



Roj: **SAP GC 2117/2015 - ECLI:ES:APGC:2015:2117**

Id Cendoj: **35016370042015100360**

Órgano: **Audiencia Provincial**

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

Sección: **4**

Fecha: **08/10/2015**

Nº de Recurso: **686/2013**

Nº de Resolución: **375/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA ELENA CORRAL LOSADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

SECCIÓN CUARTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 4ª)

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 42 99 00

Fax.: 928 42 97 74

Sección: M.E

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000686/2013

NIG: 3501642120110024062

Resolución: Sentencia 000375/2015

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0001846/2011-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 16 de Las Palmas de Gran Canaria

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Demandado Nicolasa Marta Jaen Martinez Agustin Daniel Quevedo Castellano

Testigo Zaida

Testigo Eduardo

Testigo Gervasio

Apelado Candida Antonio Aznar Domingo Maria Emma Crespo Ferrandiz

Apelado Martin

Apelante Martin Ana Cristina Mangas Moreno Agustin Daniel Quevedo Castellano

**SENTENCIA**

Ilmos. /as Sres. /as

SALA Presidente

D./Dª. EMMA GALCERÁN SOLSONA

Magistrados

D./Dª. MARÍA ELENA CORRAL LOSADA (Ponente)



D./D<sup>a</sup>. JESÚS ÁNGEL SUÁREZ RAMOS

En Las Palmas de Gran Canaria, a 8 de octubre de 2015.

En Las Palmas de Gran Canaria, a 8 de octubre de 2015.

VISTO, ante Sección Cuarta de la Audiencia Provincial, el recurso de apelación admitido a la parte Elegir párrafo, en los reseñados autos, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de fecha 24 de septiembre de 2013 , seguidos a instancia de D. /Dña. Candida representados por el Procurador D. /Dña. MARIA EMMA CRESPO FERRANDIZ y dirigidos por el Letrado D. /Dña. ANTONIO AZNAR DOMINGO, contra D. /Dña. Martin representados por el Procurador D. /Dña. AGUSTIN DANIEL QUEVEDO CASTELLANO y dirigidos por el Letrado D. /Dña. ANA CRISTINA MANGAS MORENO.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Fallo de la Sentencia apelada:

"Que estimando parcialmente la demanda formulada por la representación procesal de D<sup>a</sup> Candida debo de condenar y condeno a D. Martin a abonar a la actora el 50% de la cantidad de 156.262,60 euros es decir 78.131,30 euros, así como en dicha proporción el resto de rentas mensuales en la cantidad de 1.202,02 euros que se continuen devengando, sin perjuicio de la ulterior liquidación entre los dos coherederos, intereses legales, absolviendo a la demandada D<sup>a</sup> Nicolasa de las pretensiones deducidas en su contra, todo ello sin expresa condena en costas salvo las causadas a la demandada absuelta que se imponen al codemandado, por ser así de justicia."

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

TERCERO.- Se ha tramitado el presente recurso conforme a derecho, y observando las prescripciones legales. Es Ponente de la sentencia el Ilmo. /a. Sr. /a. D. /Dña. MARÍA ELENA CORRAL LOSADA, quien expresa el parecer de la Sala.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alzan ambas partes, la parte demandada en apelación y la parte actora impugnando la sentencia, contra la sentencia que estimó parcialmente la demanda formulada por Dña. Candida , condenando al demandado D. Martin a abonar a la actora el 50% de la cantidad de 156.262,60 euros así como en dicha proporción el resto de rentas mensuales en la cantidad de 1.202,02 euros que se continúen devengando, sin perjuicio de la ulterior liquidación entre los dos coherederos, intereses legales, absolviendo a la demandada Dña. Zaida de las pretensiones deducidas en su contra y condenando a D. Martin a pagar las costas de la demandada absuelta, dado que interesó su traída al juicio.

En el recurso de apelación de D. Martin se alega "falta de claridad y precisión", pretendiendo que no se había estado a los criterios de llamamiento a juicio establecidos en la sentencia de la sección 5<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Las Palmas (que entendió que no era apropiado demandar a la comunidad hereditaria sino que tenía que demandar a cada uno de sus miembros), pretendiendo que se ha incurrido en incongruencia al condenar a D. Martin a pagar el 50% de la cantidad reclamada en la demanda y no a la comunidad hereditaria (aun reconociendo que en la audiencia previa el letrado de la parte actora interesó la actualización de la cantidad reclamada para a continuación interesar la modificación del suplico en cuanto a que se proceda a condenar de manera exclusiva a D. Martin al 62% de la cantidad interesada inicialmente -a lo que se opuso D. Martin entendiéndolo que suponía una alteración sustancial del objeto del proceso, pero accedió el Juez-).

Alega también error en la valoración de la prueba, por entender que el juzgado erró al entender que había sido designado administrador de la herencia de D. Luis Carlos cuando lo fue de la renta vitalicia concedida a la actora y administrador de la esposa del citado testador, habiéndose firmado entre D. Martin y el hijo de la actora el 23 de marzo de 2002 "un documento por el que el hijo de la actora -Sr. Eduardo - asumía las facultades otorgadas al Sr. Martin en el testamento".

Entiende que también erró al entender que habían renunciado la totalidad de los legatarios a los derechos que en la misma correspondían puesto que el legado hecho a D. Camilo (el padre de D. Martin ) comprende 18 inmuebles y fue aceptado notarialmente el día 12 de junio de 2003, habiendo testado además D. Camilo ordenando que "la parte que le corresponda abonar de la pensión vitalicia establecida por D. Luis Carlos a favor de Dña. Candida , sea pagada por Dña. Nicolasa mientras subsista el usufructo que le lega", no consta que Dña. Zaida (hermana de D. Martin ) haya renunciado al legado del inmueble que le hizo D. Luis Carlos



, ni que el recurrente (D. Martín ) haya renunciado al legado que se le hizo de tres inmuebles, un coche y los muebles y enseres de la casa, haciéndose además un legado dinerario a favor de la parte actora al que entiende que ésta renunció, y habiendo renunciado a los legados el resto de los legatarios.

Pretende el recurrente que ha de ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 891 del Código Civil en el sentido de que dispone que "si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratarán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa".

Añade que la demandante había demandado a los herederos universales designados en el testamento, Dña. Zaida y D. Martín , excluyendo la figura del legatario D. Camilo , sin conocer su aceptación del legado y el contenido de su testamento, y que la actora reconocía "la toma de posesión -junto con el legado dinerario a favor de la actora en relación al cual ya hemos hecho mención anteriormente- de los legados a favor de los dos designados como herederos universales."

Niega que el recurrente haya realizado "continuos actos de administración" de la herencia y entiende que esa administración "se refiere de manera exclusiva al alquiler de la vivienda y la plaza de garaje ubicados en la CALLE000 , es decir, del alquiler que obtiene mi mandante del legado establecido a su favor", desde que "según establece el artículo 890 del Código Civil , "el heredero que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar a la herencia y aceptar el legado, o renunciar éste y aceptar aquélla", por lo que considera que cuando hace disposición de su legado, cuya posesión considera que le es entregada "por la propia parte actora, como se recoge en los documentos que, bajo los números uno y dos, se acompañan a la contestación de la demanda" no actúa como heredero y entiende que "no ha llevado a cabo a día de hoy, ningún acto que lo señale como heredero de la herencia de D. Luis Carlos " y que "de lo único que se le puede acusar a mi mandante respecto a la herencia de D. Luis Carlos , es de haber tomado posesión de su legado de manos de la propia parte actora".

Considera que el impago de la renta vitalicia es consecuencia directa del empeñamiento de la parte actora en no querer valorar todos los bienes que constituyen la herencia del Sr. Camilo como considera imponía la sentencia de 20 de abril de 2011 y el auto de 26 de septiembre de 2011 emitidos por la sección 5ª de la AP de las Palmas según los cuales para llevar a cabo la reclamación judicial la demandante debe cuantificar el valor de los bienes dejados en testamento, el valor de cuánto recibe cada beneficiario por el testamento (en concepto de heredero o legatario, igual es) y el porcentaje en el que cada uno de ellos debe contribuir al pago de la renta vitalicia no pagada hasta el momento, entendiendo que se trata de valoraciones de los bienes que la actora es plenamente consciente que tienen que llevarse a cabo para poder determinar la cuantía a abonarse mensualmente por cada uno de los integrantes de la herencia.

Entiende, sin concreción alguna sobre tal error, que el juez no ha apreciado y valorado adecuadamente la prueba documental presentada por la parte actora, e insiste que considera que la cantidad de dinero mensual que D. Martín tiene que abonar se determinará según las tasaciones que se practiquen de las fincas legadas conforme a lo pactado en el documento seis de la contestación a la demanda.

Alega el efecto de cosa juzgada de la sentencia y el auto dictados por la sección 5ª de la AP de Las Palmas entendiendo que debía la parte demandante haberse ajustado a la interpretación que de dichas resoluciones hace la parte recurrente, entendiendo que la sentencia dictada ha incurrido en violación del artículo 222 de la LEC en cuanto reconoce la vertiente positiva de la cosa juzgada.

Insiste de nuevo en sus alegaciones de la primera instancia: 1) Falta de legitimación pasiva del recurrente en cuanto su llamamiento al pleito en su cualidad de heredero, ya que a su entender debía habersele llamado como legatario pero no como heredero; 2) Falta de litisconsorcio pasivo necesario, por entender que debió llamarse al juicio a todos los legatarios (razón por la que solicitó se llamara a juicio a su madre, como obligada según el testamento de su padre, legatario de D. Eduvigio, a pagar la parte que correspondiera a ese legado de la pensión vitalicia reclamada).

Alega también error en la valoración de la prueba por no haber entendido la sentencia que el hijo de la actora había reconocido expresamente ser el administrador según el documento 6 de la contestación a la demanda, del legado dinerario y la renta vitalicia, aceptando reducir los importes a percibir por la renta vitalicia (que se expresó en el documento como "deuda mensual con D. Martín de 300,51 euros desde el día 1 de enero del 2002 hasta el momento del fallecimiento de la Sra. Candida ), cantidad que en la contestación a la demanda se solicitó se compensara con las cantidades que se le reclamaban, cuestión sobre la que además se omitió resolver en la sentencia, incurriéndose a su entender en incongruencia (entendiendo el recurrente que el artículo 408 de la LEC comporta que la parte actora podía haber controvertido la compensación alegada de conformidad con lo establecido en el mencionado artículo), incurriéndose también en incongruencia, a entender del recurrente, que considera que la alegación de racionalidad en cuanto a la oposición formulada debe ser contemplada y traducida por "una falta de imposición de los intereses a esta parte" remitiéndose al

hecho octavo de la contestación a la demanda, y "entendiendo que, en ningún caso, cabe la imposición de las costas procesales a esta parte, habiendo quedado de manifiesto su buena fe".

SEGUNDO.- Por su parte la demandante impugna la sentencia limitando su impugnación al pronunciamiento sobre costas de la primera instancia, que entiende debieron ser impuestas a D. Martin (pese a que la estimación fue parcial y no se ha recurrido ni impugnado la desestimación parcial de la demanda por la parte actora), solicitando además que se le impongan las costas de la impugnación de la sentencia a D. Martin .

TERCERO.- Son hechos de que debe partirse para la resolución del litigio, acreditados por la prueba documental practicada en juicio (al hilo de los cuales se irán insertando algunos razonamientos jurídicos relacionados con ellos), que no ha sido contradicha por otros medios de prueba -y por las testificales e interrogatorios de parte practicados- que:

D. Luis Carlos falleció el día 1 de enero de 2002 ascendiente ni descendientes sin hijos, viviendo su esposa (la aquí demandante) y parientes en la línea colateral (varios hermanos y sobrinos).

En el último testamento otorgado por D. Luis Carlos , el 26 de noviembre de 1999 ante el Notario D. Juan Alfonso Cabello Cascajo, D. Luis Carlos declaró, entre otras, las siguientes voluntades:

Como tercera disposición del testamento -la primera es la declaración de que está casado con la demandante sin ascendientes ni descendientes y la segunda que deja encomendado su entierro a la voluntad y conciencia de los herederos- se dice en él:

"Dada la incapacidad y minusvalía que padece su citada esposa, según Resolución de la Dirección General de Asuntos Sociales de la Viceconsejería de Asuntos Sociales, Consejería de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias, de fecha 21 de abril de 1999, establece el testador en favor de la misma, en pago de todos los derechos, acciones y participaciones que le puedan corresponder en ésta testamentaria, una renta vitalicia de DOSCIENTAS MIL (200.000) PESETAS (1.202,02 EUROS) mensuales, pagadera con cargo a la herencia, la cual será administrada por la persona que seguidamente se designará

Sin perjuicio de lo anterior, lega a su citada esposa todo el dinero y depósitos dinerarios existentes en las cuentas corrientes y/o libretas de ahorro abiertas a nombre del testador, con carácter indistinto o mancomunado, en la CAJA INSULAR DE AHORROS DE CANARIAS.

Dada la minusvalía e incapacidad que, como ha quedado expresado, padece su esposa, la cual no puede valerse por si misma, designa como ADMINISTRADOR de la misma, y en especial de la renta y legado dinerario antes establecido a su favor, con las más amplias facultades de administración que la Ley le otorgue, al sobrino del testador, D. Martin , quien queda especialmente facultado, dadas las circunstancias antes expresadas, para trasladar a su citada esposa a una Residencia Geriátrica o Centro de Tercera Edad, para que la atiendan y cuiden con arreglo a sus necesidades, sufragando, con cargo a las cantidades que a la misma le correspondan percibir, todos los gastos que se generen para su bienestar".

.A continuación ordena el testador los siguientes legados:

A su hermano D. Camilo (el padre del demandado y recurrente) 18 bienes, consistentes en 6 trozos de terreno, la planta baja de una casa en Las Palmas, una sexta parte indivisa de una casa en Santa Brígida, una quinta parte de un alpendre, 5 horas y 6 minutos de agua del Heredamiento de Fuente Morales, una décima parte de un estanque, una participación en la tubería de "Los Pepes", una séptima parte del pozo "Cercado del Molino", una mitad indivisa de otro estanque, casi cuatro horas de agua en el "Heredamiento del Bucio" (distribuidos por el día en que corresponde la dula) y una hora y veintiséis minutos de agua en el herdamiento de Briviesca.

A Dña. Zaida (hermana del demandado recurrente, demandada inicialmente en el procedimiento como coheredera y respecto de la que se desistió por haberse alcanzado un acuerdo con ella por la actora para que al menos pagara ella un 38% de la cantidad correspondiente a la renta vitalicia) un apartamento en Playa del Inglés, en el complejo " DIRECCION001 " .

Al demandado recurrente D. Martin : 1) El piso vivienda señalado con la letra NUM000 sito en la planta NUM001 de la CALLE000 NUM002 de Las Palmas; 2) La plaza de garaje NUM003 del mismo edificio y el vehículo automóvil propiedad del testador, matrícula HR-....-IS ; 3) Un trozo de terreno de labradío en la Vega de San Mateo de 19 áreas y 25 centiáreas.

A su hermano D. Eladio 1/6 de los Molinos de Gofio en Santa Brígida, un trozo de arrifes en Las Palmas y 17/ del pozo denominado " DIRECCION000 " en Santa Brígida.

A sus sobrinos, hijos de su hermano D. Nazario , por cuartas e iguales partes entre ellos, llamados D. Pedro Antonio , D. Armando , DÑA Zaira y D. Demetrio , un trozo de arrifes en Santa Brígida.



En el remanente de toda su herencia, instituye por sus únicos y universales herederos, a partes iguales entre sí, a sus dos sobrinos, el demandado recurrente y su hermana Dña. Zaida . Es decir, que no se distribuyó toda la herencia en legados, por lo que no es de aplicación el artículo 891 del CC que con tanta insistencia invoca el demandado, precepto que además se refiere al pago de las deudas y gravámenes de la herencia, no al de los legados ya que para éstos el art. 887 del CC establece con claridad un orden de pago y sólo los del apartado 6º se verán afectados por el reparto a prorrata de las deudas y gravámenes y los gastos de la herencia y si no los hubiera se verían afectados sucesivamente los legados de los números 5º, 4º, 3º, 2º y sólo el último lugar el 1º (es decir: los aquí demandados no podían siquiera recibir sus legados hasta tanto no se hubiera pagado el legado remuneratorio establecido a favor de la viuda).

Es voluntad del testador que en caso de haber incurrido en algún supuesto de preterición, errónea o intencional, total o parcial, el preterido o preteridos no tengan derecho sino a la legítima estricta más reducida que en Derecho corresponda.

Nombró albacea, comisario, contador-partidor, con las más amplias facultades y la específica de entrega delegados, prorogándole el plazo legal de este encargo de confianza por dos años más a contar del fallecimiento del testador o de su esposa, si ésta le sobrevive, a D. Gervasio " .

La demandante tiene derecho legitimario al usufructo de dos tercios de la herencia ( art. 838 del CC ), derecho al que no ha renunciado y al que los legados pretendían dar cumplimiento, si bien si no alcanzaran a cubrir dicho derecho tendría derecho a la legítima estricta más reducida que en Derecho corresponda, es decir, esos 2/3 del usufructo de la herencia, disponiendo el artículo 839 del CC que mientras no se haya satisfecho al cónyuge su parte de usufructo estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge. Además de ello conviene significar que los únicos legados remuneratorios de la herencia (fijado para el pago en todo o en parte del derecho de usufructo viudal) son los otorgados a favor de la aquí demandante Dña. Candida , por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 887 del Código Civil en todo caso debió pagarse en primer lugar el legado aquí reclamado, sin que se comparta por la Sala la insistente alegación del recurrente de que para el pago del legado remuneratorio fuera necesario conocer el valor de los demás legados de cosa cierta y determinada u otros legados.

El albacea, comisario y contador partidor renunció a dicho cargo al poco tiempo de conocer el contenido del testamento, por lo que dicho albacea no llegó nunca a entregar legado alguno.

Todos los legatarios renunciaron a sus respectivos legados salvo el padre de los dos demandados iniciales en este procedimiento (el recurrente D. Martín y su hermana Zaida ), dichos dos demandados iniciales y la propia demandante. Dichos legados acrecieron a la herencia ( artículo 888 CC ), y de ellos en consecuencia son herederos, en caso de entenderse aceptada la herencia, los dos herederos designados en el testamento por iguales partes, que bien pudieron vender los bienes legados que habían sido renunciados para dar cumplimiento al legado aquí reclamado.

El demandado D. Martín , designado heredero en el testamento, tomó posesión por sí mismo del legado hecho por el difunto D. Luis Carlos a su favor (es decir, se "autoentregó" el legado sin cumplir primero el legado remuneratorio, legado que no le entregó su hermana ni el albacea, por lo que el solo hecho de la "autoentrega" del legado supuso su aceptación de la herencia ya que conforme a lo dispuesto en el art. 885 del Código Civil el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero -y así lo hizo, contó con su propia voluntad ya que recibió las llaves de los inmuebles de la aquí demandante como heredero, no como legatario y sin que ninguna otra persona se lo entregara, se adjudicó a sí mismo el legado-, y conforme al 911 CC en el caso de no haber el albacea aceptado el cargo corresponderá a los herederos la ejecución de la voluntad del testador).

La demandada Dña. Zaida , hermana del recurrente, tomó posesión también por sí misma, "autoentregándose" en su condición de heredera, del apartamento que se le había legado en DIRECCION001 (por lo que también se debe entender que con ello aceptó la herencia).

El demandado D. Martín -no consta que lo hiciera también Dña. Zaida , pero es muy posible que así fuera porque ha aceptado su obligación de contribuir al pago de la pensión vitalicia en un 38% de su importe y viene disfrutando del apartamento de playa del Inglés- también tomó posesión por sí mismo, una vez fallecido su padre, de parte de los bienes comprendidos en el legado que D. Luis Carlos había hecho a favor de su padre y que éste en su testamento a su vez le legó. Y en efecto, D. Martín que había negado poseer una finca de plátanos de la herencia de su tío Luis Carlos reconoció más adelante que su padre había aceptado el legado en documento público (el documento de 12 de junio de 2003, simultáneo al otorgamiento de testamento por el aceptante del legado que, sin embargo, manifestó no haberlo aún recibido de los herederos de D. Luis Carlos , diciendo en su testamento que los legaba al recurrente D. Martín "sólo para el caso de que el testador hubiera consolidado antes de su fallecimiento, la adquisición del pleno dominio de los bienes legados a su favor en el





testamento otorgado por su hermano D. Luis Carlos "), y manifestó que era propietario de una finca de plátanos y elementos accesorios (de agua, riego,...) procedentes de la herencia de D. Luis Carlos pero heredada no de D. Luis Carlos sino de su padre. De esa finca no consta que llegara a tomar posesión el padre del recurrente, pero lo cierto es que éste sí tiene su posesión y la tiene en explotación y se dice su dueño, por lo que debe entenderse acreditado que en la condición de heredero de D. Luis Carlos bien entregó el legado a su padre D. Camilo entre el día 12 de junio de 2003 y el de su fallecimiento (lo que comporta la aceptación tácita de la herencia, al ser la puesta en posesión del legado de su padre -a éste ante de fallecer o a sí mismo fallecido éste- un acto que no habría tenido derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero - art. 999 del C.C., que además ha de interpretarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1005 del CC, en el artículo 1014 del CC y en el artículo 1016 del CC -) bien se autoentregó a sí mismo los bienes del legado tras el fallecimiento de su padre.

Es también acto que comporta la aceptación tácita de la herencia por el demandado recurrente la firma del documento suscrito entre él y el hijo de la demandante (que manifestó que los firmó para que el demandado desbloqueara la cuenta de su madre e hiciera lo necesario para pagar la pensión vitalicia -lo que no se ha cumplido hasta ahora por él demandado, manifestación completamente creíble dado que en su condición de administrador de los legados hechos a la viuda pudo perfectamente impedir el acceso de ésta a sus propias cuentas comunes con las del fallecido y sólo esa justificación se encuentra a que lo único que sacara ganando Dña. Candida en ese documento es que D. Martin "renunciara" a administrar sus legados-) fechado el 23 de marzo de 2002. En ese documento el demandado recurrente manifiesta "renunciar a la administración de la renta vitalicia y el legado dinerario establecidos a favor de Dña. Candida ", se compromete a la viuda a entregar cantidades en concepto de renta de la vivienda al recurrente demandado, renuncia la viuda a la mitad ganancial que legalmente le corresponde de las cantidades que a fecha del fallecimiento de D. Luis Carlos estuvieran devengadas pero no hubieran sido cobradas al día del fallecimiento en favor de D. Martin (obviamente actuando en su condición de heredero de D. Luis Carlos y acreciendo esas cantidades a la masa hereditaria de D. Luis Carlos en tanto sólo en ese concepto podría "renunciarse en favor" de alguien una participación en una comunidad, en favor de los otros partícipes en este caso la herencia de D. Luis Carlos - art. 981 del CC en relación con el art. 406 del CC -), e incluso, de modo claramente abusivo ante la posición de debilidad de la viuda de D. Luis Carlos que precisaba el pago de la pensión vitalicia para su sostenimiento y precisaba acceder a su propio dinero ganancial (y que tenía además derecho legitimario al usufructo de un tercio de la total herencia) llegó a forzar que se incluyera en el citado documento un reconocimiento de una deuda inexistente pretendiendo de un lado imponer una reducción de la pensión vitalicia a que tenía derecho Dña. Candida pero de otro lado disfrazar esa pretendida "condonación" de una cuarta parte de la pensión vitalicia en 300,51 euros como un derecho reconocido no a favor de la herencia sino a su exclusivo favor, plasmándolo como un "reconocimiento de deuda mensual con D. Martin " hasta su fallecimiento, cuando dicha manifestación era falsa y ninguna obligación vitalicia tenía Dña. Candida con D. Martin de pagarle esa cantidad (razón por la cual, como luego se razonará, no procede "compensación" alguna de esos 300,51 euros, desde que ninguna deuda de tal naturaleza tenía la viuda con el demandado recurrente, sin que la misma haya nacido por un pretendido reconocimiento abstracto de una obligación inexistente -que carece por completo de causa jurídica-). Pero en todo caso, la entrega de las llaves de la vivienda y del garage y el compromiso de pago de rentas y la renuncia a ejercitar acciones por el carácter ganancial del dinero las cuentas se hicieron al demandado en su carácter de heredero y no de legatario y por tanto en beneficio de la herencia (y éste al recibirlas las recibió como heredero, puesto que como legatario tenía prohibido ocupar el legado sin que le hubiera sido entregado por un heredero -y no lo era la viuda de D. Luis Carlos )

Lo cierto es que el demandado como se ha dicho se hizo entrega a sí mismo de los legados, tomó posesión del legado hecho a favor del hermano de D. Luis Carlos , su padre, sin que conste si se lo llegó a entregar antes de su fallecimiento o tomó de nuevo por sí posesión de los bienes legados por D. Luis Carlos a su padre, y viene explotando económicamente los bienes legados, tanto los recibidos directamente como legatario de D. Luis Carlos como los legados a su padre, hermano de D. Luis Carlos , pero siguió sin cumplir y pagar el legado de la viuda que, como se ha dicho, era preferente en el orden de pago. Y ello obligó a la viuda, ante las reiteradas manifestaciones del demandado y de la hermana del demandado sobre que no habían aceptado la herencia, a formular demanda reclamando el cumplimiento del legado.

La demanda reclamando la entrega del legado se hizo a la "comunidad hereditaria" (en cuanto herencia que aún no constaba aceptada formalmente por nadie, es decir, herencia yacente que en el momento de la aceptación por algún heredero dejaría de serlo). Se repartió al Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Las Palmas, ante él que compareció el aquí demandado recurrente alegando que "no existe comunidad hereditaria" pese a que pretendía no ser él mismo heredero por no haber aceptado la herencia; en dicho juicio finalmente dictó el Juzgado de Primera Instancia sentencia el 15 de enero de 2009 (juicio ordinario 1689/2007) que estimó parcialmente la demanda por entender reclamada una cantidad periódica y no el legado y que sólo habría de



condenarse a la comunidad hereditaria al pago de las rentas vencidas en los 5 años anteriores a la presentación de la demanda más 13 meses de tramitación del procedimiento, aceptando la excepción de prescripción de la deuda opuesta por el aquí demandado y recurrente.

La sentencia anteriormente referida se apeló por el aquí demandado recurrente y dió lugar a la sentencia de la sección 5ª de la AP de Las Palmas de 20 de abril de 2011 dictada en el rollo de apelación 694/2009 , sentencia que revocó la sentencia de primera instancia y dictó una sentencia absolutoria de la instancia al apreciar litisconsorcio pasivo necesario (y no tanto por el valor de los legados, contra lo que pretende la parte demandada recurrente en este litigio, sino "por la existencia de una heredera universal que no ha sido ni citada ni oída en el proceso, que se vería directamente afectada por el resultado del mismo dependiendo de la aceptación o no de los legados. Si los legatarios no aceptasen los legados, éstos se refundirían en la masa de la herencia, según el contenido del artículo 888 del Código civil y con ello se acrecentarían las propiedades de los herederos y sus obligaciones respecto a la renta vitalicia"), resaltando la Audiencia que no ha sido probado que no existe remanente en la herencia, ni consta de modo fehaciente que la otra heredera había aceptado el legado -conocimiento fehaciente, aunque señala que parecía que sí lo había hecho-.

En cualquier caso se significa desde este mismo momento que la sentencia dictada por la sección 5ª de la AP de Las Palmas es sentencia absolutoria de la instancia, que ningún efecto positivo de cosa juzgada material tiene y cuyos razonamientos sobre el fondo del asunto no tienen por qué ser compartidos por esta Sala ni esta Sala se encuentra vinculada por ellos (ni tampoco, obviamente, por los de la sentencia de primera instancia del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Las Palmas). En particular la Sala es libre para concluir, al valorar la prueba, como lo ha hecho, que los dos herederos han aceptado cuando menos tácitamente la herencia; lo es para concluir, como también lo ha hecho, que existe remanente de la herencia (cuando menos los bienes legados a otros parientes que han repudiado sus legados); y lo es para concluir, como también lo hará y se razonará más adelante, que los legatarios en cuanto legatarios no tienen obligación alguna de pago del legado de la viuda ya que son los herederos los que tienen la responsabilidad de pagar los legados por su orden entregando y pagando en todo caso en primer lugar el legado remuneratorio a favor de la viuda y no pudiendo hacer entrega de legado alguno sin haber pagado -o asegurado el pago periódico de la renta vitalicia hasta el fallecimiento de la demandante- dicho legado. Es decir, los demás legatarios simplemente no recibirán el legado -o se disminuirá su valor, pero no el de la viuda- hasta que la viuda haya cobrado. Y si los herederos incumplen esta obligación, al hacerse pago a sí mismos de los legados a su favor sin haber pagado a la viuda, habrán de responder ante la legataria del legado remuneratorio por el incumplimiento de la obligación de pagar los legados por su orden como tales herederos que sustituyen al causante frente a ella - y en su caso reclamarse reciprocamente, o a sí mismos, la devolución de los legados de que indebidamente se apoderaron o la indemnización de su valor, sin que ello pueda oponerse a la viuda-. Y en todo caso, el auto de aclaración dictado por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial dejaba claro que en todo caso habría de demandar a los dos herederos "y de los legatarios a los que hayan admitido el legado", y así se ha hecho por la demandante desde que no era necesario demandar a ningún otro legatario cuando ninguno de ellos tenía derecho a recibir su legado sin que previamente se hiciera pago del legado remuneratorio que pretendía dar cumplimiento, además, al derecho a la legítima de la única legitimaria forzosa del causante D. Luis Carlos . A mayor abundamiento eran los demandados inicialmente por Dña. Candida en este litigio (los hermanos Martin Zaida ) los herederos del único legatario distinto a los litigantes que había hecho aceptación del legado, habiéndolos repudiado los restantes legatarios, por lo que la litis en este caso está perfectamente constituida-.

Tras el dictado de la anterior sentencia absolutoria de la instancia, el día 13 de diciembre de 2011 la viuda de nuevo formuló demanda contra D. Martin y DÑA. Zaida (la demanda que ha dado lugar a este procedimiento) reclamando 131.020,18 euros de principal, más intereses, gastos y costas procesales. La demanda la dirigió sólo contra ellos al razonar que el único legatario que no le constaba que hubiera repudiado el legado -y tampoco le constaba su aceptación, como luego se dirá- era D. Camilo y en todo caso siendo sus dos herederos universales dichos dos hermanos Zaida Martin , la comunidad hereditaria a la fecha actual estaba formada sólo por la demandante y dichos dos hermanos. En dicha demanda además se aceptaba que se consideraran prescritas las rentas devengadas con anterioridad a los 5 años previos a la formulación de la demanda que dió lugar al proceso seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Las Palmas por lo que reclamaba las mensualidades devengadas desde diciembre de 2002 hasta diciembre de 2011 en que se presentaba la demanda rectora del presente procedimiento, ascendentes a 131.020,18 euros a razón de 1202,02 euros mensuales, sin perjuicio de las mensualidades que vayan venciendo durante la tramitación del procedimiento (es decir, desde enero de 2012 en adelante), cuyo pago también se reclama.

Presentada la demanda Dña. Zaida llegó a un acuerdo con la parte demandante en la que reconoció que se adeudaba a la viuda la renta vitalicia mensual de 1202,02 euros desde diciembre de 2002 hasta junio de 2012 y como partícipe en la herencia de D. Luis Carlos que había sido beneficiada por dicha herencia en una proporción que entendía del 38% de los bienes dejados por dicho causante se allanaba parcialmente a la



demanda en la cantidad reclamada en esa proporción, pactando las partes que D<sup>ÑA</sup>. Zaida estaría obligada a pagar la cantidad correspondiente al 38% de la renta debida (que suponía hasta junio de 2012 la cantidad de 52.528,27 euros) en su condición de coheredera y que en atención a la voluntad de pagar de D<sup>ña</sup>. Zaida y del pago que efectivamente hacía en el acto D<sup>ña</sup>. Candida le hacía una quita de 14.528,27 euros de modo que D<sup>ÑA</sup> Zaida pagó 38.000 euros y las partes pactaron que efectuado ese pago D<sup>ña</sup>. Candida retiraría la demanda contra D<sup>ña</sup>. Zaida sin perjuicio de continuar dicho procedimiento judicial contra el otro heredero (calculando las partes que la participación de d<sup>ña</sup> Zaida en la carga es del 38% al ser ese el porcentaje de la herencia que estima le ha correspondido a ella -e implícitamente se entiende que el 62% restante le correspondería a D. Martin -).

En consecuencia con lo pactado con D<sup>ÑA</sup>. Zaida una vez cobrada la cantidad referida la demandante retiró la demanda formulada contra ella, desistiendo respecto al 38% de la renta reclamada y manteniendo la reclamación contra D. Martin por el 62% restante). D<sup>ña</sup>. Zaida se mostró conforme con el desistimiento de la actora y el sobreseimiento de las actuaciones.

Celebrada sesión de audiencia previa el 22 de octubre de 2012 D. Martin en ella alegó lo recogido en su escrito obrante a los folios 237 y siguientes, en particular que los acuerdos a los que pudieran haber llegado D<sup>ÑA</sup>. Zaida y la demandante no le vinculaban, así como litisconsorcio pasivo necesario de la viuda de su padre, D<sup>ÑA</sup>. Nicolasa viuda de D. Camilo desde que la misma es usufructuaria de la herencia de D. Camilo y en el testamento de éste se le hacer responsable de la parte que corresponda pagar a la actora por el legado recibido por D. Martin de D. Luis Carlos . Alegó además que a su entender la única heredera reconocida como tal de la herencia de D. Luis Carlos era D<sup>ÑA</sup>. Zaida , que sería legalmente responsable a su entender del pago que corresponde a los herederos en caso de no aceptación de la herencia por el otro codemandado "y que entendemos vinculada a la deuda según el porcentaje que legalmente le corresponda (independientemente de que la actora esté en su derecho de reducirle voluntariamente la parte que decida)". Alegó en la sesión de la audiencia previa que se alteraba sustancialmente la demanda por el mantenimiento de la demanda sólo contra D. Martin en reclamación del 62% de la cantidad reclamada, por lo que el juez a quo no admitió la reducción de la reclamación al 62% sino que entendió retirada la demanda respecto a D<sup>ÑA</sup>. Zaida y admitió su continuación respecto a D. Martin .

En la audiencia previa el juez aceptó, dado lo acaecido en el litigio anterior, que se llamara a juicio por litisconsorcio pasivo necesario a la madre de D<sup>ÑA</sup>. Zaida y D. Martin y no aceptó la introducción ex novo de litisconsorcio pasivo necesario de D<sup>ÑA</sup>. Zaida hecha en la audiencia previa. Advirtió a la parte demandada que sólo se admitía para evitar una posible defectuosa constitución de la litis y que ya se vería en la resolución de fondo si procedía traer o no al litigio a la esposa del legatario y que en caso de ser absuelta correría con las costas la parte demandada que había provocado su llamada al litigio. La parte actora incluso aceptó que si S.S<sup>a</sup> consideraba que debía seguir el litigio por litisconsorcio pasivo necesario también contra D<sup>ÑA</sup>. Zaida en rebeldía, no tenía oposición a ello, rechazándolo el juez de primera instancia.

Suspendida dicha audiencia previa, se dió traslado de la demanda a la madre del demandado, ésta la contestó (con representación designada por el aquí demandado recurrente que la representó para el otorgamiento del poder) y se señaló y practicó nueva audiencia previa en la que se declaró qué pruebas propuestas eran pertinentes y se acordó lo necesario para su práctica, celebrándose ulteriormente el juicio.

La sentencia recurrida en alzada razonó con total claridad que el legado se adquiere ipso iure pero el legatario no tiene derecho a ocupar por sí mismo la cosa legada, razonó que el demandado y su hermana habían aceptado tácitamente la herencia, razonó igualmente que no puede esgrimirse como obstáculo para el pago de la renta la falta de cuantificación y valoración de los bienes de la herencia pues la misma corresponde realizarla a los herederos y cuando además en el caso del coheredero se encuentra en posesión de los bienes de la herencia, sin que pueda perjudicar a la legataria la falta de actuación en dicho sentido de los herederos o de acuerdo entre los mismos. Añadió que no son en todo caso válidos y vinculantes para la actora por un lado ni para el coobligado al pago los porcentajes del 62% t 38% de participación en la herencia, que pactó la actora con la otra coheredera en escritura de fecha 13 de julio de 2012 a cuya consecuencia renunció la actora a continuar la demanda contra la misma pues dicho pacto no obliga ni puede perjudicar a tercero ajeno al mismo como resulta ser en este caso el coheredero demandado, y que habiéndose renunciado por la actora a la acción dirigida inicialmente contra la coheredera, al coheredero contra el que se sostiene la demanda no puede imponérsele, por las razones expuestas, más del 50% del importe debido en concepto de legado monetario. Razonó igualmente que procedía absolverse a la madre del coheredero traída a juicio al no reclamarse contra ella cantidad alguna, por lo que, en suma, condenó al demandado aquí recurrente al pago del 50% de la pensión mensual de 1202,02 euros devengada desde el mes de diciembre de 2002, sin perjuicio de la ulterior liquidación entre los dos coherederos y al pago de las costas causadas por la llamada a juicio de





su madre por la estimación de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario alegada, sin imponer las costas de la primera instancia a la parte demandada por haber sido la estimación de la demanda parcial.

CUARTO.- Entrando a conocer en primer lugar de la impugnación de la sentencia formulada por la parte demandante que considera que debió imponerse las costas causadas por la demanda al demandado por entender que la estimación podía considerarse sustancial y que concurría mala fé procesal en el demandado.

Desde que en la audiencia previa se sostuvo la demanda por el 100% de la pensión contra el recurrente demandado ante la inadmisión por el Juzgador de variación de la pretensión reduciéndola al 62% de la pensión devengada, no cabe duda de que la estimación de la demanda fue parcial y que en consecuencia por el criterio del vencimiento no procedía hacer imposición de las costas causadas en la primera instancia del litigio a D. Martin . Es más, incluso si se hubiera aceptado la reducción al 62% de la pensión la estimación habría sido parcial puesto que se condenó a pagar el 50%.

Pero por otra parte la Sala entiende que si bien no puede llegar a calificarse de mala fé procesal o temeridad la actuación del demandado en la primera instancia, no lo es tanto por su actitud procesal -con posición ambivalente en cuanto a su condición de heredero y a los bienes de su tío de que estaba en posesión, incluida la negación inicial de posesión de finca de plátanos de la herencia de su tío solo admitida posteriormente en su declaración cuando se vió obligado a aclarar que esa finca la entendía adquirida por herencia de su padre, utilizando maniobras dilatorias y obstaculizando el pago del legado remuneratorio y preferente de la viuda que tenía que haber sido pagado antes de que él y su hermana tomaran posesión de los legados de cosas específicas hechos a su favor- como porque la sentencia absolutoria de la instancia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas apreciando litisconsorcio pasivo necesario por falta de la personación en juicio de la otra heredera e insinuando la posible necesidad de llamamiento a juicio de los legatarios favoreció que incluso por el Juzgado se tuviera especial cautela sobre la tramitación y se admitiera un litisconsorcio pasivo necesario dirigido contra la viuda de un legatario contra la que ni siquiera se formulaba pretensión de pago.

En suma, no declaramos la mala fé procesal y temeridad del demandado pero reconocemos que concurrían dudas de hecho sobre la concurrencia de esa mala fé y temeridad y en consecuencia mantenemos la no imposición de las costas de la primera instancia a D. Martin pero entendemos que no procede imponer las de la alzada, por la concurrencia de las dudas de hecho referidas, a DÑA. Candida . Todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la LEC .

QUINTO.- Entrando en las alegaciones del recurso de apelación, debemos comenzar por razón lógica y de orden con la alegación de litisconsorcio pasivo necesario.

Respecto al litisconsorcio pasivo necesario alegado en relación a que no se demandara por la parte actora a la viuda del legatario de algunos de los bienes, la madre de los demandados iniciales en el proceso, la Sala comparte los argumentos desestimatorios hechos en la sentencia de instancia a los que ha de añadirse que esta Sala comparte la doctrina sentada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial en la sentencia absolutoria de la instancia dictada en el previo litigio seguido entre las partes salvo en cuanto al necesario llamamiento a juicio de la coheredera de D. Luis Carlos (con las matizaciones que luego haremos a la vista del allanamiento extrajudicial realizado por ella, del acuerdo de pago del 38% de la renta vitalicia y del acuerdo de renunciar respecto a ella acordado entre la actora y dicha coheredera), pero no respecto al llamamiento a juicio de los legatarios.

Ello en primer lugar porque los obligados a entregar y pagar los legados son los herederos, no los legatarios si bien pueda acaecer que por el cumplimiento del orden de pago señalado en la ley o en el testamento para los legados otros legatarios puedan ver reducido su derecho.

Pero ello no comporta que deban ser parte en el litigio de reclamación del cumplimiento de legado de otras personas, sino sólo que si el heredero al hacer entrega de otros legados no ha respetado el orden de pagos de legados y por ello (no porque no quedaran bienes siguiendo el orden de pago establecido) no se le puede entregar su legado, en ese caso pueda reclamar indemnización de los daños y perjuicios causados al heredero -o albacea en su caso- que incumplió la obligación de respetar el orden de pago de legados. Esta Sala considera que la reclamación de un legado (y no otra es la acción que se formula en este procedimiento) es acción que ha de dirigirse contra los herederos que son los obligados a entregar TODOS los legados a los legatarios por su orden. Y es por ello que el artículo 1031 del Código Civil dispone que "no alcanzando los bienes hereditarios para el pago de las deudas y legados, el administrador dará cuenta de su administración a los acreedores y legatarios que no hubiesen cobrado por completo, y será responsable de los perjuicios causados a la herencia por culpa o negligencia suya" y el artículo 1032 del mismo cuerpo legal que "pagados los acreedores y legatarios, quedará el heredero en el pleno goce del remanente de la herencia".



Pero en segundo lugar porque además en el caso que nos ocupa la única legataria de legado remuneratorio es la demandante, por lo que el pago de su legado por los herederos necesariamente tendría que ser el primero conforme a lo dispuesto por el art. 887 CC, no encontrándose razón alguna en que los que manifiestamente son posteriores en el orden de entrega de legados hayan de ser demandados. Sin que sea de aplicación el artículo 1025 del Código civil desde que teniendo como tenían los herederos los bienes objeto de sus legados en su poder desde el año 2002, si hubieran querido utilizar el beneficio de inventario o el derecho de deliberar deberían haberlo manifestado al juez competente para conocer de la testamentaria en los diez días siguientes al en que supiere ser tal heredero (o todo lo más 30 días si reside fuera del lugar donde falleció el causante), lo que no consta se hiciera por ninguno de los herederos ni con citación de los legatarios ni sin ella ( artículo 1024 del CC ). En suma, no habiéndose hecho uso del beneficio de inventario por los herederos, no es de aplicación el artículo 1025 del CC sino que los legatarios podrán reclamar el cumplimiento de los legados al administrador de la herencia si lo hubiere o a los herederos si no lo hubiere. Del mismo modo que el administrador ha de pagar por su orden a los acreedores si no existe juicio pendiente entre ellos sobre la preferencia de sus créditos ( art. 1028 CC ), ha de pagar, una vez pagados los acreedores, por su orden a los legatarios ( art. 1027 del CC en relación con el art. 887 del mismo CC ), cuando ni siquiera existe tampoco juicio pendiente sobre la preferencia de los legados.

A ello ha de añadirse en tercer lugar que fueron renunciados muchos de esos legados, que los restantes legatarios que aceptaron sus legados son precisamente los hermanos Zaida Martín que fueron designados coherederos en el testamento tanto de D. Luis Carlos como de su fallecido padre, sin que la madre de los litigantes haya adquirido los bienes legados en la herencia de su esposo y sin que el hecho de que el legatario fallecido pretenda atribuir a la viuda en su testamento la obligación de contribución, en su caso, al legado de la actora, sea oponible a la aquí demandante, siendo los herederos de D. Camilo los que han de tomar la eventual posición de sucesores universales del legatario de D. Luis Carlos, de D. Camilo.

En suma, debe confirmarse la desestimación de la excepción de litisconsorcio pasivo-necesario alegada (máxime cuando ni siquiera se formulaba pretensión alguna formalmente a la madre del demandado y sólo se la trajo al proceso para evitar una eventual imposibilidad de dictado de la sentencia por no haberla oído en el procedimiento).

SEXTO.- Podría tener mayor razón el recurrente en la alegación de que al renunciarse al ejercicio de la acción contra DÑA. Zaida se reiteraba la situación de litisconsorcio pasivo-necesario que se había apreciado en la sentencia de la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas en el procedimiento antecedente.

Y decimos que podría tener mayor razón de modo abstracto, porque lo que el demandado apelante olvida es que la institución del litisconsorcio pasivo necesario tiene por finalidad la tutela de los derechos fundamentales de audiencia y defensa en juicio de las personas que debieron haber sido demandadas y en consecuencia oídas en el litigio y no lo fueron. La vulneración de derechos fundamentales del artículo 24 de la CE que provoca el acogimiento -incluso de oficio- de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario no se produce ni se podía producir en este procedimiento en el que: 1) Dña. Zaida fue demandada (y lo fue también el recurrente en apelación), pretendiendo que se le condenara en su condición de heredera de D. Luis Carlos; 2) DÑA. Zaida defendió sus derechos, negoció con la parte actora y pactó con ella precisamente lo que ha acaecido: que pagaría el 38% de la pensión vitalicia establecida en el testamento -que era la proporción que entendía debía abonar en relación al valor que recibió de los bienes de la herencia- con la concesión de una quita sobre la cantidad ya devengada y que como consecuencia de ello la demandante retiraría la demanda contra ella; 3) Su representación procesal, oída sobre el desistimiento -que el juez de instancia incluso calificó como renuncia de derechos- de las acciones por parte de la parte actora sobre la base del acuerdo alcanzado en escritura pública se mostró conforme con el sobreseimiento del procedimiento respecto a ella.

Es decir, la demandada DÑA. Zaida ha sido oída en el proceso y ha dispuesto -es cierto que extraprocesalmente pero con efectos en el proceso- sobre su defensa y representación en el proceso y negociado con éxito con la actora sobre la parte de la pensión que había de pagar. Ninguna vulneración de sus derechos fundamentales se produce con ello (y no puede alegarse la supuesta -inexistente- indefensión de DÑA. Zaida por el demandado recurrente, que ha permanecido defendido y oído en todo momento en el proceso, sin perjuicio de que tenga derecho, como se le reconoce en la sentencia de instancia, a que los pactos entre la actora y la inicial codemandada no produzcan efectos que le alcancen). Tampoco se produce ruptura de la continencia de la causa por la continuación del juicio sólo contra él que no llegó a acuerdo alguno de pago.

Y ello porque el objeto del litigio es la demanda de entrega del legado y porque en el testamento de D. Luis Carlos se establecía con claridad que la institución de herederos de DÑA. Zaida y D. Martín lo era sobre el remanente de la herencia "a partes iguales entre sí" por lo que cualquier sentencia que en lugar de condenarle solidariamente con su hermana al pago del 100% del legado le condene -como lo hizo la de instancia- al pago del 50% del legado -y lo hace con fundamento precisamente en que el pacto hecho entre la actora y DÑA. Zaida



no es oponible a D. Martin - únicamente cumple la voluntad del causante. Por otra parte incluso si se hubiere considerado que la obligación era solidaria de ambos herederos al 100% como inicialmente se planteó el litigio, la solidaridad beneficiaría al acreedor que podría libremente dirigir su acción contra cualquiera de los obligados sin que el coobligado solidario pueda invocar litisconsorcio pasivo necesario por que no se haya demandado al otro obligado solidario, como ha reiterado hasta la saciedad la Sala Primera del Tribunal Supremo. Si finalmente es condenado sólo al pago del 50% del legado (que sería en principio el resultado de la liquidación de las relaciones internas entre los eventuales obligados solidarios si se entendiera la obligación solidaria y que sería también el resultado de la obligación que tendría en el caso de que se entendiera la obligación mancomunada por haber instituido a los hermanos Zaida Martin el causante como herederos por iguales partes), en un litigio en el que como se ha dicho ha sido oída DÑA. Zaida , ninguna situación de litisconsorcio pasivo- necesario impeditiva de la resolución del litigio cabe apreciar.

Se desestima pues en consecuencia también este motivo de apelación.

SÉPTIMO.- En cuanto al error en la valoración de la prueba alegado, resulta irrelevante que en la sentencia se afirme que el apelante D. Martin había sido designado administrador de la herencia desde que no existiendo administrador de la herencia ni albacea al haber renunciado al cargo el designado como tal, las funciones de administración de la herencia corresponden a los herederos, y muy particularmente las de cumplimiento y entrega de los legados.

Sí es cierto, como se alega en el recurso, que fue designado administrador de la renta vitalicia y el legado dinerario concedido a la actora en el testamento y que durante el periodo en que mantuvo ese cargo fue desleal al mismo e incumplió la voluntad del testador desde que de la declaración del hijo de la actora resulta que bloqueó las cuentas de que era titular la demandante, que no hizo pago alguno de la pensión vitalicia a la viuda ni al principio, ni después y que el único uso que hizo de tal cargo fue torticero y contrario a la voluntad del causante al utilizarlo como instrumento de coacción y moneda de cambio para que la viuda pudiera acceder a los bienes a que tenía derecho ya que el "precio" que cobró a la viuda discapacitada con invalidez física de un 83% por "renunciar" a administrar los legados que a la viuda dejó el causante fue el reconocimiento de derecho de la viuda a su favor como heredero (renuncia de derechos de la viuda, renuncia al cobro de posibles cantidades que le correspondieran por liquidación de la sociedad de gananciales, asunción de obligación del pago de una renta por el tiempo de permanencia en la vivienda familiar -vivienda que no se olvide, estaba afecta al pago de la parte de usufructo que correspondía al cónyuge hasta que se hubiera satisfecho a la viuda su parte de usufructo de 2/3 de la herencia-..) e incluso para hacerle formular una declaración de reconocimiento de una obligación durante toda su vida de pagar 300 euros a D. Martin pese a conocer ambas partes en el contrato que no existía el supuesto "derecho" reconocido.

Es irrelevante también el que en la sentencia se diga que habían renunciado a los legados todos menos la demandante y los dos demandados puesto que si bien es cierto que D. Camilo había aceptado los legados que le hizo Luis Carlos , como se ha dicho los herederos de D. Camilo eran los dos demandados y D. Camilo no estaba obligado a la entrega del legado sino los herederos de D. Luis Carlos , como se razonó en la sentencia.

OCTAVO.- A la alegación de que habría de ser de aplicación el artículo 891 del Código Civil ya se ha dado cumplida respuesta, y debe ser desestimatoria.

Como ya se ha dicho en primer lugar la herencia no se ha distribuido completamente en legados, se ha designado herederos del remanente que quedara de la herencia a los dos hermanos Zaida Martin por iguales partes, remanente que además se ha visto incrementado con los bienes objeto de los muchos legados que sí se han renunciado (y que los herederos habrían estado obligados a vender para cumplir el legado reclamado -incluso a vender los bienes correspondientes a sus propios legados, de orden de pago posterior al remuneratorio de la viuda-). No es pues de aplicación el artículo 891 del Código civil sino el artículo 887 del Código civil .

NOVENO.- También se ha dado respuesta a la alegación de que no ha habido aceptación tácita de la herencia por el demandado. Se ha dicho rotundamente que desde luego hacerse pago del propio legado supone aceptación tácita, pura y simple, de la herencia desde que sólo el heredero puede entregar los legados si no hay albacea o administrador de la herencia encargado de hacerlo (y en esta herencia el designado como tal renunció). Pero incluso si no hubiere sido así al recibir de la demandante el dinero, el piso y el garaje que eran bienes de la herencia que no podía recibir de quien no era heredera más que como heredero, y al proceder a administrar dichos bienes y a cobrar el rendimiento que los mismos producían o bien estaba realizando actos de administración y destino de los bienes de la herencia como heredero pese a no haberse hecho aún entrega de su legado (que es lo que tendría que haber sido desde que, como se ha repetido, el legado de la viuda debió pagarse antes que los de los demandados) o bien se estaba haciendo entrega del legado a sí mismo, acto que sólo podría realizar un heredero y que por consecuencia suponía la aplicación del artículo 999 del CC respecto



a la aceptación tácita de la herencia, que además se vería reforzada por lo dispuesto en los artículos 1014 y 1019 del Código civil . Si el aquí apelante hubiera aceptado sólo el legado, como ahora pretende, no podría estar en posesión del mismo hasta que otro heredero le hubiera dado posesión de los bienes legados (y al ser de pago prioritario el legado remuneratorio de la viuda, no podría ponerle en posesión de los bienes legados sin haber hecho previo pago de su legado a la viuda), por lo que el mantenimiento de los bienes recibidos como heredero -no como legatario- de D. Luis Carlos en su poder durante más de una década, administrándolos y haciendo suyos sus frutos, indudablemente ha de calificarse como aceptación tácita de la herencia.

NOVENO.- Desde que como se ha dicho los obligados al cumplimiento del legado remuneratorio a favor de la viuda son los herederos, que no podían ni entregar legado a su propio padre ni hacerse entrega de sus legados sin haber cumplido primero el legado prioritario de la viuda ( arts. 887 CC y 1030 , 1031 y 1032 del CC ), en modo alguno es necesario proceder a la valoración de todos los bienes de la herencia para cumplir con dicho legado. Simplemente habrá de entregarse el importe del legado a la demandante por los herederos (y asegurarse con caución suficiente, además, el cumplimiento futuro de la pensión vitalicia establecida como legado remuneratorio del derecho a la legítima viudal) y si no hubiere cantidad en dinero suficiente para ello, vender primero los bienes de la herencia no legados para hacer el pago, y proceder si fuera necesario también a vender los bienes legados a los legatarios de cosa específica y determinada -incluso los legados a los mismos herederos- para con su producto pagar el legado remuneratorio de la cuota de usufructo viudal, conforme disponen los arts. 1030 y 887 del CC .

Sin que en modo alguno una sentencia absolutoria de la instancia dictada en apelación en un procedimiento anterior que concluyó sin resolución sobre el fondo del asunto y dejándolo imprejuizado pueda vincular a la Sala sobre la resolución de fondo que procede acordar en el litigio, y sin que en su consecuencia se produzca efecto alguno de cosa juzgada sobre un objeto material del proceso que, se insiste, había quedado imprejuizado, por lo que tampoco se ha vulnerado el art. 222 del CC .

DÉCIMO.- Ninguna acogida puede tener la insistencia del recurrente en que el hijo de la demandante, que ninguna participación tiene en la herencia y que no ha sido nombrado administrador de los legados por el testador, haya "reconocido expresamente ser el administrador según el documento 6 de la contestación". En primer lugar porque ya se ha hecho valoración de dicho documento de "renuncia" a la condición de administrador del legado de la viuda y de la actuación contraria al deseo del testador realizada por el demandado aprovechando ese cargo de administrador de los legados para impedir que la viuda accediera a los bienes a los que tenía derecho e imponerle el reconocimiento de obligaciones inexistentes a su favor. Y en segundo lugar porque en todo caso el administrador del legado fue nombrado en el testamento y por el testador sin que los acuerdos del demandado con un tercero puedan convertir en "administrador" de un legado a quien ninguna posibilidad de acceso a los bienes objeto de ese legado tenía y a quien el testador no había designado como tal. La renuncia a la condición de administrador del legado por parte del apelante únicamente comportaría que los herederos estarían obligados a administrar y hacer pago de ese legado y no prioritariamente el heredero aquí apelante, pero no el que los herederos quedaran liberados del legado remuneratorio establecido sin haber hecho entrega y cumplido pago del mismo.

UNDÉCIMO.- En cuanto a la pretendida compensación opuesta, como se ha dicho la declaración abstracta de reconocimiento de deuda que el hijo de la viuda hizo en el documento número 6 de la demanda (posteriormente ratificado por la viuda) en modo alguno supone que exista el derecho reconocido.

Es el propio apelante el que en sus escritos de alegaciones, alegaciones en el juicio y recurso de apelación puso de manifiesto que esa supuesta "obligación" de la viuda de pagar a D. Martin (ni siquiera a la herencia) una cantidad de 300,51 euros durante toda su vida era completamente inexistente y que era una condición que había puesto D. Martin para "renunciar" al cargo de administrador de los legados (hasta el punto de que en dicho documento D. Martin parece creer que puede "renunciar" y "recobrar" el cargo de administrador del legado a su conveniencia y cuando desee, puesto que si la viuda no cumpliera la totalidad de lo que le exigía -recibiendo a cambio tan sólo que "renunciara" al puesto de administrador y le permitiera tomar posesión de sus propios bienes y reclamar el cumplimiento del legado que debía haber cumplido motu proprio el heredero- en dicho documento se pactaba que "en el caso de que no se llegasen a abonar ni a reconocer las cantidades adeudadas al Sr. Martin , en el momento anterior a la aceptación de la herencia, el mismo vendrá inmediatamente liberado del compromiso existente en el presente documento sobre la renuncia a la administración de la pensión vitalicia y del dinero existente en las cuentas de La Caja de Ahorros, pudiendo - en este caso- aceptar la herencia en los términos que se recogen en el testamento". Tal parece que el apelante no tiene claro -y por si no lo tuviere aquí se le aclara- que la designación como administrador del legado sólo le imponía obligaciones respecto a la viuda y no derecho alguno -obligaciones claramente incumplidas-, que dichos cargos son gratuitos e imponen responsabilidades y no se puede comerciar con ellos ni "transmitirlos" a terceros y que en modo alguno puede tener "derecho" a "aceptar" de nuevo un cargo de administrador





de la pensión vitalicia y el dinero de la viuda -no incapacitada judicialmente, además- que previamente ha renunciado, y ello sin perjuicio de sus obligaciones como heredero que se mantenían y se mantienen y que son el fundamento de la condena que se le impuso en la sentencia recurrida y que aquí confirmamos.

En cualquier caso no procede hacer compensación del derecho al cobro del legado con una deuda que pese a que se invoca como tal deuda en la contestación a la demanda se reconoce por el propio demandado que es inexistente y en consecuencia inexigible por lo que debe desestimarse esta alegación también, sin perjuicio de poner de manifiesto que pese a la alegación de la compensación de esta supuesta deuda de 300,51 euros mensuales -compensación que en todo caso no estimamos procedente, se insiste-, lo cierto es que ni siquiera se dió traslado de la compensación opuesta a la parte actora por el plazo previsto para contestar a una reconvenición de conformidad con lo dispuesto por el art. 408 de la LEC , sin que el aquí apelante recurriera las resoluciones que admitieron a trámite su contestación a la demanda sin dar ese traslado y sin que en consecuencia se haya ofrecido formalmente a la parte actora el trámite necesario para oponerse a dicha pretendida compensación, por lo que difícilmente puede estimarse la invocación de aplicación del art. 408 de la LEC cuando lo dispuesto en dicho precepto se incumplió.

DUODÉCIMO.- Pretende la parte recurrente que se le exima de los intereses legales sobre la cantidad reclamada por entender que era "racional" la oposición formulada al cobro de la cantidad. No hace otra alegación el recurrente en que pueda fundarse la revocación de la imposición de intereses legales sobre la cantidad reclamada, por lo que a esa única alegación puede estar esta Sala al resolver el recurso, limitada por el contenido del mismo recurso.

Pues bien, ninguna racionalidad tiene el que el demandado, que era heredero que había aceptado la herencia por la "autoentrega" de su legado y la explotación del mismo, se haya opuesto durante años a pagar a la viuda del testador el legado remuneratorio que en el testamento se le reconocía, prioritario en su orden de pago al legado del propio demandado -del que no podía además hacerse entrega a sí mismo como hizo sin que se hubiere pagado completamente el legado remuneratorio de la viuda y el usufructo viudal-, sin que fuera necesario en absoluto proceder a valorar los bienes legados cuando debían venderse por los herederos, entre los que se encontraba, los bienes de la herencia (incluso los de la totalidad de los legados de cosa específica si fuere necesario) para hacer pago del legado remuneratorio en cuestión.

Ello comporta que desestimada esa alegación se desestime totalmente el recurso de apelación.

DECIMOTERCERO.- Las costas del recurso de apelación interpuesto por D. Martín deben serle impuestas al propio D. Martín conforme a lo dispuesto en el art. 398 en relación con el art. 394 de la LEC .

En su virtud, vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

#### **FALLAMOS:**

Que debemos desestimar y desestimamos totalmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Martín contra la sentencia dictada el día 24 de octubre de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia número 16 de los de Las Palmas en autos de juicio ordinario 1846/2011 que confirmamos, con imposición a dicho recurrente de las costas causadas en la alzada por su recurso de apelación.

Que debemos desestimar y desestimamos la impugnación de la sentencia anteriormente referida por la parte actora, que confirmamos. No procede pese a ello hacer especial imposición de las costas causadas por dicha impugnación.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al 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.

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

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