

Id Cendoj: 28079110012009100757  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
 Sede: Madrid  
 Sección: 1  
 Nº de Recurso: 1890/2005  
 Nº de Resolución: 768/2009  
 Procedimiento: Casación  
 Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS  
 Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x TESTAMENTO x
- x INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO x
- x HEREDERO BAJO CONDICIÓN POTESTATIVA x
- x RECURSO DE CASACIÓN CIVIL x

**Resumen:**

Testamento. Interpretación de sus cláusulas. Obligación impuesta por el testador al heredero de convivir con el y cuidarle hasta su fallecimiento.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a tres de Diciembre de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, los recursos de casación interpuestos, por D. Luis Angel , representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Elena Jiménez-Riduejo Ayuso, la entidad "DISJUGA, S.L.", representada por el Procurador D. Antonio Luis Martín García, y por D<sup>a</sup> Felicísima , D<sup>a</sup> Marcelina y D. Arsenio , representados por el Procurador de los Tribunales D. Rafael Cuevas Castaño, contra la Sentencia dictada, el día 13 de junio de 2005, por la Audiencia Provincial de Salamanca en el rollo de apelación nº 309/05, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Salamanca, en el juicio ordinario nº 707/03. Ante esta Sala comparecen el Procurador de los Tribunales D. Enrique de Antonio Viscor en nombre y representación de D. Luis Angel , La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Beatriz Sordo Gutiérrez en nombre y representación de la mercantil "Disjuga, S.L.", y la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Elena Puig Turegano, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Felicísima , D<sup>a</sup> Marcelina y D. Arsenio , compareciendo todos ellos en concepto de recurrentes.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** Ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Salamanca, interpuso demanda de juicio ordinario, D. Luis Angel , contra D<sup>a</sup>. Felicísima , D<sup>a</sup> Marcelina , D. Arsenio , sobre acción de impugnación de la herencia de D<sup>a</sup> Flor . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: " .... se dicte auto acordando la adopción de las medidas interesadas para asegurar la ejecución de la sentencia, si la misma resultare estimatoria de nuestras pretensiones, en los términos que se interesan en el cuerpo de este escrito, decretando lo demás que sea procedente en derecho, con imposición de las costas procesales de este trámite a la parte demandada".

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de D<sup>a</sup>. Marcelina y de D. Arsenio , los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... hasta dictar en su día sentencia por la que con estimación de cualquiera de las excepciones procesales alegadas y sin entrar a conocer del fondo del asunto se desestime la demanda y, para el supuesto de que no fuera estimada ninguna de las excepciones se desestime la demanda por las razones de fondo alegadas, absolviendo de las mismas a mis representados, con expresa imposición al actor de las costas causadas en cualquiera de los supuestos".

La representación de D<sup>a</sup> Felicísima alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando: "*...dictar en su día sentencia por la que con estimación de cualquiera de las excepciones procesales alegadas y sin entrar a conocer del fondo del asunto se desestime la demanda y, para el supuesto de que no fuera estimada ninguna de las excepciones se desestime la demanda por las razones de fondo alegadas, absolviendo de la misma a mi representada, con expresa imposición al actor de las costas causadas en cualquiera de los supuestos*".

La representación de "DISJUGA, S.L.", alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando: "*... decretar el sobreseimiento del pleito (ex. art. 424 L.E.C . y, para el supuesto de que no fuera estimada la excepción, se desestime la demanda por las razones de fondo alegadas, absolviendo en todo caso de la misma a mi representada, con expresa imposición al actor de cuantas costas se nos causen*".

Contestada la demanda se acordó convocar a las partes a una Audiencia Previa, la tuvo lugar en el día y hora señalados y con asistencia de las partes y habiéndose solicitado el recibimiento a prueba del pleito, se acordó señalar nuevamente día y hora para la celebración del oportuno Juicio Verbal, el que tuvo lugar practicándose la prueba propuesta por las partes, que previamente fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Salamanca dictó Sentencia, con fecha 25 de enero de 2005 y con la siguiente parte dispositiva: "*FALLO: Que DESESTIMANDO LA DEMANDA interpuesta por la Procuradora Dña. ELENA JIMÉNEZ-RIDRUEJO AYUSO en nombre y representación de D. Luis Angel contra Dña. Felicísima , Dña. Marcelina y D. Arsenio , representados por el Procurador D. ANTONIO LUIS MARTÍN GARCÍA, DECLARO NO HABER LUGAR A LA MISMA, absolviendo a todos los demandados de los pedimentos contenidos en ella, y con imposición a dicho actor de todas las costas de este juicio*".

**SEGUNDO.** Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D. Luis Angel . Sustanciada la apelación, la Audiencia Provincial de Salamanca dictó Sentencia, con fecha 13 de junio de 2005 , con el siguiente fallo: "*Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por el demandante DON Luis Angel , representado por la Procuradora Doña Elena Jiménez-Ridruėjo Ayuso, contra la sentencia dictada por el lltmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia número 5 de esta ciudad con fecha 25 de enero de 2.005 en el Juicio Ordinario del que dimana el presente rollo, la debemos confirmar y confirmamos, a excepción del pronunciamiento relativo a las costas, que se revoca parcialmente, imponiendo a dicho demandante el pago de las costas causadas por los demandados Doña Felicísima , Doña Marcelina y Don Arsenio , sin hacer especial pronunciamiento respecto de las ocasionadas por la intervención de la entidad codemandada DISJUGA, S.L. así como tampoco de las de esta alzada*".

La representación de "DISJUGA, S.L.", presentó escrito solicitando aclaración de sentencia, dictándose con fecha 22 de junio de 2005 , auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "*LA SALA ACUERDA: No haber lugar a la subsanación de la sentencia dictada por esta Sala en fecha trece del corriente mes de junio y que solicita el Procurador Don Antonio Luís Martín García, en nombre y representación de la entidad DISJUGA, S.L.*".

**TERCERO.** Anunciados recursos de casación por la entidad mercantil "DISJUGA, S.L.", por D<sup>a</sup> Felicísima , D<sup>a</sup> Marcelina y D. Arsenio , y por D. Luis Angel , contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia los tuvo por preparados y dichos recursos fueron interpuestos:

La representación de *D. Luis Angel* , lo interpuso articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del *art. 477.1 de la LEC* , por infracción por inaplicación del *art. 675 del Código Civil* ., y en su caso por aplicación indebida de dicho precepto legal.

Segundo.- Al amparo del *art. 477.1 de la LEC* , por infracción por inaplicación de los *arts. 790 y siguientes del Código Civil* , en relación con el *art. 675* del mismo cuerpo legal y, en particular, la aplicación indebida de los *arts. 795 y 798* del mismo texto legal.

La representación de "*DISJUGA, S.L.*" , lo interpuso articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Vulneración de lo dispuesto en el *art. 394 de la LEC* , norma aplicable para resolver la *quaestio iuris* referida a costas del proceso.

Segundo.- Vulneración del *artículo 398.1 de la LEC* .

La representación de D<sup>a</sup>. Felicísima , D<sup>a</sup> Marcelina y D. Arsenio , lo interpuso articulándolo en los siguientes motivos:

- A) Infracción del *artículo 394 de la LEC* .
- B) Infracción del *artículo 397 de la LEC* .
- C) Infracción del *artículo 398.1 de la LEC* .

Por resolución de fecha 12 de septiembre de 2005, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

**CUARTO.** Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personaron el Procurador D. Enrique Antonio Viscor, en nombre y representación de D. Luis Angel ; la Procuradora D<sup>a</sup> Beatriz Sordo Gutiérrez, en nombre y representación de la entidad "Disjuga, S.L." y la Procuradora D<sup>a</sup> Elena Puig Turégano, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Felicísima , D<sup>a</sup> Marcelina y D. Arsenio , en calidad de recurrentes.

Por Auto de fecha 8 de septiembre de 2008, la Sala acuerda: 1º) *NO ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de la entidad mercantil "Disjuga, S.A." y D. Felicísima , D<sup>a</sup> Marcelina y D. Arsenio contra la Sentencia dictada, con fecha 13 de junio de 2005 por la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª), en el rollo de apelación 309/05 dimanante de los autos de juicio nº 711/03 del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Salamanca.* 2º) *ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D. Luis Angel , contra la meritada sentencia*".

La representación de DISJUGA, S.L. evacuando el traslado conferido al respecto, presentó escrito oponiéndose al recurso de casación formulado de contrario; asimismo presentó escrito la representación de D<sup>a</sup> Felicísima , D<sup>a</sup> Marcelina y D. Arsenio , presentó escrito oponiéndose igualmente al recurso de casación presentado de contrario.

**QUINTO.** Se señaló como día para votación y fallo del recurso el cinco de noviembre de dos mil nueve, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D<sup>a</sup>. Encarnacion Roca **Trias**,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Resumen de los hechos probados.

1º D<sup>a</sup> Flor falleció viuda y sin hijos. En aquel momento tenía dos hermanos vivos, D. Luis Angel y D<sup>a</sup> Felicísima ; le había premuerto su hermano Luciano , dejando dos hijos.

2º D<sup>a</sup> Flor había otorgado testamento en el que figuraban las siguientes cláusulas:

*"PRIMERA.- Instituye herederos universales por terceras e iguales partes a sus hermanos Felicísima y Luis Angel y a sus sobrinos D<sup>a</sup> Marcelina y D. Arsenio , hijos de su hermano fallecido D. Luciano , heredando los dos primeros por cabezas y los dos últimos por estirpes [...]. SEGUNDO. La institución de herederos queda sometida a la condición de que los mismos, atiendan y asistan a la testadora en caso de enfermedad o en cualquier otra situación de necesidad de la misma, estableciendo que los que no le presten su asistencia en tales circunstancias perderán toda participación en la herencia, acreciendo su parte a los restantes herederos que cumplan la voluntad de la testadora".*

3º El actor, D. Luis Angel , impugnó las operaciones particionales y además pidió que se declarara que sólo él se había ocupado de su hermana antes del fallecimiento, por lo que en cumplimiento de la condición del testamento de D<sup>a</sup> Flor , le correspondía ser el único heredero. Alegaron los demandados que la finca adjudicada en la partición a D<sup>a</sup> Felicísima y los hijos del premuerto, D. Luciano , había sido vendida a DISJUGA, S.L., quien debía intervenir en el pleito por afectarle su resultado. Así se efectuó.

4º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Salamanca, de 25 enero 2005 , desestimó la demanda. Se argumentó: a) que el actor no había intentado ni siquiera probar que los herederos llamados conocieran la condición de la institución antes de la muerte del testador, que tampoco él conocía, por lo que *"mal puede exigírseles a dichos demandados que acrediten haber cumplido dicha condición cuya existencia ignoraban"* ; b) la condición contenida en la *cláusula 2ª* del testamento de D<sup>a</sup> Flor *"no puede afectar la*

validez de la institución de heredero porque no fue conocida por los herederos instituidos hasta después de la muerte de la testadora, la cual estando en vida no consta ni que comunicase la existencia de dicha cláusula a los herederos, ni que propiciase el cumplimiento de la misma yéndose a vivir con alguno de ellos para su cuidado y asistencia últimos. Atención, cuidado y asistencia que fue imposible de cumplir voluntariamente por ninguno de los herederos" ; c) que siendo "potestativa y de hechos pasados, naturalmente ha de conocerla el obligado a cumplirla para que su voluntad pueda determinar el cumplimiento" , aplicando así la doctrina derivada de los Arts. 795 y 798 CC .

5º D. Luis Angel apeló la anterior sentencia, que fue confirmada por la de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 13 junio 2005 . Aplicando el Art. 795 CC y la doctrina de las SSTS de 2 enero 1928 y 9 mayo 1990 , señala la sentencia recurrida que dicho artículo "*parece partir del presupuesto de que el instituido tendrá conocimiento del testamento y, por tanto de la condición, después de la muerte del testador. Lo que sí deja claro el precepto es que no puede estimarse que hay incumplimiento cuando el favorecido no realice la condición por desconocimiento de la misma*" . Las razones para rechazar la pretensión del recurso se pueden resumir, siguiendo a la sentencia, en los siguientes apartados: a) porque no se ha acreditado por el actor que los demandados conocieran que habían sido instituidos conjuntamente con D. Luis Angel y mucho menos que la causante hubiera establecido una condición de prestarle asistencia en los términos que se establece, porque "*dichos demandados tampoco tuvieron la ocasión de cumplir o no cumplir tal condición*"; b) tampoco se ha demostrado que la causante se encontrase en situación de necesidad, porque se hallaba en una residencia proveyendo su coste con sus propios recursos, y c) aunque el demandante le hubiese prestado una mayor atención debido a la proximidad de su residencia, las circunstancias personales de los demás lo impedía, lo que era conocido por la propia causante.

6º D. Luis Angel interpone recurso de casación, al amparo del Art. 477.1 LEC , que fue admitido por el auto de esta Sala de 8 septiembre 2008 .

**SEGUNDO.** En el *Primer motivo* se denuncia la no aplicación del Art. 675 CC y en su caso, su aplicación indebida. Considera que el testamento de Dª Flor es claro y que deja pocas dudas interpretativas, dado lo cual el pleito debió centrarse en la interpretación de lo que significan las expresiones "caso de enfermedad" y "situación de necesidad". Añade que "sostener que se desconocía la existencia de la condición equivale a negar la interpretación que se viene sosteniendo en este motivo, es decir, la interpretación literal de la condición". Han existido las situaciones de necesidad, que han sido cubiertas por el recurrente y, finalmente, la no modificación del testamento por la causante no debe equivaler a decir que aceptaba la situación en que se encontraba. En resumen, se pretende con el motivo que se ha desviado la voluntad de la testadora, expresada con claridad y suficiencia. El motivo se va a examinar conjuntamente con el *segundo*, donde se denuncia la no aplicación de los Arts. 790 y siguientes CC , en relación con el Art. 675 y en particular la aplicación indebida de los Arts. 795 y 798 CC . Señala el recurrente que la sentencia invoca el Art. 795 CC para establecer que la condición impuesta debe ser cumplida por los herederos una vez conocida, pero es evidente que semejante interpretación se aparta de la obligación impuesta en el testamento. La condición fue impuesta a sabiendas de las dificultades que podían encontrar en los herederos y concluye diciendo que "la obligación impuesta es válida, incumbe a los herederos y la distribución hereditaria debe hacerse de acuerdo con su tenor literal", lo que debe llevar a admitir las pretensiones del recurrente.

*Ambos motivos se desestiman.*

Todo el litigio se centra en la interpretación de la *cláusula segunda* del testamento de Dª Flor , donde estableció la que ella misma calificó como *condición*, en la que quería que si alguno de sus nombrados herederos no la atendiera en una situación de necesidad, no recibiera ninguna participación en la herencia. La Sala de instancia ha calificado esta cláusula como una condición potestativa, cuyo cumplimiento resultaba imposible porque no era conocida por los herederos antes de la apertura de la sucesión y que una vez fallecida la testadora, ya no pudo cumplirse. El recurso de casación, en los dos motivos antes resumidos, incide en esta cuestión, pero no se centra en el verdadero sentido de la cláusula discutida. Por ello debemos: a) interpretar correctamente la cláusula que contiene la así llamada *condición* , y b) comprobar si lo previsto en ella se cumplió o no.

**TERCERO.** Es cierto que esta Sala ha venido declarando en relación a la interpretación de las disposiciones testamentarias y a la violación del Art. 675 CC , que se denuncia en el primer motivo del recurso, que la interpretación de los testamentos es tarea atribuida al juzgador de instancia y que solo en los casos en que exista un manifiesto error puede ser revisada en casación. Como ejemplo, la sentencia de 30 enero 1997 dice que "*es abrumadora la jurisprudencia acerca de que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al Tribunal de instancia*" (asimismo, SSTS de 26 julio y 6 octubre 1994, 31 diciembre 1996, 29 diciembre 1997, 23 junio 1998, 12 junio 2002 y 9 octubre 2003 , entre

muchas otras) . Pero además, también es constante el acogimiento por esta Sala de la regla de acuerdo con la que "[...] *si bien en principio las disposiciones testamentarias deberán entenderse en el sentido literal de las palabras, está permitida la búsqueda de otros medios probatorios de la voluntad del testador cuando se exprese de modo oscuro*" (STS de 26 abril 1997 entre muchas otras).

En el presente caso, la interpretación efectuada por la AP de Salamanca llega a una conclusión correcta, tal como se verá en los argumentos que se defienden a continuación.

**CUARTO.** La difícil calificación de este tipo de instituciones, en las que un testador condiciona la efectividad de la institución de heredero a un acontecimiento que solo puede ocurrir antes de la apertura de la sucesión es ciertamente difícil. La jurisprudencia ha calificado en ocasiones como un modo la obligación, impuesta por el testador al heredero o legatario, de convivir con él y cuidarle hasta su fallecimiento. En la sentencia de 21 enero 2003, esta Sala calificó como modo y no como condición el supuesto en que la causante había efectuado a uno de sus hijos un legado "con la obligación *modal* de cuidar y asistir a la testadora y a su esposo, en cuanto precisen sanos o enfermos, en los trabajos de la casa y laboreo de los bienes"; en la sentencia referida, esta Sala consideró que debía interpretarse como una institución modal, porque se usaba este término en la disposición y el criterio de la menor vinculación, a fin de evitar la revocación de la institución. En sentido parecido, las sentencias de 3 junio 1967 y 18 diciembre 1965 . Sin embargo, la sentencia de 9 mayo 1990 , ante una cláusula muy parecida a la del testamento que nos ocupa, señala que la "*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 pasados, 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[...]*".

Sin embargo, como afirma la sentencia referida, el Código civil no prevé este tipo de condiciones, lo que no significa que, en virtud de la autonomía del testador, no puedan introducirse en el testamento. El *Art. 423-15, 1 del Código civil* de Catalunya, establece que "Únicamente se considera cumplida la condición si el cumplimiento se produce una vez muerto el testador, salvo que se trate [...] de una condición que no se pueda volver a cumplir o cuyo cumplimiento no se pueda reiterar, aunque en el momento de testar el causante ignorase el cumplimiento". El *Art. 204 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia* establece que "también será válida la disposición hecha bajo la condición de cuidar y asistir al testador, sus ascendientes, descendientes o cónyuge [...]".

De este panorama comparado debe concluirse que la institución contenida en el testamento de D<sup>a</sup> Flor está correctamente calificada en la sentencia recurrida, Se trata de una institución de heredero bajo condición de pasado, aunque para el causante, como en este caso, debe considerarse siempre de futuro y tendrá la cualidad de potestativa impuesta a los herederos, que deberá haberse cumplido antes de la apertura de la sucesión.

**QUINTO.** Identificado el tipo de condición, debemos ahora examinar cuál ha sido su eficacia y si se ha cumplido o no y para ello deben estudiarse los requisitos exigidos por la testadora. El contenido de la condición consiste, en definitiva, en la asistencia en la necesidad. La sentencia de la Sala de instancia considera probado que nunca existió la necesidad a la que la testadora D<sup>a</sup> Flor hacía referencia para el sometimiento de los herederos a la condición impuesta. Es decir, nunca se produjo el supuesto de hecho en que se habría activado la previsión de la *cláusula segunda* , por la que la condición debía cumplirse antes del fallecimiento de la testadora y devino inútil al no suceder lo previsto por la testadora, en el único tiempo en que debería haber ocurrido el evento condicionante, es decir, antes de su muerte.

De ahí que la interpretación efectuada por la sentencia recurrida resulta correcta en este aspecto ya que ni se conocía el texto del testamento, ni se produjo la necesidad.

**SEXTO.** La desestimación de los motivos del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Luis Angel contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 13 junio 2005 , determina la del propio recurso.

Se imponen las costas del recurso de casación al recurrente, de acuerdo con lo dispuesto en el *Art. 398.1 LEC* , que se remite al *Art. 394 LEC* .

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

## FALLAMOS

1º Se desestima el recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Luis Angel contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 13 junio 2005 , dictada en el rollo de apelación nº 309/05.

2º Se confirma con este alcance la sentencia recurrida.

3º Se imponen al recurrente las costas originadas por su recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Francisco Marin Castan** .-**Jose Antonio Seijas Quintana** .- **Encarnacion Roca Trias** .- **Rubricado**. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D<sup>a</sup>. Encarnacion Roca **Trias**, 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.