



Roj: **SAP BI 963/2004 - ECLI: ES:APBI:2004:963**

Id Cendoj: **48020370042004100086**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **4**

Fecha: **04/05/2004**

Nº de Recurso: **261/2002**

Nº de Resolución: **358/2004**

Procedimiento: **Rollo menor cuantía**

Ponente: **FERNANDO VALDES-SOLIS CECCHINI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENT

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA

BIZKAIKO PROBINTZIA-AUZITEGIA

Sección 4ª

BARROETA ALDAMAR 10 3ªplanta- C.P. 48001

Tfno.: 94-4016665

Fax: 94-4016992

N.I.G. 48.04.2-02/010194

R.menor cuantía 261/02

O.Judicial Origen: 1ª Inst. e Instrucc. nº 1 (Gernika)

Autos de J.menor cuantía 138/99

|

|

|

|

Recurrente: Isabel , Emilio y

Ana

Procurador/a: MARIA BASTERRECHE ARCOCHA, MARIA BASTERRECHE ARCOCHA y MARIA BASTERRECHE ARCOCHA

Recurrido: Rosendo y Paula

Procurador/a: MONICA HIERRO MARCOS y MONICA HIERRO MARCOS

**SENTENCIA N° 358/04**

ILMOS. SRES.

D. FERNANDO VALDES SOLIS CECCHINI

D. IGNACIO OLASO AZPIROZ

Dña. REYES CASTRESANA GARCIA

En BILBAO, a cuatro de mayo de dos mil cuatro.



Vistos en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Srs. Magistrados, los presentes autos de Juicio Menor Cuantía nº 138/99, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Gernika y seguidos entre partes: Como apelante Dª Isabel , D. Emilio y Dª Ana , representados por la Procuradora Sra. Basterreche Arcocha y dirigidos por el Letrado Sr. Azcargorta Arregui y como apelados que se oponen al recurso D. Rosendo y Dª Paula , representados por la Procuradora Sra. Hierro Marcos y dirigidos por la Letrada Sra. Alcántara Olazabal.

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia de instancia de fecha 17 de Enero de 2002 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: Que desestimando en su totalidad la demanda interpuesta por Dña. Ana , D. Emilio y Dña. Isabel , como haerederos de D. Emilio fallecido durante la tramitación del presente procedimiento, representados por la Procuradora Sra. Celaya contra D. Rosendo y Dña. Paula , debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos formulados de contrario, con expresa condena en costas a la parte demandante."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de Dña. Isabel , D. Emilio y Dña. Ana se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el nº 261/02 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento, la vista del recurso se celebró ante la Sala el pasado día 23 de Marzo de 2004, con asistencia del Letrado de la parte apelante y del Letrado de la parte apelada, quienes informaron en apoyo de sus respectivas pretensiones.

Terminado el acto, quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para la deliberación y resolución.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado D. FERNANDO VALDES SOLIS CECCHINI.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Falleció Dª Lucía habiendo otorgado testamento en virtud del cual:

Instituía legatario de cosa específica a su hijo D Rosendo ; comprendía el **legado** la casa en el arrabal Abesua de Markina, y tres montes si bien, en cuanto a los mismos, debía el legatario abonar a los demás herederos un tanto por ciento del resultado de entresacas y derribos

Legaba a cada uno de sus hijos una suma de dinero.

E instituía en el remanente de sus bienes por iguales partes a todos sus hijos.

El inmueble o casa sita en el arrabal de Abesua fue vendido, dos días antes del fallecimiento de Dª Lucía , a un tercero.

Los demandantes, herederos de D Emilio , pretenden se declare la ineficacia parcial del **legado** en cuanto al bien inmueble enajenado con anterioridad al fallecimiento de Dª Lucía ; que Don Rosendo aporte a la masa hereditaria el importe a que ascendía le valor real de la finca al tiempo de su enajenación debidamente actualizado hasta el presente; se proceda a la partición de la herencia y se condene a Don Rosendo a rendir cuentas de la gestión relativa a los demás bienes **legados**, haciendo en su caso los abonos pertinentes.

SEGUNDO.- La primera de las cuestiones suscitadas es la validez o no del **legado** en punto a la casa sita en el barrio de Abesua; la parte demandante alega el art. 869, 2, del Código civil y la demandada y la Sentencia de primera Instancia estiman que no estamos en presencia de una enajenación voluntaria, sino forzosa y aplican la Jurisprudencia del TS que en supuestos de expropiación de un inmueble ( Sentencia de 13 de junio de 1.994 ) o supuestos de planificación urbanística o concentración parcelaria en que se produce la sustitución de un inmueble por el otro entiende no se produce la ineficacia del **legado**. Se basa en la conocida doctrina de que la enajenación por parte del testador de la cosa específica legada implica tácitamente la revocación del **legado**.

La Sentencia de primera instancia aplica la doctrina expuesta y considera que ante la fecha de enajenación ( dos días antes de la muerte de la causante ) y las circunstancias que rodearon tal decisión, que no fueron otras que las deudas que tenía pendientes Don Rosendo y que fueron atendidas con la suma obtenida por la enajenación del inmueble, evidencian que no concurre voluntad tácita de la testadora de revocación del **legado**.



No podemos compartir la afirmación; una cosa es una venta impuesta por quien está investido de poder para ello, o una subrogación real, y otra muy distinta es una compraventa usual con la cuál se pretende la finalidad, en este caso, de pagar una deuda, pero que en otro caso puede ser distinta o similar y, siempre, indiferente a los efectos del precepto. Lo que el legislador establece es que cuando una cosa se vende voluntariamente se deja sin efecto el **legado**. Y en el caso enjuiciado es evidente la voluntariedad de la venta pues también podían haberse vendido otros inmuebles y no consta que no existieran otros bienes con que atender a la premura del pago.

En definitiva estimamos que se produjo la causa de revocación del **legado** contemplada por el precepto enunciado y debemos, en este particular, estimar la demanda.

TERCERO.- Pide la parte que se traiga a la masa hereditaria el valor real del inmueble **legado** al tiempo de su enajenación convenientemente actualizado. La pretensión no puede ser estimada.

Lo que hay que traer a la herencia son los bienes existentes en el patrimonio del causante al momento de su fallecimiento; en el caso podrá entenderse que concurrió una donación a favor del hijo Don Rosendo y, en su caso, deberá éste colacionar dicha donación si excede de lo permitido. Pero lo que habrá que aportar a la masa hereditaria son sólo los bienes existentes en el momento de su formación, y colacionar todos los herederos, en su caso y día, las donaciones y demás liberalidades efectuadas por la causante.

No es necesario efectuar ningún pronunciamiento en cuanto a que los tres hijos de la causante son sus herederos ( hoy sus hijos, su nuera y nietos ); así lo dispuso la causante expresamente y así deberá de ser sin precisar pronunciamiento judicial alguno.

CUARTO.- También procede estimar la petición de rendición de cuentas; Don Rosendo estaba constituido en la obligación de abonar a sus restantes coherederos una proporción de las rentas obtenidas de entresacas y cortas de los montes; parece adecuado que al presente rinda cuentas de la administración de tales bienes.

QUINTO.- Las operaciones particionales deberán ventilarse por el procedimiento establecido por la LECivil en sus arts. 785 y ss ; o bien por vía convencional entre los interesados, peor nunca en ejecución de esta Sentencia, por lo que también tal pretensión debe ser desestimada.

Como la petición de reducción de la parte de Don Rosendo a resultas del respeto a las legítimas, materia propia de la partición que en su día se efectuó.

SEXTO.- Estimada parcialmente la demanda y el recurso, no procede dictar particular pronunciamiento en las costas de ambas instancias.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

## FALLAMOS

FALLAMOS estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Isabel , Don Emilio y D<sup>a</sup> Ana , contra Sentencia dictada por el Ilmo Sr. Juez de 1<sup>a</sup> Instancia nº 1 de los de Gernika en autos de juicio de menor cuantía nº 138/99, de que el presente rollo dimana, debemos revocar y parcialmente revocamos la misma; con estimación parcial de la demanda interpuesta por dichos recurrentes frente a Don Rosendo y D<sup>a</sup> Paula , debemos declarar y declaramos:

Dejar sin efecto el **legado** constituido por D<sup>a</sup> Lucía y Alcibararechuluaga a favor de su hijo Don Rosendo y cuanto al inmueble consistente en casa en el barrio de Abesua, de Markina, manteniendo la validez del resto del **legado** en su integridad.

Condenar a Don Rosendo a que rinda cuentas a los demás coherederos de su gestión como administrador de los bienes y, en concreto, de los montes.

Desestimando las restantes peticiones de la demanda y sin dictar particular pronunciamiento en las costas de esta apelación

Así, por esta nuestra Senencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.