



Roj: **SAP AL 234/2015 - ECLI: ES:APAL:2015:234**

Id Cendoj: **04013370012015100032**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Almería**

Sección: **1**

Fecha: **17/02/2015**

Nº de Recurso: **212/2014**

Nº de Resolución: **61/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL ESPINOSA LABELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALMERIA

SECCIÓN PRIMERA

SENTENCIA

ROLLO DE APELACIÓN CIVIL NÚMERO 212/14

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1049/11.

JUZGADO MIXTO NUMERO CINCO DE EL EJIDO.

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE.

D. MANUEL ESPINOSA LABELLA.

MAGISTRADOS

D. LAUREANO MARTÍNEZ CLEMENTE.

D. JUAN ANTONIO LOZANO LOPEZ.

En Almería, a 17 de febrero de 2.015.

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial ha visto en grado de Apelación, Rollo 212/14, los augustos procedentes del Juzgado Mixto número cinco de El Ejido instado por Olga y Amelia, representadas por la Procurador de los Tribunales D^a. María Isabel Leal Calzadilla, con la asistencia letrada de D. Manuel Cortés Pérez; frente a Hortensia, representada por Natividad Alcoba López y asistida por el Letrado D. Francisco Valverde Maldonado.

Ponente, el lltmo Sr. Magistrado de la Audiencia Provincial de Almería D. MANUEL ESPINOSA LABELLA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero .- Se aceptan los de la sentencia apelada como relación de trámites y antecedentes del procedimiento.

Segundo .- Por el Juzgado Mixto número cinco de El Ejido, se dictó en fecha 25 de noviembre de 2013 Sentencia, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Que desestimándose la demanda formulada por la Procuradora Sra. Leal Calzadilla, en nombre y representación de DOÑA Olga y los sucesores procesales de DOÑA Amelia -D. Virgilio, D. Alfredo, DON Esteban Y DOÑA Aurelia-, FRENTE A DOÑA Hortensia, debo absolver y absuelvo a esta última de las pretensiones formuladas contra ella

Se imponen las costas a los demandantes".

Tercero .- Por la representanta procesal de la parte actora se presentó escrito de fecha 13 de enero de 2.014, interponiendo recurso de apelación contra la sentencia recaída, que fue admitido.



Cuarto .- La representación procesal de la parte demandada presentó escrito de fecha 4 de febrero de 2.014, oponiéndose al recurso de apelación formulado.

Quinto .- Recibidas las actuaciones en este Tribunal, se formó Rollo de Sala número 212/14, se turnó la ponencia y se trajeron para deliberación, votación y fallo el 10 de febrero de 2.015 .

Sexto .- En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Gira el presente recurso de apelación sobre la posibilidad de que se ratifique por una legataria la escritura de entrega de legado de unas partes de unas fincas concretas, que les fueron legadas por la causante a los hijos, negándose una de ellas a ratificar la escritura de entrega por entender que antes de dicha entrega del legado es necesario que se haga la partición de la herencia a fin de comprobar que no se le ha perjudicado en su legítima.

La resolución recurrida analiza la figura de legado de parte alícuota, estimándolo como tal al decirse en el testamento sobre el legado que lo es "de la parte que le corresponda" y la, consiguiente necesidad de que se rija por las normas de la herencia, al tenerse que concretar cuáles son los bienes que integran esa parte alícuota y, por tanto ser necesaria la partición previa de la herencia, a fin de concretar la cuota de legado, no encontrándonos ante un legado de un bien concreto y determinado. Por otra parte no consta que la demandada otorgase poder a su hermano para que interviniese en su nombre en la entrega del legado de parte alícuota.

La parte apelante entiende que el legado no es de parte alícuota sino de una parte concreta y determinada, al decirse en el testamento "de la parte que le corresponde", es decir en un porcentaje de una finca indivisa, y que por tanto no se necesita que se divida la herencia para su entrega, siendo aplicable el art. 852-1 del Código Civil que señala que "cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere.

La apelada opone es su escrito de oposición que se declaró en el testamento que el legado se hizo con cargo a la parte de mejora, en lo que exceda con cargo a la parte de libre disposición y finalmente a cuenta de la legítima. Por tanto será necesario que se proceda a determinar a qué parte de la herencia se ha imputado el legado para lo cual es necesario la partición de la herencia.

SEGUNDO .- Bajo la denominación genérica de " legados " se engloban en nuestro Código Civil una serie de supuestos que comparten el tratarse de disposiciones "mortis causa" a título particular, que permiten cumplir diferentes fines por el testador, conforme a la SAP de Cáceres, sec. 1ª, de 19-12-2013, nº 344/2013, rec. 469/2013 . A pesar de la literalidad del artículo 882 del CC , el carácter real del legado de cosa concreta, reminiscencia del régimen histórico de la llamada "donatio mortis causa" , aparece hoy muy debilitada en sus efectos reales más drásticos a partir de otras reglas legales que cuestionan la pretendida adquisición automática de la propiedad o al menos la condicionan o atenúan. Así, el legatario que no pueda ocupar la cosa alegada y necesite pedir la entrega de la posesión al heredero o albacea, a pesar de pertenecerle el bien, tiene la propiedad el mismo pero carece de la posesión de aquél. Igualmente la pretendida eficacia real aparece condicionada por la eventual reducción o incluso ineficacia del legado por no alcanzar los restantes bienes de la herencia para pagar a los acreedores, dada la inequívoca supeditación de los legados a la liquidación de la herencia, que determinará si quedan bienes suficientes para aplicar a su pago (art . 1207 CC). Otra limitación deriva de la reducción del legado por inoficioso cuando su atribución ponga en peligro la legítima , lo que condiciona la adquisición de la propiedad del legado a que el mismo quepa en la parte de bienes de que el testador pudo disponer libremente (art . 817 CC). Igualmente, la propia prelación en el pago de los legados (art . 887 CC) puede conllevar la posibilidad de que el legado de cosa cierta y propia del testador no llegue a entregarse al debe aplicarse la cosa al pago de un legado remuneratorio preferente. En definitiva es evidente que la pretendida adquisición automática de la propiedad del legado en virtud de lo dispuesto en art . 882 del CC , aparece muy debilitada por las reglas sobre el pago de las deudas hereditarias, el respeto a las legítimas y la orden de preferencia entre los propios legados . Primero es preciso sanear la herencia, y habilitar un fondo de dinero, para permitir al albacea, contador-partidor, que pueda acceder a realizar las operaciones particionales, a veces más costosas que la propia herencia (S. A. Provincial de Madrid Secc 25 , 4 Abril 2014)

Por lo expuesto, hay dos posturas sobre la entrega de legados, una supeditada a la partición de la herencia previo avalúo para conocer la parte que le corresponde a los legatarios y otra, que atiende mas al tenor literal del art. 882 del C. Civil y que considera necesaria la entrega de los legados no sometidos a condición, sin más trámites y, además, como el legatario que no sea heredero no puede pedir la partición de la herencia lo procedente es esta postura. La sentencia de la A. Provincial de Córdoba de 4-3-2013 , analizando este tema señala que "Es cierto que para el legado de cosa específica ... 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 permitiera 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).

En palabras de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de septiembre de 2.011, 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.

TERCERO.- Todo lo anteriormente expuesto es aplicable al caso que nos ocupa en que se puede apreciar como la testadora estableció en su testamento el legado en favor de dos de sus hijas, a la vez que nombraba herederos a los cinco restante hijos, más éstas dos, es decir a sus siete hijos. Además precisa que el legado se hace con cargo al tercio de libre disposición y al de mejora, en lo que exceda, y por último al de legítima, lo que evidencia que es necesario, antes de la entrega de los legados, que se hagan las operaciones de avalúo y partición de los bienes para poder saber que parte del legado se está imputando a los distintos tercios de la herencia, sobre todo en que medida afecta a las legítimas, y ello a parte de las posibles deudas que pudiesen existir sobre la herencia, lo que lleva a firmar en la sentencia última citada de 26 de septiembre de 2.011 que "...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..." algo aplicable también al resto de los herederos en relación con sus derechos hereditarios y la entrega de los legados, por lo que no puede estimarse la pretensión de la parte actora y apelante, que además, como señala la resolución recurrida



carecía de poder expreso o tácito para aceptar la entrega del legado en la escritura de entrega delegado, cuya ratificación se pretende.

CUARTO. - Al desestimarse el recurso y confirmarse la resolución recurrida procedería imponer las costas de esta alzada a la parte apelante, pero al existir algunas discrepancias jurisprudenciales sobre el tema que nos ocupa, procede no hacer especial pronunciamiento, al amparo del artículo 394 de la LEC ..

Vistos los preceptos transcritos y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que con desestimación del recuso de apelación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado Mixto número cinco de El Ejido de fecha 25 de noviembre de 2.013 dictada en el Procedimiento Abreviado núm. 1.049/11, debemos de confirmar y confirmamos dicha resolución sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada .

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia acompañados de certificación literal de esta resolución a los efectos de ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDJ