



Roj: **SAP C 1608/2007 - ECLI:ES:APC:2007:1608**

Id Cendoj: **15078370062007100309**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santiago de Compostela**

Sección: **6**

Fecha: **19/06/2007**

Nº de Recurso: **104/2006**

Nº de Resolución: **224/2007**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANGEL MANUEL PANTIN REIGADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

LA CORUÑA/A CORUÑA

**SENTENCIA: 00224/2007**

Rollo: RECURSO DE APELACION 0000104/2006

Ilmo/s. Sr/es. Magistrado/s:

D. ANGEL PANTÍN REIGADA, PRESIDENTE

Dª LEONOR CASTRO CALVO

D. JOSÉ GÓMEZ REY

SENTENCIA

NÚM. 224/07

En Santiago de Compostela, a diecinueve de Junio de dos mil siete.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 6ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000144/2003, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 de SANTIAGO DE COMPOSTELA, a los que ha correspondido el Rollo de apelación civil nº 0000104/2006, en los que aparecen como apelantes-apelados D. Juan Manuel representado por la Procuradora Sra. Vidal Viñas y Dª Nuria representada por la Procuradora Sra. Esperanza Alvarez; y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente DON ANGEL PANTÍN REIGADA, quien expresa el parecer de la Sala, procede formular los siguientes Antecedentes de Hecho, Fundamentos de Derecho y Fallo

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Seguido el juicio por sus trámites legales ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 de SANTIAGO DE COMPOSTELA, por el mismo se dictó sentencia con fecha 16 de septiembre de 2005, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la demanda promovida por la Procuradora Sra. Vidal Viñas, en nombre y representación de DON Juan Manuel, contra su hermana DOÑA Nuria, debo absolver y absuelvo a la precitada demandada de los pedimentos efectuados en su contra, con imposición de las costas causadas a la parte actora".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de D. Juan Manuel se interpuso recurso de apelación, dándose traslado del mismo a la parte contraria que presentó escrito de impugnación y oposición. Remitidos los autos originales del juicio a este Tribunal, se señaló para llevar a efecto la deliberación, votación y fallo el pasado día 26 de abril de 2007, en que ha tenido lugar lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada en lo que no difieran de lo que se expresará.

PRIMERO- Con carácter previo debe señalarse que la demandada, que solicitó con carácter principal la desestimación de la demanda, tras serle dado traslado de la apelación interpuesta por el demandante frente a la sentencia íntegramente desestimatoria de la demanda, procedió a formular impugnación a la misma solicitando la revocación de la sentencia "únicamente en el sentido de considerar de aplicación la normativa gallega". Lo que la impugnación parece pretender es que la desestimación de la demanda se funde en argumentos jurídicos distintos de los que aplicaron en la resolución impugnada, pero ello no es aceptable puesto que de acuerdo con el art. 448 LEC son recurribles las resoluciones judiciales que afecten desfavorablemente a las partes y una sentencia que, conforme a lo expresamente solicitado, desestima íntegramente las pretensiones de la parte actora no afecta desfavorablemente, al menos de forma inteligible, a la parte demandada, por conforme o disconforme que se encuentre ésta con sus razonamientos jurídicos. Si la parte demandada pretendiera que se declarase judicialmente la naturaleza o producción de determinados efectos de actos jurídicos (en el caso, la eficacia de los testamentos de los padres de los litigantes como partición conjunta y sus efectos sobre el pago de la legítima del demandante) debería haberlo instado a través de la demanda reconvencional correspondiente, lo que no hizo, por lo que carece de legitimación para atacar una sentencia que acoge el pronunciamiento que ella postuló, sin perjuicio de que a través del debate abierto en esta segunda instancia se examinen los posicionamientos jurídicos que ambas partes mantienen en tanto tengan relevancia para la decisión de la cuestión litigiosa.

SEGUNDO- Para la resolución del litigio ha de partirse de los siguientes presupuestos fácticos: a) No se discute que las tres fincas legadas al demandante en el testamento paterno pertenecían como bienes privativos a la madre de los litigantes, habiéndose acreditado también que existe, al menos, otra situación idéntica en el testamento materno al legarse a una hija fincas privativas del padre.

b) Igualmente ha de estimarse como cierto que tal ajena pertenencia era necesariamente conocida por el padre de los litigantes. El art. 861 CC . establece que la prueba de que el testador sabía que la cosa legada era ajena corresponde al legatario. En el caso presente el demandante es el legatario y es, precisamente, quien alega este desconocimiento, lo que le sirve para fundar sus pretensiones de anulación de la institución hereditaria por preterición no intencional. Estamos por tanto ante el reverso del supuesto lógico de la norma, que atribuye la carga de la demostración del conocimiento de la ajenidad de la cosa a quien le supone interés en que se reconozca la licitud del legado que en tal caso se produciría y en recibirlo, cuando aquí el interés es el opuesto, lo que hace dudosa la aplicación de la letra del precepto a una composición de intereses contradictoria con el espíritu y finalidad de la norma.

En todo caso la dicción legal no implica que la prueba haya de provenir exclusivamente del legatario, sino que establece una regla de juicio, y en el caso presente resulta simplemente absurdo que esta pertenencia de los bienes a la esposa del causante fuera sabida por los integrantes del círculo familiar -así, los testigos comparecidos, yerno y nieta del testador- y no por éste, máxime cuando se trataba de bienes recibidos por su mujer a título hereditario, por lo que no hay equívoco posible que permitiera que el causante les atribuyese origen ganancial o privativo del testador.

Que sobre uno de esos bienes inmuebles hubiera construido una casa el demandante y para ello hubiera pedido autorización a ambos padres no es indicio que permita deducir que para el demandante se trataba de un bien común -motivos obvios de consideración y familiaridad hubieran dado explicación a que pidiese permiso a sus dos padres y no sólo a la propietaria- y en todo caso ello carece de importancia, pues lo relevante es el criterio del testador sobre la pertenencia del bien y no el que pueda tener el legatario del mismo, sin que la referencia de los testamentos a la autorización de los padres sea dato, por el mismo motivo, que permita colegir que para el padre era un bien propio o común.

En este sentido debe referirse que no se comparten los argumentos de la sentencia sobre propios actos del demandante, pues el hecho de que haya recibido y posea los bienes que en ambos testamentos se le transmitían no puede implicar renuncia a exigir eventuales derechos en una de las herencias, sin que nos hallemos en absoluto ante pactos sucesorios u otras formas de sucesión contractual previstas en la normativa civil gallega que pudieran dar relevancia a este supuesto aquietamiento.

TERCERO- No se aprecia motivo que permita estimar que los cónyuges, al establecer disposiciones idénticas en cada uno de sus testamentos, disponiendo de forma simétrica a través de legados de varios bienes con independencia de su titularidad (común, propia o del otro cónyuge) estuvieran atribuyéndoles carácter ganancial o común, como la demandada postula y la sentencia recurrida acepta. El testamento nada dice sobre el carácter común o ganancial de los bienes, no contiene ningún tipo de estipulación que implique una confesión ( art. 1324 CC ., que en todo caso no afectaría a los legitimarios) o un acto de transmisión por el cual



cada uno de los cónyuges, dueño con carácter exclusivo de determinados bienes, dejara de serlo y consintiera su atribución al consorcio ganancial.

Sin duda la dicción de ambos testamentos es perfectamente coherente con la que se produciría si los bienes en ellos legados fueran comunes, pues de esa forma se aseguraría que cada bien legado en ambos testamentos se percibiera por los legatarios, como era la voluntad compartida por ambos testadores, pero el problema es que, constatatadamente, varios de los bienes no eran comunes y no existe acto propio de los cónyuges posterior a los testamentos (en particular, los relativos a inmuebles inscritos) que avale la tesis de que habían renunciado a su titularidad exclusiva sobre aquéllos, por lo que la realización de disposiciones mortis causa adecuadas a una naturaleza ganancial de los bienes legados no permite deducir que la tuvieron, sino que genera la necesidad de interpretar el tenor de las disposiciones y la intención deducible de los testadores teniendo en cuenta esta naturaleza privativa demostrada de los bienes, en cuanto ello sea preciso para resolver las pretensiones articuladas por la parte apelante.

CUARTO- La preterición no intencional invocada tiene como presupuesto la declaración de ineficacia de los legados ordenados en el testamento paterno. Como se ha señalado, y atendiendo exclusivamente a lo dispuesto en el testamento paterno, el testador conocía la ajenidad de lo legado, por lo que el legado era en principio válido y, de haber fallecido él antes que su esposa, generaría a la heredera el gravamen de adquirir las fincas de su madre propietaria o, de ser ello infructuoso, de pagar su justa estimación al legatario ( art. 861 CC .), por lo que no existiría ineficacia alguna.

Sin embargo, al fallecer primero su madre, en ese momento el demandante adquirió a título gratuito esos mismos bienes que también se le legaban en el testamento materno -no se discute que se halle en posesión de los mismos-, de conformidad con el art. 881 CC ., y en consecuencia "nada podrá pedir" por el legado de la herencia paterna ( art. 878 CC .), lo que implica que carece de derecho a la cosa -ya es suya- o a su valor, por lo que, en definitiva, nada recibe por el legado, que deviene ineficaz, de forma análoga a los supuestos previstos en el art. 869 CC .

Por ello, el legado deviene ineficaz conforme al derecho común por pérdida de su contenido económico, pero ello no permite deducir que exista la preterición no intencional postulada por la parte actora. En primer lugar, es imposible hablar de preterición cuando el demandante es mencionado en el testamento y es designado legatario. Como señala la STS 22-6-2006, nº 669/2006 , la preterición "es la omisión del legitimario en el testamento, sin que éste haya recibido atribución alguna en concepto de legítima" y la preterición intencional "se produce cuando el testador no ha mencionado ni hecho atribución alguna al legitimario, sabiendo (intencionadamente) que éste existe; la segunda, (la no intencional) cuando el testador omitió la mención del legitimario hijo o descendiente (no otro) porque ignoraba (erróneamente) su existencia". Se ha de reunir la omisión del legitimario en el testamento y la ausencia de otra atribución patrimonial en concepto de legítima, y si bien no consta la recepción de otros bienes del causante, el tenor del testamento es nítido e inequívoco en la mención al legitimario y en atribuirle la condición de legatario, de sucesor a título particular.

En segundo lugar, la tesis de la demanda es que existió preterición no intencional porque el testador por error legó al legitimario una propiedad que no le pertenecía. El error que constituye la base de la preterición no intencional no puede radicar en la confusión sobre la ajenidad del bien que se adjudica al legitimario -por el contrario, se ha de referir a la existencia de este legitimario- pues, al margen de que ello no es lo ocurrido en el supuesto de litis, en tal caso la consecuencia sería la prevista en el art. 862 CC . -nulidad del legado- y lo que ocurriría no sería la preterición u olvido del legitimario -se le ha querido realizar una atribución patrimonial-, sino que carecería de derecho a obtener el bien legado o su valor, sin perjuicio de sus derechos legitimarios ( art. 815 CC .).

En tercer lugar, de querer estimarse que el propósito del testador era el de no dejar nada suyo al legitimario, al legar un bien que sabía ajeno y que -por la incontestable unidad intencional de ambos testamentos- presumía que el legitimario recibiría a través del testamento materno -lo que no es, en todo caso, riguroso pues no estamos, en puridad, ante un legado ab initio ineficaz, sino que queda sin efecto económico en virtud de hechos posteriores ajenos al testador (premorienza de su esposa sin modificar su testamento; subsistencia en el patrimonio de ésta de los bienes legados)- ello constituiría una desheredación injusta de hecho o una preterición intencional (conceptos asimilables, según la STS 6-4-1998 ), pero ello no podría ser apreciable en el presente litigio, pues la acción ejercitada tiene un fundamento fáctico y jurídico concreto (preterición no intencional) al que corresponde una consecuencia también muy determinada (anulación completa de la institución hereditaria en favor de la demandada y apertura de la sucesión intestada que haría al demandante coheredero), mientras que la conceptualización fáctica y jurídica que ahora se examina (preterición intencional) es conceptualmente opuesta a la solicitada y generaría efectos muy diversos (reducción de la institución hereditaria sólo en la medida precisa para salvaguardar la legítima, según los arts. 814 primer inciso y 851



CC ), que no son los pedimentos deducidos -ni siquiera se sabe si serían queridos tales efectos- por lo que se quebraría el principio de congruencia si así se aceptase a tenor de los hechos resultantes de la prueba.

Por último, lo que de la prueba y de la interpretación de ambos testamentos resulta es el propósito evidente de ambos testadores, compartido por los dos, de distribuir la totalidad de sus patrimonios (tanto los bienes exclusivos como los comunes) de forma que, como resultado final de la distribución de ambas sucesiones, el demandante y otras dos hermanas recibieran por vía de legado bienes concretos y determinados y el resto de los patrimonios pasaran a la demandada como heredera. La postura de la parte demandada de que ello hace aplicable lo dispuesto en el art. 158.2 de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 1995 , que permite que en caso de partición conjunta de ambos cónyuges la legítima de un causante pueda ser pagada con bienes del otro causante, es sin duda sugestiva y no resulta -frente a lo que se expone por la sentencia y por la parte demandante- contraria a normas de derecho intertemporal, pues con arreglo a la remisión que realiza la Disposición Transitoria 4ª de dicha norma a los principios de las Transitorias del Código Civil, es la fecha del fallecimiento -en el caso, posterior a la Ley gallega 4/95 respecto de ambos padres- la que determina la norma rectora de la sucesión con arreglo a la Disposición Transitoria Duodécima CC ., en especial cuando se trata de una facultad (adjudicación de bienes del cónyuge en pago de legítima) plasmada en un acto anterior a la norma rectora de la sucesión, pero que se reconoce de forma novedosa en ésta y que no perjudica derecho adquirido alguno, lo que le da también amparo en la Disposición Transitoria 1ª CC .

No obstante lo anterior, no puede menos que señalarse que cabría oponer varios óbices a la referida tesis -no se trata de una partición en sentido estricto, sino de institución en legados; no es en rigor un acto conjunto, "en un solo documento", como impone el art. 157.2 LDCG .- y, lo que es decisivo, que esta licitud de la pretendida partición conjunta no es el objeto del litigio pues, se reitera, el demandante no persigue que se le pague su legítima en la herencia paterna -conserva al respecto las acciones legalmente reconocidas, sin perjuicio de los efectos enervatorios que el transcurso del tiempo pueda producir- y por ello no atañe a la acción ejercitada calibrar si la legítima del padre puede reputarse pagada o no a través del legado que recibió de su madre, máxime cuando, como se ha expresado, la situación es idéntica respecto de otros legitimarios que no han sido parte en el litigio, por lo que han de evitarse pronunciamientos no necesarios que, aun de forma refleja, conciernan a personas que no han sido llamadas al pleito.

QUINTO- En definitiva, procede estimar la demanda exclusivamente en cuanto a la declaración de ineficacia del legado -también lo sería en la normativa gallega, sin perjuicio, se reitera, de lo que pudiera declararse en cuanto al pago de legítima a través del legado de la madre- y desestimarla en cuanto a las demás pretensiones, lo que implica que no se haga imposición de las costas en ninguna de las dos instancias -lo que se acomoda también a la generosa manifestación de voluntad realizada por la demandada en el juicio-, al margen de que la situación muestra perfiles jurídicos notablemente dudosos.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación, de conformidad con el artículo 117 de la Constitución , en nombre de S.M. el Rey, por la autoridad conferida por el Pueblo español,

## FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de DON Juan Manuel , y desestimando la impugnación de la sentencia planteada por DOÑA Nuria , se revoca parcialmente la sentencia de 16/9/2005 del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Santiago dictada en el juicio ordinario nº 144/2003, de modo que definitivamente se declara la ineficacia del legado de cosa ajena otorgado al demandante en el testamento paterno, desestimándose el resto de pretensiones deducidas. No se hace imposición de las costas de ninguna de las dos instancias.

Notifíquese esta resolución, en legal forma, a las partes haciéndoles saber, conforme preceptúa el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que frente a la misma cabe recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Dentro del plazo legal, devuélvanse las actuaciones originales con testimonio de la presente resolución al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra resolución de la que se pondrá certificación literal en el Rollo de Sala de su razón, incluyéndose el original en el Libro correspondiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.