



Roj: **SAP PO 433/2007 - ECLI:ES:APPO:2007:433**

Id Cendoj: **36038370012007100103**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **15/03/2007**

Nº de Recurso: **76/2007**

Nº de Resolución: **157/2007**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00157/2007

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 76/07

Asunto: ORDINARIO 204/05

Procedencia: PRIMERA INSTANCIA NÚM. 1 DE MARIN

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR
LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D^a MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM. 157

En Pontevedra a quince de marzo de dos mil siete.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de de procedimiento ordinario 204/05, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Marín, a los que ha correspondido el Rollo núm. 76/07, en los que aparece como parte apelante-demandante: D. Carlos José , D. Adolfo ; D^{ña} María Inmaculada ; D^{ña} Guadalupe , representado por el procurador D. ANTONIO DANIEL RIVAS GANDASEGUI y asistido por el Letrado D. JUAN ARESES TRAPOTE, y como parte apelado- demandado: D. Jesús , representado por el Procurador D. LOURDES MARTÍNEZ CABRERA, y asistido por el Letrado D. ROCÍO RODRÍGUEZ PAZOS; D^{ña} Camila , representada por el procuradora D^{ña} Maria Teresa Vázquez Álvarez, D. Juan Carlos , no personado en esta alzada; D^{ña} Victoria en rebeldía, y siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a. MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Marín, con fecha 4 octubre 2006, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:



"ESTIMAR PARCIALMENTE a demanda interposta por Carlos José , Adolfo , María Inmaculada e Guadalupe contra Camila , Jesús e Victoria e Juan Carlos , e, en consecuencia:

1.- DECLARA que os dereitos lexitimarios de Daniel , causante de Adolfo , María Inmaculada e Guadalupe , resultaron lesionados no reparto realizado en testamento por Jesús María , procedendo CONDENAR a Jesús a pagar a estes demandantes a cantidade de oito mil con noventa e oito euros con vintecinco céntimos.

2.- DESESTIMAR o resto de pretensións contidas na demanda.

3.- CONDENAR a Adolfo , María Inmaculada e Guadalupe e Carlos José a pagar as custas ocasionadas a Camila e Juan Carlos E Victoria , sen que proceda a condena en custas do resto."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por D. Carlos José , D. Adolfo , Dña María Inmaculada , Dña Guadalupe se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala y se señaló el día quince de marzo para la deliberación de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En virtud del precedente Recurso por los apelantes D. Carlos José se pretende la revocación parcial de la sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 204/05 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Marín aduciendo que no es justo ni razonable que D. Carlos José no haya percibido nada en la herencia de su madre, partición esta en la que estuvo representado por su padre, D. Jesús María , cuando los otros tres hermanos se repartieron el resto.

Habida cuenta de la extensión del Recurso de apelación parece razonable examinarlos con el debido orden y separación.

Contrato de mandato. Responsabilidad del mandatario D. Jesús María .- El primer motivo de impugnación de la sentencia de instancia, que desestimó la pretensión del recurrente, se ciñe a la responsabilidad de D. Jesús María derivada de la extralimitación y mal uso de la facultad de representación otorgada por D. Carlos José y D. Daniel , y, con la consiguiente condena de los demandados en cuanto continuadores, junto con los actores de la personalidad del apoderado que falleció en el año 2001. Fundamenta esta pretensión en el Art. 1719 del C. Civil que obliga al apoderado a rendir cuentas de su gestión en los términos del art. 1720 y 1726 del Civil. Se trata en definitiva de exigir responsabilidad al apoderado por el uso del poder en perjuicio de los poderdantes, en este concreto caso de Carlos José .

Los hechos probados son los siguientes: D. Rogelio era el padre de D. Carlos José , D^a Victoria , D. Juan Carlos y D. Daniel , que nacieron de su unión con D^a Magdalena , la cual falleció en el año 1967. Posteriormente en 1980 contrae segundas nupcias con D^a Camila y de esa unión nace un hijo, Jesús , hoy mayor de edad.

Con motivo de liquidar y repartir los hijos y el padre el caudal relicto de su finada madre se reúnen en el verano de 1989. Fruto de esa reunión se acordó entre el padre (y abuelo de los litigantes), y sus cuatro hijos (Carlos José , Daniel , Juan Carlos y Victoria) que se precedería a un determinado reparto de la herencia de su madre y esposa, D^a Magdalena , de manera tal que para poder llevarla a cabo, Carlos José y Daniel otorgaron un poder a favor de su padre el 22 de septiembre de ese año. Se trataba de dividir entre ellos la FINCA000 sobre la que se ubicaba un inmueble en la Playa de Beluso, de tal manera que todos tuvieran un piso, a excepción de Victoria que resultaría compensada de otro modo y de Carlos José que optaría a un derecho de sobreedificación.

Con motivo de las variaciones en la Legislación sobre costas resultó que la ejecución de este último derecho resultaría imposible para el heredero Carlos José .

Transcurren doce años y en el año 2001 se procedió a otorgar escritura pública de liquidación de sociedad de gananciales de los padres que consistía en la división en régimen de propiedad horizontal del edificio señalado con el nº NUM000 de la FINCA000 , DIRECCION000 y también la liquidación de la herencia de aquella, que la conformaba únicamente este bien ganancial. Para proceder a tales actos, concurrió el viudo con las representaciones que ostentaba de sus hijos, Daniel y Carlos José .

Como bien indica el apelante, la viabilidad de la acción ejercitada -exigencia de responsabilidad al mandatario por la gestión del mandato- pasa por, justificar cuáles fueron las instrucciones dadas por los demandantes a su padre, si este actuó con arreglo a ellas y si la gestión del mandatario resultó lesiva para los poderdantes bien por dolo o por culpa, que es por lo que se le está exigiendo responsabilidad.



El poder otorgado el 22 de septiembre de 1989 le permitía aceptar la herencia de su madre, liquidar y dividir los bienes de la herencia, así como liquidar la sociedad de gananciales. Aceptar o no el cuaderno particional practicado y en general se trataba de un poder amplísimo, incluso aunque existiese contraposición de intereses. En igual sentido el 11 de agosto de 1989 su hermano Adolfo , padre del resto de los actores.

El 1 de febrero de 2001 se otorga escritura de división horizontal, liquidación de la sociedad de gananciales y adjudicación de la herencia (f. 23 y ss de los autos). En ella comparece D. Jesús María con la representación a que aludían los infrascritos poderes, así como los otros hermanos hoy demandados, Juan Carlos y Victoria . Existía un único bien en la herencia, que se trataba de un inmueble sito en Bueu, que se divide horizontalmente (la obra nueva se había declarado en 1960 según consta en escritura que se acompaña a la demanda), se liquida la sociedad de gananciales y se acepta la herencia, también se adjudica la herencia del siguiente modo: D. Jesús María , la planta NUM001 en pleno dominio de la finca; a D. Juan Carlos la Planta NUM002 , D. Daniel la planta NUM003 , a Victoria , y Carlos José , 4.056,83 euros. También a D. Jesús María 5.409 euros en la herencia de su esposa y éste confiesa haber recibido los 4.056,83 euros de su hijo representado Carlos José con anterioridad.

Si atendemos a las declaraciones prestadas en el acto de la vista, D^a Camila , declara como segunda esposa del mandatario que en el acuerdo sobre la división horizontal del único inmueble que constituía la herencia de la primera esposa, cada hijo se quedaba con un piso y el derecho a sobreelevar que se pensó en adjudicar a Carlos José , lo cual ratifica D. Juan Carlos .

A la vista de lo anterior entendemos que tiene razón el juzgador a quo cuando afirma que los términos del poder eran tan amplios que no contemplaban la posibilidad de un encargo concreto en relación a la herencia de su madre.

La Sala no da por probado que el encargo sobre el que se dieron los poderes al padre fuera únicamente de la manera que se acaba de exponer y no otra. La Ley de Costas no permitió esta sobreelevación posteriormente, sí estimamos que D. Jesús María se lo comunicó a Carlos José quien se enfadó mucho con su padre, según declaró D^a Camila y su hermano Juan Carlos .

Por otra parte no tiene razón el apelante cuando afirma que no puede creerse que D. Carlos José encargara a su padre no percibir nada en la herencia de su madre, evidentemente ello contraviene el sentido común. Bien es verdad que una cosa es el poder de representación como instrumento físico, y otro el mandato, pero no existe prueba en el caso de autos de que el mandato concreto una vez que la Ley de Costas no permitía sobreelevar, y conociéndolo el actor (que se hubiera enfadado no quiere decir que le prohibiera partir de otro modo y que lo conocía lo manifestó Juan Carlos cuando afirmó que la relación con su padre a propósito de ello era mala porque no se podría hacer la sobreelevación), el Sr. Jesús María no actuara ajustándose al encargo de "partir" y así lo hizo finalmente.

En este caso el poder como instrumento físico era tan amplio que permitía apartarse del "encargo" que inicialmente se había hecho en palabras del apelante, pero no hay constancia de que no pudiera hacer cualquier otro, si así fuera debía haber una prueba contundente y no la hay, la que hay, la escritura de poder dice lo contrario. Tampoco se compadece con los argumentos del apelante la circunstancia de que el Sr. Jesús María conservara los poderes aún en este supuesto y después de tanto tiempo no le hubieran sido revocados, en este punto la Sala discrepa de la consideraciones del apelante puesto que si se fundamenta para ello en que "nadie revoca un poder a un padre sin que medie hecho que haga perder la confianza", del mismo modo tampoco existe argumento alguno que permita sostener bajo ningún medio probatorio que el padre pudiera querer perjudicar a este hijo, ni que su voluntad hubiese sido <captada> por más que así se pueda insinuar.

Es verdad que D^a Victoria cuando le dijo que le parecía injusto lo de su hermano Carlos José su padre le dijo que tenía los poderes y que iba a hacer lo que quería. Parece que su segunda esposa le coaccionaba, si bien su testimonio en contra de la segunda mujer de su padre no resulta fiable, y además habría que conocer en qué contexto se hicieron estas manifestaciones para poderlas valorar realmente.

No importa que Carlos José estuviera disconforme con la escritura de adjudicación de la herencia después de otorgarse, lo importante es el contenido del mandato con carácter previo, para lo que no bastan meras declaraciones siempre interesadas y poco fiables en el seno de la familia a propósito de tan delicada cuestión como lo es siempre, la económica, y para ello no hay prueba clara. Tampoco se trata de restaurar el llamado por el apelante "injusto reparto" que llevó a cabo el padre de los litigantes, sino que primero habrá de determinarse que es injusto y, además, que contravenga la norma jurídica porque no respete lo derechos hereditarios de D. Carlos José . Sabemos los juristas que no siempre ambos términos discurren paralelos. Tal situación no aboca necesariamente a otra perspectiva de la misma cuestión, la gestión de D. Jesús María conforme a los dictados de la diligencia exigible, nunca mejor dicho que en este caso, a los de un <buen padre de familia>, que son por lo demás los normales o medios según el art. 1104 del C. Civil .



SEGUNDO.- Al hilo de lo anterior, la cuestión se centra, una vez descartada la posibilidad de que el apoderado se hubiera desviado de los términos del mandato por el hecho de que no se pudiera adjudicar a Carlos José el derecho de sobrevuelo en el inmueble, procede analizar si la partición realizada por el mandatario se hizo en perjuicio del poderdante puesto que el mandatario responde de su mala gestión.

En este punto el juzgador a quo entiende que nos movemos en el marco de las relaciones familiares no sometidas meramente a la lógica del máximo beneficio, por lo que no se llega a acreditar que el reparto no benefició a los mandantes. El apelante se funda para acreditar la existencia del perjuicio en lo siguiente:

- a) existencia de intereses contrapuestos que debieran poner al juzgador en aviso de que el mandatario podía con mucha probabilidad, actuar en contra de los intereses del mandante.
- b) José no ha percibido nada, luego el acuerdo es perjudicial; el mandatario debe dar cuenta de su gestión al mandante y responsabilizarse del mal resultado económico por negligencia o dolo.

El primer argumento por sí sólo no basta en orden a lograr el fin pretendido toda vez que el poderdante autorizó la actuación de su padre aún habiendo conflicto de intereses -en la confianza de que era su padre, ahora sí- y aunque ello no le libera de llevar a cabo convenientemente la gestión encomendada, sí al menos implica que no existe la probabilidad a que se alude.

El segundo argumento tampoco es veraz porque a D. Carlos José se le compensó en dinero según la escritura en la que su padre confesaba haberlo recibido, luego una cosa es que saliera perjudicado y otra distinta que no percibiera nada en la herencia de su madre.

Ahora bien, tampoco comparte la Sala el argumento que se contiene en la recurrida a propósito de que la pretensión referida a la rendición de cuentas que cumplido con la escritura de partición puesto que lo que se está reclamando al mandatario es la responsabilidad de su gestión y que no cause daño a su mandante ni por dolo ni por culpa.

Según la escritura de 1 de febrero de 2001 se asigna al único valor ganancial, el inmueble sito en la Playa de Beluso el increíble incluso para un profano en la materia de 36.426,12 euros. La mitad de D^a Magdalena importaría 18.213,06 euros por lo que le correspondería a cada uno de los cuatro hijos 4.507,59 euros en nuda propiedad cantidad que finalmente se deja reducida a 4.056,83 euros al ser capitalizado un 20% el usufructo del viudo.

El informe elaborado por el Sr. Jose Luis , que es exhaustivo y obra en autos a instancia del Juzgado (para el Sr. Benedicto , perito de la parte actora, el valor a fecha 2001 del inmueble era un poco más alto 243.409 euros) revela que esa casa fue infravalorada (lo mismo reconoce la letrada de la parte apelada en nombre de D Jesús al folio 232 de los autos: "a pesar de que el Sr. Jesús María realiza una infravaloración de la vivienda, igualmente la efectúa en perjuicio propio") porque en el año 2001 tenía un valor de 238.880 euros, en vez de los 36.060,73 euros asignados en la liquidación. Si es así correspondía a D. Carlos José 23.880 euros en vez de los 4.056, 83 euros.

La lesión y la incompetencia del apoderado es manifiesta, afirma el apelante, que va más lejos y la califica de maliciosa y en interés propio. Todo ello sin olvidar que se capitalizó el usufructo de un señor de 90 años en el 20% del capital cuando a efectos tributarios no podría corresponderle más del 10%. Piénsese que Victoria percibió en compensación tres millones de pesetas y un coche.

El informe elaborado por D. Benedicto establece que la edificación compuesta de dos plantas en la playa de Beluso es ligeramente superior, como vimos al del perito judicial, que por su mayor imparcialidad nos atenemos.

Del mismo modo que hemos aceptado la oposición al recurso de apelación, muy estudiada y desarrollada por lo que respecta a la inexistencia de concreto mandato para partir de una determinada manera al mandatario, no podemos, sin embargo compartir la tesis de que "no estamos ante un contrato de mandato en donde el mandatario actúa como un mero gestor ocasional, con el fin de realizar negocios con terceros, del que se pretende la obtención de un lucro, si no que se otorgaron los poderes con el fin de realizar negocios propios de la estructura familiar, en el que el Sr. Jesús María , concurrió con sus propios intereses tratándose los gestionados, de relaciones familiares extendidas en el tiempo, con actuaciones conocidas y consentidas por parte de los hijos a su padre que no se puede regir por la lógica del máximo beneficio"...No estamos de acuerdo por lo siguiente: fundamentalmente porque olvida la letrada apelada que aún cuando en el seno de obligaciones familiares se trate y no se persiga el principio del máximo beneficio, ello no debe confundirse con la circunstancia de que cada hijo tiene derecho en la herencia de su madre a una porción igual porque así lo dispuso ella en su testamento, y cuando el mandante otorgó el poder no renunció a ninguna parte sino



todo lo contrario. No se comprende bien por qué un hijo debe percibir por este argumento (no rige la lógica del máximo beneficio) diecinueve mil euros menos que otro, todavía menos si no recibe nada.

En segundo lugar, que no puede perderse la perspectiva. En efecto, la acción que se ejercita es la que nace del contrato de mandato por la vía del art. 1726 -al que claramente se alude y explica en el escrito de demanda, por ello no es una cuestión nueva en la segunda-, no la de impugnación de una partición, por más que: a) el hecho de haberse muerto el mandatario determine que sean llamados a este pleito sus sucesores, que coinciden con los que fueron parte en la gestión de su "encargo" aunque no en su totalidad (D. Jesús) es hijo del segundo matrimonio por eso está llamado a este pleito como sucesor de su padre; b) el hecho de que la indemnización de daños y perjuicios se solicite en función de la parte en que según la escritura de partición de 2001 se perjudicaron los intereses de D. Carlos José , es uno de esos pocos casos en que el importe de la indemnización tiene un parámetro fijo (valor real de los bienes a esa fecha en relación a su evidente minusvaloración) sobre los que efectuar la partición pero no por ello puede olvidarse que se está reclamando a los demandados, por la responsabilidad civil de su padre conforme al art. 1726 del C. Sustantivo en relación al art. 1718 que le obliga a responder de los daños y perjuicios que haya causado con motivo del mandato.

No cabe duda de que el mandatario debe cumplir su obligación de acuerdo con el interés subjetivo de quien preside su gestión, o en el objetivo de no incurrir en situaciones culposas o dolosas, aunque sin perder de vista que se trata de exigirle una diligencia y no un resultado, por ello algún sector de la Doctrina ha entendido que en realidad se trata de una responsabilidad por culpa, que no por dolo, aún en el caso de que concurra buena fe incluso medianamente diligente no por eso habría de quedar exonerado de las consecuencias lesivas de su incumplimiento.

El Tribunal considera probado que el mandatario, hoy fallecido, pero sí sus sucesores deben responder por culpa en el desarrollo de la gestión que le fue encomendada. D. Jesús María sabía que no podía reconocer a su hijo Carlos José el derecho de sobreelevación, éste también, y había sido nombrado heredero a partes iguales con sus hermanos, no se comprende entonces que infravalorara su participación en la herencia de su madre de una manera tan ostensible y grosera, ni siquiera contradicha por la parte contraria, si no es faltando a la diligencia media que nuestro C. Civil establece en el art. 1104 del C. Civil , sin que de ello le exculpe la circunstancia de que también infravaloró su parte puesto que, de un lado resultó copropietario en el 50% del valor del inmueble con adjudicación física del mismo (por tanto el valor real y de mercado los conserva en cualquier caso) y en cuanto al usufructo es notorio que se sobrevaloró al atribuirse un 20% del valor del capital cuando en 2001 contaba con 90 años. Sea como fuere en este caso sus motivaciones, por otra parte comprensibles si es que como padre renunciaba en beneficio de sus hijos, no puede perjudicar el interés económico de Carlos José a quien se hizo víctima económica de sus tres hermanos por la mala gestión ostensible de su padre, conducta antijurídica de la que deberá responder.

Así pues, entiende la Sala que procede la condena a los sucesores de D. Jesús María demandados a que le abonen solidariamente 19.823.17 euros más los 4.056, 83 euros que manifestó en la mencionada escritura que había recibido y dio carta de pago a los herederos, en particular a Daniel que era al que le correspondía el pago de esta cantidad, ya que Juan Carlos compensaba a Victoria . No existe prueba de la entrega de este numerario al poderdante Carlos José y es más, la propia Victoria , que también dio carta de pago en la escritura pero mencionó que su parte no la recibió sino tiempo después, cuando Juan Carlos le pudo pagar. Es decir, que consideramos que D. Jesús María cuando da carta de pago con ello libera al heredero que habría de compensar al actor y frente a éste, pero cosa distinta es la prueba de que D. Jesús María hubiera hecho traspaso de esa cantidad a su hijo Rogelio siendo así que el art. 1720 del C. Civil obliga a todo mandatario a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aún cuando lo recibido no se debiera al segundo.

Habrà pues de estimarse la demanda parcialmente y condenar a los herederos solidariamente de D. Jesús María , a que indemnizen al actor en 23.880 euros si bien la parte de D. Rogelio debe descontarse toda vez que él también es heredero -luego sucesor- de D. Jesús María a quien se le reclama en una indebida gestión del mandato. En suma: 23.880: 5 (herederos de D. Jesús María , los cuatro hermanos de doble vínculo y Jesús) = 4.776 euros, que habrán de descontarse del total 23.880- 4.776 = 19.104 euros. En este sentido no es cierto que se otorgue a D. Rogelio -a lo que se alude en el escrito de oposición del recurso- por vía de indemnización de daños y perjuicios lo que le correspondería por herencia puesto que se le está indemnizando no en su condición de heredero sino como acreedor en el contrato de mandato, y como quiera que los sucesores lo son del difunto en todos sus bienes y derechos, habrá de descontarse su parte puesto que efectivamente él también "sucede" a su padre en la posición deudora.

Los art. 1087 y 1084 del C. Civil , tratándose de una deuda de la herencia y siendo acreedor un heredero prevén expresamente que se responda en su totalidad de la deuda por cada heredero que no haya aceptado a beneficio



de inventario un vez deducida la parte proporcional de D. Rogelio como tal coheredero. La relación interna entre ellos es algo que no hace a este pleito.

TERCERO.- Herencia de D. Jesús María . Usufructo viudal.- Se recurre, asimismo, la sentencia por los apelantes en el sentido de que se había impugnado el testamento de D. Jesús María de 6 de febrero de 2001 por atentar el legado de usufructo viudal universal de D^a Camila a la intangibilidad cuantitativa de las legítimas.

Se aduce por el apelante que el juzgador a quo yerra toda vez que a la vista de los términos del testamento habría que reducir primero la atribución de los herederos que hayan recibido en exceso, y si no fuera suficiente, después reducir el usufructo. Sea como fuere, añade, cada heredero o legatario verá reducida la atribución del testador en la medida en que lo que le fue adjudicado exceda de la parte de la que el testador pueda disponer libremente sin ningún tipo de posposición o rango. Cada heredero o usufructuario que haya recibido de más o en exceso verá reducido su haber hasta no afectar a las legítimas. Se fundamenta para fijar el caudal relicto en la cuantía superior a la reconocida en que:

D^a Camila reconoció la existencia de dinero al fallecimiento de D. Jesús María

D. Jesús , reconoció que había dinero y en cuanto a las acciones manifestó que estaban a su nombre y al de su madre

Si a la viuda, doña Camila , se le lega el usufructo universal y con cargo al tercio de libre disposición la plena titularidad de los créditos y dinero existente al tiempo del fallecimiento del testador, resulta indiscutible que esta legataria recibe más de lo que puede el testador disponer al amparo del art. 118 de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 1995 (aplicable a este supuesto). A su juicio, acreditado que Doña Camila es legataria del usufructo universal, además del dinero y créditos, y que el valor de aquel es un 35% del total de las propiedades, o cabe sino concluir que perjudica a la legítima y, en consecuencia debe acogerse este segundo motivo de recurso condenando a la citada a pasar por esa reducción de su usufructo en cuanto resulte necesario para garantizar la intangibilidad de las legítimas.

En efecto, siguiendo este razonamiento, siendo la parte disponible un 33,33% y la correspondiente a la legítima (2/3 de la herencia) el 66,66% no cabe sino entender que el usufructo viudal debe reducirse en la cantidad o proporción que resulte necesario.

Ahora bien, no es este el sentido del art. 118 de la LDCG de 1995 cuando dispone que "los cónyuges podrán concederse, recíproca o unilateralmente, el usufructo universal de viudedad, recíproca o unilateralmente concedido" que por el T.S. J. de Galicia se ha interpretado que consagra una excepción al principio de intangibilidad de la legítima. Así la Ss de 21 de noviembre de 2003 cuando dispone que "El usufructo universal de viudedad sometido al regulado en la LDCG, impide, por lo demás, la aplicación del artículo 820.3º CC : la opción que este precepto reconoce a los "herederos forzosos" (sic), a saber, "escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podría disponer libremente el testador", o sea, en nuestro caso, escoger entre tolerar el usufructo universal o entregar al cónyuge viudo la parte libre, es una opción concebible en el marco de un sistema, como el civil común, en el que el usufructo universal, gravando como obviamente grava la legítima, resulta "manifiestamente ilegal" ex párrafo segundo del artículo 813 CC , y de ahí que, sin embargo, sea admisible en la medida en que el legislador del CC permite que quede a la voluntad del legitimario gravado "cumplir la disposición a cambio de una mayor participación en la herencia, o bien recibir su legítima con arreglo a la ley sin esa participación, lo que equivale a no cumplirla" (así, la sentencia del Tribunal Supremo, STS, de 30 de diciembre de 2001 , mencionada en la muy reciente STS 715/2003, de 10 de julio); pero opción que no es ni tan siquiera concebible en el marco de un sistema, como el civil gallego, en el que partimos de la legalidad del usufructo universal de viudedad, recíproca o unilateralmente concedido, ex artículo 118.1 LDCG y que los legitimarios están obligados a respetar y tener que aceptar por más o a pesar de que implica, como efectivamente siempre implica, un gravamen cualitativo de su legítima, y ello porque no depende de su opción el consentir que el usufructo universal pueda gravarla, sino de la al respecto incondicionada y no supeditada voluntad del cónyuge o cónyuges constituyentes; voluntad legalmente amparada y consagrada per se como una excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima.

Ello porque como dice la Ss de 5 de febrero de 2001, del mismo Tribunal : "Las restricciones que ofrecen estas cláusulas compensatorias de forzado encaje en el artículo 820.3º CC , en orden al establecimiento del usufructo universal, no satisfacían plenamente la tradición consuetudinaria gallega, y de ahí la mayor amplitud del artículo 118 de la Ley 4/95 de Derecho Civil de Galicia , que permite al testador imponer, por su sola voluntad, el usufructo universal a favor del cónyuge viudo."



Por otra parte el mismo testamento, según opone el Letrado de D^a Camila , prevé en la cláusula cuarta que las diferencias de adjudicaciones entre los legitimarios deben considerarse como legados y mejoras, y el perjudicado podrá reclamar el complemento en metálico de los otros antes que del usufructo.

Es pues, de respetar la interpretación que realiza, conforme a derecho el juzgador de instancia de modo que el legitimario tendrá que aceptar el gravamen cualitativo del usufructo del viudo quedando aplazado, consiguientemente el goce de la legítima. Pero es que como razonablemente expuso el notario Sr. Gutiérrez Aller, supone este usufructo un gravamen cualitativo y cuantitativo de la legítima porque se producirá no sólo cuando se asigne al legitimario la nuda propiedad de la legítima estricta, sino también en aquellos casos en que, aún atribuyendo al legitimario bienes en cuota superior a lo que por legítima le corresponde, mediante la capitalización del usufructo, según la edad del usufructuario resulte que el valor económico de la nuda propiedad es inferior al valor cuantitativo de su cuota legitimaria. Es así que el art. 146.1 de la Ley Gallega de 1995 establecía que legítima es la cuota de activo líquido que necesariamente corresponde a los legitimarios; pero según el art. 146-2 son legitimarios los mismos del C. Civil, "en la cuantía y proporción que, en los distintos supuestos, establece dicho cuerpo legal". El precepto hace referencia a proporción (un tercio, mitad, dos tercios) sino también a "cuantía". La consecuencia de ello es que si no se respeta es mínimo indisponible por causa del usufructo establecido por el causante, ese "quantum" no fue cubierto, habrá que completarlo, pero no dejando sin efecto el usufructo universal del viudo, pues éste también lo admite la Ley, sino completando la nuda propiedad al legitimario hasta alcanzar la cuantía económica que por ley le corresponde, mediante la reducción de las disposiciones testamentarias en nuda propiedad que resulten inoficiosas.

Esta es la especialidad de la Ley gallega, la que a diferencia del derecho común civil, el gravamen del usufructo sobre la legítima no queda a opción del legitimario, pero no en que la cuantía económica de su legítima pueda ser inferior, pues en cuanto a la cuantía la Ley remitía expresamente al Derecho Común.

CUARTO.- Intangibilidad de la legítima en el testamento de D. Jesús María .- Se impugna también la desestimación en cuanto a la reducción de la adjudicación del heredero Jesús , hijo de la segunda esposa de su padre en el testamento de éste.

Entiende el juzgador a quo que el exceso en el haber de Jesús sólo perjudica la legítima de su hermano Daniel no así la de Carlos José y le condena a abonar a los sobrinos suyos el importe en que resultaron perjudicados en la legítima. Considera que no puede contabilizarse como haber partible el dinero y crédito legados a la viuda porque no existe prueba, ni entonces ni ahora del importe y existencia misma de estos dos conceptos y ello efectivamente es así porque no existe prueba alguna al respecto.

En realidad la Sala comparte las conclusiones a que llega el juzgador a quo en el sentido de que para determinar o no el exceso y el perjuicio de la legítima habrá de estarse a la valoración de los bienes adjudicados. Para ello contamos con dos dictámenes periciales, el de parte elaborado por el Sr. Benedicto que se acompaña a la demanda o bien el perito de designación judicial. El Sr. Juez de primera instancia legítimamente se fundamenta para efectuar la cuantificación del posible exceso, en la adjudicación al heredero Jesús en perjuicio del resto de los legitimarios en dos argumentos de todo punto razonables: a) es más imparcial el dictamen elaborado por Don. Jose Luis como perito judicial y, b) porque sus explicaciones le merecen mayor crédito al ser más completas. Como decimos, la Sala ratifica estas conclusiones sin que sean admisibles las críticas que efectúa el Letrado apelante.

En efecto, la nueva LEC en su art. 335 y ss prevé asimismo la posibilidad de un perito de designación judicial, a nadie se le oculta que no habiendo sido nombrado por ninguna de las partes en concreto el técnico se hallará más libre a la hora de emitir su dictamen con arreglo a su saber y entender, porque en definitiva el cobro de sus honorarios -dejando al margen su crédito profesional que no ha sino de presuponerse- dependerá del resultado del pleito y, por tanto, de las costas. Si bien es verdad que la nueva LEC no otorga mayor peso a una prueba pericial que otra, sí lo es que una y otra no escapan de la valoración del tribunal con arreglo a las normas de la sana crítica y esto es precisamente lo que se ha hecho en la recurrida.

En segundo lugar, los criterios administrativo-tributarios para efectuar las valoraciones en el informe del Sr. Benedicto no pueden considerarse mejores que los propuestos por Don. Jose Luis , no se diga que los criterios de valoración de la Hacienda Pública "son per se objetivos" (al margen de que por ello mismo no dejan de poder ser erróneos o injustos), y aún cuando lo fueran, ello no descalifica las bases que ha tenido en cuenta el perito judicial, fundamentalmente su propio criterio, en ese sentido es subjetivista, pero es no arbitrario. Ello podría predicarse de cualquier dictamen pericial en cuanto a sus conclusiones, lo que dota de autoridad a esa prueba no es sólo el dato objetivo-físico, apreciable por cualquiera, sino la formación profesional y autoridad de quien lo dicta, en el caso un Ingeniero Técnico Agrícola. Es así que cuando éste realiza una valoración respecto a precios de mercado de 2001 de ciertos inmuebles se le presume conocimientos sobre lo que afirma cuando ha



motivado perfectamente las conclusiones a que ha llegado, tales como el valor urbanístico de los inmuebles tasados sea cual sea su destino actual.

Sea como fuere, aún admitiendo por lo menos igual fortuna en uno y otro dictamen, la carga de la prueba incumbe al que afirma (art. 217 LEC) de modo que no encontrado definitivamente el Tribunal que tenga más razón uno que otro perito se impondría igualmente la desestimación de la demanda formulada por D. Carlos José .

La desestimación de este motivo conlleva la implícita desestimación del quinto punto del suplico de la demanda en cuanto no exige practicar una nueva partición acomodada a estos parámetros.

QUINTO.- Acción Declarativa de Dominio sobre franja de terreno.-Se impugna asimismo la atribución al heredero Jesús de la franja de terreno situada al Oeste de la vivienda que le ha hecho su padre, D. Jesús María en el testamento invocado al amparo del art. 1056 del C. Civil y sobre la que ésta hace luces y vistas, por estimar que se trata de un elemento comunal de la división horizontal y por lo tanto, el testador carecía de facultad de disposición sobre ella.

Los argumentos en que se funda el apelante parten de que la FINCA000 (que nos interesa porque es la que habría de permutarse después con D^a Flora) la adquirió el Sr. Jesús María a su hijo Juan Carlos en escritura pública de 25 de abril de 1968, esto es, en estado de viudo, según figura en el documento 4 de los de la contestación a la demanda. Luego, debía ser privativa ya que estaba viudo. Ahora bien, según los apelantes, el título que Juan Carlos invocaba para vender era el documento privado de 26 de marzo de 1966, cuando aún vivía su madre y se trataba de una mera cuestión formal porque la titularidad real era de sus padres. El Sr. Jesús María segrega 63 m2 de esa FINCA000 y la permuta por los 38 m2, ahora pretendidos por la comunidad de Propietarios, en cuyo interés se supone intervienen los tres hijos de Daniel en este procedimiento puesto que Carlos José ningún interés económico tiene en la pretendida comunidad.

En suma, lo que sostiene el Letrado es que la FINCA000 la había adquirido D. Jesús María en estado de casado con D^a Magdalena , luego era ganancial a pesar de que en el documento privado se había hecho figurar a su hijo Juan Carlos (nos preguntamos por ello por qué la compra), luego por subrogación (permuta de bien ganancial) sigue siendo ganancial. Estima la Sala que el meritado argumento, aunque efectivamente jurídico, exigirá una rigurosa prueba en contrario del contenido y la fuerza de unos documentos tan lejanos en el tiempo y ajenos a una crisis familiar que se suscita cuarenta años después, y que revelan bien a las claras otra titularidad en la FINCA000 , la privativa. No sirven para ellos los denodados esfuerzos del Letrado apelante para justificarlo, indiciarios, puede, pero desde luego no suficientes y así aduce:

a) La declaración evasiva de D^a Camila cuando se le pregunta si la FINCA000 había sido pagada por D. Jesús María y responde que no sabe quien la pagó.

Por más que a los apelantes parezca una respuesta evasiva no así le parece a la Sala si pensamos que la FINCA000 adquirida en 1968 por el causante de los litigantes y se sitúa en el tiempo a trece años vista del matrimonio de D. Jesús María con D^a Camila (mencionó que se casó en 1981), no parece probable que esta demandada tenga que tener un conocimiento de ello, y menos preciso

b) D. Juan Carlos , vendedor, manifestó que su padre le había pagado por la compra pero que no sabe qué cantidad, la finca la había adquirido él cuando vivía en casa de sus padres en 1966 porque ya trabajaba, indica el apelante que tendría "unos 20 años."

No sabemos en qué presunción basarnos para desacreditar este testimonio, que tampoco parece interesado porque la disposición testamentaria cuestionada no fue a su favor sino al de su hermano consanguíneo, y él habita la propiedad horizontal de litis, luego se le supone interés en recuperarla. Tampoco creemos que pueda confundirse, sobre todo habida cuenta del largo lapso de tiempo transcurrido, que D. Juan Carlos diera respuestas evasivas en vez de contestaciones concretas a preguntas sobre hechos producidos hace cuarenta años. Bien puede ser fragilidad de memoria como también respuesta evasiva, pero ninguna de las dos puede presumirse en perjuicio una de la otra valoración.

c) El testimonio de la otra hermana Victoria no es preciso, y aún cuando pudiera considerarse sólo hace referencia a que siempre "creyó" o "siendo la casa de su padre y de su madre" formando parte de esa FINCA000 la Casa. Ciertamente no puede decirse que este testimonio venga a desvirtuar el contenido documental.

Pues bien, abandonando esta tesis los propios recurrentes, subrayan que la casa dividida horizontalmente hace luces y vistas sobre la propiedad de D. Jesús , heredero beneficiado con la disposición testamentaria. El propio D. Jesús María cuando hace la división horizontal menciona en 1960 y en la modificación de linderos con motivo de la escritura de división horizontal de 1 de febrero de 2001 que linda con Flora , en la segunda se actualizan los linderos y pese a ello no indica que linda con él mismo sino con Flora a pesar de la adquisición



que de una franja de terreno de 38 m² había realizado el 26 de agosto de 1972. Lo propio era que lindara con "fundo o franja de D. Jesús María ". Ello implica a su juicio <un acto propio del causante> que siempre consideró ganancial la parcela o bien entendiendo que la aportó para que las ventanas de la casa hiciesen vistas sobre terreno propio cuando efectuó la división horizontal. Por lo demás, es sobradamente conocida la doctrina de que aquéllos huecos en el seno de esta propiedad especial respecto de los que no se haya dispuesto se deben entender comunes. Siendo así no podía D. Jesús María venir en contra de sus propios actos y entender este espacio como privativo a la hora de hacer su disposición testamentaria.

Según la escritura de declaración de obra nueva por construcción de una casa en la FINCA000 que se acompaña a la demanda, resulta que ésta se la describe lindando por el Oeste con Augusto de 20 de enero de 1960 (f. 17), la construcción de la casa pero con el terreno de "su salido" y que todo (terreno y salido) linda por el Oeste con Augusto , que después fue D^a Flora .

A su vez el 1 de febrero de 2001 en la misma escritura aludida supra y obrante a los folios 23 y ss relativa a división horizontal, liquidación de sociedad de gananciales y adjudicación de herencia de D^a Magdalena en ella se actualizan los linderos anteriores y se mantiene que por el Oeste linda con Flora (o Augusto , su padre).

Pues bien, en el testamento del Sr. Jesús María otorgado el 6 de febrero de 2001, distribuye la herencia entre sus cinco hijos nombrados, a los que instituye herederos y realiza al amparo del art. 1056 las siguientes adjudicaciones: a su hijo Jesús , el piso alto de la casa n^o NUM004 del lugar de DIRECCION000 Bueu, con su terreno anejo a jardín, de cuarenta metros cuadrados y con derecho a surtirse de las aguas del pozo existente en la FINCA000 ; y "la franja de terreno existente entre la citada casa y el terreno de Doña Flora , terreno que adquirió el testador con carácter privativo, por medio de permuta a ésta."

La aludida escritura de permuta de 26 de agosto de 1972 obra a los folios 131 y ss, doc. 5 de la contestación y en ella D. Flora de la FINCA000 o Achadiza en DIRECCION000 segrega una franja de terreno de 38 m² que "Linda Norte, en línea de dos metros, finca de D. Jesús María ; Sur también en línea de dos metros, carretera de Bueu a Cangas por Aldán; Este, casa y salido de Jesús María ; y Oeste, la finca de donde se segrega."

De este último documento se concluye que a la casa de D. Jesús María le seguía un salido que por su Oeste (Este de la finca de D^a Flora) lindaba con ella en la finca que iba a permutar. Luego pudo haber sucedido, descartado el carácter ganancial de la finca de D. Jesús María adquirida en virtud de esa escritura de permuta que:

a) o bien D. Jesús María la "aportara" por la vía de hecho a esa división horizontal del inmueble que fue ganancial en virtud de la escritura de 1 de febrero de 2001 (la de declaración de obra nueva de 1960 no tiene relevancia porque en ese momento no se había hecho la permuta) sin que exista un negocio jurídico concreto

b) o bien que se estuviera refiriendo a su "salido" porque sabemos que el mismo existía y sencillamente se tratase de un error o un olvido por su parte que habiéndose confundido uno con otro (el salido con la franja, probablemente estén confundidos físicamente) no hiciese distingos sobre la realidad jurídica independiente que constituía la franja, es más se trataba del mismo titular (D. Jesús María) al menos parcialmente de una y otra parcela, por ello cabe razonablemente pensar que siguiere entendiendo que el lindero por el Oeste lo era con D^a Flora en vez de consigo mismo, pero no por ello lo "aportó" al inmueble horizontalmente dividido.

Aún pudiendo descartar esta última posibilidad por endeble o por estimarse poco fiable la existencia de un error, sin embargo, la Sala considera que debe mantenerse un pronunciamiento desestimatorio porque la misma inseguridad genera el título invocado por los copropietarios del inmueble sito en DIRECCION000 del modo que señalábamos en la letra a) anterior, es la misma que genera el que pueda ostentar D. Jesús que obtuvo de la disposición testamentaria de su favor en cuanto a la existencia o no de esa franja de terreno en el patrimonio o no de su causante.

Entendemos ejercitada una acción declarativa de propiedad, a instancia de los herederos de D. Daniel , sus tres hijos, únicos que tienen interés económico en el inmueble, al contrario que Carlos José que ninguna participación tiene en el mismo. También debemos suponer que actúan en beneficio de dicha comunidad, porque salvo error u omisión no hemos constatado que así sea, ahora bien, en los términos del art. 348 del C. Civil , es el actor el que debe probar el justo título conforme al art. 217 de la LEC , y ciertamente, no parece suficiente que la mera constatación de un lindero, el Oeste por escritura de 1 de febrero de 2001 (por tanto una única vez) en la descripción que se hace de la parcela comunitaria sin mención expresa alguna de que efectivamente D. Jesús María aportaba a la misma casa -y recordemos, también su salido- sin consideración alguna a la existencia de esa otra parcela que era suya privativa, implique, sin más, el cambio de titularidad.

A ello contribuyen además otros dos argumentos en el sentido de que ello no fue así:



a) que en la escritura esa pretendida ahora franja de terreno no se adjudica a nadie, luego ¿ se aportó realmente al resto del inmueble por su propietario privativo?, si se trataba de un documento notarial ¿por qué no se agrupó previamente? Bien es verdad que la doctrina del T.S. sobre los huecos en el régimen de división horizontal a los que no se ha hecho mención en la escritura constitutiva del régimen el Alto Tribunal los considera comunitarios, pero ello no es aplicable al caso concreto, porque en nuestro supuesto de hecho se trata de una finca con entidad y etiología jurídica propia independiente (la franja de litis adquirida en permuta contenida en escritura pública), y en aquéllos otros se trata de simples huecos o restos de terreno, de los que perteneciendo a la propiedad horizontal, no se ha dispuesto;

b) que D. Jesús María no la aportó o cedió a la comunidad se concluye, además, porque dispuso de ella como si fuera suya en el testamento de 2001.

En definitiva, que la acción declarativa de propiedad tampoco podrá ser acogida, es más, considera la Sala que los actores debieron hacer un pedimento tercero subordinado al cuarto, puesto que si se considera que la atribución que el causante de todos los litigantes hizo en su testamento de 6 de febrero de 2001 lesionaba la legítima de los herederos forzosos y habrían de efectuarse las correcciones oportunas, resulta que ello debía realizarse necesariamente después de disipar las dudas sobre la titularidad de la franja de 38 m2 adjudicada a D. Jesús . Es decir, que primero habría de resolverse la acción declarativa y después la de la intangibilidad de la legítima, una vez determinado el patrimonio que debe percibir el citado heredero, hermano menor y tío de los actores.

SEXTO.- Por lo que respecta a las costas de primera instancia, al estimarse parcialmente la demanda formulada por D. Carlos José procede no hacer especial pronunciamiento en cuanto a las mismas, máxime cuando la petición última del primer punto del suplico en el sentido de que se avienen a lo que un perito designe en el curso del procedimiento coloca a la parte demandada en una situación de indefinición tal que no le libera del pronunciamiento relativo a la no imposición por acogimiento parcial de su pretensión.

Que desestimando el Recurso de Apelación formulado por el mismo apelante y sus sobrinos D. Adolfo , D^a Guadalupe y D^a María Inmaculada contra D^a Camila sobre el usufructo de la misma, procede la imposición de las costas a la parte actora.

Respecto de la acción ejercitada por D. Rogelio y sus sobrinos contra D. Jesús en lo que respecta a la intangibilidad de su legítima, procede mantener la imposición de costas a los actores porque su pedimento fue totalmente desestimado.

Por lo que hace a la acción ejercitada por los hijos de D. Daniel , los hermanos Guadalupe Adolfo María Inmaculada en relación a la franja de terreno adjudicada en testamento por D. Jesús María como quiera que ha sido desestimatoria se imponen las costas de este pedimento a los mismos.

En virtud de lo dispuesto en el Art. 398 de la LEC cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, se aplicarán en cuanto a las costas del recurso lo dispuesto en el Art. 394. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el Recurso de Apelación formulado por D. Carlos José representado por el Procurador D. Antonio Daniel Rivas Gandásegui contra la sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 204/05 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Marín la debemos revocar y revocamos en el sentido de condenar a D. Victoria y D. Juan Carlos , así como a D. Jesús representado por la Procuradora D^a Carmen Torres Álvarez a que solidariamente abonen al actor 19.104 euros sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de primera instancia y de esta alzada.

Que desestimando la demanda formulada por el mismo actor y D. Adolfo , D^a Guadalupe y D^a María Inmaculada , de la misma representación contra D^a Camila representada por el Procurador D. José Manuel Montes Acuña la debo absolver y absuelvo de los pedimentos de la demanda con imposición de las costas a los actores de ambas instancias.

Que desestimando la demanda formulada por D. Carlos José , contando con la misma representación, contra D. Jesús representado por la Sra. Torres Álvarez, le debemos absolver y absolvemos de los pedimentos de la demanda (nº 3 y 5º) con imposición de las costas al actor de ambas instancias.



Que desestimando la demanda (nº 4 y 5) formulada por D. Adolfo , D^a Guadalupe y D^a María Inmaculada representados por el Sr. Rivas Gandásegui contra D. Jesús , le debemos absolver y absolvemos con imposición de las costas a la parte actora en ambas instancias.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que componen esta Sala, D. MANUEL ALMENAR BELENGUER, Presidente; D^a MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, ponente y D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ