o el legatario no llegarían a adquirir la herencia o el legado en cuestión, mientras que en el caso modal sí, aunque con la carga impuesta, la cual podría serle exigida, respondiendo de ello (con alcance que no es necesario examinar ahora). En caso de duda la ley sigue la tradición inclinándose por entenderlo sub modo (art. 797-párrafo 1º ), y no como condición "a no parecer que ésta era su voluntad" (párrafo citado in fine). Impera, por tanto, la voluntad del testador que es la primera ley de la sucesión testada y de la interpretación de las disposiciones testamentarias. Tradicionalmente se han estudiado criterios prácticos de distinción entre condición y modo. Sin perjuicio de su posible utilidad práctica, insistimos en que lo fundamental es siempre averiguar la real voluntad del causante plasmada en su **testamento**, sin olvidar en nuestro pleito la Testamentaría y el cuaderno dirimente impugnado. En este sentido, tiene razón la parte apelante en que la sentencia apelada alteró los términos del debate al considerar modo lo que en el cuaderno dirimente y todo el mundo en la Testamentaría se aceptó como condición suspensiva, que es la naturaleza jurídica que corresponde a la voluntad del testador manifestada en la cláusula testamentaria de atribuir el legado solo a aquel hijo o hija que "antes de fallecer el último de los padres se hallare casado en la casa principal que éstos habitan, vivido en ella en tal condición o estado hasta morir el último de los padres, y prestado a los mismos y a su hacienda la debida asistencia" ... y, en su defecto, el de mayor edad que resida entonces en la casa. El testador buscó de este modo asegurarse para sí y para su viuda una asistencia y cuidados mediante una mejora solo adquirible a condición de recibirlos durante toda su vida".

Por otra parte la meritada disposición no es propiamente un legado condicional; la incertidumbre inicial se debe al modo de designación del legatario, 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; 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).

Lo fundamental en el presente caso es que ha de entenderse por el cuidado y asistencia, 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 pudiese prestárselos ( artículos 67 y 68 del Código Civil ) o de hecho no lo hiciera, y lo mismo cabe referir respecto a la necesidad de cuidados de su marido una vez fallecida aquella. Y son hechos probados que la testadora al momento de otorgar el **testamento** en el año 1977 no convivía con su marido, emigrante en Suiza, si con sus hijos, respecto al actor hasta el momento en que contrajo matrimonio, a diferencia de la demandada que continuo conviviendo con su madre, cuidándola en lo necesario, persona delicada de salud, lo que continuo haciendo una vez que retorno a España el padre en el año 1984, conviviendo con ambos en su domicilio en Narón, si bien pasaban aquellos temporadas en su casa de Cedeira, tal como resulta del conjunto de la prueba practicada. Tras el fallecimiento de la testadora en fecha 17 de mayo de 1987, el marido pasó a convivir con otra persona en el año 1990 en Regoa-Cedeira, y así otorga **testamento** estableciendo un legado a favor de dicha persona con la obligación de cuidarle hasta su fallecimiento, como así sucedió. De tal modo el padre, después de fallecida su esposa, en ningún momento requirió los cuidados de sus hijos, ni estos lo desatendieron, pero ello no impide que cumplida la obligación por parte de la demandada respecto de su madre no pueda ser considerada como la persona legataria designada por su madre en disposición testamentaria, tampoco su hermano le requirió en tal sentido ni instó la resolución de la mejora y el legado por incumplimiento del modo mientras su padre vivió sino que, por el contrario, esperó 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 (STS 21 razón por la cual el motivo no puede ser estimado, y en consecuencia debe ser confirmada la sentencia apelada por sus propios y acertados fundamentos, cuando no puede entenderse tampoco una especie de prescripción extintiva del legado como pretende el recurrente sin base legal alguna.

TERCERO.- La desestimación del recurso de apelación conlleva la condena en costas de esta alzada de la parte recurrente, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 en relación con el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad concedida por el Pueblo Español.

## FALLAMOS

Con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de don Ángel Jesús , contra la sentencia dictada en fecha 21 de diciembre de 2005 por el Juzgado de Primera Instancia de Ortigueira , en los autos de juicio ordinario número 106/05 de los que dimana el presente rollo, CONFIRMAMOS la resolución recurrida, con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.

Así, por esta nuestra sentencia de la que se llevará certificación al rollo de Sala lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.