



Roj: **SAP OU 280/2017 - ECLI: ES:APOU:2017:280**

Id Cendoj: **32054370012017100154**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **04/05/2017**

Nº de Recurso: **396/2016**

Nº de Resolución: **161/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANGELA IRENE DOMINGUEZ-VIGUERA FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**OURENSE**

SENTENCIA: 00161/2017

**S E N T E N C I A**

N10250

PLAZA CONCEPCIÓN ARENAL, Nº 1, 4ª PLANTA

Tfno.: 988 687057/58/59/60 Fax: 988 687063

ER

**N.I.G.** 32024 41 2 2015 0101891

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000396 /2016**

**Juzgado de procedencia:** XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.1 de CELANOVA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000120 /2015

Recurrente: D. Luis Manuel

Procurador: D. JOSE RAMON TABOADA SANCHEZ

Abogado: D. FRANCISCO CASEIRO SUAREZ

Recurrido: D. Bienvenido y Dª Inés

Procurador: D. JOSE MARIA FERNANDEZ VERGARA

Abogado: D. RAFAEL CID CID

**APELACIÓN CIVIL**

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Ilmas. Sras. Magistradas Dña. Ángela Irene Domínguez Viguera Fernández, Presidente, Dña. Josefa Otero Seivane y Dña. María José González Movilla, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

**S E N T E N C I A NÚM. 00161/2017**

En la ciudad de Ourense a cuatro de mayo de dos mil diecisiete.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de Procedimiento Ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Celanova, Rollo de apelación núm. 396/16, entre partes, como apelante, D. Luis Manuel , representado por el procurador de los tribunales D. José Ramón Taboada Sánchez, bajo la dirección del letrado D. Francisco Caseiro Suárez, y, como



apelados, D. Bienvenido y D<sup>a</sup> Inés , representados por el procurador de los tribunales D. José M<sup>a</sup> Fernández Vergara, bajo la dirección del letrado D. Rafael Cid Cid.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Ángela Irene Domínguez Viguera Fernández.

## I - ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Celanova, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 20 de abril de 2016 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Don José María Fernández Vergara, en nombre y representación de Don Bienvenido y de Doña Inés contra Don Luis Manuel , y, en consecuencia,

1. *DECLARAR que Don Bienvenido y Doña Inés son los herederos del causante Don Prudencio , por haber cumplido la condición impuesta en su testamento de fecha 27 de septiembre de 2.011 autorizado por el Notario de Celanova, Don Ángel Manuel Rodríguez Dapena.*

2. *Declarar la RESOLUCION del contrato de vitalicio celebrado entre Don Prudencio y Don Luis Manuel , en escritura pública autorizada por el Notario de Celanova D. Ángel Manuel Rodríguez Dapena el 23 de septiembre de 2.009, con número 2.451 de su protocolo, condenando al demandado, en beneficio de la masa común a la restitución de los bienes identificados en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución, que, para evitar reiteraciones, se da por reproducido.*

3. *Se condena a la parte demandada a satisfacer las costas causadas.*

*QUE DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda reconvenicional interpuesta por el Procurador Don José Ramón Taboada Sánchez contra Don Bienvenido y Doña Inés , debiendo la parte reconviniente satisfacer las costas causadas".*

**Segundo.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación procesal de D. Luis Manuel recurso de apelación en ambos efectos y, seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial para su resolución.

**Tercero.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

## II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia apelada en tanto no contradiga lo expuesto a continuación.

**PRIMERO.-** En el primer motivo de recurso, se impugna la declaración de herederos establecida en la sentencia de primera instancia, respecto de la herencia del fallecido, D. Prudencio , en congruencia con el pedimento primero de la demanda, al estimarse cumplida por los demandantes la condición impuesta por el testador, en su testamento otorgado en 27 de septiembre de 2011, "de cuidarlo debidamente, con arreglo a los usos del lugar, desde que lo necesitare y reclamare, hasta su fallecimiento". Como ya ha tenido ocasión de declarar esta Sala de apelación, siguiendo jurisprudencia aplicable, se trata de una condición impropia o de pretérito y potestativa, en tanto dependiente de la voluntad del llamado pero perfectamente válida en derecho, conforme ha admitido la jurisprudencia ( sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1990 , 21 de enero de 2003 ). Condición que ha de entenderse efectivamente cumplida por los demandantes, como así lo entendió la sentencia apelada, en una acertada valoración de la prueba, puesto que, desde el momento mismo de haberse otorgado dicha disposición testamentaria (incluso ya con anterioridad) el testador pasó a convivir con los demandantes en su domicilio, proporcionándole éstos todos los cuidados y atenciones precisos en forma adecuada, como así resulta de la prueba testifical practicada tanto en la primera instancia como en la alzada, donde permaneció hasta su fallecimiento. De modo que no solo ha de entenderse cumplida la condición impuesta, sino que tal interpretación se estima la más acorde con la voluntad del testador ( artº 675 del Código civil ), de modo que dicho pronunciamiento debe ser confirmado.

**SEGUNDO.-** En cuanto a la acción resolutoria del contrato de vitalicio otorgado en 23 de septiembre de 2009, lo primero que ha de precisarse es que atendida la fecha de su otorgamiento, es ley aplicable la de Derecho Civil de Galicia de 14 de junio de 2006 (Lei 2/2006 de 14 de junio) conforme a cuyo artículo 153 , el cedente podrá resolver el contrato si concurrieran alguna de las circunstancias siguientes (por lo que aquí interesa); "primera, conducta gravemente injuriosa o vejatoria de la persona obligada a prestar alimentos, de su cónyuge o pareja con los que conviva, respecto del alimentista. Segunda; incumplimiento total o parcial de la prestación alimenticia o de los términos en los que fue pactada, siempre que no fuese imputable al perceptor ".



Los demandantes interesan la resolución de dicho contrato, actuando en su calidad de herederos del cedente, entendiéndose que fueron transmitidos sus derechos y acciones de contenido patrimonial, mediante aquella disposición testamentaria. Es en base al pretendido incumplimiento por parte del cesionario de la prestación impuesta en el contrato, que se ejercita la acción resolutoria, cual era, la de "proporcionar al alimentista sustento, habitación, vestido y asistencia médica, así como los cuidados, incluso afectivos, adecuados a las circunstancias de las partes, teniendo la parte cesionaria a la cedente, **desde que ésta se lo pida**, en su compañía, en el domicilio de la parte cedente, bien en el domicilio actual o futuro de la parte cesionaria a elección de la parte cesionaria". Concretamente, se alega en la demanda, que los demandados (a partir del mes de junio de 2011) incumplieron totalmente la prestación alimenticia, al no prestarle sustento, ni habitación, ni vestido, ni asistencia médica, y tampoco tuvieron al alimentista en su compañía, lo que supondría un incumplimiento absoluto del contrato. Y por otra parte, el cesionario habría mantenido una conducta gravemente vejatoria, echándolo por la fuerza de su domicilio, incluso agrediendo física y verbalmente.

Ha de significarse que el incumplimiento de las obligaciones contraídas por parte del cesionario, le ha de ser imputable. En este sentido la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 7 de abril de 2004 (entre otras) indica que el incumplimiento no se da, cuando es provocado por la actitud pasiva del cedente que vulnera el desarrollo de la convivencia necesaria, manteniendo una conducta obstativa para su efectividad, mientras que el cesionario persiste en su voluntad de observar las prestaciones a que se había comprometido. El cedente puede resolver el contrato por causas tasadas, en un régimen específico que no es sino aplicación del régimen general resolutorio previsto en el artº 1.124 del Código civil, dado el carácter bilateral del contrato de vitalicio. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de septiembre de 2003, en consonancia con la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 1 de julio de 2003, establecen, que la posibilidad de resolución contractual requiere de la existencia de una voluntad claramente obstativa al cumplimiento del contrato por la parte denunciada como incumplidora, afirmándose que, "aunque el contrato de que se trata, de naturaleza sinalagmática, está sometido a condición resolutoria, no se advierte aquí incumplimiento de la prestación imputable a los alimentistas, que mantienen su voluntad de observar las obligaciones a su cargo; por el contrario, es la actora quien, sin duda, vulnera el desarrollo de la convivencia alimenticia pactada al mantener una conducta obstativa a la efectividad de la misma, por lo que decae la petición concerniente a la resolución del contrato". En la sentencia de 19 de septiembre de 2003 del mismo Tribunal se argumenta "...la posibilidad de resolución contractual, que arbitra el artículo 1124 del Código Civil, requiere para su efectividad, la existencia de una voluntad claramente obstativa al cumplimiento del contrato por la parte denunciada como incumplidora, que frustre la finalidad perseguida con el mismo, lo que no ha ocurrido en el presente supuesto litigioso, pues aparece probado que la entidad demandada, aquí recurrente, siempre ha tenido intención de dar cumplimiento al contrato litigioso, lo que no ha podido realizar... por causas totalmente ajenas a su voluntad.... Palabras que, a la luz de los hechos probados del caso que nos ocupa, hacemos nuestras en aras de un mayor refuerzo doctrinal de nuestras aseveraciones".

**TERCERO.**- En el presente caso, ha resultado acreditado que cuando menos desde la fecha del otorgamiento del contrato de vitalicio (año 2009) hasta junio de 2011, cedente y cesionario convivieron en el domicilio de este último, produciéndose (en esa última fecha), el abandono del mismo por parte del cedente, que pasó a residir, en otra vivienda del mismo pueblo (sobre la que mantenía el derecho de usufructo) y posteriormente, en el mes de septiembre, se trasladó a la localidad de Cartelle, al domicilio de los demandantes.

Lo que no ha resultado debidamente probado es que tal abandono de la vivienda por parte del cedente, viniese motivada por el trato vejatorio o inadecuado del demandado. Así se recoge en la sentencia apelada, en una afirmación no combatida en la alzada, que "las circunstancias o motivos que llevaron a este último a abandonar el domicilio en el que venía residiendo junto a su sobrino, se desconocen, pues es un hecho que no ha resultado acreditado". Afirmación de la que ha de partirse a fin de no incurrir en reforma peyorativa. Y sin que la prueba testifical practicada en esta alzada conduzca a conclusión distinta, por cuanto el único testigo que depuso a instancia de la parte apelada, a tal efecto, se manifestó de forma contradictoria y escasamente verosímil, refiriendo que le constaba, por ser vecino, que el sobrino había echado al tío de su casa, cuando, más bien, resulta de sus precedentes manifestaciones que la disputa entre tío y sobrino se había originado porque el tío quería abandonar el domicilio en contra de la voluntad del sobrino, como así resulta del requerimiento notarial que este último le formuló, en 21 de junio de 2011. Esto sentado, y habiendo mostrado el cesionario su voluntad de cumplir el contrato de vitalicio mediante requerimiento notarial que le fue dirigido al cedente (en 21 de junio de 2011) escasos días después de que este último hubiese abandonado la vivienda en la que ambos convivían, en el que pone de manifiesto su disposición para seguir cumpliendo estrictamente dicho contrato "que a día de hoy no puede cumplir por causa única y exclusivamente imputable al cedente". Sin que este último hubiese contestado al requerimiento en el plazo reglamentario (tampoco cuestiona la afirmación efectuada en el mismo requerimiento notarial de que las obras de mejora realizadas en la casa paterna se hubiesen realizado a las exclusivas expensas del cesionario, lo que supone admisión implícita). Es por ello, que no cabe



trasladar al cesionario, como lo hace la sentencia apelada, la carga de acreditar que el abandono del cedente había venido motivado por la desatención o conducta impropia del cesionario, sobre la que ninguna prueba se aportó al respecto, es más, tal hecho fue declarado improbadamente en la sentencia apelada. De modo que la quiebra de la convivencia habitual y necesaria, en principio motivada por la ausencia voluntaria del cedente, fue la que impidió el cumplimiento del contrato y esta ausencia puede atribuirse a variadas causas, como lo serían las simples fricciones familiares, no necesariamente originadas por la conducta inapropiada del cesionario. Estima esta Sala de apelación, que quien insta la resolución del vínculo contractual debe acreditar la infracción del contrato que alega, como hecho constitutivo de su pretensión. Siendo el argumento de la sentencia apelada contradictorio, pues afirmando, por una parte, que se desconocen las causas por las que el cedente había abandonado el domicilio en el que residía junto con el cesionario, a continuación, atribuye tal abandono a una desatención, o actuación inapropiada por parte del demandado, pese a que fue el cedente quien interrumpió el desarrollo de la convivencia que hasta junio de 2011 se había venido desarrollando, durante más de dos años, en una conducta que impedía el cumplimiento del contrato.

**CUARTO.-** Por otra parte el actual artº 154 de la Ley Derecho Civil de Galicia, contempla una regulación más restrictiva en cuanto a legitimación activa en el ejercicio de la acción resolutoria, que la norma precedente de la Ley de 1995, al admitir la transmisibilidad de la acción de resolución a los herederos del cedente solo en los casos en que el alimentista sea un tercero, no cuando el alimentista es el propio cedente, como sucede en el presente caso. Bajo la vigencia de la Ley Derecho Civil de Galicia de 1995, la jurisprudencia (así sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de septiembre de 2003) había aceptado la legitimación de los herederos del cedente para instar la resolución del vitalicio. Sin embargo, en su sentencia de 30 de enero de 2008, indica "no es intrascendente significar que la Ley Derecho Civil de Galicia de 1995 dista de establecer alguna restricción a la transmisión de la acción de resolución del contrato de vitalicio a los herederos del cedente, a diferencia de lo que prevé la Ley Derecho Civil de Galicia de 2006, cuyo artº 154 limita la posibilidad de transmisión a "los casos en que el alimentista fuera un tercero y solo podrá ser ejercitada en vida de éste". La doctrina ha destacado esta nueva regulación más restrictiva respecto de la transmisibilidad, mortis causa, de la acción resolutoria, que cierra la posibilidad de ejercicio a los herederos del cedente-alimentista, aun cuando pudiesen acreditar la concurrencia de una posible causa resolutoria, como resulta de los términos literales del artº 154 de la Ley Derecho Civil de Galicia. En los casos en que el alimentista no sea un tercero, quedará al arbitrio del cedente la opción de ejercitar la acción resolutoria, de forma que solo podía ser ejercitada por él y durante su vida; salvo supuestos de sucesión procesal por causa de muerte o por transmisión del objeto litigioso, conforme a las normas procesales civiles, según lo dispuesto en los artículos 16 y 17 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que no tuvo lugar en el presente caso.

Es lo cierto que el cedente había promovido proceso en el ejercicio de la acción resolutoria frente al aquí demandado, por los mismos motivos que ahora se aducen, sobreviniendo su fallecimiento una vez celebrado el acto de la Audiencia Previa. Pero suspendido el curso del proceso en tanto no se personasen las personas con derecho a suceder al causante, nadie se personó en el mismo para ocupar la posición del demandante, caducando la instancia. De modo que no tuvo lugar la sucesión procesal por causa de muerte, ni se continuó en el ejercicio de aquella acción. Siendo el actual un nuevo proceso y una nueva acción, autónoma, con diferente fundamento legitimador, al que resulta aplicable, a contrario sensu, lo dispuesto en el artº 154 de la Ley Derecho Civil de Galicia vigente, de modo que la demanda debió ser desestimada y ser absuelto el demandado de los pedimentos frente al mismo formulados.

**QUINTO.-** De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de enjuiciamiento civil, ante la estimación del recurso de apelación interpuesto no se efectúa una expresa imposición de las costas de la alzada; las de la instancia, habida cuenta la desestimación de la demanda, se imponen a la parte demandante.

Se decreta, en virtud de la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la devolución al recurrente de la totalidad del depósito constituido para apelar.

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

#### **FALLO:**

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Luis Manuel, el procurador de los tribunales D. José Ramón Taboada Sánchez, contra la sentencia dictada el 20 de abril de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Celanova en autos de Procedimiento Ordinario nº 120/15, Rollo de apelación nº 396/16, cuya resolución se revoca, y se desestima la demanda rectora del proceso formulada por D. Bienvenido y Dª Inés, representados por el procurador de los tribunales D. José Mª Fernández Vergara, absolviendo al demandado de los pedimentos frente al mismo formulados, con imposición de las costas de la instancia a los demandantes y sin efectuar una expresa imposición respecto de las de la alzada.



Procede la devolución al recurrente de la totalidad del depósito constituido para apelar.

Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas interponer, **en su caso**, recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal en el plazo de veinte días ante esta Audiencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ