



Roj: **SAP TF 278/2017 - ECLI:ES:APTF:2017:278**

Id Cendoj: **38038370042017100079**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **4**

Fecha: **22/03/2017**

Nº de Recurso: **510/2016**

Nº de Resolución: **90/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PABLO JOSE MOSCOSO TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

SECCIÓN CUARTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 20 84 70 - 922 20 84 76

Fax.: 922208473

Email: s04audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000510/2016

NIG: 3800642120130007734

Resolución: Sentencia 000090/2017

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000920/2013-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Arona

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Apelado Emilia Pedro Antonio Ledo Crespo

Apelante Elías María Isabel Navarro Gomez

Apelante Matilde María Isabel Navarro Gomez

Apelante Asunción María Isabel Navarro Gomez

**SENTENCIA**

Rollo núm. 510/2016.

Ilmos. Sres.

Presidente

Don Pablo José Moscoso Torres.

Magistrados

Don Emilio Fernando Suárez Díaz

Doña Pilar Aragón Ramírez

En Santa Cruz de Tenerife, a veintidos de marzo de dos mil diecisiete.



Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial integrada por los Ilmos. Sres. antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Arona, en los autos núm. 920/13, seguidos por los trámites del juicio ordinario, sobre reclamación de cantidad y promovidos, como demandante, por DON Elias , DOÑA Asunción y DOÑA Matilde , representados por la Procuradora doña María Isabel Navarro Gómez y dirigidos por el Letrado don Rudolf Rudiger Schmidt Pech, contra DOÑA Emilia , representada por el Procurador don Pedro Ledo Crespo y dirigida por la Letrado doña Inés Fariña González, ha pronunciado, EN NOMBRE DE S. M. EL REY, la presente sentencia siendo Ponente el Magistrado don Pablo José Moscoso Torres , con base en los siguientes

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución apelada.

SEGUNDO.- En los autos indicados el Ilmo. Sr. Juez don José Pablo Cabrera Fernández, dictó sentencia veintiuno de julio de dos mil dieciséis, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: DESESTIMO la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales doña María Isabel Navarro Gómez, en nombre y representación de D. Elias , Dª Asunción y Dª Matilde contra Dª Emilia y, en consecuencia ABSUELVO a la demandada a de las pretensiones deducidas contra ella y CONDENO en costas a los actores. ».

TERCERO.- Notificada debidamente dicha sentencia, se presentó escrito en los autos por la representación de la parte demandante, en el que interponía recurso de apelación contra tal resolución con exposición de las alegaciones en las que fundaba la impugnación, del que se dio traslado a las demás partes por diez días, plazo en el que la representación de la parte demandada presentó escrito de oposición al mencionado recurso.

CUARTO.- Remitidos los autos con los escritos del recurso y de oposición a esta Sala, se acordó, una vez recibidos, incoar el presente rollo, designar Ponente y señalar para la votación y fallo del presente recurso el día ocho de marzo del año en curso, en el que ha tenido lugar la reunión del Tribunal al efecto.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La sentencia apelada desestimó la demanda en la que los actores, como herederos del fallecido don Jose Pablo , pretendían la condena de la demandada (casada en segundas nupcias con este que, antes de su fallecimiento -el 05.09.2008-, había presentado demanda de divorcio ante el Juzgado de la Ciudad de Regensburg, en Alemania) a devolverles «el importe que obtuvo injustamente al vender como si fuera propia, la mitad indivisa perteneciente al causante de mis representados» del inmueble sito en el Complejo " DIRECCION000 " sito en la URBANIZACIÓN000 de Adeje (Bungalow sencillo NUM000 ) e inscrito en el Registro de la Propiedad de esta Ciudad como finca núm. NUM001 .

2. Dicha sentencia parte de la base de un testamento abierto otorgado en el año 1999 -el 18 de marzo- en España en el que el don Jose Pablo instituyó heredera universal de todos sus bienes presentes y futuros, sitios en territorio español, a la demandada Sra. Emilia , y de la escritura de manifestación de herencia y adjudicación otorgada también por esta el 4 de mayo de 2012 ante Notario, en la que se adjudicó la mitad indivisa del inmueble citado que correspondía al fallecido Sr. Emilia , en su condición de heredera con base en el testamento otorgado en 1999; tras esta adjudicación procedió a la venta del inmueble a favor de terceros mediante escritura otorgada el 12 de diciembre de 2012 por un precio de cien mil euros.

Sobre esta base y «aun aceptando que la demanda de divorcio, conforme a la Ley alemana, deja sin efecto la disposición testamentaria hecha a favor del cónyuge...», dicha resolución observa y advierte que no se ha solicitado, sin embargo, la nulidad de la escritura de adjudicación a favor de la demandada de la mitad indivisa del inmueble, por lo que cuando esta «transmite el bien ostenta, en virtud de escritura pública notarial, el 100% del inmueble», de modo que sin la previa declaración de nulidad no es posible estimar las pretensiones formuladas en la demanda, por ser en virtud de tal escritura «legítima propietaria» del inmueble cuando lo transmitió. Además, la sentencia pone algunos reparos a la «pericia de derecho **extranjero**» presentada con la demanda, pues el perito no solo se limita a informar del derecho **extranjero**, sino que «incide en la interpretación y valoración de la prueba», como ocurre respecto los testamentos otorgados por el causante, interpretación que «debe ser hecha por el órgano jurisdiccional», siendo «el principal problema», por otro lado, que los testamentos del año 2008 (que supuestamente revocan al del año 1999) «no están traducidos al español».

No obstante considera que este problema de la falta de traducción «pasa a un segundo plano» a la vista del art. 2077 BGB «que determina la ineficacia de la disposición testamentaria hecha a favor del cónyuge cuando existe un procedimiento de divorcio en curso a la fecha del fallecimiento del causante, extremo que en este



caso queda acreditado con el documento nº 7 de la demanda», pero subsiste en todo caso la eficacia de «la escritura pública de adjudicación y aceptación de herencia», concluyendo que «el presupuesto previo para estimar la demanda es la declaración de nulidad» de esta escritura, aludiendo finalmente a que en tal caso y de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo que cita, no es procedente la acción de enriquecimiento, pues el «desplazamiento patrimonial realizado estaba justificado.»

3. Los actores no están conformes con la decisión y han interpuesto el presente recurso en el que alegan, (i) «indefensión por haberles exigidos a los actores algo que le era inaccesible en su momento», aludiendo a que «cualquier acción judicial en tal sentido habría sido temeraria y condenada al fracaso, porque en ausencia de una prueba de mala fe, el título del tercero adquirente estaba amparado por el art. 34 de la Ley Hipotecaria»; (ii) «indefensión por objetar la sentencia a destiempo, la falta de traducción de los testamentos alemanes»; (iii) «indefensión por error en la apreciación de la prueba, al inaplicar la sentencia lo previsto por el § 2.077 que establece la ineficacia de la disposición testamentaria entre cónyuges al fallecer uno de ellos habiendo instituido procedimiento de divorcio»; (iv) «indefensión por error en Derecho del Juzgador»; (v) «indefensión por la indefinición de la sentencia en cuanto a los remedios accesibles a los perjudicados»; (vi) «indefensión por infracción de lo previsto en el art. 216 LEC»; (vii) «indefensión por el incumplimiento del requisito de la congruencia de la sentencia con la demanda y demás pretensiones de las partes, art. 218 ejusdem», y (ix) que si bien la declaración de rebeldía no equivale a un allanamiento ( art. 496.2 de la LEC ) los actores ha acreditado, conforme a lo dispuesto en el art. 217.2 de la LEC , la certeza de los hechos en que fundamentan su demanda.

4. La demandada se han opuesto al recurso presentado y considera que la sentencia apelada es ajustada a derecho; por otro lado, refuta los argumentos de la impugnación en el sentido de ser inconsistente su alegación sobre que era imposible el acceso a la escritura de adjudicación de herencia; considera, por otro lado, que la prueba pericial ha sido valorado correctamente en dicha resolución al sostener la extralimitación del perito y sostiene que el "certificado de herederos" alemán es solo el equivalente a un declaratorio de herederos españoles; además y "en aras a aclarar lo sucedido", alude a una escritura aclaratoria de la de compra del bungalow, en la que su fallecido esposo manifestaba que el dinero de la operación era exclusivo de ella, de manera que el bien no eran común o ganancial sino privativo de ella, y aportaba como prueba una copia simple de esa escritura.

Esta prueba, sin embargo, no fue admitida por auto dictado en el rollo en el que se acordó, además, la devolución del documento presentado a la parte, y ello no solo porque no concurrían los requisitos del art. 460 de la LEC para su admisión, sino además porque esa escritura aclaratoria se refería a un bungalow y a una finca diferente de la que fue objeto de la venta de la que dimana la pretensión de la demanda, de manera que era irrelevante y como tal impertinente ( art. 283.1 de la LEC ); este auto no fue recurrido en reposición alcanzando firmeza.

SEGUNDO.- 1. Sobre la base de tales antecedentes debe resolverse el recurso, en el que en la práctica totalidad de sus alegaciones se denuncia la «indefensión» que se ha generado a los actores por varios motivos, indefensión que, en su concepto más propio y genuino, no se ha producido por ninguno de tales motivos, ya que la sentencia apelada se limita a desestimar la demanda al considerar un presupuesto de la acción de enriquecimiento entablada (en función de su carácter subsidiario, aunque no se señala expresamente en la sentencia este carácter), la nulidad de la escritura de adjudicación de herencia en la que la demandada se atribuyó la mitad indivisa que correspondía al causante de los actores en la finca vendida, escritura que, una vez inscrita, permitió la venta sin el concurso de los actores como herederos del anterior propietario y la inscripción posterior de esa mitad indivisa a favor de los nuevos adquirentes; esa escritura de adjudicación, aunque no se aluda a ella en la demanda, es un precedente que no puede obviarse, pues representa el antecedente que, en la apariencia reflejada en el Registro de la Propiedad, permitió a la demandada vender por sí sola la finca y necesariamente tenía que haber trascendido a dicho Registro de cuyo contenido, por su carácter público, tenían conocimiento los actores o podían haberlo tenido.

2. En realidad, la cuestión que debe analizarse en este recurso es si es exigible y concurre (o no) el presupuesto de la acción que reclama la sentencia apelada, en definitiva, si es preciso (o no) una declaración previa y expresa de la nulidad de la escritura mencionada para la estimación de la acción ejercitada. Naturalmente y de integrar la nulidad de esa escritura un presupuesto previo e inexcusable de la acción, no cabe hablar, por su estimación, de ninguna indefensión por algunas de las causas alegadas en el recurso, pues:

(i) Haya sido o no alegado por la demandada (que no contestó a la demandada al comparecer en el proceso después del plazo concedido para contestar), el tribunal se encuentra facultado para apreciarlo como tal presupuesto o hecho constitutivo de la pretensión, ya que no representa ningún hecho impeditivo, extintivo o excluyente que reclame su alegación previa por el demandado.



(ii) La falta de aportación de la traducción de los testamentos redactados en alemán en el año 2008 por el causante de los actores no es un argumento decisivo para la desestimación de la demanda, sino más bien un obiter dicta, en la medida en que la base de la desestimación se integra por la ausencia de la declaración de la nulidad de dicha escritura, y no tanto por la condición de heredera de la demandada, condición que se viene a negar en la sentencia no ya por la eficacia de los testamentos no traducidos, sino por la aplicación de la norma alemana sobre la ineficacia de la disposición testamentaria en favor del cónyuge si tras ellas se interpone demanda de divorcio; por tanto tampoco cabe hablar de indefensión efectiva por este motivo.

(iii) La sentencia no inaplica esa norma extranjera, sino que mantiene que, aún aplicándola, la demanda no puede prosperar por el motivo tantas veces mencionado.

(iv) El error en la aplicación del Derecho por el tribunal no genera, por sí mismo, ninguna indefensión, pues, para ello, debe fundarse en la aplicación de una norma que desarrolle el derecho de defensa o contradicción y no en la aplicación de cualquier norma material o sustantiva.

(v) Tampoco puede entenderse que la "indefinición de la sentencia en cuanto a los remedios accesibles a los perjudicados" genere indefensión material, pues el derecho fundamental a la tutela judicial lo que garantiza es la resolución fundada de pretensiones, en concreto de la planteada en el caso, y no la ilustración a la parte sobre la vía o vías que hubiera correspondido para obtener la satisfacción del derecho reclamado, naturalmente sin perjuicio de la procedencia de la vía utilizada en contra de lo sostenido en la sentencia de que se trate, pero esta no afecta ni condiciona a la existencia o inexistencia de indefensión.

(vi) Ya se ha señalado que la falta de aportación o de prueba por la demandada, dada su rebeldía inicial, no implica la imposibilidad de la desestimación de la demanda en caso de falta de alguno de los presupuestos de la acción entablada, como aquí ha entendido la sentencia apelada, presupuestos que corresponde aportar y acreditar al actor, lo que no genera ninguna indefensión ni infracción de lo dispuesto en el art. 216 de la LEC.

(vii) Difícilmente cabe incurrir en incongruencia determinante de indefensión en las sentencias desestimatorias de la pretensión, como reiterada y conocidamente ha señalado la jurisprudencia del Tribunal, jurisprudencia que también ha mantenido que no se incurre en incongruencia cuando la resolución dé cabida a aspectos implícitamente planteados, sin que se haya infringido el art. 218 de la LEC.

TERCERO.- 1. Como ya se ha anticipado, la cuestión nuclear a dilucidar en el recurso es si, para su estimación, es exigible el presupuesto de la acción que reclama la sentencia apelada, en concreto, el de la declaración previa de la nulidad de la escritura de adjudicación.

2. La exigencia de este presupuesto puede contemplarse bajo dos aspectos: Por un lado, desde el punto de vista de la clase o tipo de nulidad de que se trate, pues si se configura como una nulidad radical o absoluta no precisa de ninguna impugnación para estimarla e incluso cabe su apreciación de oficio, mientras que de integrar una nulidad relativa (anulabilidad) sí será preciso el ejercicio de la acción. Por otro lado, en relación con el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento, como se sugiere en algún pasaje del recurso, carácter que no se encuentra definido en nuestra jurisprudencia de forma unívoca, sino que, como se ha señalado en la doctrina, son varias las acepciones que pueden encontrarse en la jurisprudencia de ese concepto de subsidiariedad (el de integrar un último recurso, el de su improcedencia cuando falta alguno de sus requisitos, o bien cuando no ha existido empobrecimiento/enriquecimiento alguno), siendo el más correcta el que aparece conectada directamente con la tipicidad o atipicidad de la acción restitutoria a ejercitar, de manera que no puede ejercitarse una acción de enriquecimiento injustificado de carácter general, basada en el principio general que obliga a la restitución de todo enriquecimiento sin justificación, cuando exista una acción específica para obtener la restitución de dicho enriquecimiento.

3. Desde el primer punto de vista hay que destacar que la misma sentencia apelada viene a concluir en la nulidad de la institución de heredero de la demandada hecha en el testamento otorgado en territorio español en el año 1999, cuando señala (párrafo undécimo de su único fundamento de derecho -el segundo es el de costas-) que la norma alemana (el art. -§- 2.077 BGB), aquí aplicable por ser la ley nacional del causante de la sucesión, «determina la ineficacia de la disposición testamentaria hecha a favor del cónyuge cuando existe un procedimiento de divorcio en curso a la fecha de fallecimiento del causante, extremo que en este caso queda acreditado con el documento n.º 7 de la demanda...».

A la misma conclusión de la ineficacia de esa institución testamentaria, cabe llegar a la vista del certificado de herederos del juzgado alemán aportado a los autos debidamente traducido, y ello aunque no se haya aportado la traducción de los testamentos manuscritos del causante del año 2008, que aparecen incorporados al expediente seguido en el juzgado alemán, al que se aportó (documento núm. 10 de la demanda, folio 73) el testamento español de 1999 que, por tanto se tuvo a la vista por el Juez alemán, expediente en el que se dictó el certificado que únicamente contiene como herederos a los actores; a la vista de ese certificado y en



función de lo establecido en el art. -§- 2258 BGB, según el cual el otorgamiento de un testamento revoca el testamento de fecha anterior si aquel contradice a este, hay que concluir también, pese a la no aportación de la traducción de los testamentos manuscritos, que la demandada no era heredera del causante en el momento de su fallecimiento y que la institución de heredero contenida en el testamento otorgado en 1999 quedó ineficaz siendo los únicos herederos de aquél los designados como tales en el certificado alemán, es decir, los actores.

3. Sobre esta base debe contemplarse la escritura de manifestación y adjudicación de herencia en la que la demandada se adjudicó la mitad indivisa de la finca que pertenecía al padre de los actores en su condición de heredera, cuando no tenía esta condición por haber quedado sin efecto como consecuencia de la demanda de divorcio (según se señala en la sentencia apelada) y por haber sido revocada en testamento posterior. Tal escritura tiene el carácter de una negocio jurídico (en este caso unilateral) de fijación y atribución patrimonial de la adquisición de un bien por sucesión ( art 609 del CC , de aplicación al desconocerse el precepto alemán de aplicación), que tiene como causa y fundamento la condición de heredera de la adjudicataria del bien. Pues bien, si la adjudicataria no reúne esa condición de heredera, se produce un supuesto de inexistencia de la causa del negocio que implica la nulidad radical o absoluta por la falta de uno de sus elementos esenciales sin el cual no puede existir; no se trata, pues, de un vicio o motivo de nulidad que reclame la acción de anulabilidad para la constatación de su ineficacia, sino de la ausencia de ese elemento que implica la nulidad radical de negocio. Así se viene a recoger en el art. 1086 del Código Civil cuando señala que la partición (es decir, la adjudicación) hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo será nula, obviamente radicalmente nula por ausencia de la causa del negocio. Ciertamente ello es así conforme a esta disposición y las demás concordantes de nuestro Código Civil, que, no obstante y en ausencia de las disposiciones más específicas del ordenamiento alemán, son las aplicables.

4. Por tanto, si la escritura de aceptación y adjudicación de herencia es radicalmente nula, ninguna necesidad existe de formular con carácter previo la acción de nulidad (de anulabilidad) para tenerla como tal, ni desde luego, esa escritura puede representar un título que permita conferir a la demandada la condición de "legítima" propietaria -como se le califica en la sentencia apelada- hasta tanto no se anule dicha escritura. Aquella es simplemente una propietaria "aparente" precisamente por la mera apariencia que le otorga la escritura y la posterior inscripción en el Registro, pero esa apariencia no la convierte en "legítima" mientras no se anule, pues adolece de nulidad radical que le impide la producción de cualquier efecto jurídicos ni de consecuencias de este carácter. Es cierto que esa misma apariencia puede producir algún efecto (como el de la protección del tercero que ha adquirido el bien confiando en la publicidad registral y cumple con el resto de los requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria ) pero por sí mismo no convalida una nulidad que por su carácter no es convalidable ni susceptible de confirmación. En definitiva y para apreciar su nulidad no es preciso el ejercicio de una específica acción de nulidad al respecto, ya que puede estimarse y apreciarse incluso de oficio.

CUARTO.- 1. En relación con el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento y conforme a lo señalado, es preciso insistir en que no resulta improcedente si existe otra acción específica que permite la restitución de lo enriquecido; aquí la acción de nulidad de la escritura no permitiría, por sí sola, esa restitución sino que, además, habría que entablar junto con ella y acumuladamente la de nulidad de la escritura de venta otorgada por la demandada respecto de la mitad indivisa transmitida por ésta sin ser propietaria de ella, para que los actores pudieran recuperar la propiedad de esa mitad indivisa.

2. Sin embargo, tampoco el ejercicio de esas acciones de nulidad (y consiguiente reivindicatoria) permitiría la recuperación de la propiedad ni la restitución de lo enriquecido (ni tampoco la reparación del empobrecimiento correlativo) en la medida en que, como señalan los apelantes en su primera alegación del recurso, los adquirentes en la escritura de venta otorgada por la demandada el 12 de diciembre de 2012 tienen la condición de terceros del art. 34 de la LH , al haber adquirido a título oneroso y de buena fe de quien, según el Registro, aparecía con facultades para disponer, y haber procedido a su vez a la inscripción de su derecho, de manera que su adquisición lo es, y lo fue, con carácter irrevindicable, debiendo ser mantenidos en su adquisición. Ni siquiera con base en la suspensión de la fe publica registral respecto de los bienes adquiridos por herencia prevista en el art. 28 de la LH impediría esa suspensión, pues la suspensión se produce durante un período de dos años contados a partir del fallecimiento del causante y, en este caso, el fallecimiento se produjo 4 de mayo de 2010 en Bremen -Alemania-, mientras que la escritura de venta se otorgó el 12 de diciembre de 2012.

3. No existiendo, por tanto, ninguna acción específica para obtener la restitución, opera con plena virtualidad la acción de enriquecimiento pese a su carácter subsidiario o precisamente por este carácter; en realidad, en nuestro Código Civil se contemplan algunos supuestos de acción de restitución por falta de causa en determinados supuesto de disposición de cosa ajena (art. 1778 , e incluso el art. 1765 y también el art. 1897) y tanto la doctrina como la jurisprudencia contempla como supuesto típico de la acción de enriquecimiento sin causa o sin justificación, con base en el principio general de la proscripción del enriquecimiento sin justificación, los casos de disposición de un bien ajeno que ha sido adquirido por el tercero con carácter



irreivindicable y frente al que no se puede dirigir el perjudicado para la restitución del enriquecimiento por ese motivo.

4. Esto es lo que ocurre en el presente caso en el que resulta procedente la acción entablada sin que a ello se oponga la razón fundamental en la que se apoya la sentencia apelada de no haberse promovido con carácter previo la acción de nulidad de la escritura de manifestación y adjudicación, pues, primero, se trata de una nulidad radical y absoluta, y, segundo, el ejercicio de esa acción no habría permitido la restitución, lo que hace procedente la acción de enriquecimiento.

5. A la misma conclusión habría que llegar con la aplicación del ordenamiento alemán (§ 812 y § 818 del BGB) que sería aplicable no solo o no ya por sus disposiciones, sino por aplicación del art. 10.9, párrafo tercero, del CC, en relación con el art. 9.8 del mismo Código, y ello de acuerdo con el informe pericial acompañado que acredita la vigencia y contenido de la Ley aplicable, si bien valorando dicho informe en lo que se refiere a su objeto propio (es decir, la vigencia y contenido de esa Ley) al margen de las valoraciones de interpretación que en el mismo se contiene y que reprocha como improcedentes la sentencia apelada.

QUINTO.- 1. Procede, por tanto, estimar la demanda. Cuestión diferente es el importe de la cantidad que debe restituirse; en la demanda lo que se solicita es la cantidad correspondiente al valor de lo indebidamente transmitido (es decir, la mitad del precio recibido por la venta más la diferencia entre el 50% de ese precio y la mitad de su valor real) con base en el § 818 del BGB, de acuerdo con el informe de valoración aportado con la demanda, en el que se valora el bien en 154.402,87 euros, de manera que, al margen de algunas dudas en la interpretación de ese precepto, el valor a restituir sería de 72.201,45 euros, mientras que el precio recibido por la demandada fue de 100.000 euros, de manera que el beneficio y enriquecimiento de ésta sin justificación fue de 50.000 euros.

2. No obstante, el dictamen de valoración no vincula al tribunal y debe apreciarse conforme a las reglas de la sana crítica (art. 348 de la LEC); en este caso, considera el tribunal que el referido dictamen no se tiene en cuenta debidamente el momento de la transmisión con la situación de crisis que, según es notorio, afectaba al sector de la construcción y promoción inmobiliaria en urbanizaciones turísticas y que momento en el que existía, como se refleja en el mismo informe, una situación de oferta de venta media-alta de edificios terminados y una demanda media-baja de las mismas edificaciones, lo que necesariamente tendría que traducirse en una sensible bajada de su valor de mercado con relación al señalado en el informe. En tales circunstancias entiende el tribunal, que el valor debe reducirse por ese factor en un 20 %, quedando fijado en 123.522,29 euros, de manera que la demandada se encuentra obligada a restituir, salvo error en el cálculo, la cantidad de 61.761,10 euros como valor de la mitad indivisa objeto de la transmisión indebida, valor que debe restituirse conforme a lo dispuesto en el § 818 del BGB.

SEXTO.- 1, Procede, en atención a lo expuesto, estimar el recurso de apelación interpuesto y revocar la sentencia apelada, para estimar sustancialmente la demanda y condenar a la demandada al pago de la cantidad señalada.

2. Procediendo la estimación sustancial de la demanda, equiparable a los efectos de costas a la estimación íntegra de la pretensión según jurisprudencia de sobra conocida, procede la imposición de las costas de primera instancia a la demandada de conformidad con lo establecido en el art. 394 de la LEC. Respecto de las originadas en el recurso y procediendo la estimación del mismo, no procede imposición especial por disponerlo así el art. 398.2 de la mencionada ley.

## FALLO

En virtud de lo que antecede, LA SALA DECIDE:

1. ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, REVOCAR la sentencia apelada que se deja sin efecto.
2. ESTIMAR en lo sustancial la demanda interpuesta por los actores, DON Elias, DOÑA Asunción y DOÑA Matilde, y CONDENAR a la demandada, DOÑA Emilia, a que abone a aquellos la cantidad de DSESENTA Y UN MIL SETECIENTOS SESENTA Y UN EUROS CON DIEZ CÉNTIMOS (61.761,10 €), más los intereses legales de dicha cantidad desde la interposición de la demanda, y las costas de primera instancia.
3. NO HACER IMPOSICIÓN especial sobre las costas devengadas en segunda instancia, CON DEVOLUCIÓN del depósito que se haya constituido para recurrir.

Contra la presente sentencia, dictada en un juicio ordinario tramitado por razón de la cuantía que no excede de seiscientos mil euros, caben, en su caso, recurso de casación por interés casacional (art. 477.3 de la LEC) y recurso extraordinario por infracción procesal, éste solo si se formula aquél (Disposición Final decimosesta



2ª, de la LEC ), y si se interponen ambos en legal forma en el plazo de veinte días ante este Tribunal previa la constitución del depósito en la forma y cuantía legalmente prevenidas.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y demás efectos legales.

Así por esta nuestra resolución, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ