



Roj: **SAP CO 442/2013 - ECLI: ES:APCO:2013:442**

Id Cendoj: **14021370012013100189**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Córdoba**

Sección: **1**

Fecha: **04/03/2013**

Nº de Recurso: **458/2012**

Nº de Resolución: **47/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE FRANCISCO YARZA SANZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA

SECCIÓN PRIMERA CIVIL

SENTENCIA Nº 47/13

Illmos. Sres.

PRESIDENTE:

Pedro Roque Villamor Montoro.

Magistrados

Félix Degayón Rojo.

José Francisco Yarza Sanz.

APELACIÓN CIVIL

Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Córdoba

Procedimiento Ordinario nº 477/2011

Rollo civil 458/12

En la ciudad de Córdoba, a cuatro de marzo de dos mil trece

La Sección Primera de esta Audiencia ha visto y examinado el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en los autos referenciados incoados a instancia de **DOÑA Alicia** representada por la Procuradora Sra. Amo Triviño y asistida del Letrado Sr. García Pintor contra **DOÑA Guadalupe**, **DON Cesar Y DON Hernan**, representados por la Procuradora Sra. Cabañas Gallego y asistidos del Letrado Sr. Jiménez Portero y pendientes en esta sala en virtud de apelación interpuesta por doña Guadalupe y otros habiendo sido designado ponente el Magistrado don José Francisco Yarza Sanz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Por el Illmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Córdoba se dictó sentencia con fecha 29/6/12 cuyo fallo textualmente dice: " Que debo estimar y estimo la demanda presentada por la procuradora Sra. Amo Triviño, en nombre y representación de doña Alicia , contra doña Guadalupe , don Cesar y don Hernan y, en consecuencia debo condenar y condeno a los codemandados a entregar a la demandante los legados establecidos en la disposición testamentaria de doña Verónica , así como al otorgamiento de la correspondiente escritura pública a favor de la actora Doña Alicia , con expresa condena en costas a la parte demandada. Y debo desestimar y desestimo la demanda reconvenicional formulada por la procuradora Sra. Madrid Luque, en nombre y representación de doña Guadalupe , don Cesar y don Hernan , contra doña Alicia y, en consecuencia, debo absolver y absuelvo a la demandada reconvenida de las pretensiones contra ella deducidas, con expresa condena en costas a la parte actora reconviniente. "



SEGUNDO : Contra dicha sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación indicada que, con posterioridad y en virtud del traslado conferido, formalizó en base a la argumentación de hechos y fundamentación jurídica que expresó, dándose traslado del mismo a la parte contraria por el término legal, presentándose escrito de oposición, tras lo cual se remitieron las actuaciones a este Tribunal que formó el correspondiente rollo, personándose las partes.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: El recurso de apelación se interpone frente a la Sentencia en la que se estimó la demanda formulada por la Sra. Alicia , a través de la cual se reclamaba la entrega del legado dejado, según testamento abierto otorgado por doña Verónica , en su favor (la propiedad de un apartamento y el usufructo del resto de la herencia), al tiempo que se desestimó la reconvención de los tres hermanos de la finada, instituidos en el testamento como herederos, quienes recababan autorización para acceder a la vivienda habitual y al apartamento de su hermana, a fin de efectuar el inventario y tasación, además de exigir la entrega de determinados documentos.

La representación procesal de los apelantes insta en primer término la desestimación de la demanda y la consiguiente estimación de su reconvención y, subsidiariamente, para el caso de que no se atendieran sus peticiones principales, la revocación de la condena en las costas procesales, dada la existencia de importantes dudas de derecho.

En efecto, cabe decir, para empezar, que no son por completo concordantes los precedentes jurisprudenciales en los asuntos en los que se sometían a la consideración de los tribunales análogas alegaciones. Así, en la misma línea de la resolución de instancia, se sostiene por algunos que existen voces (de las que se hace eco la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de La Coruña de 18 de mayo de 2.011 , EDJ 2011/139543) que, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 881 , 882 , 885 , 988 , 989 , 1113-párrafo 1º del Código Civil , consideran obligada la entrega de los legados no sujetos a condición o término desde que el legatario se la pida al heredero o albacea, una vez aceptada la herencia o el cargo por éstos, sin perjuicio de su eventual reducción o consecuencias, si finalmente resultaren afectadas las legítimas o los derechos de los terceros acreedores, y de lo dispuesto en los artículos 1025, 1027 y sus complementarios, sobre la posposición del pago de los legados después de realizado el inventario, en la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, o del plazo pedido para deliberar, y del pago a los acreedores antes que el de los legados y facultades en protección de su créditos, de donde parece deducirse no sea necesario esperar más allá, esto es, a la partición. Esta tesis viene avalada además porque de sostener lo que sostiene la parte apelante, la situación se complica de modo irresoluble si el beneficiario de esta clase de legados no es heredero o legatario de parte alícuota, al carecer entonces de legitimación para promover la partición, tanto por el procedimiento del contador-partidor dativo del art. 1057 del Código Civil como por el cauce del procedimiento para la división de herencia (art. 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), aunque sí para lograr, en su caso, la anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad (art. 42.7º de la Ley Hipotecaria y concordantes), garantía ésta insatisfactoria para los legatarios ante una negativa perpetua de los herederos a realizar la partición, *condictio iuris* o presupuesto para la entrega de los legados habiendo herederos forzosos..

No obstante, estimamos otra interpretación distinta más ajustada al caso que nos ocupa, en el que el testamento abierto otorgado el uno de octubre de 2.007 por doña Verónica acordaba legar a doña Alicia el pleno dominio del apartamento propiedad de la testadora sito en la novena planta del edificio "Albatros" en la playa de la Antilla, del término de Lepe, al tiempo que le legaba también el usufructo universal y vitalicio del resto de su herencia, para instituir herederos (supeditados a que se cumplieran las disposiciones citadas) a tres de sus hermanos, por partes iguales.

Nos encontramos, por tanto, ante una situación en la que, sin concurrir legitimarios (ni siquiera se instituye como herederos a todos sus hermanos por la causante), y habiendo tomado posesión fáctica de todos y cada uno de los bienes de la herencia la legataria, requiere a los herederos para que le den posesión jurídica de los mismos. Una vez superada la primera objeción que se planteaba por parte de los demandados, toda vez que, como acertadamente aprecia la Sentencia de instancia, han llevado a cabo múltiples actos que denotan la tácita aceptación de la herencia, es menester valorar si el artículo 885 del Código Civil permite, sin matización alguna, ordenar, en el estado actual en que se encuentra la sucesión de la Sra. Guadalupe , en el que la contraparte reclama que se le permita efectuar el inventario y tasación de los bienes que componen la herencia, mediante el acceso a los inmuebles que eran de propiedad de la fallecida, la entrega de los legados, sin más.

La respuesta creemos que debe ser, contra lo que en la Sentencia apelada se concluye, negativa. Es cierto que para el legado de cosa específica (como el referente al apartamento cuyo dominio se lega) el artículo 882 del Código Civil dispone que el legatario adquiere su propiedad desde que muere el testador, y aunque esta



atribución no excusa de pedir la entrega al heredero (RDGRN de 1-10-1984 [RJ 1984, 5183]), como requisito complementario para la efectividad del legado (Resolución de 19-5-1947 [RJ 1947, 1044]), entre los autores más caracterizados de la doctrina científica (según señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 22 de marzo de 2.001, AC\2001\638) se entiende que el heredero instituido en cosa cierta y determinada puede ocupar por sí la cosa legada, máxime cuando lo es en pago de legítima, porque lo esencial no es la formalidad de la entrega, sino que el legatario no ocupe sin consentimiento del heredero.

Esto último es esencial para ir obteniendo la solución a la cuestión planteada, en la que, aunque otra cosa se pudiera extraer de determinadas manifestaciones aisladas, lo cierto es que los herederos efectivamente se oponen a la entrega de los legados, supeditándola a la elaboración del cuaderno particional. Aunque es cierto que el hecho de que el legatario de cosa específica y determinada adquiera su propiedad desde la muerte del testador implica que tales bienes no entran a formar parte del caudal hereditario sobre el que ha de versar la partición, ello no la excluye de la necesidad de comprobar previamente el avalúo de la herencia, por cuanto, con independencia de la defensa de la intangibilidad de la legítima, es preciso comprobar si las deudas de la herencia pueden afectar, entre otras partidas, a la entrega de los legados.

Porque en este caso, como en el estudiado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 12 de diciembre de 2.003 (AC\2003\1736) el legado mismo está subordinado, o puede estarlo, al pago de las deudas (aunque no lo esté al abono de las legítimas), y la dispersión de los bienes, si se permitiese sin más la entrega de las cosas específicas y determinadas legadas (con mayor motivo del usufructo universal de la herencia), 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 por esta razón la Dirección General de los Registros y del Notariado sostiene, de forma prácticamente constante, que debe preceder a la entrega del legado, de cualquier clase que sea, 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. La misma Sentencia citada concluye que aunque la salvaguarda de los derechos de los acreedores y legitimarios no suponga la protección de un interés propio y específico de los herederos en general, razón por la cual el derecho conferido por el artículo 882 «está subordinado a la liquidación de la masa hereditaria» (Sentencia de 24 de mayo de 1930), pues su vigencia depende de «que quepa en la parte de bienes de que el testador puede disponer libremente» (sentencias de 6 de noviembre de 1934 y 25 de mayo de 1971).

No olvidemos que el usufructo de la totalidad de la herencia que también se lega está precisado necesariamente de la constatación de los bienes que la componen, con su consiguiente avalúo y, sobre todo, la comprobación de la existencia y cuantía de las deudas de la causante, lo que sin una completa determinación del "debe" y el "haber" de dicho caudal relicto no se podrá efectuar.

En palabras de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de septiembre de 2.011 (EDJ 2011/254075) 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 artículo 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 EDJ1997/11039, Palencia de 6 de mayo de 2002 (EDJ2002/31523), Granada de 27 diciembre de 2000 y Santa Cruz de 30 de octubre de 1997 (EDJ1997/10855), entre otras muchas. En el mismo sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª) en su sentencia de 14 de octubre de 2009 EDJ2009/305979.

Por ello, con independencia de que tenga que excluirse del inventario el bien inmueble legado como cosa específica, puesto que no concurre con legítima alguna, lo que no se puede es, antes de la entrega del legado en sí mismo considerado, ya se trate de éste o del más genérico del usufructo de la totalidad de los bienes de la herencia, dejar de efectuar el inventario y avalúo, contemplando las deudas que pudieran existir, a fin de que se pueda saber si cabe hacer entrega de lo legado, previa satisfacción a los acreedores que pudieran existir, lo que no será posible sin las operaciones dirigidas a su determinación.

Ello comporta la estimación de la apelación, en lo que respecta a la desestimación de la demanda, debiéndose revocar la Sentencia en este punto.

SEGUNDO: En lo que a la acción reconvenzional respecta, es notorio que en la apelación no se cuestiona siquiera que, según señala la Sentencia, se haya hecho entrega de la documentación que, a través de aquella,



se requería. Mal se puede, entonces, solicitar la íntegra estimación de la misma, como hace la representación procesal de los Sres. Hernan Guadalupe Verónica Cesar .

Otra cuestión distinta es la que se refiere, tanto a la entrega de bienes muebles, que la Sra. Alicia tendría en su poder, para su inventario y avalúo, como al permiso para el acceso a ambos inmuebles (el piso de Córdoba y el apartamento de La Antilla), para el mismo fin. Es ostensible que lo segundo, que resulta suficiente para el fin que la parte demandada dice perseguir, hace por completo innecesario lo primero. El ejercicio de los derechos, que requiere siempre la buena fe, sin que pueda ampararse el abuso de derecho, ni el ejercicio antisocial del mismo, sin que quepa tampoco sobrepasar los límites normales (tal como establece el artículo 7 del Código Civil) permite alcanzar, con arreglo a este principio, los objetivos de inventario y avalúo por el simple expediente de la entrada en los inmuebles, donde se hallan (no lo discute la parte demandada en momento alguno) los muebles a que se refiere.

De esta manera se podrá dar satisfacción a la obligación del usufructuario, contemplada en el artículo 491 del Código Civil , que compele a aquel a formar inventario con citación del propietario o de su legítimo representante, haciendo tasar los muebles y describiendo el estado de los inmuebles. Desposeer a la actora de los bienes a cuyo disfrute, en definitiva, está llamada, por disposición testamentaria, sin perjuicio de lo que finalmente resulte de las operaciones particionales, sería innecesario para el fin al que está encaminada la entrada en los inmuebles.

El ejercicio de tal derecho es por completo ajeno, al menos en este momento, al de una acción dirigida a la división de la herencia, puesto que la confección del cuaderno particional, entre cuyas previas operaciones están las antedichas, no requiere (y en esta sucesión, además, está expresamente prohibido por la testadora) la intervención judicial, motivo por el que no cabe compartir el argumento, empleado por la Sentencia de instancia, de que, para obtener satisfacción a sus pretensiones, debieran promover un juicio de división de herencia, siendo el declarativo que nos ocupa perfectamente adecuado para dar satisfacción a lo solicitado.

Todo ello comporta la parcial estimación de la reconvenición, tan solo en lo concerniente a la petición de acceso a la vivienda que constituye el domicilio habitual de la demandante y que era propiedad de la causante, así como en la sita en la localidad de La Antilla-Lepe, Edificio Albatros, planta novena, propiedad de la finada que se ha legado a la Sra. Alicia , a fin de poder realizar inventario de los bienes existentes en dichos domicilios que deban ser integrados en la herencia.

TERCERO: En las costas procesales, al haber sido parcialmente estimadas las pretensiones de la parte apelante, no se condenará a ninguno de los litigantes, conforme a lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Aunque la parcial estimación de la reconvenición lleva consigo la desestimación de la demanda en primera instancia, no cabe la imposición a la demandante principal de las costas procesales causadas en la misma, puesto que las distintas posiciones jurisprudenciales y doctrinales a las que se hace referencia en el primero de los fundamentos jurídicos de esta resolución son claro exponente de la existencia de relevantes dudas de derecho que, según dispone el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento , no ha lugar a imponerle las costas a ninguno de los litigantes, dejando, pues, sin efecto la condena al pago de las mismas que la Sentencia de primera instancia impuso a los demandantes.

FALLO

Estimamos parcialmente el recurso de apelación formulado por la Procuradora Sra. Cabañas Gallego, en nombre de doña Guadalupe , don Cesar y don Hernan , contra la Sentencia dictada en el procedimiento ordinario que nos ocupa por el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Córdoba, que se revoca, desestimando la demanda formulada contra ellos por doña Alicia , y, estimando parcialmente la demanda reconvenicional formulada por los apelantes, acordamos condenar a la Sra. Alicia a permitir el acceso a la vivienda que constituye el domicilio habitual de la demandante y que era propiedad de la causante, así como a la sita en la localidad de La Antilla-Lepe, Edificio Albatros, planta novena, propiedad de la finada que se ha legado a la Sra. Alicia , a fin de poder realizar inventario de los bienes existentes en dichos domicilios que deban ser integrados en la herencia. Con desestimación de los restantes pedimentos efectuados en la reconvenición. Sin que haya lugar a la condena en las costas de esta apelación y en cuanto a las de la primera instancia, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. Procédase a la devolución a la parte recurrente del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que en materia de recursos habrá de estarse al Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011 y, verificado, expídase



testimonio de la misma que, con los autos originales, se remitirá al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ