



Roj: **SAP GC 3094/2014 - ECLI:ES:APGC:2014:3094**

Id Cendoj: **35016370052014100522**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **5**

Fecha: **06/11/2014**

Nº de Recurso: **758/2012**

Nº de Resolución: **488/2014**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MONICA GARCIA DE YZAGUIRRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Las Palmas de Gran Canaria , núm. 11, 29-03-2012,  
SAP GC 3094/2014**

## **SENTENCIA**

Illtmos. Sres.

Presidente:

D. Carlos Augusto García van Isschot

Magistrados:

D<sup>a</sup>. Mónica García de Yzaguirre (Ponente)

D. Miguel Palomino Cerro

En Las Palmas de Gran Canaria, a 6 de noviembre de 2014.

SENTENCIA APELADA DE FECHA: 29 de marzo de 2012

APELANTE QUE SOLICITA LA REVOCACIÓN: Doña Ana María , hoy sus herederos.

VISTO, ante AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN QUINTA, el recurso de apelación admitido a la parte demandada, en los reseñados autos de Juicio Ordinario 847/2011, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 11 de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 29 de marzo de 2012 , seguido el recurso a instancia de Doña Ana María , hoy sus herederos, Don Juan Ramón , Don Alejandro y Don Augusto , representados por la Procuradora Dña. Ana María de Guzmán Fabra y dirigidos por la Letrada Dña. María Soledad Díaz Torres; contra Don Constantino , representado por la Procuradora Doña María Jesús Sagredo Pérez y asistida del Letrado Don Ernesto Juan Falcón Alarcón.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Fallo de la Sentencia apelada dice: "Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador D./ Dña. María Jesús Sagredo Pérez, en nombre y representación de D. Constantino , contra Dña. Ana María , representada por el Procurador D./Dña. Ana María de Guzmán Fabra, debo:

1.- Condenar a la parte demandada a que entregue al actor los bienes que le fueron legados por D. Felipe en su testamento otorgado ante la Notario Dña. Amalia Isabel Jiménez Almeida de fecha 26 de diciembre de 2001, protocolo 7735, en el plazo de un mes, otorgando las oportunas escrituras públicas, legado que tiene por objeto los bienes siguientes:

a) Piso NUM000 Escalera NUM001 del edificio núm. NUM002 de la CALLE000 , EDIFICIO000 de esta ciudad. Finca NUM003 , Tomo NUM004 , Folio NUM005 del Registro de la Propiedad nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria.



b) Bungalow número NUM006 del complejo " DIRECCION000 " de Playa del Inglés, San Bartolomé de Tirajana, Finca NUM007 , Tomo NUM008 , Libro NUM009 , Folio NUM010 del Registro de la Propiedad nº 2 de San Bartolomé de Tirajana.

c) Local izquierdo del inmueble número 56 del Paseo de Tomás Morales de esta ciudad, Finca 14.883, Tomo 920, Libro 201, Folio 147 del Registro de la Propiedad nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria.

2.- Condenar en costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer recurso de apelación del que conocerá la Audiencia Provincial de Las Palmas. El recurso se interpondrá ante este Juzgado dentro del plazo de 20 días contados desde el día siguiente de la notificación debiendo exponer el apelante las alegaciones en que se base la impugnación además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

La parte recurrente deberá constituir depósito en la cuenta de consignaciones de este Juzgado por importe de 50 euros y acreditar dicha consignación en el momento de interposición del recurso.

Así, por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo."

SEGUNDO.- La relacionada sentencia, se recurrió en apelación por la indicada parte de conformidad a lo dispuesto en el artículo 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Y no habiéndose practicado prueba en esta segunda instancia, se señaló para estudio votación y fallo para el día 20 de mayo de 2014.

TERCERO.- Es Ponente de la sentencia la Ilma. Sra. Dña. Mónica García de Yzaguirre, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza la representación de la parte demandada frente a la sentencia dictada en la primera instancia por entender que incurre en error en la valoración de la prueba al desestimar la alegación de falta de legitimación pasiva ad causam de su representada.

La sentencia se basa en que el artículo 885 del Código Civil permite entender que la entrega de legado puede solicitarse indistintamente al heredero o al albacea, sin embargo la parte apelante estima que la Juez a quo yerra en la valoración de las funciones encomendadas a los albaceas por el testador en el testamento de autos.

Transcribe la parte la cláusula novena del testamento, resaltando ente las facultades del albacea dispuestas por el testador la siguiente frase "y en especial, para verificar en su caso la entrega de los legados a que se alude en la cláusula segunda a esta disposición testamentaria".

Argumenta la representación de la recurrente que el albaceazgo es un cargo especial testamentario conforme al artículo 892 del Código Civil , y sus facultades serán las que expresamente les haya conferido el testador ( artículo 901 del C.c .), entre las que en este caso se encuentra la entrega de legados, por lo que corresponde a los mismos y no la heredera cumplir el encargo de ejecutar las disposiciones testamentarias, estando incluso facultados para practicar todas las operaciones de liquidación y división de la sociedad de gananciales, previas a la división de la herencia del testador.

Indica asimismo la parte que conforme al artículo 1025 del C.c . durante la formación de inventario y término para deliberar no podrán los legatarios demandar el pago de sus legados.

Añade esta parte que para que se proceda a la entrega de los bienes legados en los casos contemplados en el artículo 885 del C.c . deberá venir precedida de la liquidación y partición de la herencia, al imponerse el respeto a los derechos de la viuda sobre su mitad de gananciales y legado de usufructo vitalicio.

En la alegación segunda de su escrito de interposición del recurso de apelación la representación de la apelante muestra su disconformidad con la interpretación que realiza la sentencia de instancia del legado de cosa ajena del artículo 861 del C.c ., en relación con el artículo 1380 del mismo Código .

Transcribe esta parte íntegramente la cláusula quinta del testamento, y aduce que si bien el testador manifiesta que excluye la aplicación de las normas que regulan el legado de bien ganancial, entiende que con ello no se está poniendo en duda el carácter ganancial de todos los bienes de la herencia. Y con cita del artículo 1379 del Código Civil afirma la representación de la recurrente que la situación que se da en este caso es la de una comunidad postganancial de tal manera que no cabe disposición de la cosa común sino con la unanimidad de todos los comuneros. El testador reconoce que el legado recae sobre bienes que forman parte de un patrimonio ganancial, sin que se conozca hasta su división si la cosa legada se adjudicará al testador o no.



Cita en su apoyo la STS de 14 de julio de 2008 .

Concluye la parte apelante que la previa liquidación de la sociedad de gananciales es un prius lógico para que una vez concretados los bienes que de la masa ganancial han correspondido a cada uno de los cónyuges, pueda llevarse a cabo la división de la herencia. Es irremediamente necesario que los albaceas designados procedan previamente a formar el inventario y posteriormente liquidar la sociedad de gananciales, por lo que, a su entender, hasta que dichas operaciones no se realicen por los albaceas no es posible verificar la entrega de legados, amén de que tales legados están gravados según la cláusula tercera, con el usufructo universal y vitalicio a favor de la viuda del causante. Invocar el artículo 1344 del C.c . y cita la SAP de Las Palmas, sec. 3ª, de 9-12-2008 .

En la alegación tercera del escrito de interposición del recurso de apelación señala la representación de la apelante que la Juez a quo interpreta que el actor pide la entrega de la nuda propiedad de los legados, pero, a su entender, de la lectura de los hechos tercero y cuarto de la demanda y su suplico se constata que lo que el actor está solicitando no es que se le entregue la nuda propiedad, sino la entrega efectiva o pago de los bienes inmuebles que han sido objeto de legado.

A ello añade la parte que aunque se trate de legado de cosa ajena se tienen que respetar los derechos que tiene la viuda sobre los bienes legados por pertenecer los mismos a la que fue comunidad ganancial, por lo que debe venir precedida de la liquidación y partición general de la herencia, en tanto que solamente de este modo puede saberse si los legados se hallan dentro de la cuota disponible por el testador y tal tarea corresponde realizarla a los contadores partidores designados en el testamento. Cita la STS de 23 de enero de 2003 sobre la comunidad postganancial.

Ataca finalmente la parte recurrente la afirmación de la sentencia de que no se ha alegado por la parte demandada la imposibilidad de adquirir los bienes para hacer entrega del legado, ya que por su parte adujo la imposibilidad de cumplir con lo solicitado por el actor de entrega del legado en el plazo de un mes, ya que el legado recae sobre bienes gananciales y por no haberse practicado la liquidación de la sociedad de gananciales por lo albaceas contadores partidores, con cita de las STS de 14 de julio de 2008 . Asimismo manifiesta la parte que se impugnó la valoración realizada por el legatario sobre los bienes legados, puesto que tal valoración corresponde a los albaceas, conforme al testamento.

Termina suplicando a la Sala que con estimación del recurso de apelación se revoque la sentencia de instancia estimando el suplico de la contestación con expresa condena en costas.

SEGUNDO.- La Sala ha examinado la prueba practicada en la primera instancia y considera, respecto a la valoración de la prueba, que la Juez a quo se ajusta a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la lógica del criterio humano y las reglas de la sana crítica, por lo que dicha valoración debe mantenerse.

La única prueba practicada en las actuaciones ha sido la documental aportada por cada una de las partes, en puridad, únicamente por la parte actora ya que la parte demandada no aportó documento alguno, que no ha sido impugnada de contrario. Se interesó y se acordó la práctica de la prueba del interrogatorio de la parte demandada y de la testigo Doña María Purificación , viuda del testador, pero ninguna compareció al acto de la vista aportándose justificantes médicos de la imposibilidad de asistencia tanto de la demandada, que contaba entonces 82 años de edad, como de la testigo, que entonces contaba con 88 años de edad.

La demandada apelante falleció el 9 de febrero de 2013 según certificación de defunción aportada al presente rollo, habiéndose personado ante esta Sala sus herederos testamentarios, sus hijos supervivientes Don Juan Ramón y Don Alejandro , y su nieto Don Augusto , hijo del hijo de la demandada que le premurió Don Alfonso . El cuarto hijo de Doña Ana María , Don Benito , también falleció antes que ésta sin dejar descendencia.

Por la expresada circunstancia resulta que actualmente es parte en el procedimiento, como heredero de la demandada, heredera testamentaria del causante, uno de los albaceas designados en el testamento de Don Felipe , Don Alejandro , a la sazón, primo hermano del actor. Como veremos, la otra albacea es la Letrada de la parte.

Son hechos relevantes para la resolución del recurso y no controvertidos en el proceso:

- Que el actor, en el año 2007, después de fallecido su padre biológico, formuló demanda de impugnación de paternidad y reclamación de filiación que fue acogida en sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado nº 12 de esta ciudad el 7 de abril de 2008 en Juicio 1030/2007, confirmada por otra de esta Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3ª, de 23 de noviembre de 2009, dictada en el rollo 279/2009, declarándose que Don Eutimio es hijo biológico de Don Felipe .

- Don Felipe falleció en esta ciudad el 17 de octubre de 2006 en estado de casado en únicas nupcias con Doña María Purificación , de cuyo matrimonio no existió descendencia.



- El causante falleció bajo testamento abierto aportado como documento 8 de la demanda, otorgado el 26 de diciembre de 2001 ante la Notario de esta ciudad Doña Amalia Isabel Jiménez Almeida, número 4.735 de protocolo.
- En el testamento nombra heredera universal, en nuda propiedad consolidable en pleno dominio a la muerte de su esposa, a su hermana Doña Mariana . Además, en la cláusula tercera, lega a su esposa el usufructo universal y vitalicio de todos sus bienes, incluso los de objeto de legados establecidos en la cláusula cuarta, con cuyo legado se entenderá pagada su cuota vidual. Y en la cláusula cuarta lega, en nuda propiedad, consolidable en pleno dominio a la muerte de su nombrada esposa, de los bienes objeto de este procedimiento, a Don Eutimio , anteriormente Eutimio , esto es, al actor, el cual tras la sentencia que determinó la filiación tomó el apellido de su padre llamándose actualmente Don Constantino .
- En el señalado testamento nombra albacea-comisario-contador-partidor a Don Alejandro y a Doña Tania .
- Don Silvio , o Alejandro , como ya se ha hecho mención, es sobrino del testador, hijo de su hermana, la demandada hoy fallecida, y se ha personado en el presente rollo en calidad de heredero de ésta. Además, según consta en las sentencias dictadas en el procedimiento de filiación 1030/2007 instado por el actor, fue el Letrado director jurídico de las que fueron también demandadas en aquellos autos Doña María Purificación (su tía) y Doña Mariana (su madre), en ambas instancias procesales. Era también apoderado general de su madre, la demandada Doña Ana María , en virtud del poder que ésta otorgó el 28 de noviembre de 2006, ante la Notario de esta ciudad Doña María del Pilar del Rey y Fernández, nº 1784 de protocolo (folios 318 y siguientes), y en uso de este poder otorgó el 9 de junio de 2011, en nombre de su madre, poder apud acta en los presentes autos a favor de la Procuradora Doña Ana María de Guzmán Fabra (folio 324). También en uso de este poder aceptó en nombre de su madre pura y simplemente la herencia de Don Felipe (doc. 18 de la demanda). Es igualmente apoderado general de su tía, viuda de Don Felipe , Doña María Purificación , en virtud del poder que ésta otorgó el 18 de septiembre de 2006, ante la Notario de esta ciudad Doña María del Pilar del Rey y Fernández, al número 1359 de protocolo. En uso de este poder aceptó en nombre de su tía pura y simplemente la herencia de Don Felipe (doc. 18 de la demanda)
- Doña Tania , albacea testamentaria designada, es Doña Maribel , letrada de la parte demandada en ambas instancias, quien firma el recurso de apelación. Es además la madre del heredero de la demandada Don Augusto , que éste apoderó en escritura de 11 de abril de 2008 otorgada ante el Notario de esta ciudad Don Alfonso Zapata Zapata, número 863 de protocolo, escritura aportada al rollo de apelación, otorgando Doña Maribel en nombre de su hijo poderdante el poder apud acta en el rollo el 19 de diciembre de 2013, designando a la Procuradora Doña Ana María de Guzmán Fabra. Doña Tania es la viuda (se hace constar su estado de viuda en el poder general que a su favor le otorgó su hijo) de Don Alfonso , hijo de la demandada inicial y hermano del otro albacea Don Silvio .
- Consecuentemente los dos albaceas nombrados son cuñados, ambos letrados en ejercicio, y concedores de la existencia del procedimiento desde el emplazamiento que se hizo en primera instancia a Doña Ana María , pues no en vano Doña Maribel ha sido su letrada, y Don Alejandro otorgó en su nombre el apoderamiento apud acta. También fue Don Alejandro quien recibió la citación de la testigo Doña María Purificación (folio 351 de las actuaciones) en el domicilio de ésta el 4 de octubre de 2011.
- El actor, de forma previa a la presentación de la demanda, remitió mediante conducto notarial por actas de 6 de octubre de 2010 otorgadas ante el notario de esta ciudad Don Lesmes Gutiérrez Rodríguez, con números de protocolo 1812 y 1813 (documentos 9 y 10 de la demanda) sendos requerimientos a los referidos albaceas-contadores-partidores designados en el testamento por su padre, Doña Maribel , y Don Silvio , a fin de que:
  - 1º.- Se dieran por notificados de las sentencias recaídas en primera y segunda instancia en el Juicio de reclamación de filiación, y su firmeza, gozando por tanto el requirente de la condición de hijo de Don Constantino ;
  - 2º.- Se dieran por notificados por lo tanto de que el requirente ostenta la condición de heredero forzoso del referido causante, con pleno derecho a la legítima, tanto estricta como de mejora, en la herencia;
  - 3º.- Que le comuniquen si tienen relación de parentesco con la heredera testamentaria Doña Mariana ;
  - 4º.- Que comuniquen al requirente si han aceptado el cargo de albacea contador comisario para el que fueron designados en el testamento del padre del requirente y, si así fuera, den cuenta de su encargo conforme al artículo 907 del Código Civil, aclarándole si se ha efectuado la previa liquidación de gananciales del causante y su esposa, y la adjudicación y liquidación de la misma;
  - 5º.- E igualmente, si hubieran aceptado el cargo, se dé cada destinatario por requerido para que proceda de inmediato a la entrega del legado que se establece en el testamento.



De acuerdo con las actas notariales aportadas, Doña Maribel fue requerida personalmente por el Notario el día 13 de octubre de 2010 a las once horas y treinta y cinco minutos; y Don Alejandro también dicho día a las once horas y cincuenta y cinco minutos.

- El actor, también de forma previa a la presentación de la demanda, remitió mediante conducto notarial por acta de 10 de noviembre de 2010 otorgada ante el notario de esta ciudad Don Miguel Ramos Linares, número 1895 de protocolo (documento 11 de la demanda) requerimiento a la viuda, Doña María Purificación , a fin de que,

1º.- Se avenga a reconocer que por las sentencias recaídas en primera y segunda instancia en el Juicio de reclamación de filiación, y su firmeza, goza el requirente de la condición de hijo de Don Constantino ;

2º.- Se avenga a reconocer por lo tanto que el requirente ostenta la condición de heredero forzoso del referido causante, con pleno derecho a la legítima, tanto estricta como de mejora, en la herencia, y a los legados constituidos en su favor en el testamento;

3º.- Que le comunique si se ha efectuado la liquidación de la extinta sociedad de gananciales conformada por el difunto y la requerida, informándole si participaron los albaceas contadores en dicha liquidación y si se respetaron las reglas establecidas en el testamento, con traslado en su caso de los documentos suscritos para que el requirente pueda hacer valer sus legítimos derechos en evitación de diligencias preliminares del mismo tenor;

4º.- E igualmente le comunique si ha llevado a cabo la aceptación de la herencia de Don Felipe y las operaciones particionales informándole si participaron los albaceas contadores, con traslado en su caso de los documentos suscritos para que el requirente pueda hacer valer sus legítimos derechos en evitación de diligencias preliminares del mismo tenor.

5º.- Se dé por requerida para que informe al requirente si ha dispuesto de bienes gananciales de cualquier tipo, incluyendo depósitos bancarios.

De acuerdo con el acta notarial Doña María Purificación fue requerida personalmente por el Notario el día 11 de noviembre de 2010 a las dieciséis horas y quince minutos.

- El actor, también de forma previa a la presentación de la demanda, remitió mediante conducto notarial por acta de 10 de noviembre de 2010 otorgada ante el notario de esta ciudad Don Miguel Ramos Linares, número 1896 de protocolo (documento 12 de la demanda) requerimiento a la heredera, Doña Mariana , a fin de que,

1º.- Se avenga a reconocer que por las sentencias recaídas en primera y segunda instancia en el Juicio de reclamación de filiación, y su firmeza, goza el requirente de la condición de hijo de Don Constantino ;

2º.- Se avenga a reconocer por lo tanto que el requirente ostenta la condición de heredero forzoso del referido causante, con pleno derecho a la legítima, tanto estricta como de mejora, en la herencia, y a los legados constituidos en su favor en el testamento;

3º.- Que atendiendo a su condición informe al requirente si le consta que los albaceas testamentarios han aceptado el cargo, y, si así fuera, informe de qué concretas operaciones se han realizado alrededor de la herencia de Don Felipe ;

4º.- E igualmente le comunique si ha llevado a cabo la liquidación de la extinta sociedad de gananciales conformada por el difunto y su esposa, y, caso afirmativo, si se respetaron las reglas establecidas en el testamento, y se ha respetado el legado instituido a favor del transmitente, con traslado en su caso de los documentos suscritos para que el requirente pueda hacer valer sus legítimos derechos en evitación de diligencias preliminares del mismo tenor;

5º.- Se dé por requerida para que comunique al requirente si se ha llevado a cabo la aceptación de la herencia de Don Felipe y las operaciones particionales de la misma, informándole si participaron los albaceas contadores en dichas operaciones, con traslado en su caso de los documentos suscritos para que el requirente pueda hacer valer sus legítimos derechos en evitación de diligencias preliminares del mismo tenor;

6º.- Que para el caso de que no se haya realizado operación particional sobre la citada herencia, informe al requirente acerca de la situación de la herencia yacente de la que es comunero el requirente, con expresión del estado de los bienes, derechos y depósitos bancarios integrados en la misma, y de si le consta que se haya dispuesto por parte de la viuda del causante sobre bienes gananciales integrados en la citada herencia;

7.- Que en su condición de heredera testamentaria se dé por requerida a fin de que proceda de inmediato a la entrega del legado constituido a favor del requirente en el testamento, recordándole de las obligaciones que le impone el artículo 861 del Código Civil ;



De acuerdo con el acta notarial Doña Mariana fue requerida personalmente por el Notario el día 11 de noviembre de 2010 a las dieciséis horas y cuarenta y cinco minutos.

- En todos los requerimientos notariales antes citados por el requirente se hacía reserva expresa de cuantas acciones le asistan en derecho para la defensa de sus legítimos intereses en la citada herencia y en reclamación del cumplimiento de las obligaciones de la persona requerida.

- Tanto la viuda, Doña María Purificación , como la heredera testamentaria demandada y apelante Doña Ana María , aceptaron pura y simplemente la herencia de Don Felipe , en escritura pública de 29 de noviembre de 2006, otorgada en nombre de ambas por su apoderado Don Alejandro , ante la Notario de esta ciudad Doña María del Pilar del Rey y Fernández, al número 1791 de protocolo (doc. 18 de la demanda).

TERCERO.- Sentado lo anterior la Sala comparte la sentencia de instancia en cuanto la misma desestima la falta de legitimación pasiva que se adujo en la contestación a la demanda, y considera correctamente dirigida la acción para obtener la entrega de los legados contra la heredera testamentaria. Máxime teniendo en cuenta que de forma previa a la presentación de la demanda fueron requeridos tanto la heredera como los albaceas testamentariamente designados para que informaran al actor si habían aceptado la herencia la primera, y sus cargos, los segundos, y para que, en tal caso, le hicieran entrega del legado ordenado por el testador, sin que conste que ninguno de ellos hubiera contestado al requerimiento.

El legado es una carga o gravamen que el testador hace recaer sobre el heredero, o eventualmente sobre otro legatario -que no es el caso de autos- ( artículo 858 del Código Civil ). En consecuencia, el obligado a la entrega del legado es siempre el heredero, se haya o no facultado a los albaceas por el testador para efectuar dicha entrega después de aceptado el cargo y para dar el debido cumplimiento de las disposiciones testamentarias ( artículo 859 del Código Civil , siguientes y concordantes). El artículo 885 del Código Civil , como razona la sentencia de instancia, impide al legatario ocupar por su propia autoridad la cosa legada y le obliga a pedir su entrega y posesión "al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla". En el presente caso la heredera ha aceptado pura y simplemente la herencia, sin embargo no consta en forma alguna que los albaceas contadores partidores designados en el testamento por el causante hayan aceptado el encargo, pese a que fueron expresamente requeridos notarialmente para que informaran de su aceptación en forma previa a la presentación de la demanda, y pese a que, como ha quedado explicado, uno de los albaceas es la letrada de la heredera demandada, hoy de los herederos de aquella, y el otro es el hijo y apoderado de ésta, que en su nombre otorgó el poder a procuradores, y que actualmente está personado en su propio nombre en calidad de heredero de la demandada apelante, fallecida con posterioridad a la interposición del recurso de apelación.

La parte apelante refiere que en el propio testamento se faculta a los albaceas para realizar la entrega de los legados, pero esta facultad no excluye la legitimación pasiva del heredero en forma alguna, pues ello ni deriva del testamento, ni del artículo 885 del Código Civil , Y así, el testamento, en su cláusula novena relativa al nombramiento de los albaceas, y cuando expresa las facultades de éstos dice "y, en especial, para verificar, en su caso, la entrega de los legados a que se alude en la cláusula segunda a esta disposición testamentaria", de forma que esta facultad no aparece como excluyente, ya que lo es "en su caso". Y en cuanto a lo preceptuado en el transcrito artículo 885 del Código Civil claramente se otorga la opción al legatario de demandar la entrega del legado al heredero, o al albacea que tenga atribuida dicha facultad.

Y la Sala considera plenamente adecuado haber dirigido en este supuesto la acción el legatario frente a la heredera no sólo por estar facultado legalmente para optar entre pedir la entrega a ésta o a aquéllos, sino porque, pese al requerimiento notarial, los albaceas no han comunicado al legatario, a pesar del tiempo transcurrido, si han aceptado el encargo, y, además, por las razones que acertadamente refleja la Juez a quo en su sentencia, atendida la peculiaridad de tratarse de un legado de cosa ajena, como más adelante se razonará, y por lo tanto, por la naturaleza de las obligaciones impuestas a la heredera conforme al artículo 861 del Código Civil . Tales obligaciones, en la parte que resultare la cosa legada ajena al testador, no pueden ser cumplidas por los albaceas en virtud del mandato testamentario, puesto que comprometerían el patrimonio propio de la heredera -que deberá adquirir los bienes legados-, patrimonio al cual no alcanza la función del albaceazgo en ninguno de los casos.

CUARTO.- Comparte íntegramente la Sala la interpretación que realiza la Juez a quo del testamento objeto del procedimiento. Es más, el Tribunal, considera encomiable la claridad expositiva de las cláusulas testamentarias redactadas por la fedataria Doña Amalia Isabel Jiménez Almeida, recogiendo la voluntad que le fue manifestada por el testador en el testamento abierto otorgado, que no dan lugar a duda alguna sobre la intención del mismo.

A estos efectos, conviene la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 29-4-2008, nº 291/2008, rec. 1141/2001 , entre otras muchas, que dice:



<<El motivo tercero se refiere a la infracción del artículo 675,1 del Código Civil en cuanto ordena interpretar el testamento de acuerdo con la verdadera voluntad del testador.

Las sentencias de esta Sala de 15 diciembre 2005 y 29 septiembre 2006 , a propósito de la interpretación de los testamentos , declaran:

a) En la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador ( SSTS de 1 febrero 1988 y 9 octubre 2003 , entre muchas otras).

b) La interpretación de los testamentos es competencia de los tribunales de instancia siempre que se mantenga dentro de los límites racionales y no sea arbitraria y sólo puede ser revisada en casación cuando las conclusiones a que se haya llegado en la interpretación sean ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la Ley ( SSTS de 14 de mayo de 1996 , 30 enero 1997 , 21 de enero de 2003 , 18 de julio de 2005 , entre muchas otras).

c) En la interpretación del testamento debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador y sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto ( SSTS de 9 de junio de 1962 y 23 septiembre 1971 , 18 de julio de 1991 , 18 de julio de 1998 , 23 de febrero de 2002 , entre otras).>>

El testador, para verificar el legado que deja especificado en la cláusula cuarta, que es el reclamado por el actor en los presentes autos, literalmente "hace uso, en cuanto fuere preciso de lo dispuesto en el artículo 861 en relación con el 864 del Código Civil ", ya que el propio testador, literalmente "no ignora y le consta que parte de la totalidad de los inmuebles objeto de los legados, es ajena, al tener la consideración legal de gananciales del matrimonio", y -también literalmente- "por consiguiente repite, tales legados, tiene el carácter de LEGADO DE COSA AJENA, o sea que dichos inmuebles los lega por entero, siendo su voluntad que se aplique la regulación mencionada del legado de cosa ajena y excluyendo expresamente la aplicación del artículo 1380 del Código Civil sobre legado de cosa ganancial por su carácter dispositivo". El resaltado en letra negrita es de la Sala, pero la mayúscula es del original.

In claris non fit interpretatio.

No resultan por tanto de aplicación al supuesto de autos ninguna de las sentencias que la parte apelante invoca y no se refieren al legado de cosa ajena, sino al legado de cosa ganancial, y a la aplicación del artículo 1380 del Código Civil , precepto de carácter dispositivo cuya aplicación fue expresamente excluida por el testador en su testamento.

Atendidos los términos del testamento y la voluntad del testador, que coinciden plenamente, resulta que el legatario puede demandar, como lo ha hecho, la entrega del legado de la heredera obligada, sin necesidad de que se haya producido ningún requisito previo que, además, no depende de su voluntad, sino, precisamente, de la conducta de la propia heredera. Ciertamente la heredera para cumplir con el gravamen impuesto por el testador, una vez que aceptó pura y simplemente la herencia, debió instar la liquidación de la sociedad de gananciales, que efectivamente como dice la parte en su recurso, resulta un prius lógico para que una vez concretados los bienes que de la masa ganancial han correspondido a cada uno de los cónyuges pueda entregar los que le hayan sido adjudicado a su causante, o adquirir de la viuda la nuda propiedad de los que no lo hayan sido, en los términos del artículo 861 del Código Civil . Pero en absoluto la pasividad de la heredera puede condicionar el derecho del legatario a pedir la entrega de su legado, que la heredera deberá cumplir entregando los inmuebles por entero (en nuda propiedad), y realizando todas las actuaciones previas necesarias para ello, a las que viene directamente obligada, y para las cuales tiene legitimación activa bastante.

Conociendo plenamente la carga testamentaria del legado, la heredera, desde que aceptó la herencia el 29 de noviembre de 2006, tuvo tiempo bastante para instar la liquidación de gananciales y poder así cumplir con la misma, hecho que dependía de su sola voluntad, y no lo hizo. Es más fue requerida expresamente para la entrega del legado, casi cuatro años después de su aceptación, el 11 de noviembre de 2010, sin que desde esa fecha hasta la presentación de la demanda el 27 de abril de 2011, hubiera tampoco instado la liquidación de la sociedad de gananciales, hecho que dependía de su sola voluntad, puesto que únicamente la heredera (hoy sus herederos) y la viuda tienen legitimación activa para instar dicha liquidación.

Por lo tanto resulta incorrecto desde el punto de vista jurídico, pero también alejado de la buena fe que debe presidir el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, oponer al legatario, para evitar el cumplimiento de la obligación que le fue impuesta a la heredera única en el testamento, la necesidad de un requisito previo (liquidación de la sociedad de gananciales) cuya obtención depende de la propia heredera, y para el cual el legatario carece de legitimación. Máxime cuando desde el fallecimiento del testador hasta que la heredera fue emplazada en esta litis habían transcurrido más de cuatro años, y entre el requerimiento



notarial y el emplazamiento más de cinco meses, tiempo mucho más que suficiente para haber promovido e incluso obtenido la liquidación de la sociedad de gananciales de su causante y la viuda.

A ello se añade que la cita por la parte apelante del artículo 1025 del Código Civil en el recurso de apelación, únicamente aplicable para el caso de la aceptación a beneficio de inventario, para negar la posibilidad de petición por el legatario de la entrega del legado, es cuando menos absurda.

Efectivamente la heredera ha de desplegar una actividad para la realización de los actos jurídicos necesarios para que pueda cumplir con el gravamen testamentario, pero en absoluto su propio incumplimiento condiciona ni supedita, el derecho del legatario ni la acción que éste tiene frente a la heredera para exigirle tal cumplimiento, ni por lo tanto su propio incumplimiento es excepción válida para oponer al legatario.

Y quien debe cumplir con lo ordenado en el testamento respecto del legado de usufructo a favor de la viuda del testador, es la propia heredera. De esta forma, si los bienes legados al actor resultaren adjudicados al causante en la liquidación de la sociedad de gananciales, la heredera cumple con la entrega de la nuda propiedad de los bienes, que es el legado ordenado. Ahora bien, si los bienes se adjudicaran a la viuda, la heredera deberá adquirirlos por entero (la nuda propiedad al menos, pudiendo reservarse el usufructo vitalicio la viuda), y deberá entregar su nuda propiedad, una vez adquirida, al legatario. Y en absoluto implica cortapisa alguna de los derechos de la viuda el que la heredera inste de aquélla o de los albaceas la liquidación de la sociedad de gananciales.

La Sala no tiene ninguna duda, y así se desprende de la lectura sistemática del escrito de demanda, así como de las alegaciones de dicha parte a lo largo del procedimiento tanto en la primera instancia, como en su escrito de oposición a la apelación, que lo que está pidiendo el legatario es la entrega del legado recibido, que es precisamente un legado de nuda propiedad en cuanto los bienes legados correspondan al haber del testador, "consolidable en pleno dominio a la muerte de su nombrada esposa" como literalmente reza la cláusula cuarta del testamento, lo que no impide que la entrega de la posesión a que viene obligada la heredera, sea de la posesión mediata, otorgando las escrituras necesarias, puesto que la posesión inmediata corresponde a la viuda usufructuaria.

Por último es cierto que en el hecho quinto de la contestación a la demanda dijo la representación de la heredera demandada "nos oponemos a la valoración de los bienes realizada y aportada de contrario, dado que la cláusula novena del testamento establece que dicha valoración corresponde a los albaceas-comisario-contador partidario designados" (es decir a la propia letrada de la parte). Ahora bien esa "oposición", debe valorarse en su justa medida, puesto que no se impugnaron los documentos de contrario consistente en las tasaciones inmobiliarias efectuadas por TINSA. Y en definitiva lo que dice la Juez de instancia es correcto, es decir, que la parte demandada no ha alegado la imposibilidad de adquirir los bienes, y que el artículo 861 únicamente impone al heredero la obligación de dar su justa estimación para el caso de que no le fuera posible adquirir lo bienes objeto de legado, que no es el caso, sin perjuicio de lo previsto en la ley procesal para la ejecución forzosa de las obligaciones de hacer.

Y la demandada no dijo que le fuera imposible hacer entrega de los bienes, sino que dijo que no podía cumplir hasta que se realizara la liquidación de la sociedad de gananciales, es decir no cumple porque no están realizados los actos jurídicos que la propia obligada podía instar y obtener a su voluntad. Un símil adecuado de esta conducta es una persona que dice que desde la planta sexta no baja a la planta cuarta porque para eso primero tiene que bajar a la planta quinta, y porque el ascensor entre la planta sexta y quinta lo maneja el conserje, pero ni se mete en el ascensor, ni le dice al conserje que accione el ascensor para bajar, ni pulsa ella misma el botón, ni baja por las escaleras.

El Tribunal añade a todo ello que, en su caso, en ejecución de sentencia deberá valorarse la conducta previa de las partes en la fase declarativa del proceso, en el que por la actora se practicó prueba bastante para justificar la valoración de los bienes inmuebles objeto del legado, prueba que no fue impugnada de contrario, y sin que a instancia de la parte demandada se haya practicado prueba alguna tendente a desvirtuar las tasaciones aportadas de contrario o a acreditar un valor distinto de los bienes legados.

Debe en consecuencia desestimarse íntegramente el recurso y confirmarse la sentencia apelada.

QUINTO.- Al desestimarse el recurso de apelación procede hacer expresa imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada, conforme establece el artículo 398.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, declarando la pérdida del depósito constituido de conformidad con lo previsto en la Disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.





## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Doña Ana María , hoy sus herederos, Don Juan Ramón , Don Alejandro y Don Augusto , contra la sentencia de fecha 19 de marzo de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 11 de Las Palmas de Gran Canaria , en autos de Juicio Ordinario 847/2011, CONFIRMAMOS la expresada resolución, condenando a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada, y decretando la pérdida del depósito constituido.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán a Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales serán impugnables a través de los recursos regulados en los Capítulos IV y V, del Título IV, del Libro II, de la Ley 1/2000, cuando concurren los presupuestos allí exigidos, y previa consignación del depósito a que se refiere la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre que introduce la Disposición Adicional Decimoquinta en la LOPJ .

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CEJUD