



Roj: **SAP M 2059/2005 - ECLI: ES:APM:2005:2059**

Id Cendoj: **28079370192005100050**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **19**

Fecha: **28/02/2005**

Nº de Recurso: **78/2005**

Nº de Resolución: **85/2005**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **EPIFANIO LEGIDO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 19

MADRID

SENTENCIA: 00085/2005

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCION 19

1280A

FERRAZ 41

Tfno.: 91 397 1861-2-3-4-0 Fax: 91 397 19 98

N.I.G. 28000 1 7001161 /2005

ROLLO: RECURSO DE APELACION 78 /2005

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 205 /2002

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 21 de MADRID

Apelante/s: CASINO OBRERO DE BEJAR

Procurador: Armando

Apelado/s: Eva

Procurador: ANGELA CRISTINA SANTOS ERROZ

SENTENCIA Nº85

Ponente: Ilmo. Sr. D. EPIFANIO LEGIDO LOPEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D.NICOLAS DÍAZ MÉNDEZ

D.EPIFANIO LEGIDO LOPEZ

D.RAMÓN RUIZ JIMÉNEZ

En MADRID, a veintiocho de febrero de dos mil cinco.

La Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario 205/02, provenientes del Juzgado de Primera Instancia nº 21 de Madrid y seguidos sobre adjudicación de bienes hereditarios, entre otros extremos, que han dado lugar en esta alzada al rollo de Sala **78/2005**, en el que han sido partes, como apelante demandado, el Casino Obrero de Béjar, que estuvo representado por el Procurador Sr. Venturini Medina, y defendido de Letrado; y de otra, como apelado: A.- la demandante D^a. Eva , a la que representó la Procuradora



Sra. Santos Erroz, y que también estuvo defendida por Letrado y B.- la Herencia Yacente e Ignorados Herederos de D. Sebastián , que, a partir de determinado momento del procedimiento, permanecen en rebeldía.

VISTO, siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. EPIFANIO LEGIDO LOPEZ, que expresa el común parecer de este Tribunal.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

Se dan por reproducidos los que contiene la sentencia apelada en cuanto se relacionen con esta resolución y

PRIMERO.- Con fecha 29 de Junio de 2004 el Juzgado de 1ª Instancia nº 21 de Madrid, en los autos de que dimana este rollo de Sala, dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente: " Estimo la demanda formulada por la Procuradora Dª. Angela Santos Erroz en nombre y representación de Dª. Eva contra Casino Obrero de Béjar a quien condeno a entregar la cantidad de 58.430.000 pts. (351.171'37 euros), así como el resto de los bienes relacionados en el testamento ológrafo y que se reproducen en el hecho cuarto de esta resolución o su valoración en ejecución de Sentencia de características similares que se mencionan así como al pago de los intereses legales desde la fecha de su emplazamiento, con imposición de las costas a la parte demandada ".

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Casino Obrero de Béjar, que formalizó adecuadamente (folio 287 y siguientes) y del que, tras ser admitido en ambos efectos, se dio traslado a la contraparte, que se opuso al mismo (folio 317 y siguientes), remitiéndose luego los autos principales a este Tribunal en el que tuvieron entrada en 03 de febrero de 2005, abriéndose, de inmediato, el correspondiente rollo de Sala.

TERCERO.- En esta alzada, para cuya deliberación, votación y fallo se señaló el 21 de los corrientes, se han observado las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se dan por reproducidos los que contiene la sentencia apelada en cuanto se opongan a los que a continuación se insertan y

PRIMERO.- Dª. Eva , heredera de Dª. Valentina , ejercitó acción frente a D. Sebastián , esposo de Dª. Victoria que había otorgado testamento ológrafo el 19 de mayo de 1.987 a favor de su hermana Dª. Valentina , en la forma que luego se verá, interesando del juzgador de instancia, desde el contenido del repetido testamento ológrafo, que se ordene en su día al Sr. Sebastián proceder a la entrega y transmisión de los bienes relacionados: piso NUM000 número NUM001 de la CALLE000 nº NUM002 de Madrid, joyas que mencionaba el repetido testamento ológrafo y 5.000.000 de pesetas en efectivo, o el importe de los mismos valorados, hasta la fecha, en un principal de 58.430.000 pesetas (351.171,37 euros)- se incluía el valor de peritación del piso- y los 5.000.000 de pesetas ya referidos ", más rentas y frutos determinados por el interés legal del dinero desde la fecha del fallecimiento de Dª. Victoria (10 de febrero de 1.997), más intereses moratorios desde la fecha del requerimiento extrajudicial del presente legado (30 de noviembre de 2001), así como que se proceda a la determinación pericial del valor de las joyas genéricamente numeradas en dicho testamento, y sea incorporado dicho valor al total de la cuantía principal de la presenta demanda, en cumplimiento total del presente legado ". A la demanda se opuso D. Sebastián , a través de su representación procesal, solicitando la desestimación de la misma, de una parte, y de otra reconviniendo para interesar la nulidad del testamento ológrafo, que se había protocolizado ante notario tras su homologación judicial, para contestar a la repetida reconvención la parte actora en documento que obra el folio 106 de los autos principales. Fallece D. Sebastián , tras haber materializado el contenido del testamento de 05 de junio de 1.961, otorgado por su esposa Dª. Victoria ante notario, mediante escritura de aceptación de herencia, liquidación de gananciales y adjudicación -escritura de 04 de julio de 1.997- ante el notario Sr. Linaje Conde, para posteriormente enajenar el repetido piso a tercero (14 de julio de 1.998-30-), personándose a raíz del fallecimiento del Sr. Sebastián en el procedimiento, y tras conocer el contenido de su testamento, Casino Obrero de Béjar designado sucesor universal en el testamento abierto que otorgase el 10 de julio de 2002, al tiempo que hacía un sinfín de legados que se recogen en el propio testamento del folio 129 y que venía a revocar testamentos anteriores como los recogidos en el folio 134. Se persona en el procedimiento Casino Obrero de Béjar (146) expresando (163 y 170) que aceptaba la herencia del Sr. Sebastián a beneficio de inventario, a partir de cuyo momento se bifurca el lado pasivo de la relación jurídica procesal para entenderse dirigido el procedimiento contra Casino Obrero de Béjar al que sigue representando el Sr. Armando y la Herencia Yacente e Ignorados herederos de D. Sebastián , que pasan a constituirse en situación de rebeldía.



SEGUNDO.- El juzgador de instancia tras recoger en el antecedente de hecho segundo circunstancias procedimentales que no obedecen a la realidad jurídica del proceso, dicta sentencia estimando la demanda formulada por la Sra. Eva contra el Casino Obrero de Béjar a quien condena a entregar la cantidad de 58.430.000 pesetas (351.171,37 euros) así como el resto de los bienes relacionados en el testamento ológrafo que se reproducen en el hecho cuarto de esta resolución (una sortija con 33 brillantes, una sortija con 14 brillantes, una sortija con 3 brillantes, una sortija rodeada de brillantes y un colgante de brillantes y cadena de platino), así como el resto de los bienes relacionados en el testamento ológrafo y que se reproducen en el hecho cuarto de esta resolución o su valoración en ejecución de sentencia de características similares que se mencionan así como al pago de los intereses legales desde la fecha de su emplazamiento, con imposición de las costas a la parte demandada. Consiente la sentencia la parte actora y se alza contra la misma, interponiendo el oportuno recurso de apelación, la representación procesal del Casino de Béjar que esgrime, como motivos de su recurso los siguientes: 1.- Errónea narración de los hechos en el antecedente de hecho segundo de la sentencia; 2.- Incongruencia omisiva respecto a la reconvencción formulada por la representación de D. Sebastián a la que no se hace mención en la citada sentencia; 3.- Prohibición de disponer por testamento de bienes que no son exclusivos de la testadora sino gananciales; 4.- Error en la interpretación de la prueba; 5.- Renuncia tácita del actor a la reclamación de las joyas (inexistencia de las mismas y nula responsabilidad del Casino para la entrega del legado) y 6.- Especial consideración respecto a la condena en costas, que debieron imponérsele en razón de la desestimación de la demanda e incluso teniendo en cuenta que siempre actuó de buena fe, para terminar suplicando (303 vuelto) que se revocase la repetida sentencia con desestimación de la demanda y que se acogiese la reconvencción y subsidiariamente se redujese la obligación del heredero universal a entregar a la actora el valor de la participación ganancial al tiempo del fallecimiento de la causante D^a. Victoria .

TERCERO.- La prueba practicada permite tener por acreditados estos hechos: 1º.- D^a. Victoria , fallecida el 10 de febrero de 1.997, había otorgado testamento ológrafo (15) el 19 de mayo de 1.987, protocolizado luego, tras su homologación judicial, ante el notario Sr. Recarte (13) el 31 de octubre del año 2001; testamento ológrafo en el que, textualmente, se instituía heredero a su hermana D^a. Valentina , en el caso de que la sobreviviera, sobre los siguientes bienes: el piso de la CALLE000 , las joyas tantas veces citadas y cinco millones de pesetas, teniendo la particularidad el presente testamento ológrafo de haber estado presente, en su otorgamiento, D. Sebastián y los testigos que también firman el repetido documento, al tiempo que, se dice en el mismo, se mostraba conforme su esposo Sebastián con la disposición efectuada por D^a. Victoria ; 2º.- Fallecida D^a. Victoria el 10 de febrero de 1997, su hermana D^a. Valentina , que había otorgado testamento abierto a favor de su sobrina D^a. Eva (folio 23), designándola heredera universal, no tuvo conocimiento, que conste en autos, de la existencia del repetido testamento ológrafo y la disposición hecha en su favor, hasta el punto de que tampoco se incluyeron los citados bienes en la escritura en la que la Sra. Eva aceptaba la herencia de su tia D^a. Valentina y se adjudicaba sus bienes ante el notario Sr. Martínez (18), para ya en 27 de noviembre de 2001 requerir (55) al Sr. Sebastián para que le hiciese entrega de los bienes plasmados en el testamento ológrafo tan repetido el 19 de mayo de 1.987; 3º.- D. Sebastián , fallecida su esposa en 10 de febrero de 1997, y partiendo del testamento abierto que había otorgado en 05 de junio de 1.961, articuló escritura de aceptación de herencia, liquidación de gananciales y adjudicación de bienes (04 julio 1997) ante el notario Sr. Linaje Conde, adjudicándose el piso tan repetido, que luego vende en 14 de julio de 1.998 a D. Carlos Ramón y a D^a. Alejandra (30); 4º.- Fallece D. Sebastián el 06 de agosto del año 2002 tras haber otorgado testamento el 10 de julio del mismo año (129) en el que tras efectuar distintos legados, que deberían ser respetados por el heredero universal, designa como tal al Casino Obrero de Béjar, que luego se persona en el procedimiento, dejando constancia de haber aceptado la herencia a beneficio de inventario (163 y 170), y aún cuando continúa en rebeldía la herencia yacente e ignorados herederos de D. Sebastián , por expresa decisión de la parte actora, es lo cierto que el fallo de la sentencia de instancia tan solo se refiere al Casino Obrero de Béjar, sin haber formulado recurso de apelación la parte demandante, por considerar, como ciertamente es, sucesor universal de D. Sebastián el repetido Casino, con las consecuencias legalmente previstas en el derecho sustantivo y en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil.

CUARTO.- La primera cuestión que ha de examinar este Tribunal es, obviamente, la reconvencción que formulase el Sr. Sebastián y que luego se mantuvo por su sucesor universal Casino Obrero de Béjar, atinente a que el testamento ológrafo otorgado por D^a. Victoria era nulo por infracción del artículo 688 del Código Civil , por haber intervenido en el mismo terceras personas y por disponer la testadora de bienes que no le pertenecían. Los argumentos que preceden tiene que desestimarlos este Tribunal pues examinado atentamente el testamento de 19 de mayo de 1.987 reúne la totalidad de los requisitos recogidos en el artículo 688 del Código Civil , cuales son la autografía total, la firma de la testadora y la fecha en que se otorgó, no cercenando la especial forma del testamento ológrafo y su caracterización el hecho de que interviniese el esposo de D^a. Victoria que venía a mostrar su conformidad con la disposición y los dos testigos que también firmaron el repetido testamento, como luego se vino a acreditar en el acto de jurisdicción voluntaria relativo



a la homologación del mismo 457/2001, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia N° 4 de Madrid, pues aquella presencia no quebranta ni la autografía total, como tampoco la firma o la fecha, sin que el carácter reservado o secreto del testamento ológrafo sea requisito que el legislador llevase al artículo 688 del Código Civil y preceptos concordantes, de manera que aquél acto de jurisdicción voluntaria tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia N° 4 no se ve invalidado por la reconvención que formuló el Sr. Sebastián , a lo que ha de sumarse el hecho de que la testadora, al instituir su legado (dice el artículo 660 del Código Civil que llámase heredero al que sucede a título universal y legatario el que sucede a título particular, para añadir el artículo 768 que el heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado legatario), no dispuso de bienes ajenos (artículo 861 del Código Civil , como expresa la Juzgadora de instancia) y sí de un bien en el que la causante tenía una parte o un derecho sobre el mismo (que derivaba de la propia configuración de la sociedad de gananciales, comunidad germánica), debiendo entenderse limitado el legado a esta parte o derecho, visto que del testamento repetido no se infiere claramente ni se deduce de manera obvia que se legue la cosa por entero, en cuyo caso podía darse entrada al repetido artículo 861; disposición testamentaria de bien ganancial que se contempla, como es sabido, en el artículo 1.380 del propio Código Civil y que puede producir todos sus efectos si fuera adjudicado a la herencia del testador, compromiso este que podía inferirse de la conformidad que expresó en el testamento ológrafo el Sr. Sebastián , para en este caso, como expresa el último inciso del artículo 1.380, entender que el legado se extiende al valor que tuviera el bien al tiempo del fallecimiento, el valor que tuviese la parte correspondiente a D^a. Victoria al tiempo de su fallecimiento, esto es la mitad del valor del citado piso. Por tanto no estamos en presencia de un legado de cosa ajena y sí de un legado de parte de una cosa que pertenece al testador, que se inserta en un testamento ológrafo que no contraviene su normativa reguladora. Al acoger este motivo del recurso, relativo a la incongruencia omisiva de la sentencia de instancia, se está también dando respuesta al 3º de los motivos del recurso, que se acoge en razón de que el juzgador de instancia recondujo la problemática al legado de cosa ajena en vez de residenciarlo en el artículo 864 del propio Código Civil (legado de cosa que tan solo perteneciese en parte al testador). Téngase presente que de modo subsidiario el apelante viene a entender que se reduzca la obligación del heredero universal a entregar a la actora el valor de la participación ganancial al tiempo de su fallecimiento, esto es la mitad del valor del repetido piso que ya se encuentra bajo la titularidad dominical de terceros que lo adquirieron de buena fe protegidos como, al propio tiempo, por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria .

QUINTO.- El juzgador de instancia incurrió en error en la apreciación de la prueba y error de derecho cuando entendió estar en presencia de legado de cosa ajena, como también incide en error en la apreciación de la prueba y error de derecho al exigir del heredero universal, que luego es condenado, a entregar el valor de las joyas que constituirían parte del legado plasmado en el testamento ológrafo de 19 de mayo de 1.987, cuando D^a. Eva , ciertamente heredera de D^a. Valentina (en virtud del testamento abierto del folio 23 y de lo que dispone el artículo 1.006 del Código Civil) no practicó prueba alguna tendente a plasmar en los autos la caracterización de las joyas que se dicen transmitidas y desde cuyos datos no sería posible sentar un pronunciamiento condenatorio para el heredero universal respecto de los citados bienes, no identificados y sin que sus características generales permitan una valoración económica, sin que, de otra parte, pueda entenderse como renuncia tácita el posicionamiento del actor en el acto de la audiencia previa, pues siempre mantuvo la reclamación de las citadas joyas, aún cuando, como vimos, su viabilidad carece de soporte jurídico. Finalmente hagamos constar que al haberse estimado el recurso como consecuencia de una estimación parcial de la demanda, las costas producidas en primera y segunda instancia no se imponen a ninguna de las partes, desde cuanto establecen los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

SEXTO.- La sentencia de instancia dejaba constancia de que los intereses legales a percibir por la actora tenían que arrancar de la fecha del emplazamiento, extremo este que se mantiene por esta Sala desde cuanto establece el artículo 1.108 del Código Civil y especialmente teniendo presente el actual debilitamiento del principio "in iliquidis mora non fit", que se recoge, entre otras muchas, en la sentencia del Tribunal Supremo de 08 de noviembre del año 2000 , debiendo tenerse presente que únicamente a partir del momento del emplazamiento incurrió en mora la parte demandada, que no antes, como vino a recoger la sentencia dictada en la instancia y consintió la parte demandante y apelada. Ahora bien el piso NUM000 n° NUM001 de la CALLE000 , NUM002 ha de valorarse a la fecha del fallecimiento de D^a. Victoria esto es al 10 de febrero del año 1997, que no, como hace la parte apelante, al 27 de febrero de 2002, lo que habrá de efectuarse en ejecución de sentencia, al no ser posible a esta Sala, desde el valor de febrero de 2002 operar la oportuna reducción para situarse a la fecha del óbito de D^a. Victoria , en que se abrió su sucesión y pudo D^a. Valentina adquirir los bienes plasmados en el testamento ológrafo. La mitad del valor del piso a que se refiere el procedimiento a la fecha ya referida de 10 de febrero de 1997 es la cantidad que viene obligado a abonar Casino Obrero de Béjar a la parte actora, además de 2.500.000 de pesetas (la mitad de los 5.000.000 recogidos en el testamento ológrafo) con los intereses, en ambos casos, desde la fecha del emplazamiento, desde la fecha de la interpelación judicial, y excluyéndose, como se excluyen, por no haber acreditado su existencia la actora, las joyas que se mencionaban en el documento de 19 de mayo de 1987.



VISTOS los preceptos citados, concordantes y demás de general aplicación

III.- FALLAMOS

Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Casino Obrero de Béjar, que estuvo representado por el Procurador Sr. Venturini Medina, al que se opuso D^a. Eva , representada por la Procuradora Sra. Santos Erroz, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia N^o 21 de Madrid (Juicio Ordinario 205/02) en 29 de junio de 2004 , debemos revocar, como parcialmente revocamos, la repetida resolución para establecer en favor de la demandante Sra. Eva la cantidad de dos millones quinientas mil pesetas (15.025, 30 Euros) más la mitad del valor que tuviese el piso NUM000 , N^o NUM001 de la casa de la CALLE000 , n^o NUM002 , a que se refieren los autos, al momento del fallecimiento de D^a. Victoria , esto es el 10 de febrero de 1997, con los intereses legales, en ambos casos, desde la interpelación judicial, desestimándose, al propio tiempo, la reconvención articulada por D. Sebastián , luego mantenida por su sucesor Casino Obrero de Béjar, frente a la demandante, sin que se impongan las costas producidas en primera y segunda instancia a ninguna de las partes.

Notifíquese esta sentencia a las partes y dése cumplimiento al art. 248.4 LOPJ .

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

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.