



Roj: **STS 858/2021 - ECLI:ES:TS:2021:858**

Id Cendoj: **28079110012021100115**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/03/2021**

Nº de Recurso: **881/2018**

Nº de Resolución: **118/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 2561/2017,**  
**STS 858/2021**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 118/2021**

Fecha de sentencia: 03/03/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 881/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/02/2021

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE A CORUÑA. SECCIÓN 3.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 881/2018

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 118/2021**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg



En Madrid, a 3 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D. Balbino y D.<sup>a</sup> Eugenia, representados por la procuradora D.<sup>a</sup> Caridad González Cerviño y bajo la dirección letrada de D. José Elisardo García Lago, contra la sentencia n.º 373/2017, de 13 de diciembre, dictada por la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de A Coruña en el recurso de apelación n.º 282/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 21/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Muros, sobre nulidad de testamento. Ha sido parte recurrida D.<sup>a</sup> Florencia y D. Cecilio, representados por el procurador D. Diego Ramos Rodríguez y bajo la dirección letrada de D. Felipe Mayán Quintela.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D. Donato, D. Balbino y D.<sup>a</sup> Eugenia interpusieron demanda de juicio ordinario contra D. Cecilio y su esposa D.<sup>a</sup> Florencia, en la que solicitaban se dictara sentencia por la que:

"estimando la demanda se declare nulo el testamento de fecha 9 de mayo de 2002 otorgado por D. Balbino, ante la Notaría de Corcubión D.<sup>a</sup> María Isabel Fitera García, con el número seiscientos treinta y dos (632) de su protocolo declarando nula la institución de herederos hecha a favor de los demandados al no cumplirse por estos la condición impuesta, debiéndose retrotraer los bienes hereditarios a la masa hereditaria, condenando a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración y a reintegrar dichos bienes al haber hereditario, todo ello con expresa imposición de costas a los demandados".

2.- La demanda fue presentada el 22 de enero de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Muros, fue registrada con el n.º 21/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- D. Cecilio y D.<sup>a</sup> Florencia contestaron a la demanda mediante escrito en el que solicitaban la desestimación íntegra de la demanda con expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Muros dictó sentencia de fecha 31 de marzo de 2017, con el siguiente fallo:

"Desestimo la demanda interpuesta por D. Donato, D. Balbino y D.<sup>a</sup> Eugenia, representados por la procuradora de los tribunales D.<sup>a</sup> Caridad González Cerviño, contra D. Cecilio y D.<sup>a</sup> Florencia, absolviendo a éstos últimos de las pretensiones que venían deduciéndose contra los mismos.

"Todo ello con condena en costas a la parte actora".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Balbino, D.<sup>a</sup> Eugenia y D. Donato.

2.- D. Donato falleció el 11 de marzo de 2016 siendo declarados sus herederos *ab intestato* sus hermanos y codemandantes D.<sup>a</sup> Eugenia y D. Balbino, a quienes se les declaró sucesores procesales.

3.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de A Coruña, que lo tramitó con el número de rollo 282/2017 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 13 de diciembre de 2017, con el siguiente fallo:

"Por lo expuesto, la Sección Tercera de la audiencia Provincial de A Coruña ha decidido:

"1.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto en nombre de los demandantes D.<sup>a</sup> Eugenia y D. Balbino, contra la sentencia dictada el 31 de marzo de 2017 por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Muros, en los autos del procedimiento ordinario seguido con el número 21-16, y en el que son demandados D. Cecilio y D.<sup>a</sup> Eva María.

"2.º- Confirmar la sentencia apelada.

"3.º- Imponer a los apelantes D.<sup>a</sup> Eugenia y D. Balbino las costas devengadas por su recurso".

### TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- D. Balbino y D.<sup>a</sup> Eugenia interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:



"Primero.- Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia. Se alega la infracción de los artículos 209, 216 y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

"Segundo.- Infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, ya que la infracción cometida determina la nulidad conforme a la Ley y además causa indefensión a esta parte recurrente. Infracción de los artículos 281, 282, 286, 299, 301, 302, 305, 306, 316, 317, 324, 325, 326, 360, 365, 366, 367, 368, 370, 376, 372, 381, 400, 405, 410, 412, 428, 429, 431, 433, 434 todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

"Tercero.- Se alega la vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución (CE)".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción del artículo 675 del Código Civil, y en su caso su aplicación indebida al caso de autos.

"Segundo.- Infracción de los artículos 790, 791, 795, 797, 759 y 801 todos del Código civil.

"Tercero.- Infracción de los artículos 1114 y 1115 ambos del Código Civil.

"Cuarto.- Fundamento del interés casacional ( arts. 477.3 y 487.3 LEC)".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 11 de noviembre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"1.º) No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Balbino y D.ª Eugenia contra la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección Tercera) de 13 de diciembre de 2017, dictada en el rollo de apelación 282/2017 y dimanante del procedimiento ordinario 21/20167 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Muros.

"2.º) Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente, que perderá el depósito constituido.

"3.º) Admitir el recurso de casación contra la citada sentencia".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 14 de enero de 2021 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 23 de febrero de 2021, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Antecedentes

El recurso plantea como cuestión jurídica la interpretación de un testamento en el que el testador (viudo, sin hijos), tras instituir herederos a unos vecinos con los que mantenía una gran relación de amistad, les "impone la condición de atender al cuidado y asistencia del testador hasta su fallecimiento".

Tras el fallecimiento del testador, la demanda la interponen sus sobrinos con el fin de que se declare la ineficacia de la institución de herederos.

1. La sentencia recurrida contiene la siguiente relación de hechos

"1.º- Los cónyuges D. Balbino y D.ª Carmen vivían en una casita que ella había heredado de su madre, si bien quedaba pendiente el abono en metálico a sus hermanos D. Jose Luis y D. Carmen lo que les correspondían por legítima.

"Eran sus vecinos Cecilio y D.ª Eva María , con quienes mantenían una gran relación de amistad, quienes les llevaban a realizar gestiones o compras, iban con ellos de viaje de placer, organizaban fiestas y comidas; además D. Cecilio y D. Balbino iban de pesca juntos, y colaboraban mutuamente en los arreglos de la casa, etcétera.

"2.º- Fallecida D.ª Carmen , la heredó su viudo.



"Además de sus citados cuñados -D. Jose Luis y D. Amador -, D. Balbino tenía tres sobrinos, hijos de un hermano: D.<sup>a</sup> Eugenia , D. Donato y D. Balbino .

"3.º- El 9 de mayo de 2002 D. Balbino otorgó testamento abierto en el que, tras manifestar ser viudo de D.<sup>a</sup> Carmen , únicas nupcias que contrajo, habiendo fallecido sus progenitores, careciendo de descendientes, testa "con arreglo a la siguiente cláusula única:

"Instituye herederos de todos sus bienes a D. Cecilio y a su esposa D.<sup>a</sup> Florencia , con sustitución vulgar a favor de sus descendientes.

"Impone a estos herederos la condición de atender al cuidado y asistencia del testador hasta su fallecimiento, aunque no conviva con los mismos, y la obligación de sufragar los gastos de su entierro y funerales.

"Así lo otorga..." .

"El testador no comunicó a nadie quiénes eran sus herederos, ni la condición impuesta.

"4.º- A partir del año 2006 D. Balbino tuvo varios ingresos en el servicio de cirugía vascular de un hospital del Servicio Galego de Saúde. Finalmente sufrió una amputación de una extremidad inferior, teniendo que ser asistido.

"5.º- Los servicios sociales municipales empezaron a gestionar la prestación de atenciones para D. Balbino , empezando por la denominada Ayuda a Domicilio, acudiendo una persona unas horas a limpiar la casa y asistirle. Dada su situación, la trabajadora social consideró urgente su ingreso en un geriátrico, lo que habló con el sobrino D. Donato .

"El 25 de marzo de 2008 D. Balbino ingresó en el "Centro de Mayores" denominado "La Paz", en el término municipal de Outes (A Coruña). Por mediación de la trabajadora social del Ayuntamiento de Carnota se gestionó la concesión de una plaza concertada con la Xunta de Galicia, concediéndole plaza en la residencia "Geriatros" de la población de Noia (A Coruña), donde ingresa el 10 de diciembre de 2009, por la que abonaba el 75% de la pensión que recibía. D. Balbino se encontraba contento en esta residencia.

"En esta residencia fue visitado por el agente inmobiliario D. Eliseo , quien traía el encargo de sus cuñados D. Jose Luis y D. Amador , de gestionar la venta de la casa familiar, a fin de poder cobrarse su legítima en metálico. Tras hablar con el trabajador social del centro, mantuvo una entrevista con D. Balbino , obteniendo respuestas incoherentes, pues solo le hablaba de barcos.

"El 28 de diciembre de 2014 D. Balbino ingresó en el Hospital General, del Servicio Galego de Saúde, en Santiago de Compostela, siendo posteriormente derivado al "Hospital Gil Casares" para cuidados paliativos, donde finalmente falleció el 5 de enero de 2015. Los gastos de entierro fueron abonados por "Santa Lucía, S.A. Compañía de Seguros y Reaseguros", con quien D. Balbino tenía concertada una póliza de decesos.

"6.º- Los sobrinos D.<sup>a</sup> Eugenia , D. Donato y D. Balbino se presentaron como herederos del fallecido, procediendo a retirar el mobiliario e instalaciones de la casa, siendo observados sin oposición por los vecinos del lugar.

"7.º- Los cuñados del difunto, los citados D. Jose Luis y D. Amador , indicaron al agente inmobiliario D. Eliseo que hablase con los sobrinos de aquél, a fin de poner en venta la casa para cobrarse en metálico su legítima. Una vez obtenida la certificación de la inscripción de la defunción en el Registro Civil, D. Eliseo gestionó el certificado del Registro de Actos de Última Voluntad, acudiendo a ver a los sobrinos D.<sup>a</sup> Eugenia , D. Donato y D. Balbino , explicándoles su encomienda, así como la necesidad de que obtuviesen una copia del testamento, para así poder en venta la casa. Como pasasen los meses, no le facilitasen la copia del testamento, y le diesen largas, acudió directamente a la notaría, donde explicó el problema; allí fue informado que los hermanos Balbino Donato Eugenia no eran los herederos, sino que los instituidos eran D. Cecilio y su esposa D.<sup>a</sup> Eva María . D. Eliseo los localizó, informándoles de su condición de herederos, sorprendiéndoles, y quedando en que lo hablarían con un abogado, y que aceptarían la herencia dependiendo de los gastos e impuestos.

"Posteriormente se presentaron las autoliquidaciones por el Impuesto sobre Sucesiones, abonando su importe con cargo a la cuenta del causante, alcanzando un acuerdo con D. Jose Luis y D. Amador en orden a la venta de la casa y pago de sus legítimas, poniendo el agente inmobiliario carteles anunciando la venta.

"8.º- El 21 de enero de 2016 D.<sup>a</sup> Eugenia , D. Donato y D. Balbino dedujeron demanda en procedimiento ordinario por razón de la cuantía contra los herederos D. Cecilio y su esposa D.<sup>a</sup> Eva María . Exponían que eran hijos del fallecido D. Jose Augusto , hermano del causante D. Balbino . Que los herederos habían sido instituidos bajo condición, que no habían cumplido, porque nunca atendieron al testador, ni cuando vivía en el Ayuntamiento de Carnota, que sufrió múltiples intervenciones quirúrgicas en los años 2006, 2007, 2008 y



2009, que fue atendido por los servicios sociales municipales, ingresando primero en la residencia "La Paz" de Outes, y después en la residencia "Geriatros" de Noia, que eran pagadas con el dinero propio de D. Balbino. Los gastos de entierro fueron sufragados por un seguro de decesos que tenía concertado el difunto con Seguros Santa Lucía. Los demandados nunca se ocuparon de los cuidados, ni de llevarlo al médico, ni pagaron los gastos de residencia, ni los de entierro. Alegaron fundamentos legales y terminaban suplicando que se dictase sentencia declarando nula la institución de heredero hecha a favor de los demandados al no cumplirse la condición impuesta, reintegrando los bienes a la masa hereditaria.

"D. Donato falleció el 11 de marzo de 2016, siendo declarados sus herederos ab intestato sus hermanos y codemandantes D.<sup>a</sup> Eugenia y D. Balbino, a quienes se les declaró sucesores procesales.

"9.º- Los demandados se opusieron a la demanda argumentando: (a) que ignoraban que fuesen los herederos de D. Balbino, hasta que se lo comunicó un agente inmobiliario que realizaba gestiones para los hermanos de D.<sup>a</sup> Carmen (premuerta esposa de D. Balbino); (b) que los demandados eran vecinos de D. Balbino y D.<sup>a</sup> Eva María, teniendo un trato familiar, llevándolos en coche a gestiones, siendo testigo en testamentos, ayudando en obras de la casa, compartiendo aficiones, celebrando fiestas juntos, etcétera; razón por la que los prefirió a sus sobrinos; (c) a lo largo de 12 años no se otorgó nuevo testamento, el entierro fue pagado por un seguro, los herederos son sustituidos por sus descendientes; (d) han pagado el Impuesto de Sucesiones y pagado obligaciones, mientras que los demandantes, sin ser herederos, retiraron todos los muebles de la vivienda. Alegaron fundamentos legales y terminaron suplicando la desestimación de la demanda.

**2.** El juzgado desestima la demanda.

Considera que el testador incluyó una cláusula potestativa de pasado, posible al amparo del art. 795 CC, pero que los demandados instituidos no la conocieron antes del fallecimiento, ni hubo situación de necesidad, ni abandono, por lo que no tuvieron ocasión de cumplirla y, en consecuencia, no se podía apreciar incumplimiento (tuvo en cuenta las declaraciones de la trabajadora social, que explicó la atención continuada requerida por el testador y por lo que se valoró el ingreso en una residencia, abonada con los ingresos del testador); a mayor abundamiento añadió que, al amparo del art. 675 CC, que no excluye la búsqueda de medios probatorios para averiguar la voluntad del testador, en el caso esa voluntad era la eficacia de la disposición del testamento, como confirma que sabiendo que ya no se podía cumplir la condición cuando ingresó en la residencia no hiciera un nuevo testamento, o que en el mismo designara la sustitución a favor de los herederos de los instituidos, y no a favor de los sobrinos demandantes, con quien, según las declaraciones de los testigos, no tenía buena relación.

**3.** La Audiencia desestima el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y confirma la sentencia de primera instancia.

Contra lo que entiende el juzgado, considera la Audiencia que no estamos en presencia de una institución de herederos testamentarios condicional, sino modal, pero considera que la demanda debe ser desestimada igualmente porque la cláusula cuestionada no contiene una condición cuyo incumplimiento deje sin efecto el nombramiento de los instituidos como herederos, sino una mera carga modal, cuyo incumplimiento no afecta a la designación.

Basa su decisión en las siguientes consideraciones.

En primer lugar, la sentencia analiza minuciosamente la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre las cláusulas en las que se nombra heredero o legatario con la obligación de cuidar o asistir al testador (sentencias de 2 de enero de 1928, 18 de diciembre de 1965, 9 de mayo de 1990, 21 de enero de 2003, 3 de diciembre de 2009, y 18 de julio de 2011). A continuación, expone la práctica notarial, la regulación del derecho civil gallego y la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. A la vista de todo lo anterior concluye que debe estarse en cada caso a la correcta interpretación del testamento (art. 675 CC) y, tras una síntesis de la jurisprudencia sobre la interpretación del testamento, afirma que, en el supuesto litigioso:

"... se observa que la cláusula testamentaria única establece claramente que instituye como herederos a los demandados, añadiendo -en punto y aparte- que "Impone a estos herederos la condición de atender al cuidado y asistencia del testador hasta su fallecimiento, aunque no conviva con los mismos, y la obligación de sufragar los gastos de su entierro y funerales". Este tribunal interpreta que, pese al uso de la palabra "condición", realmente estamos en presencia de una institución modal, y no de una designación de heredero bajo condición: a) No se usan los vocablos típicos en las instituciones condicionales, tales como "designo heredero si...", "bajo condición de..." o similares, que en todo caso indiquen el carácter eventual de la nominación. No hay una verdadera vinculación del nombramiento al cumplimiento. No se hace depender en ningún momento ese llamamiento de que cumpla o no cumpla la obligación. Están nombrados herederos, y nada más. En ningún momento se dice que si no cumplen con ese mandato o encargo perderán todo derecho hereditario. (b) No



hay alternativa. No hay un heredero designado para el caso de que no cumpla, ni se distribuyen los bienes de otra forma. Si se incumple, no pasan los bienes a otro heredero (con o sin condición).

"A lo que se añade que D. Balbino ni comunicó la designación en su momento a los futuros herederos, con advertencia de la supuesta obligación, ni se les requirió tampoco. Debe interpretarse que se trata de una mera designación modal. Conclusión a la que también se llegaría aplicando el artículo 797 del Código Civil, si se albergase alguna duda. Por lo tanto, la única obligación de los herederos sería reembolsar los gastos de entierro y funeral a quien los hubiera satisfecho, pero como se hizo el pago por una entidad aseguradora en cumplimiento de una póliza de seguros de deceso, ni eso tienen que retornar.

"En consecuencia, el recurso tiene que ser desestimado, como lo fue en su día la demanda. No obstante, se analizan los alegatos del recurso, en aras a una tutela judicial efectiva, intentando dar una cumplida respuesta a los argumentos del mismo".

Con todo, en aras de dar respuesta a los motivos del recurso de apelación de los demandantes, la sentencia: i) se ocupa extensamente de las razones por las que queda probado que los demandados desconocían su institución (si bien, añade la sentencia, es irrelevante porque el testamento los hacía herederos); ii) rechaza que no haya quedado probado que no visitaran al causante en las dos residencias que estuvo ingresado, y añade que ello carecería de trascendencia jurídica porque aunque fuera condición no se impone el cuidado y asistencia personal e incluso en el testamento se excluye la necesidad de convivencia; iii) rechaza que sea relevante que en los ingresos hospitalarios se requiriera el consentimiento de los sobrinos, por ser lógico que se pida a los parientes más cercanos; iv) tras revisar la grabación del juicio confirma el criterio del juzgado sobre la credibilidad del agente inmobiliario que informó a los instituidos de que eran los herederos; v) alude a las razones de salud y atención por las que fue necesario el ingreso en la residencia del causante y el hecho de que su aparente demencia final no impidiera que hubiera podido modificar su testamento en los años anteriores ni afectase a la validez del testamento anterior, lo que no ha llegado a cuestionarse.

4. Los demandantes interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Solo ha sido admitido este último.

#### **SEGUNDO.** *Recurso de casación*

1. *Planteamiento del recurso.* El recurso se funda en cuatro motivos. En el primero denuncia infracción del art. 675 CC respecto de la interpretación realizada del testamento. En el segundo, infracción de los arts. 790, 791, 795, 797, 759 y 801 CC, por oposición a la jurisprudencia en cuanto a la calificación de la institución de heredero como modal y no como condicional. En el tercero, infracción de los arts. 1114 y 1115 CC, con oposición a la jurisprudencia sobre la condición suspensiva. El cuarto motivo, que en realidad no denuncia infracción de norma, es complementario de los anteriores, en la medida que invoca el interés casacional que a su juicio concurre por ser la sentencia recurrida, según dice, contraria a la doctrina de esta sala, de la que resultaría que la cláusula recoge una condición y no un modo.

En síntesis, el recurso defiende que la interpretación del testamento era clara en el sentido de que la institución de herederos fue bajo la condición de cuidar y que los herederos nada habrían adquirido al no haber cumplido la condición; y que lo mismo sería si se entendiera que hay incumplimiento de la carga modal, por lo que, al haber incumplimiento, la institución sería nula e ineficaz y procedería la sucesión intestada a favor de los recurrentes, sobrinos del testador.

2. *Decisión de la sala. Desestimación del recurso.* Todos los motivos están por tanto íntimamente relacionados, van a ser analizados de manera conjunta y, por lo que decimos a continuación, deben ser desestimados.

A) *Objeto del recurso.* A efectos de la delimitación del objeto del recurso hay que destacar que en el caso se trata de un testamento con una única cláusula que en un primer párrafo instituye herederos de todos los bienes a los demandados, con sustitución vulgar a favor de sus descendientes y, en un segundo párrafo, separado por punto y aparte, añade que "Impone a estos herederos la condición de atender al cuidado y asistencia del testador hasta su fallecimiento, aunque no conviva con los mismos, y la obligación de sufragar los gastos de su entierro y funerales".

El causante falleció viudo, sin hijos y sin ascendientes.

Los demandantes son unos sobrinos del causante que pretenden la ineficacia de la institución, con el fin de hacer valer sus derechos sucesorios abintestato. Su demanda, y ahora el recurso, se centra en que los instituidos herederos no cumplieron la condición que se les imponía para ser herederos, porque ni cuidaron al testador ni sufragaron los gastos de entierro.

En las dos instancias se ha desestimado la demanda, pero con una argumentación diferente. El juzgado porque considera que se trataba de una condición potestativa de pasado, sin que pudiera apreciarse incumplimiento,



dado que no hubo ocasión de cumplir; ello por estar el causante (que no informó a los nombrados herederos de su designación) ingresado en una residencia por razón de la atención continuada que necesitaba (con cita del art. 795 CC). La Audiencia porque considera que se trataba de una institución modal en la que no había vinculación del nombramiento al cumplimiento (art. 797 CC). En ambas instancias, interpretando el testamento y razonando sobre la voluntad real del testador (art. 675 CC).

El recurso se dirige a impugnar la calificación de la cláusula testamentaria realizada por la sentencia recurrida porque, según los recurrentes, de la interpretación del testamento resulta con claridad que se trata de una condición suspensiva, y no se cumplió.

B) *Modo testamentario y condición de cuidar y asistir al testador hasta su fallecimiento. Doctrina de la sala.* Los recurrentes consideran que, al calificar la institución de los herederos como modal, la sentencia no respeta la jurisprudencia que califica como condición suspensiva la obligación de cuidar al testador.

a) La introducción en los testamentos de referencias a la asistencia y cuidado del testador admite una pluralidad de configuraciones en función de lo querido por el testador (también es posible, aunque no sea el caso, y plantee otros problemas, la referencia al cuidado de otras personas, como hijos, cónyuges o ascendientes).

Es posible una institución de heredero, o legatario, a favor de persona indeterminada (a quien me cuide, al hijo que me cuide), o de persona determinada (quien me viene cuidando, o si me cuida, o con la obligación o la carga de que me cuide, o con la condición de que me cuide, etc.), con la precisión incluso del contenido de la asistencia, en qué casos debe prestarse, cómo debe llevarse a cabo, quién controla su cumplimiento o las consecuencias de su incumplimiento.

No existe un debate sobre su licitud, ni siquiera cuando se impone al beneficiario la convivencia o la residencia en determinado lugar, pues el testador puede vincular el derecho a recibir una liberalidad que depende de su sola voluntad con la prestación de la asistencia que pueda precisar por razón de enfermedad o de ancianidad. Las disposiciones a favor de quien cuide, o haya cuidado al testador, canalizan una posible alternativa a problemas asistenciales siempre que en su otorgamiento no concorra ninguna circunstancia de influencia indebida o captación de la voluntad de un testador vulnerable.

b) Esta sala se ha ocupado con anterioridad de supuestos en los que, tras el fallecimiento del testador, se ha discutido la eficacia de la institución hereditaria por no haberle cuidado. El análisis de estas resoluciones muestra cómo, bien bajo la calificación de condición suspensiva potestativa de pasado, bien bajo la calificación de institución modal, en cada caso se ha adoptado la solución que resultaba más conforme con lo querido por el testador.

Para ello, partiendo de la voluntad real del testador y de los hechos probados, según los casos, se ha procedido a adaptar de manera flexible el régimen legal de la institución hereditaria bajo condición o la regulación de la institución con obligación modal. Esta tarea no resulta sencilla porque, a la vista de la delimitación legal de ambas modalidades accesorias de la institución hereditaria, las disposiciones que nos ocupan propiamente no son ni una cosa ni otra.

Así, cuando la voluntad del testador haya sido supeditar la eficacia de la institución al cumplimiento de la "condición" de cuidarle, solo impropia puede hablarse de institución bajo condición, porque como el cuidado solo se puede prestar antes del fallecimiento del testador no hay período de pendencia y el llamamiento será eficaz o ineficaz al abrirse la sucesión según se haya cumplido o no en vida del testador. De ahí que se hable de condición "de pasado" en las sentencias de 9 de mayo de 1990, 768/2009, 3 de diciembre, 557/2011, de 18 de julio, y 316/2018, de 30 de mayo. En cada caso, al analizar si la conducta de los favorecidos se ajusta a lo establecido por el testador, se ha buscado dentro de la regulación legal el encaje preciso que garantizara el respeto a la verdadera voluntad del causante.

De esta forma, con cita de los arts. 795 CC (el cumplimiento de la condición por el instituido debe ser una vez enterado de ella) y 798 CC (que, aunque regula el modo, en su párrafo segundo establece que debe tenerse por cumplida la condición cuando se impide su cumplimiento sin culpa del instituido), no se ha apreciado incumplimiento por parte del instituido que no conocía la condición de cuidar a la testadora, quien además cambió de domicilio, haciendo imposible el cumplimiento, pero sin cambiar la institución a favor de quien la cuidó mientras ella quiso (sentencia de 9 de mayo de 1990). O se ha entendido que la condición no afectaba a la eficacia de la institución porque el supuesto de hecho previsto era la existencia de necesidad, que en el caso no se dio (sentencia 768/2009, 3 de diciembre). O se ha mantenido la eficacia de la institución cuando fue la demandante, que se vería beneficiada por la ineficacia, quien impidió el cumplimiento (tomando la decisión de ingresar en una residencia a la testadora, sentencia 557/2011, de 18 de julio).



Por el contrario, cuando, al amparo del art. 797 CC, se ha considerado que la institución era con "obligación modal", por ser esa la expresión consignada en el testamento (y referida tanto al cuidado de la testadora como de su esposo), el examen de las circunstancias concurrentes ha permitido valorar que hubo un cumplimiento alternativo del modo en los términos más análogos y conformes con la voluntad de la testadora, de acuerdo con lo previsto en el art. 798.I CC (sentencia 13/2003, de 21 de enero, que tuvo en cuenta que el instituido, que por razones de trabajo se marchó a vivir fuera, se preocupaba de sus padres mientras residía en el pueblo en vacaciones e indirectamente cuando no estaba a través de la persona que les cuidaba; que ni la madre - que no revocó el último testamento tras la marcha del pueblo del favorecido-, ni tras su muerte el padre o los hermanos le requirieron para que regresara a vivir al pueblo; y que no instaron la resolución de la mejora y el legado por incumplimiento del modo mientras el padre vivió).

Solo cuando la interpretación del testamento permite concluir que la razón decisiva y determinante del otorgamiento de la institución era que la llamada como heredera cuidara y asistiera a la testadora hasta su fallecimiento, y no lo hizo, se ha declarado la ineficacia de la institución (sentencia 316/2018, de 30 de mayo, en la que la condición vertebraba la eficacia de la institución y, en su caso, de la sustitución vulgar prevista; la instituida heredera, con cabal conocimiento de la disposición testamentaria, que se refería al cuidado hasta el fallecimiento de la testadora, no tuvo reparo en suscribir, con asistencia letrada, un documento de liquidación de los gastos ocasionados durante el tiempo que prestó la asistencia).

En definitiva, de acuerdo con la jurisprudencia de la sala, debe estarse en cada caso a la averiguación de la voluntad real del testador.

C) *La interpretación del testamento.* Los recurrentes sostienen que la sentencia recurrida ha retorcido la voluntad del testador porque la interpretación del testamento es clara al imponer la condición de atender al cuidado y asistencia del testador hasta su fallecimiento, lo que los instituidos no hicieron, por lo que no pueden recibir la herencia.

a) De acuerdo con la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al art. 675 CC, la interpretación testamentaria debe atender a la búsqueda de la efectiva voluntad del testador (sentencias 13/2003, de 21 de enero, 947/2003, de 9 de octubre, 291/2008, de 29 de abril, 133/2009, de 3 de marzo, 666/2009, de 14 de octubre, 327/2010, de 22 de junio, 160/2011, de 18 de marzo, 516/2012, de 20 de julio). Cuando a la vista del sentido gramatical de las cláusulas testamentarias surjan dudas sobre la verdadera voluntad declarada por el causante en su testamento, para ponerla de manifiesto y descubrirla, además del análisis de la literalidad del texto del testamento, puede acudir a la prueba extrínseca, es decir a otros medios ajenos al propio testamento, en particular a los actos del testador previos o posteriores al otorgamiento (sentencias 13/2003, de 21 de enero, y 547/2009, de 28 de julio, entre otras).

La interpretación judicial realizada en la instancia solo puede ser revisada en casación cuando las conclusiones a que llega sean absurdas, ilógicas o contrarias a la voluntad del testador (779/2009, de 10 de diciembre, 115/2010, de 18 de marzo, 327/2010, de 22 de junio, y 322/2011, de 5 de mayo, entre otras).

b) En el supuesto que da lugar a este recurso, la cláusula examinada instituye herederos a los demandados y después, en párrafo independiente, añade que "impone a estos herederos la condición de atender al cuidado y asistencia".

El juzgado ha considerado que se trataba de una condición suspensiva y la Audiencia de una institución submodo, si bien las dos instancias han decidido en el mismo sentido desestimatorio de la demanda. Y es que, planteado el problema de la ineficacia de la institución como herederos por incumplimiento de la obligación de cuidar al testador, como vamos a ver, en el presente caso no es decisiva esa calificación.

De una parte, del tenor del testamento no resulta que fuera voluntad del testador supeditar o hacer depender la institución de los demandados como herederos al hecho de que efectivamente le hubieran cuidado o asistido. En ambas instancias ha estado presente la idea de que la razón que movió al testador a instituir herederos a los demandados fue la amistad prolongada en el tiempo con el causante (y con su esposa, hasta el momento en que esta falleció), gran relación de amistad que ha quedado reflejada cuidadosamente en la sentencia recurrida. Por otra parte, el comportamiento posterior del testador confirma esa misma interpretación. Pasaron años hasta que el testador falleció sin que cambiara el testamento y en la residencia, que sufragaba con su pensión, no solo estaba cuidado como precisaba para la atención continua de su enfermedad, sino que además estaba contento.

Por todo ello, la interpretación de la Audiencia cuando dice que no hubo verdadera vinculación del nombramiento al cumplimiento se mantiene dentro de los límites racionales, no es arbitraria y debe ser confirmada.



Además, en la sentencia recurrida, tratando de dar respuesta a las cuestiones planteadas por los demandantes, se han introducido consideraciones que tanto podrían hacer referencia a un "cumplimiento interpretativo" de la condición o "cumplimiento ficticio" ( arts. 798.II y 1119, en relación con art. 791 CC) como a un cumplimiento análogo del modo ( art. 798.1 CC) o incluso a la extinción del modo por imposibilidad sobrevenida no imputable a los instituidos gravados (arg. arts. 1182 ss. CC). Así, por lo que se refiere a si los instituidos visitaron al testador (e incluso llevaban a uno de los sobrinos, que no tenía coche), a su desconocimiento de la designación hasta después del fallecimiento del testador, a que el causante ingresó en la residencia por la necesidad de atención continua por sus enfermedades, o que ni les advirtió de la supuesta obligación ni les requirió de forma alguna.

Cierto que alguna afirmación de la sentencia recurrida podría ser objeto de discusión, pero solo sacada de contexto. Así, la alusión que hace a la irrelevancia de si los demandados visitaron o no al testador (después de rechazar la tesis de los demandantes de que no le habían visitado), parecería sugerir que es indiferente el aspecto afectivo de los cuidados, lo que obviamente no podría admitirse con carácter general. Por el contrario, la atención afectiva puede conformar el contenido de la asistencia y cuidado queridos por el testador que tiene medios económicos propios para cubrir sus necesidades materiales y lo que desea es sentirse apoyado emocional y afectivamente. La sentencia lo que realmente está diciendo es que, en el caso, el testador no quiso vincular la institución de herederos de los demandados a que le cuidaran. En ese contexto debe entenderse su afirmación.

Por lo que se refiere al argumento de la sentencia de que no hay obligación que cumplir porque el testamento no designa heredero para el caso de que no se cumpla, ni se distribuyen los bienes de otra forma, debe observarse que es un argumento que se utiliza para interpretar que en la voluntad del testador la obligación modal no fue determinante de la institución. La Audiencia tiene en cuenta para ello una idea que el juzgado expresó de manera más explícita: que la sustitución vulgar se hizo a favor de los descendientes de los instituidos y no se quiso llamar a los sobrinos.

Por lo que se refiere a la afirmación de la sentencia de que el incumplimiento de una carga modal no afecta a la institución, con no ser exacta, tampoco afecta a la decisión del caso. La adaptación de la disciplina del modo a este tipo de disposiciones, si se acepta que lo esencial del modo es el cumplimiento de una obligación, aunque deba ser cumplida en vida del causante, llevaría en cada supuesto, según las circunstancias, a determinar las consecuencias de un requerimiento de cuidado no atendido, o a valorar si existió un cumplimiento análogo conforme a la voluntad del testador (cuidado a través de terceros, atención personal de estar pendiente, etc.), o a apreciar su extinción por imposibilidad sobrevenida no imputable a los gravados (por ejemplo, por el ingreso en la residencia del testador).

En el caso, nuevamente, hay que observar que lo relevante es que el testador no quiso supeditar la institución al efectivo cuidado por los instituidos y que, a la vista de los hechos probados, la institución de herederos debe producir efectos. De esta forma, aun de ser calificada la institución como sometida a condición suspensiva, como pretenden los recurrentes, por las razones que tuvo en cuenta el juzgado, la demanda igualmente debería ser desestimada. Y el mismo resultado se alcanza si se califica como obligación modal, pues el testador no requirió una atención diferente de la que recibía de los demandados y estaba contento y cuidado en una residencia que él mismo abonaba.

En definitiva, como ha quedado dicho, lo decisivo para desestimar la demanda es que el testador expresó su voluntad de instituir herederos a los demandados por la amistad prolongada que les unía, sin subordinar la eficacia del llamamiento al efectivo cumplimiento de una obligación de cuidado, tal como resulta del tenor del testamento y del hecho de que mantuviera inalterada en el tiempo su designación después de haber ingresado en una residencia, en la que estaba contento y recibía los continuos cuidados requeridos por sus enfermedades.

Al entenderlo así, la sentencia recurrida no infringe la regulación sobre interpretación del testamento ni tampoco el régimen legal de la institución de heredero bajo condición ni la de la institución modal, tal como han sido aplicadas por la jurisprudencia dictada por la sala y, en consecuencia, todos los motivos del recurso de casación deben ser desestimados.

### **TERCERO.** Costas

La desestimación del recurso de casación determina la imposición de las costas devengadas a la parte recurrente ( arts. 398.1 y 394 LEC).

### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido



1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Balbino y D.ª Eugenia contra la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección Tercera) de 13 de diciembre de 2017, dictada en el rollo de apelación 282/2017 y dimanante del procedimiento ordinario 21/20167 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Muros.

2.º- Confirmar el fallo de la mencionada sentencia.

3.º- Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente y ordenar la pérdida del depósito constituido para su interposición.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ