



Roj: **SAP C 2356/2011 - ECLI: ES:APC:2011:2356**

Id Cendoj: **15030370052011100306**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **5**

Fecha: **19/07/2011**

Nº de Recurso: **532/2010**

Nº de Resolución: **316/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL CONDE NUÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION QUINTA

A CORUÑA

Rollo: 532/10

Proc. Origen: Juicio Ordinario núm. 1737/08

Juzgado de Procedencia: 1ª Instancia núm. 6 de A Coruña

Deliberación el día: 18 de mayo de 2011

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, ha pronunciado en nombre del Rey la siguiente:

SENTENCIA N° 316/2011

Ilmos. Sres. Magistrados:

MANUEL CONDE NUÑEZ

JULIO TASENDE CALVO

Mª DEL CARMEN VILARIÑO LOPEZ

En A CORUÑA, a diecinueve de julio de dos mil once.

En el recurso de apelación civil número 532/10, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de A Coruña, en Juicio Ordinario núm. 1737/08, sobre "Declaración de ineficacia legado", siendo la cuantía del procedimiento 612-301,50 euros, seguido entre partes: Como **APELANTE: DON Gregorio**, representado por la Procuradora Sra. Díaz Amor; como **APELADO: DON Leon**, representado por la Procuradora Sra. Camba Méndez.- Siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON MANUEL CONDE NUÑEZ

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Que por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de A Coruña, con fecha 28 de junio de 2010, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice como sigue:

*"Que desestimando íntegramente la demanda presentada por la procuradora Sra. Díaz Amor en nombre y representación de Don Gregorio asistido por el letrado Sr. Martín Trillo contra Don Leon representado por la procuradora Sra. Camba Méndez y asistido del letrado Sr. Míguez Vázquez **debo absolver y absuelvo al demandado los pedimentos formulados en el escrito de demandan contra el mismo.***

Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas procesales a ninguna de las partes. "

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se interpuso contra la misma en tiempo y forma, recurso de apelación por el demandante que le fue admitido en ambos efectos, y remitidas las actuaciones a este



Tribunal, y realizado el trámite oportuno se señaló para deliberar la Sala el día 18 de mayo de 2011, fecha en la que tuvo lugar.

TERCERO.- En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de A Coruña, de fecha 28 de junio de 2010, acordó en su parte dispositiva la desestimación íntegra de la demanda presentada por la representación procesal de Don Gregorio contra Don Leon , absolviendo al demandado de los pedimentos formulados en el escrito de demanda.

En los fundamentos de derecho de la referida resolución se hacen constar las razones que conducen a su parte dispositiva, y, en concreto, las siguientes:

" Actor y demandado son hijos de D. Leon y D^a Mariola . El padre de los litigantes falleció el 1 de marzo de 1986 habiendo otorgado testamento en fecha 27 de agosto de 1982 ante el notario de Betanzos D. León Miguel López Rodríguez con número de protocolo 4506. Por escritura de Aceptación y Adjudicación de herencia otorgada ante el notario D. Ramón González Gómez al número 96 de su protocolo de fecha 18 de enero de 2007, se adjudica al demandado <<la mitad indivisa en nuda propiedad de la finca descrita como casa n^o NUM000 del lugar de Borja , de planta baja que ocupa la superficie de 70 m2, con un terreno unido a la huerta que ocupa 1593 m2 formando todo una sola finca de cabida 1663 m2....>>. Adjudicándose la otra mitad en pleno dominio a su madre (por su parte de gananciales) y ésta también la otra mitad en usufructo. En dicha aceptación y adjudicación están conformes los entonces comparecientes, ambos litigantes y la madre de éstos y disponen de los bienes de su padre y esposo conforme al testamento de éste en el que ya el testador distribuía bienes entre sus herederos.

Es decir el demandado es dueño en nuda propiedad de la mitad proindiviso de la finca descrita correspondiendo la otra mitad a su madre que también posee el usufructo de la totalidad.

Reseñar que desde enero de 1986 hasta enero de 2007 no se lleva a cabo la Aceptación y Adjudicación de la herencia del padre, es decir 31 años después de su fallecimiento, lo que es un indicio claro para lo que alega el demandado y es que tuvo como finalidad el poder permutar (la madre y del demandado) la finca descrita dadas las circunstancias que se produjeron en los último años de la vida de la madre y que afectaron a este bien en concreto.

A su vez D^a Mariola otorgó testamento en fecha 8 de agosto de 1971 ante el notario de Arzúa D. Ernesto Alonso Rivero al número 446 de su protocolo en cuya disposición segunda establece <<lega a su hijo Leon la parte que a la testadora corresponda en la que ésta vive en La Coruña-Puente del Pasaje con su huerta unidad, y el mobiliario, ropas y ajuar doméstico existentes en aquella, con cargo al tercio de mejora y en su caso, al de libre disposición>>.

La Sra. Mariola fallece el 26 de abril de 2007. De todo ello resulta incuestionable que ambos progenitores legaron al demandado la parte que le corresponde en la finca ya descrita. El legado del padre al demandado se hizo efectivo en la escritura de Aceptación y Adjudicación de la herencia en fecha 18 de enero de 2007.

El testamento de la Sra. Mariola nunca fue modificado, manteniendo el legado a favor del demandado durante más de 36 años. Legado que por las vicisitudes que se dirán intenta ahora el actor que se declare ineficaz.

Segundo .- *La finca en cuestión formaba parte del polígono NUM001 APR 113.02 del P.G.O.M. de A Coruña. Del mismo polígono formaba parte una finca del actor.*

En fecha 29 de septiembre de 2006 se procede a la constitución de la Junta de Compensación, para las actuaciones urbanísticas necesarias para el citado polígono.

Con anterioridad el 8 de septiembre de 2006 D^a Mariola había otorgado poder de representación al demandado.

Así las cosas, y dado que la finca objeto de legado se encontraba afectada por su integración en el plan urbanístico, estudiada la situación, los propietarios tenían ante sí o bien hacer aportación de cuotas de pago para el desarrollo de las obras de urbanización del plan, la subsiguiente construcción de las viviendas con la complejidad y cuantía económica que ello representa (obsérvese que según el perito Sr. Ramón , y los testigos Sr. Virgilio , Sr. Juan María , entre otros manifiestan que los gastos que ello implicaban superaban el millón y medio de euros). De no hacerlo así se procedería a la expropiación de la finca.



Atiéndase a la declaración del testigo Sr. Anton , secretario y abogado de la Junta de Compensación quien manifestó en juicio que tal extremo (expropiación si no se incorporaban a la Junta) se le hace saber a los propietarios más pequeños.

Y Don. Virgilio que manifestó que construir era muy costoso y que de no hacer aportación de cuotas y proceder a construir, lo inevitable es la expropiación.

Ante tales circunstancias, dado el montante, económico que precisaba para integrarse en el proceso constructivo y la ya muy avanzada edad de la Sra. Mariola (90 años), se optó por la permuta de la finca a Construcciones y Promociones Díaz Fernández S.L. a cambio de un precio importe (533.550? para la madre y 66.450? para el demandado) además varias viviendas, para madre e hijo en propiedad y en usufructo tal como tuvieron a bien aceptar.

Esta permuta se realizó ante el notario Sr. González Gómez al protocolo nº 100, en fecha 18 de enero de 2007, actuando el demandado por sí y con poder de representación de la madre de 8 de septiembre de 2006.

La escritura de Aceptación y Adjudicación de la herencia paterna y la escritura de permuta de la finca objeto del legado son de la misma fecha.

En la primera está presente el actor, además su madre, el demandado y de los abogados y el notario y la segunda la efectúa el demandado en su propio nombre y en el de su madre con poder de representación. La Sra. Mariola nunca manifestó en ninguno de estos actos su intención de revocar el legado que desde 36 años atrás tenía testado a favor de su hijo Leon .

El actor, a su vez vendió o permutó su propia finca a la misma constructora, dado que tampoco quería ser partícipe del proceso constructivo.

Tercero .- Ante dicha permuta y en aplicación estricta del art. 869.2º del Código Civil que establece que "El legado quedará in efecto: ...

2º) Si el testador enajena, por cualquier título o causa la cosa legada o parte de ella...", pretende el actor que se deje sin efecto el legado previsto en la Disposición Segunda del testamento de 8 de agosto de 1971 .

Petición que no ha de prosperar por cuanto de lo expuesto up supra lo que ha quedado acreditado es una clara voluntad de la Sra. Mariola de favorecer en su sucesión al demandado dejándole la parte que a ella le corresponde la finca descrita con cargo a la mejora y sí fuera necesaria al de libre disposición (entonces tercios a la fecha del testamento -ahora cuartos a la fecha de sucesión).

En la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador. La voluntad real y no la aparentemente manifestada. Es impensable que la madre de los litigantes mantenga favorecido a un hijo durante más de 36 años (hijo ya favorecido en la herencia paterna) y meses previos a su muerte cambie su voluntad por el hecho de que se vea forzada y en la necesidad de enajenar la cosa legada.

La permuta se verificó para evitar una segura expropiación que inevitablemente sería desventajosa para los propietarios que no podían integrarse en la Junta.

En todas las vicisitudes alrededor de este negocio jurídico estuvo presente el actor -y es más el mismo actuó con su finca en idéntico sentido-. La Sra. Mariola -ajena a términos jurídicos- es más que seguro desconocía el art. 869.2º del C.C. y actuando con presencia de sus dos hijos y expertos en derecho (abogados, notarios) se dio por sentado que <<la parte>> que legaba a su hijo Leon (y que se veía abocada a permutar) sería sustituida por su equivalencia económica (en dinero y en bienes). No cabe interpretar una voluntad revocatoria presunta, que por cierto no puede presumirse de acto alguno sino todo lo contrario.

Obsérvese que la escritura de Aceptación y Adjudicación de la herencia paterna, en la que comparecen madre e hijos, es de la misma fecha que la escritura de permuta y parece hecha ad hoc para poder realizar la permuta y evitar así la expropiación (como también hizo el actor respecto a su propia finca).

Sólo cuando aparezca claramente que la voluntad del testador es distinta de la manifestada podrá prescindirse de la interpretación literal de los términos empleados por el testador. Pues bien, resulta probado que la voluntad de Dª Mariola era la de favorecer al demandado, y así la mantuvo durante más de tres decenios, sin que pueda ser contravenida, por las circunstancias imprevisibles que se manifestaron meses antes de su fallecimiento. La venta necesaria, a fin de salvaguardar sus bienes y su legado, es equiparable a la expropiación forzosa y por ende no inválida el legado, ni roza los derechos del legatario.

Respecto a las manifestaciones que se hacen en la contestación, respecto al modo de obtener el acto la escritura de permuta con infracción del artículo 287 de la L.E.C . y del art. 10 de la Ley 18/1999 de 13 de diciembre de



Protección de Datos , nada tiene que decir quien ahora resuelve, por cuanto el propio demandado ha entrado en el fondo del asunto y no ha planteado cuestión litigiosa al respecto.

Cuarto .- *Si bien rige en nuestro Derecho en materia de costas el principio objetivo del vencimiento al amparo del artículo 394 de la L.E.C . permite éste precepto de modo excepcional no hacer especial pronunciamiento sobre costas procesales, cuando se considere, cual es el caso, razones que permitan su no imposición. Razones que concurren en este litigio, ya que es lógico someter a consideración de los Tribunales cuestión como la enjuiciada, en que la dicción de la Ley parece ir en un sentido, si bien la interpretación de la misma conduce al contrario, por lo que no se hace especial pronunciamiento sobre costas procesales. "*

SEGUNDO.-I.- El Tribunal Supremo, ya en sentencia de la Sala Primera de 13.6.1994 (recurso 1514/19919) estableció como debe ser la interpretación y sentido y alcance que tiene el artículo 869 del C.C.. Así dice en su Fundamento de Derecho Segundo que *"... conforme a éste, quedan sin efecto los legados de cosa si el testador la transforma (apdo. 1º del artículo), la enajena por cualquier título o causa (apdo. 2º) o si la cosa perece en vida del testador (apdo. 3º). La doctrina cuando estudia el precepto es unánime al establecer una primera conclusión: es imprescindible que la enajenación o transformación de la cosa se produzca voluntariamente por el testador (o por representante autorizado o por tercero sin poder pero cuya actuación haya sido ratificada por el propietario). Esta voluntad naturalmente que es la voluntad presunta, pues para la expresa tienen a su alcance el camino de la revocación del testamento o de la donación, que como se sabe son disposiciones esencialmente revocables (art. 737). Que lo decisivo para entender que queda sin efecto un legado al amparo del art. 869 C.C . es la voluntad tácita del donante "mortis causa" o testador expresada por medio de una transformación o enajenación de la cosa, se desprende incluso del propio texto del artículo cuando dice que la vuelta de la cosa al dominio del testador aunque sea por nulidad del contrato no hace recuperar la fuerza al legado. Una segunda conclusión también generalmente admitida por la doctrina es la que afirma que las enajenaciones de carácter forzoso, como hechos independientes de la voluntad del testador, no pueden tener carácter revocatorio por que les falta el elemento en el cual basar la presunción de que el causante quiso revocar el legado. Ejemplo, característico de enajenación forzosa que no extingue el legado es la expropiación forzosa (ejemplo de transformación no voluntaria puede ser la concentración parcelaria). Debe añadirse que la enajenación por expropiación forzosa, hecho que se produce sin la voluntad del expropiado, convierte la cosa en una suma de dinero que no permite incluirla en el ap. 3º puesto que la cosa no ha perecido aunque el derecho real sobre ella se ha transformado, como sucede con otras transformaciones de cosas sujetas a otros derechos reales (vid. Art. 519 sobre expropiación de cosa dada en usufructo)".*

Se trata de una causa objetiva de extinción del legado, pues si el testador dispuso libremente de la cosa para legarla a quien tuvo por conveniente en el momento de otorgar el testamento, igual libertad de disposición conserva para, con posterioridad, poder enajenarla en vida, a título oneroso o gratuito a quien tuviera por conveniente, lo que la propia ley interpreta como una efectiva revocación del legado hasta el extremo de que, aunque después volviera a integrarse en su patrimonio, el legado habría quedado sin efecto, salvo el caso de que dicha reintegración se produzca por pacto de retroventa.

II.- La regulación de esta cuestión por el Código Civil puso fin a los problemas interpretativos procedentes ya del Derecho Romano, donde se distinguía, entre las enajenaciones que el testador hacía personalmente, si respondían o no a motivos de necesidad, presumiéndose que el testador dispuso de la cosa legada voluntariamente siempre que lo hubiese hecho a título gratuito. El Código Civil, siguiendo el precedente del Código francés puso fin a tales disquisiciones indagatorias de la voluntad del disponente, decidiendo prescindir de los motivos que haya tenido el testador para disponer del bien, como lo recuerda el uso de la excepción *"por cualquier título o causa"*, de modo que toda enajenación que proceda de él y no sea legalmente forzosa es revocatoria. De ahí que resulte claro que la extinción del legado se basa, en el derecho común, no en el dato objetivo de que la cosa no se encuentra en el caudal relicto, sino en la voluntad del testador.

III.- Este tribunal no puede compartir el criterio reflejado en la sentencia de instancia. En primer lugar, dicha resolución parte de que ha quedado acreditada la clara voluntad de la Sra. Mariola de favorecer en su sucesión al demandado Don Leon , dejándole la parte que a ella corresponde en la finca descrita con cargo a la mejora y si fuera necesaria al de libre disposición, con fundamento en que el testamento de la Sra. Mariola nunca fue modificado, manteniendo el legado a favor del demandado durante más de 36 años, y si ello fuera así el art. 869 del CC resultaría inaplicable en muchos supuestos en que la testadora no manifestara su voluntad expresa de dejar sin efecto un legado, cuando, precisamente, por el contrario, por aplicación de dicho precepto legal, tenemos que partir de la voluntad tácita de la testadora de dejar sin efecto un legado si se enajena la cosa legada, y deberá ser el legatario quien tendrá que acreditar los motivos por los que la testadora, después de la venta del inmueble legado, no realizó ninguna disposición -como podría ser un nuevo testamento- que supusiera el mantenimiento del legado, con la sustitución, lógicamente, del inmueble por el montante dinerario derivado de su venta. En segundo lugar, aún cuando la sentencia apelada emplea las expresiones de que



la testadora se vea "forzada" y en la "necesidad" de enajenar la cosa legada, sin embargo, en el presente caso, no nos encontramos ante un supuesto de venta forzosa a que se refiere la doctrina jurisprudencial en relación con el art. 869 del CC para que se considere que dicha enajenación no tiene carácter revocatorio del legado. En tercer lugar, la disposición testamentaria en cuanto establece que "*lega a su hijo Leon la parte que a la testadora corresponde en la casa...*", no admite otra interpretación que la literal, es decir, que lega a su hijo la parte o cuota dentro de la sociedad de gananciales que le corresponde sobre dicha casa, sin que sea admisible, tal y como se dice en la contestación a la demanda y se reitera en el escrito de oposición al recurso de apelación, que dicha disposición puede hacer referencia al equivalente económico. En cuarto lugar, la sentencia de instancia dice que en la escritura de permuta otorgada por Don Leon y Doña Mariola a favor de Construcciones y Promociones J. Díaz Fernández S.L., estaba presente el actor, su madre, el demandado y los abogados de ellos y que en ningún momento manifestó su intención de revocar el legado. No podemos estar de acuerdo con dichos razonamientos por cuanto para que quedara sin efecto el legado, por aplicación del art. 869 del CC, era suficiente con la enajenación del inmueble legado sin necesidad de tener que añadirse "*a mayores*" una voluntad expresa de la testadora. Por último, el hecho de que en el contrato de permuta intervinieran unos abogados, y que a pesar de ello, no se hubiera realizado ninguna referencia al legado, cuando dichos profesionales tuvieron que informar a los interesados -o cuando menos eso hay que presumir- las consecuencias que tendría el contrato en relación con el inmueble objeto de legado, hay que interpretarlo como que las partes contractuales, entre ellas los aquí litigantes, tenían conocimiento de que el legado quedaba sin efecto.

Por los motivos expuestos procede la estimación del recurso de apelación y la estimación de la demanda inicial, acordando declarar la ineficacia del legado.

TERCERO.- Dispone el art. 394 de la ELC que en los procesos declarativos, las costas de primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

En uso de las facultades que tal precepto nos confiere declaramos no haber lugar la condena al pago de las costas procesales de primera instancia, teniendo en cuenta las dudas que existen sobre si se ha producido o no la extinción del legado; dudas que han sido manifestadas también por la juzgadora de instancia y aún cuando sea de forma implícita por la partes litigantes, puesto que la demandada mostró conformidad con la sentencia de instancia a pesar de que no se le impusieron las costas a la demandante después de desestimarse la demanda.

CUARTO.- No procede hacer especial imposición de las costas de alzada (art. 394 y 398 LEC)

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

FALLO

Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DON Gregorio contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de A Coruña en los autos de juicio ordinario núm. 1737/08 y revocando la referida resolución y estimando la demanda inicial debemos declarar y declaramos la ineficacia del legado previsto en la cláusula segunda del testamento otorgado por Doña Mariola ante el Notario de Arzúa Don Ernesto Alonso Rivero, con fecha 8 de agosto de 1971 (nº 446 de su protocolo); condenando al demandado a estar y pasar por tal pronunciamiento, sin hacer especial imposición de costas en ninguna de las instancias.

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