



Roj: **SAP C 2625/2016 - ECLI:ES:APC:2016:2625**

Id Cendoj: **15030370042016100341**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **27/10/2016**

Nº de Recurso: **416/2016**

Nº de Resolución: **357/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO MIGUEL FERNANDEZ-MONTELLS FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00357/2016**

**Nº ROLLO: 416/2016**

N10250

CAPITAN JUAN VARELA S/N

-

Tfno.: 981182091 Fax: 981182089

AM

**N.I.G.** 15036 42 1 2015 0000285

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000416 /2016**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de FERROL

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000045 /2015

Recurrente: Gerardo

Procurador: MARIA CELESTE RODRIGUEZ SENRA

Abogado: MARIA JOSE ESTEVEZ SOUTO

Recurrido: Ismael

Procurador:

Abogado: JAVIER ALVARIÑO DE LA FUENTE

**S E N T E N C I A**

**Nº 357/16**

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**Sección Cuarta Civil-Mercantil**

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS:

D. José Luis Seoane Spiegelberg, Pte.

D. Antonio Miguel Fernández Montells y Fernández

*D. Pablo González Carrero Fojón*



En A Coruña a veintisiete de Octubre de dos mil dieciséis.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0045/2015, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de FERROL, a los que ha correspondido el RECURSO DE APELACION (LECN) 00416/2016, en los que aparece como parte apelante, D. Gerardo , representado por la Procuradora de los tribunales, Doña MARÍA-CELESTE RODRÍGUEZ SENRA, asistido por la Abogada Doña MARÍA-JOSÉ ESTÉVEZ SOUTO, y como parte apelada, D. Ismael , representado en primera instancia por la Procuradora de los tribunales, Doña Ana-Belén Seco Lamas y asistido por el Abogado D. JAVIER ALVARIÑO DE LA FUENTE, no compareciendo en esta segunda instancia; versando los autos sobre reclamación de legítima.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de FERROL, se dictó sentencia con fecha 29 de Mayo de 2015 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " Que debo desestimar y desestimo la demanda promovida por D. Gerardo representado por la Procuradora Sra. Rodríguez Senra contra D. Ismael , representado por la Procuradora Sra. Seco Lamas con imposición de las costas a la parte actora. ".

**SEGUNDO.-** Dicha resolución ha sido recurrida por la parte demandante, Don Gerardo , y elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, señalándose para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

**TERCERO.-** . Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. D. Antonio Miguel Fernández Montells y Fernández.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** La acción ejercitada en la demanda formulada por D. Gerardo , y que se mantiene en el recurso de apelación que se interpuso contra la sentencia desestimatoria dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Ferrol, es la de entrega del legado de la legítima que le corresponda al demandado, D. Ismael , en su calidad de heredero instituido por su madre D<sup>a</sup> Candelaria en testamento abierto otorgado ante el Notario de Ferrol en fecha 2 de septiembre de 2013, que lega a sus nietos D. Gerardo y D. Luis Francisco la legítima estricta que les corresponda, que podrá ser abonada en metálico incluso extrahereditario, por su hijo y heredero. Subsidiariamente, para el caso de que no fuera posible el cálculo por no estar hechas todas las operaciones particionales que le correspondan al heredero, se obligue al demandado a realizar las mismas y a abonar al actor la cantidad que le corresponda, que le fue legada en testamento en un plazo máximo de tres meses.

**SEGUNDO .-** Habiendo fallecido la causante el 2 de septiembre de 2013, es de aplicación al caso la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, por lo dispuesto en su disposición transitoria segunda.2, "Respecto a los demás derechos sucesorios se aplicará la presente ley a las sucesiones cuya apertura tenga lugar a partir de la entrada en vigor de la misma". De tal modo, la sucesión mortis causa se rige por la ley vigente en el momento del fallecimiento del causante, por ser precisamente el que origina la apertura de la sucesión y los efectos de la adquisición de la herencia una vez aceptada la misma, por consiguiente, a lo normado en el Capítulo V, del Título X sobre las legítimas (arts. 238 a 266, ambos incluidos).

Partiendo de que los legitimarios tienen derecho a recibir del causante, por cualquier título, una atribución patrimonial en la forma y medida establecidas en la Ley de Derecho Civil de Galicia ( art. 240 LDCG ). Y que constituye la legítima de los descendientes la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido, determinado por las reglas de dicha ley, que se dividirá entre los hijos o sus linajes (243).

Pues bien, el art. 249 dispone que el legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor. Sin perjuicio de poder exigir que el heredero, el comisario o contador-partidor o el testamentero facultado para el pago de la legítima formalice inventario, con valoración de los bienes, y lo protocolice ante notario (apartado 2); y también solicitar la anotación preventiva de su derecho en el registro de la propiedad sobre los bienes inmuebles de la herencia (apartado 3).

Del art. 250 resulta que el heredero deberá pagar las legítimas o su complemento en el plazo de un año desde que el legitimario la reclame, con intereses legales a partir de entonces. Si no hubiera en la herencia bienes suficientes para el pago de las legítimas, el art. 251 establece que podrán reducirse por inoficiosos los legados y donaciones computables para su cálculo, y en caso de no ser suficientes, también podrán reducirse las aportaciones hechas por el causante y los pactos sucesorios que perjudiquen la legítima-valor o las de reclamación de ésta u otras acciones.



Como refiere el auto de la Sección 5ª de esta misma Audiencia Provincial "En cuanto al aspecto procesal debemos destacar que el artículo 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil otorga legitimación (activa) para pedir la división judicial de la herencia a cualquier coheredero o legatario de parte alícuota (cuando no deba efectuarla el comisario o contador-partidor previamente designado). Pero niega tal legitimación a los acreedores: éstos no pueden instarla, sin perjuicio de las acciones que les correspondan contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, y a ejercitar en juicio declarativo, sin suspender ni entorpecer las actuaciones de división de la herencia (nº 3). Aparte de la posible oposición de aquellos acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo, a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos (nº 4). O de la posible intervención de los acreedores de uno o más coherederos a intervenir a su costa en la partición para evitar fraude o perjuicio de sus derechos (nº 5)."

En el presente caso, al ahora apelante se le atribuyó en el testamento un legado, que podrá ser abonado en metálico, incluso con dinero de fuera de la herencia, por el valor de la legítima estricta que le corresponda, la cual, conforme al Derecho gallego aplicable, supone un derecho de crédito y otorga a su titular la condición de acreedor a todos los efectos legales, no la de heredero ni la de legatario de parte alícuota de bienes de la herencia. Por todo ello, y según la normativa también expuesta más arriba, carece de legitimación activa para instar el procedimiento de división judicial de la herencia, aparte de que en esta sucesión únicamente existe un único heredero designado en el testamento, por lo que la argumentación jurídica de la sentencia apelada para desestimar la demanda no puede ser aceptada, desde el momento que al legitimario no se le reconoce el derecho de una parte de los bienes de la herencia ("pars bonorum") sino un derecho a una parte de su valor ("pars valoris bonorum"), no constituye un legado de parte alícuota de los bienes hereditarios sino un legado de un valor, configurado expresamente en el art. 249 como un derecho de crédito, y no como un derecho real, reconociendo al legitimario, a todos los efectos, como un acreedor. No puede ser calificado, entonces, de heredero, ni existe, por tanto, ningún tipo de comunidad hereditaria, entre el descendiente mero legitimario y el descendiente instituido heredero universal, a la que haya que poner término a través del procedimiento de división judicial de la herencia, ni tampoco este es el procedimiento que procede para reclamar el pago de la legítima por parte de quien concurre a la herencia exclusivamente en su condición de legitimario reconocida por el testador.

En consecuencia, como cualquier legatario que no lo es de parte alícuota, la reclamación de la entrega del valor del legado debe encauzarse a través del declarativo que corresponda, y no a través del procedimiento de división judicial de la herencia, dado que el demandado, en su calidad de descendiente instituido único heredero universal, es el único que puede hacerlo si no hay designado en el testamento contador-partidor o albacea o el testamentero facultado para ello (art. 248).

Por último, cabe destacar que por medio de burofax de fecha 29 de septiembre de 2014, el actor requirió al demandado para que le entregase el pago de su legítima al no tener la condición de heredero, como legado le fue conferida la parte de legítima que por ley le corresponde, y el art. 250 concede al heredero el plazo de un año desde que el legitimario se la reclame. Por ello, para la práctica del cálculo y liquidación no necesita la colaboración ni intervención del descendiente legitimario, a quien el art. 249.3 le reconoce exclusivamente el derecho a exigirle la formalización de inventario notarial de los bienes hereditarios, incluyendo su valoración. Y es el propio heredero quien decide si la paga en bienes hereditarios o en metálico, incluso extrahereditario (art. 246). Liquidación unilateral del heredero único que el descendiente legitimario puede rechazar, en cuyo caso el propio art. 250 prevé que el heredero podrá proceder a su consignación judicial. De tal modo, la demanda debe ser estimada, procediendo la condena al heredero a realizar las actuaciones precisas para determinar el importe de la legítima en la herencia de la causante que reclama su entrega el actor y en el plazo de tres meses, tal como se interesa en demanda, sin que sea óbice el hecho de que haya otro legatario.

**TERCERO** .- Por todo ello procede estimar el recurso formulado por la parte demandante y revocar la sentencia recurrida con expresa imposición de las costas de primera instancia a la parte demandada, de conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la LEC . Y sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en la alzada de conformidad con el artículo 398.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad concedida por el Pueblo Español.

## FALLAMOS

Con **estimación** del recurso de apelación interpuesto, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. 5 de Ferrol, con fecha 29 de mayo de 2015 en autos de juicio ordinario núm. 45/15, que revocamos dejándola sin efecto, y dictamos otra en la que estimamos la demanda formulada por D. Gerardo



, y **condenamos** al demandado D. Ismael , a hacer la entrega del legado de la legítima que le corresponde en la herencia de la causante, D<sup>a</sup> Candelaria , de conformidad con lo dispuesto en su testamento, debiendo para ello realizar el demandado las actuaciones precisas para determinar su importe en el plazo de tres meses desde el dictado de la presente resolución, y al pago de las costas procesales causadas en primera instancia, todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en esta alzada.

Contra esta resolución cabe recurso de casación por interés casacional, y, en su caso, extraordinario por infracción procesal, a interponer en el plazo de veinte días ante este Tribunal para la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Y al Juzgado de procedencia, líbrese la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió.

Así por esta sentencia de la que se llevará certificación al rollo de apelación civil, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Ilmos. Srs. Magistrados que la firman y leída en el día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDO