



Roj: **SAP M 13034/2011 - ECLI: ES:APM:2011:13034**

Id Cendoj: **28079370092011100414**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **9**

Fecha: **26/09/2011**

Nº de Recurso: **59/2010**

Nº de Resolución: **461/2011**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOSE ZARZUELO DESCALZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 9

MADRID

SENTENCIA: 00461/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE MADRID

Sección Novena

SENTENCIA NÚMERO 461/11

RECURSO DE APELACION 59/2010

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JUAN LUIS GORDILLO ÁLVAREZ VALDÉS

D. JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA

D. JOSÉ IGNACIO ZARZUELO DESCALZO

En Madrid, a veintiséis de septiembre de dos mil once.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, los Autos de Procedimiento Ordinario 381/2009 , procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 48 de Madrid, a los que ha correspondido el Rollo **59/2010**, en los que aparecen como partes: de una, como demandante y hoy apelante/apelada **D^a. Graciela** , representada por la Procuradora **D^a. María Luisa Garcisánchez de Gustín**; y de otra, como demandados y hoy apelantes/apelados **D. Rafael , D. Carlos Manuel y D. Ambrosio** , representados por el Procurador **D. Ángel Rojas Santos**; sobre legado de cosa específica.

SIENDO MAGISTRADO EL ILMO. SR. D. JOSÉ IGNACIO ZARZUELO DESCALZO.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

Primero .- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 48 de Madrid, en fecha veintinueve de septiembre de dos mil nueve, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " **Fallo** : Que estimando en parte la demanda formulada por **D^a. Graciela** representada por el Procurador **D^a. M^a LUISA CARCISANCHES DE GUSTIN** contra **Rafael , Ambrosio Y Carlos Manuel** representado por el Procurador **D. ANGEL ROJAS SANTOS**, debo declarar y declaro que:

1º Se ponga en posesión de **D^a Graciela** , a título de dueño, del legado recibido en testamento, consistente en el piso sito en Madrid, Plaza DIRECCION000 , número NUM000 , NUM001 , con todos los enseres muebles que en él se encuentran.



2º Se declare como valor de dicho legado, a la fecha de 6 de diciembre de 2000, la cantidad de 96.000 euros. Absolviendo los demandados del resto de los pedimentos de la actora, sin hacer expresa imposición de costas."

Segundo .- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 48 de Madrid, en fecha dieciséis de octubre de dos mil nueve, se dictó auto, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Se aclara la sentencia e fecha 29 de septiembre de 2009, donde dice en los apartados 1º y 2º del FALLO "Se ponga en posesión..." "Se declare como valor...", debe decir: en los apartados 1º y 2º del FALLO de la misma: Implica la condena a la parte demandada y a que entregue el legado dejando constancia del valor del mismo que asciende a 96.000 euros"

Tercero .- Notificada la mencionada sentencia y previos los trámites legales oportunos, contra la misma se interpuso recurso de apelación por las partes demandante y demandada, del que se dio traslado a las contrapartes quienes se opusieron al mismo, elevándose posteriormente las actuaciones a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes, ante la que han comparecido en tiempo y forma bajo las expresadas representaciones.

Cuarto .- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, ni estimando la Sala necesaria la celebración de vista pública, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento de votación y fallo la cual tuvo lugar el día seis de julio del año en curso.

Quinto .- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero .- En el presente procedimiento de juicio ordinario se formuló por la representación de la actora Doña Graciela demanda frente a sus hermanos y coherederos de su finada madre Doña Graciela, Don Rafael, Don Ambrosio y Don Carlos Manuel en ejercicio de acción de entrega de legado de cosa específica y determinada propia de la testadora referido al piso NUM001 de la Plaza DIRECCION000 nº NUM000 de Madrid, solicitándose igualmente la declaración del valor de dicho legado a fecha del fallecimiento de la causante en la cantidad de 96.000 euros, así como una indemnización por daños y perjuicios por cuantía de 90.000 euros que desglosaba en la cantidad de 72.000 euros por no haber podido utilizar el inmueble legado y 18.000 euros por daños morales en función de los términos injuriosos que se refieren en una comunicación escrita de los demandados.

Oponiéndose los demandados a tales pretensiones, se dictó Sentencia en primera instancia por la que se estimaba parcialmente la demanda, en los términos ya consignados en los antecedentes de hecho de la presente resolución, acogiendo la pretensión atinente a la entrega de la posesión del bien legado y declarando como valor de dicho legado a la fecha de 6 de diciembre de 2000 la cantidad de 96.000 euros, desestimando el resto de las pretensiones y argumentando para ello básicamente el estar en presencia de un legado de cosa específica y determinada propia del testador, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 882 del Código Civil, por el que el legatario adquiere la propiedad desde que el testador muere y ello implica que tales bienes no entran a formar parte del caudal hereditario sobre el que han de versar las operaciones particulares máxime cuando, como ocurre en el caso de autos, se establece en el propio testamento la obligación de compensar por el exceso que suponga el citado legado, considerando improsperable la pretensión referida al lucro cesante al tener que referirse a perjuicios reales y efectivos y no a meras expectativas, así como la reclamación por daño moral por supuestas injurias.

Frente al expresado pronunciamiento se alzan sendos recursos de apelación de cada una de las partes litigantes impugnando el contenido del mismo que les resulta desfavorable, sustentando la representación de los demandados su impugnación, por una parte, en la incorrecta aplicación del artículo 885 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta en lo referente a la entrega del legado y, por otro lado, aduciendo la improcedencia de la valoración del bien legado a la fecha de fallecimiento de la causante, mientras que por la representación de la demandante se pone el acento en la existencia de daños y perjuicios por la falta de entrega del legado, aduciendo la actuación maliciosa de los demandados y considerando la resolución recurrida incongruente y falta de motivación al haberse invocado las bases para la valoración de tales daños y perjuicios.

Segundo .- Planteado el debate en esta alzada en los expresados términos, en identidad de razón con lo sostenido en primera instancia, es de indicar que es doctrina reiterada [Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de septiembre de 2002, 25 de septiembre de 1987 y 24 de mayo de 1930; así como por la jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 2003, 21 de abril de 2003, 25 de mayo de 1992 y 4 de noviembre de 1961, entre otras], que el legatario no puede apoderarse de la cosa legada, aunque fuera específica y propia del testador, ni está autorizado para pedir la



inscripción a su nombre fuera de casos excepcionales cuyo análisis sería ahora inoportuno, ni adquiere en absoluto dominio cuando el «dies cedit», sino que es titular de un derecho subordinado a la liquidación de la masa hereditaria. El legatario tiene derecho a la cosa legada desde el fallecimiento del testador, pero le falta la posesión para lo que es precisa la entrega. Conforme a lo establecido en el artículo 882 del Código Civil , cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere la propiedad desde que aquél muere, si bien debe pedir la entrega al heredero o albacea, cuando éste se halle autorizado para darla (artículo 885 del Código Civil). La entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado, al mismo tiempo que una circunstancia «sine qua non» para el legatario que quiera disfrutar por sí mismo de la cosa legada, con independencia de la adquisición dominical que tendrá lugar en los términos previstos en el artículo 882 del Código Civil . Aunque el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada desde la muerte del testador, ello no le faculta por sí para ocupar la cosa, sino que ha de pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, lo que constituye un requisito complementario para la efectividad del legado.

Efectivamente, el art. 882 del Código Civil dispone: " Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador- como en el caso- el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere...La cosa legada correrá desde el mismo instante a riesgo del legatario, que sufrirá, por tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora"; mientras que el art. 885 precisa que " el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla". De dichos preceptos se desprende que aunque el legatario tenga derecho al legado desde el momento de la muerte del testador y adquiera su propiedad de la cosa legada cuando es específica, determinada y propia del testador, incluso la esté poseyendo, ello no significa que no tenga que pedir su entrega al heredero o albacea autorizado ya que su adquisición no se verifica de forma inmediata como en la herencia sino de forma mediata a través del heredero, otorgando al legatario una acción personal ex testamento para pedir la entrega del legado e incluso ejercitar la acción reivindicatoria contra todo tercero que tenga la cosa legada en su poder. La petición de entrega del legado exige que se haya formado inventario y haya transcurrido el tiempo para deliberar, pues mientras no se liquide la herencia y se sepa si hay bienes suficientes para aplicar al pago de los legados y su aceptación por el heredero, no se puede asegurar que no sea necesaria la reducción o hasta la insuficiencia de los mismos, de ahí que el art. 1025 del Código Civil disponga que "durante la formación de inventario y término para deliberar no podrán los legatarios demandar el pago de sus legados". Así se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencias de 11 enero 1950 , 24 enero 1963 y constantemente las Audiencias Provinciales como en las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de junio de 2008 , Oviedo de 14 de abril de 2008 y 29 de abril de 2002 , Santander de 4 de julio de 2008 , Palma de Mallorca de 27 febrero de 2007 , Pontevedra de 7 Noviembre de 2007 , Zaragoza de 5 abril de 2006 , La Coruña de 31 de enero de 2005 , 22 de abril de 2004 y 28 de octubre de 1997 , Palencia de 6 de mayo de 2002 , Granada de 27 diciembre de 2000 y Santa Cruz de 30 de octubre de 1997 , entre otras muchas. En el mismo sentido se ha pronunciado esta Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª) en su sentencia de 14 de octubre de 2009 .

Al respecto, la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 20 noviembre de 1998 en su fundamento tercero dice: " El segundo extremo de la nota de calificación plantea la cuestión de decidir si es posible la entrega de legados de cosa específica habiendo herederos forzosos que no prestan su consentimiento y sin que conste haberse realizado el inventario, liquidación y adjudicación de la herencia en su totalidad y, consiguientemente, sin que haya sido determinado el haber hereditario correspondiente..... Sobre esta cuestión persiste la doctrina de la Resolución de 27 de febrero de 1982: no es posible la entrega sin que preceda la liquidación y partición de la herencia con expresión de las operaciones particionales de las que resulte cuál es el haber y lotes de bienes correspondientes a los herederos forzosos cuyo consentimiento para la entrega de los legados no consta, porque solamente de este modo puede saberse si dichos legados se encuentran dentro de la cuota de que puede disponer el testador y no perjudica, por tanto, la legítima de los herederos forzosos". Lo que se ratifica en la resolución de 13 de enero de 2006.

Por otra parte, también se plantea si los bienes legados deben incluirse en el inventario de bienes o no. Cuando en la herencia concurren herederos forzosos o legitimarios junto con el legatario, con independencia de que ellos mismos tengan esa misma consideración, debe tenerse en cuenta que el legado está subordinado al pago de las deudas y abono de las legítimas. Si se permitiese sin más la entrega de las cosas específicas y determinadas legadas, perjudicaría la integridad de la masa hereditaria que, como ocurría en vida del causante, supone especial garantía, conforme a lo previsto en el artículo 1911 del Código Civil , de los acreedores, y más concretamente de los legitimarios. Por lo que antes de proceder a la entrega del legado, de cualquier clase que sea, debe verificarse la liquidación y partición de herencia, pues ésta es la única forma de saber si se encuentran dentro de la cuota de la que puede disponer el testador por no perjudicar la legítima de los herederos forzosos. Razón por la cual el derecho conferido por el artículo 882 del Código Civil está subordinado a la liquidación



de la masa hereditaria, para saber si el valor de los legados entra dentro de las porciones de las que puede disponer el causante.

Tercero .- Sentado lo anterior resulta evidente que la pretensión principal de la actora de que se le haga entrega de la vivienda legada encuentra apoyo, en principio, en lo que dispone el artículo 882 del Código Civil sobre la eficacia traslativa de la propiedad de la cosa legada en los legados de cosa específica y determinada propia de la testadora, como es el caso, desde el fallecimiento de ésta, propiedad que sin embargo no va acompañada del reconocimiento también de la posesión a su favor, reservada a los herederos por el artículo 440 del C. Civil, de ahí que el artículo 885 del mismo Código le señale que debe pedir la entrega y posesión de la cosa legada al heredero o albacea, procedimiento que ha seguido la actora al promover este pleito.

Ahora bien, aunque el legado de cosa específica y determinada produzca los efectos señalados ha de tenerse igualmente en cuenta el juego de las legítimas, cuya integridad ha de respetar el testador - artículos 806 y 817 del Código Civil - de suerte que el heredero no estará obligado a entregar al legatario la cosa legada si el cumplimiento del legado origina disminución - o anulación - de su legítima, para lo cual el segundo de los artículos citados concede a los herederos forzosos el derecho a obtener la reducción - o supresión - de las disposiciones testamentarias que produzcan alguno de esos efectos sobre la legítima a cuyo fin se requerirá el previo conocimiento de los bienes que integran la herencia del causante, para determinar dentro de ella la porción destinada a la legítima, lo que, en el supuesto de causantes casados, ordinariamente exigirá la previa liquidación de la sociedad de gananciales que pudiera existir, para integrar en la herencia del causante su parte en la misma y la valoración de todos los bienes comprendidos en aquella para poder concluir si la legítima resulta mermada o suprimida por el legado.

En el supuesto de autos, aunque la legataria a su vez es heredera forzosa de la causante, lo cierto es que de la documentación aportada no consta que se haya hecho la formación de inventario, ni se conoce cuál es el haber hereditario, ni existen operaciones particionales, encontrándose pendiente en otro Juzgado el procedimiento de división judicial de la herencia de la causante Doña Graciela, aún si se dejaran al margen los correspondientes al esposo de ésta y el de su hermana Natividad, y dichas operaciones son necesarias e imprescindibles para conocer si los legados perjudican o no la legítima de alguno de los herederos forzosos y si es necesaria su reducción, sin que existiera obstáculo legal alguno para cualquiera de los herederos para instar la división sucesoria, por lo que, según la doctrina reiterada antes enunciada, la protección de las legítimas determina, en defecto de consentimiento de los restantes interesados, la necesidad de su previa fijación en las operaciones de liquidación y partición del caudal hereditario, para que pueda ser entregado el legado litigioso, y es por esto que la pretensión del entrega del legado no puede ser estimada en tanto no se salve la necesaria partición, teniendo además en cuenta que la oposición de un heredero forzoso a la partición voluntaria no impide a cualquier heredero instar la partición judicial y así debió actuar la actora antes de instar la entrega del legado puesto que una vez dividido y adjudicado el haber hereditario podrá procederse a la entrega de legados. Debe por tanto estimarse el recurso de apelación de los demandados revocando el pronunciamiento atinente a la entrega del legado.

Cuarto .- En cuanto a la valoración del bien legado, el análisis de la cuestión exige tener en cuenta que a la hora de valorar los bienes de una herencia ha de estarse por un lado a una doctrina jurisprudencial reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2005, 21 de octubre de 2005, 27 de octubre de 2000, 17 de enero de 1985, 24 de noviembre de 1960 y 16 de noviembre de 1955, entre otras muchas), que instaura el principio general de que la valoración de los bienes sujetos a una operación particional debe referirse al momento de la liquidación, como se deduce de diversos preceptos del Código Civil, tales como 847, 1045-1º y 1074 del Código Civil, latiendo la idea de aproximar el momento de valoración al de la liquidación y pago, y, por otra parte, estar a lo dispuesto en el artículo 882 de que cuando el legado es de cosa específica y determinada propia del testador, «el legatario adquiere su propiedad desde que aquel muere», y hace suyos los frutos o rentas pendientes, y que «la cosa legada correrá desde el mismo instante a riesgo del legatario, que sufrirá, por tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora» y que el artículo 883 dispone que «la cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador». Siendo esto así, y tratándose del cálculo del valor de las legítimas, en atención al valor que haya de asignarse a un legado de cosa específica, es lógico que la valoración haya de hacerse teniendo en cuenta el valor que tenían todos los bienes al tiempo de la muerte del causante, pues las deudas y cargas han de deducirse del valor que tengan los bienes en ese momento, y el exceso, si se produce, se producirá también entonces y no en un momento posterior, en función del aumento o disminución de valor que pueden sufrir los bienes de la herencia con el simple paso del tiempo, o por efecto de pérdidas, deterioros, aumentos o mejoras en los bienes legados, que sólo han de repercutir sobre el legatario.

En todo caso, para hacer operativa la valoración del legado, y la corrección en su caso acorde con las legítimas, resulta preciso concretar el teórico valor de los bienes en su conjunto determinando los bienes y derechos



que componían el haber hereditario y su valor real y efectivo, para con todo esos datos justificar o acreditar en definitiva, y con fundamento, el valor del legado establecido a favor de la actora por la testadora y la afectación que pudiera tener sobre las legítimas, puesto que como indica la STS de fecha 13 de enero de 1951, la jurisprudencia ha declarado con reiteración que "la reducción de mandas o legados ordenada en el artículo 820 Código Civil se encuentra subordinada a la demostración de su necesidad para que pueda cubrirse íntegramente la legítima". No era posible por tanto hacer el pronunciamiento solicitado en la demanda sobre la valoración del legado con independencia de la valoración del resto de los bienes hereditarios, aún tomando en consideración el valor de todos ellos a la fecha del fallecimiento de la causante, debiendo procederse al avalúo conjunto aunque deba finalmente actualizarse monetariamente.

Quinto .- La desestimación de la pretensión principal de la demanda atinente a la entrega del legado, por las razones expresadas, determina lógicamente a su vez el rechazo de la pretensión de obtener una indemnización de daños y perjuicios con base en la falta de entrega del legado y con ello que decaiga el motivo de recurso que impugnaba la desestimación de tal pretensión en primera instancia.

Sexto .- Lo expuesto conduce en definitiva a la estimación del recurso de apelación formulado a instancia de los demandados y a la desestimación de la demanda por los motivos expresados, con desestimación del recurso formulado por la representación de la demandante, sin imposición de costas de aquél y con imposición de las causadas con éste conforme al artículo 398 de la LEC .

A juicio de la Sala debe mantenerse en cambio la no imposición de costas de primera instancia, no en razón de una estimación parcial de las pretensiones que ya no se daría sino en aplicación de lo dispuesto en el art. 394.1 y en atención a las evidentes dificultades que plantea jurídicamente la entrega de legado de cosa específica y determinada propia del testador en relación con la necesidad de la previa partición apuntada y teniendo en cuenta que la acción de partición de herencia es disponible por todos los herederos interesados y pudo haber sido ejercitada por cualquiera de las partes sin que pueda achacarse la demora a cualquiera de ellas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS:

Que estimando el Recurso de Apelación interpuesto por la representación de Don Rafael, Don Ambrosio y Don Carlos Manuel y desestimando el interpuesto por la representación de Doña Graciela, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 48 de los de Madrid en fecha 29 de septiembre de 2009 en el Juicio Ordinario nº 381/09 y con revocación de la misma debemos desestimar y desestimamos la demanda interpuesta por la representación de Doña Graciela contra Don Rafael, Don Ambrosio y Don Carlos Manuel, absolviendo a los demandados de las pretensiones de la demanda, sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en primera instancia. Se imponen a la demandante las costas causadas con su recurso y no se hace expresa imposición de las costas causadas con el recurso que es estimado, con devolución al recurrente del depósito constituido de conformidad con el punto 8º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Haciéndose saber que contra la misma NO CABE recurso alguno.

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. Doy fe.