



Roj: **SAP LO 612/2019 - ECLI:ES:APLO:2019:612**

Id Cendoj: **26089370012019100611**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Logroño**

Sección: **1**

Fecha: **10/10/2019**

Nº de Recurso: **303/2018**

Nº de Resolución: **415/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DEL MAR PUYUELO OMEÑACA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LOGROÑO

SENTENCIA: 00415/2019

Modelo: N10250

C/ MARQUÉS DE MURRIETA, 45-47, MÓDULO C (NORTE), 3ª PLANTA

Teléfono: 941 296484/486/487 **Fax:** 941 296 488

Correo electrónico: audiencia.provincial@larioja.org

Equipo/usuario: BCD

N.I.G. 26089 42 1 2016 0000781

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000303 /2018

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 4 de LOGROÑO

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000164 /2016

Recurrente: Bruno

Procurador: ESTELA MURO LEZA

Abogado: ANGEL DAVID SALIDO SAENZ DE SAMANIEGO

Recurrido: Rafaela , Cesar , Raquel , Cirilo , Constancio , Salome

Procurador: VIRGINIA CASTILLO DOÑATE, VIRGINIA CASTILLO DOÑATE , VIRGINIA CASTILLO DOÑATE , VIRGINIA CASTILLO DOÑATE , ANA ROSA RAMIREZ MARIN , MONICA FERICHE OCHOA

Abogado: PEDRO JOSE SANTANA MERINO, JAVIER CARLOS BARINAGA MARTIN , PEDRO JOSE SANTANA MERINO , , Constancio ,

SENTENCIA Nº 415 DE 2019

ILMOS.SRES.

MAGISTRADOS:

DON RICARDO MORENO GARCIA

DOÑA MARIA DEL PUY ARAMENDIA OJER

DOÑA MARIA DEL MAR PUYUELO OMEÑACA

En LOGROÑO a 10 de octubre de 2.019.



VISTOS en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial de La Rioja, los Autos de Juicio Ordinario nº 164/2016, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de LOGROÑO, a los que ha correspondido el Rollo de Apelación nº 303/2018, habiendo sido Magistrada Ponente la **Ilma. Sra. D^a MARÍA DEL MAR PUYUELO OMEÑACA, Juez de Adscripción Territorial designada como Magistrada de Refuerzo de esta Audiencia Provincial en virtud de Acuerdo del Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de LA RIOJA, D. JAVIER MARCA MATUTE, de fecha de 19 de junio de 2.019,**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 30 de enero de 2.018 se dictó Sentencia 29/2018 por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de LOGROÑO en cuyo fallo se establecía:

"Que desestimando la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Muro Leza en representación de Bruno frente a Constancio, Salome, Rafaela, Cesar, Raquel y Cirilo: debo declarar y declaro que no ha lugar a acordar la remoción de los albaceas contadores partidores, Constancio y Salome, desestimando las restantes peticiones contenidas en la demanda y condenando al demandante a abonar las costas procesales causadas".

SEGUNDO.- A instancia de la Procuradora de los Tribunales, D^a VIRGINIA CASTILLO DOÑATE, en nombre y representación de D. Cesar, de la Procuradora de los Tribunales, D^a VIRGINIA CASTILLO DOÑATE, en nombre y representación de D^a Raquel y D^a Rafaela, se solicitó aclaración/rectificación del pronunciamiento de costas, y, previos los traslados oportunos, se dictó en fecha 26 de febrero de 2.018 auto desestimando la petición formulada.

TERCERO.- La Procuradora de los Tribunales, D^a ESTELA MURO LEZA, en nombre y representación de D. Bruno, presentó escrito interponiendo recurso de apelación ante el Juzgado contra la sentencia solicitando que se revocase íntegramente la sentencia de instancia, se declarasen no ajustados a derecho los fundamentos de la sentencia y se estimase íntegramente la demanda interpuesta, con imposición de costas en ambas instancias a la parte demandada. Admitido éste, se dio traslado a las demás partes para que en 10 días presentasen escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada, en lo que le resultase desfavorable con el resultado obrante en autos.

CUARTO.- Seguido el recurso por todos sus trámites, se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial, señalándose la deliberación, votación y fallo el día 12 de septiembre de 2.019, si bien por razones de servicio tuvo lugar el día 10 de octubre de 2.019, siendo designada como nueva Ponente la ILMA. Magistrada - Juez de Adscripción Territorial, D^a MARÍA DEL MAR PUYUELO OMEÑACA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- -PLANTEAMIENTO CONTROVERSIA-

La sentencia de primera instancia desestima la demanda presentada por D. Bruno de remoción de los albaceas-contadores partidores, D. Constancio y D^a Salome, designados en **testamento** abierto otorgado en fecha 18/11/2013 por su madre, D^a Florinda, fallecida el día 10/01/2014, a los cuales la parte actora, según la sentencia, les achacaba las siguientes conductas: falta de notificación de las operaciones particionales, liquidatorias o entregas de legados a excepción del acta de manifestaciones de los albaceas de 05/06/2015; realización de operaciones particionales desatendiendo los requerimientos efectuados por él el día 04/07/2015 al haber hecho entrega parcial de legados a ciertos legatarios sin previa liquidación y partición de la herencia y sin notificarle nada a su hijo, heredero y legatario, Cirilo; falta de presentación de la autoliquidación de impuesto de **sucesiones**; y, entrega parcial de legados sin previa valoración justificada e incluyendo cargas y gravámenes caducados, pudiendo perjudicar sus derechos como legitimario.

La juez a quo razona que no existe actuación de los albaceas que pueda determinar un reproche de tal entidad que haga necesaria su remoción al haber tenido en cuenta la voluntad de la testadora, entregando parcialmente los legados contenidos en el **testamento** apoyándose en una valoración del caudal hereditario, destacando que el actor les imputa una defectuosa ejecución del **testamento** y una entrega parcial de legados sin aportar un inventario que contradiga el de los albaceas ni una valoración diferente del caudal relicto. Añade que la documental presentada justifica que los albaceas han tenido contacto con todos los herederos y legatarios y que nada se justifica en relación a la falta de diligencia de la presentación de la autoliquidación del Impuesto de **Sucesiones** porque el documento nº 6 de la demanda no contiene resolución sancionadora alguna. En relación a la entrega parcial de los legados, sin previo inventario de bienes y sin previa partición de herencia, alcanza la convicción de que la actuación de los albaceas no ha sido negligente ni precipitada, teniendo en



cuenta que la parte actora no ha justificado que se haya perjudicado su legítima estricta y que la testadora realizó una distribución "cuasiparticional" en su **testamento** afirmando que con las donaciones realizadas en vida a favor de su hijo y los legados dispuestos en el **testamento** el demandante ya tenía satisfecha su legítima estricta, sin perjuicio de su derecho a ejercitar las acciones que le correspondan por inoficiosidad de los legados o para reclamar la legítima estricta que le corresponda. Asimismo explica que los albaceas han obrado correctamente y de forma acorde a la voluntad de la testadora, y, a la vista del acta de requerimiento de 05/03/2015, señala que lo que subyace es su disconformidad con las disposiciones testamentarias que, sin embargo, no ha impugnado, debiendo, entretanto, prevalecer la voluntad de la testadora conforme a la cual con lo entregado en vida, el demandante ya había recibido su legítima estricta. En otro orden cosas, precisa que si el demandante se opone a la entrega de los legados y el resto de los herederos insta la ejecución de las disposiciones testamentarias, los albaceas deben hacer entrega de los mismos conforme a lo dispuesto en el art. 882 del CC, máxime cuando no existe disposición legal que obligue al albacea a formar inventario y liquidación y partición antes de la entrega de los legados. Concluye que se aprecia diligencia y precaución por parte de los albaceas al ejecutar el **testamento**, sin poder considerar que hayan actuado de forma contraria a lo prevenido en el **testamento**.

El demandante de instancia se alza contra la sentencia dictada denunciando *errónea valoración de la prueba practicada* en base a los siguientes alegatos. En un primer apartado, dividido, a su vez, en otros cuatro, esgrime: primero, que de la prueba documental practicada se desprende que los albaceas-contadores partidores, a pesar de existir una valoración de los bienes legados por la testadora, prescinden de ella, sin tomar en consideración su voluntad, no estando él obligado a presentar una valoración de los legados porque ni es contador partidor y ya existía una valoración de la propia testadora; segundo, los albaceas entregan parcialmente los legados pese a que la voluntad de la testadora no era que se respetasen de forma inexcusable los mismos; tercero, actuación negligente de los albaceas por cuanto se comprometen en abril de 2014 a hacer un avalúo de los bienes y en junio de 2015 hacen entrega parcial de los legados ocasionando conflictos entre los hijos y nieto que era, precisamente, lo que quería evitar la testadora; cuarto, presentan autoliquidación del impuesto de **sucesiones** con una valoración subjetiva que no se adecúa a la valoración efectuada en la escritura de entrega de legados de junio de 2015.

Por lo que se refiere a la entrega parcial de los legados sin previa formación de inventario y liquidación y partición, critica la fundamentación empleada en la sentencia porque siendo uno de los herederos menor de edad, conforme al art. 1057.3 del CC, es preciso formalizar inventario con citación de su representante legal, señalando, además, que, de forma previa al otorgamiento de la escritura de entrega de legados, no existe prueba acreditativa de que los albaceas hayan realizado actuación preparticional (inventario, avalúo, liquidación y cálculo de la legítima) o comprobación de que con la entrega de los mismos, el caudal relicto era suficiente para satisfacer las legítimas. Alude a diversos medios de prueba que justificarían su posición (acta de manifestaciones de 05/06/2015 de los albaceas donde dicen que están realizando tareas que conducirán a la partición y adjudicación de la herencia; acta notarial de 07/07/2015 por la que el representante legal del menor de edad les requiere para que le entreguen inventario y avalúo de bienes y derechos y deudas que componen la herencia; acta notarial de 27/07/2015 donde los albaceas manifiestan que citarán a todos los herederos para la entrega del resto de los bienes sin aportar justificante de las operaciones preparticionales requeridas por el representante legal del menor de edad; correos electrónicos año 2014 de los que se desprende que los herederos han aceptado tácticamente la herencia y los albaceas están valorando los bienes objeto de partición; soporte sonoro a través del cual se puede comprobar la existencia de reuniones habidas entre los herederos-legitimarios y sus representantes; declaración del SR. Constancio donde afirma que ha realizado inventario y avalúo de bienes en enero de 2016 sin citar al representante del heredero menor de edad; informe del Sr. Sebastián de 30/01/2016 realizado con posterioridad a la entrega parcial de los legados que data de junio de 2015; liquidación del impuesto de febrero de 2016 antes del otorgamiento de la escritura de legados y con una valoración diferente a la que consta en la escritura y en el informe del Sr. Sebastián; desatención recomendaciones dictamen del catedrático, D. Jon, de 13/09/2015 pues proceden a realizar avalúo e inventario en enero de 2016 sin citar al representante legal del heredero menor de edad).

Concluye diciendo que la juez confunde que uno de los herederos no esté de acuerdo con una cláusula testamentaria y pueda impugnarla con la actuación de los albaceas contadores-partidores realizada hasta el día de la fecha, la cual califica de negligente, al haber formado inventario sin cumplir lo dispuesto en el art. 1057.3 del CC, alterando el orden de voluntades del **testamento**, otorgando una posición privilegiada a ciertos legatarios en detrimento del menor de edad, existiendo prueba suficiente de que la valoración e inventario de 30/01/2016 se realiza después de la interposición de la demanda y como forma de justificar que la entrega parcial de legados fue correcta.



Los albaceas-contadores y todos los coherederos y legatarios demandados, a excepción del menor, Cirilo , cuya representación legal no evacúa el traslado conferido, se oponen al recurso interpuesto, interesando la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO.- -SOBRE EL CARGO DE ALBACEA Y CAUSAS DE REMOCIÓN-

Las presentes actuaciones dimanar de un procedimiento en el que se ejercita una acción de remoción de los albaceas-contadores partidores designados por la testadora considerando conveniente, antes de entrar a analizar si, efectivamente, ha existido o no errónea valoración de la prueba, cuáles son las notas definidoras de este cargo y cuáles son las causas de remoción del albacea.

En este sentido la Sentencia nº 357/1992 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, de 13 de Abril de 1992, señala que " El albaceazgo es un cargo especial testamentario (Artículo 892 del Código Civil), en el que predominan las funciones tuitivas y gestoras amplias -etimológicamente proviene del vocablo árabe "al waci" (gestor) y tiende a la ejecución de la voluntad del "de cuius" designante, reflejado en correspondiente **testamento**, como plan y proyecto que sujeta su actuación, para culminar la testamentaria y en la mayoría de los supuestos y con funciones acumuladas de contadores-partidores (Artículo 1057), con la liquidación, división y adjudicación de los bienes a los coherederos y sucesores, concurriendo en el mismo las características de ser un cargo de confianza entre el causante y su ejecuto, para lo que suele tenerse muy en cuenta las especiales cualidades concurrentes en las personas designadas, que se reputan como las idóneas a fin de actuar correcta y eficazmente en la condición jurídica de fiduciarios de aquél que los eligió, perdiendo éste todo control sobre las mismas por la imperativa causa de fallecer; Así mismo es cargo gratuito, salvo las excepciones del artículo 908; voluntario, ya que no hay ninguna obligación legal de aceptarlo (Artículos 899 y 900); personalísimo e indelegable (Artículo 909 y Sentencia de 2-6- 62), y temporal (Artículo 910), con posibilidades de poder ser prorrogado, bien por la voluntad del testador (Artículo 904 y 905), de los herederos y legatarios (Artículo 906) o por decisión judicial (Artículo 905, párrafo segundo) ".

La Sentencia 252, de 21/12/2016, de la AP de ZAMORA, a la que la resolución recurrida hace mención, continúa diciendo que: "Esta característica de ser un cargo nombrado por el testador en atención a las especiales características y la relación de confianza que integra el nombramiento y el respeto que a la voluntad del testador debe mantenerse, porque es la ley del **testamento**, como se reconoce, entre otros en el artículo 675 del Código Civil . Por eso es muy importante, a la hora de determinar si concurre causa o no de remoción , la consideración de aquellas circunstancias que eran conocidas por el testador cuando se llevó a cabo el nombramiento y en ello incide la Sentencia del TS que hemos citado cuando señala, en el ámbito del conflicto de intereses que se constituía como causa de remoción que la existencia de los conflictos entre herederos y albaceas ha surgido con posterioridad al nombramiento, concretamente: " De la lectura atenta del fundamento jurídico tercero de la sentencia de la instancia, se desprende que dicha referencia legal opera como aportación de apoyo al criterio del Tribunal que determinó su decisión de darse efectiva y constatada causa de conflicto de intereses o contraposición influyente y decisiva de los mismos, objeto de discusión en los juicios pendientes , **pues no consta acreditado que el testador hubiera conocido al tiempo de otorgar la escritura pública de su testamento dichas circunstancias conflictivas** , que se presentan como realidades posteriores, sobrevenidas y decisivas a la hora de fijar y concretar el haber hereditario objeto de partición y adjudicación a los correspondientes herederos y que se refieren a la titularidad de bienes de notorio valor económico... "

Entendemos que, por ello, la remoción de los albaceas testamentarios debe responder, cuando no es por incapacidad legal o de hecho, a causas que impliquen una conducta sancionable por parte de los mismos, puesto que como se señala en el voto particular de esa Sentencia, la remoción : " lleva en sí una nota de sanción de una conducta, y ello exige del juzgador, dado el poder que le confiere el art. 910 del Código civil con su silencio sobre las causas específicas de remoción , un cuidadoso análisis de la actuación del albacea"

Hemos de recordar, igualmente, que las causas de remoción de los albaceas son de creación jurisprudencial y así se indica en la emblemática Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Abril de 1992, que señala: "El artículo 910 del Código Civil sólo menciona la remoción como terminación del albaceazgo, sin referencia alguna a las causas motivadoras de tal remoción, por lo que ha sido la jurisdicción casacional la que ha ido completando el vacío legal, sin haber logrado una definitiva determinación de los supuestos integradores de tal caso.

Del examen de la doctrina positiva se puede llegar a admitir ciertas conclusiones orientadoras y determinantes en torno a la cuestión.

En este sentido es factible tener en cuenta la concurrencia de causas exclusivamente personales, que hacen imposible el ejercicio del cargo, como son la pérdida y suspensión o carencia de plenos derechos civiles y capacidad de obrar, incapacitación y minoría de edad (Artículos 893 , 322 , 199 y siguientes del Código Civil) o lo hagan sumamente dificultoso (enfermedades, senectud con disminución de las facultades intelectuales - Sentencia de 2 de diciembre de 1991), ausencia, privación de libertad por cumplimiento de ejecutoria penal),



e incluso las que son determinantes de indignidad para suceder (Artículo 756 del Código Civil), desconocidas por el testador o al menos no suficientemente ponderadas, pero con influencia notoria y acreditada de matiz negativo en la ejecución de voluntad testamentaria.

Asimismo también puede atribuirse cualidad de remoción a los supuestos relacionados con la actividad propia y encomendada a los albaceas, así cuando realizan conductas dolosas civiles o penales en perjuicio del caudal relicto y derechos de los herederos (Sentencias de 4 de febrero de 1902 , 23 de febrero de 1973 y 5 de julio de 1947) y a su vez si su actividad resulta totalmente inoperante o ineficaz por negligencia maliciosa o indiferencia, omisión y desatención constatada, que rebasan el simple descuido (Sentencias 6 de octubre de 1897 , 18 de febrero de 1908 , 3 de octubre de 1931 y 23 de febrero de 1973). También se procede contraviniendo la confianza que genera el mandato delegando las funciones en contra de lo dispuesto en el artículo 909 del Código Civil .

En línea del análisis que se efectúa, así mismo ha de considerarse que la remoción puede ocasionarse por causas sobrevenidas, determinadas por actuaciones y conductas concretas, como sucede si se infringe la regla prohibitiva que contiene el artículo 1459-3º del Código Civil , mediante la cual el albacea no puede adquirir lícitamente por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, los bienes confiados a su cargo o gestión, y, a su vez, cuando concurre, como en el caso de autos, una colisión clara, precisa y notoriamente influyente de los intereses de uno de los albaceas, con la anexión solidaria de los otros dos, con parte de los herederos, determinada por los procesos civiles referidos que mantienen y los relacionan y que ocasionan un enfrentamiento que suele superar los cauces procesales, para degenerar en enemistades, rencores y suspicacias, no obstante la honorabilidad de los albaceas de referencia.

La necesaria transparencia en el desempeño de un cargo tan especial y delicado como es el de albacea, la misma dignidad de los nombrados, la paz y la convivencia en adecuada armonía familiar de los herederos e incluso la voluntad del testador que refleja su disposición testamentaria, dictada sobre bases firmes de escrupulosa igualdad para sus sucesores, la independencia profesional de dos de los recurrentes, conlleva la necesaria liberación de toda sospecha respecto a su hacer, y hacen ajustada a Derecho y del todo conveniente la decisión judicial recurrida, pues los intereses enfrentados resultan suficientemente acreditados y los pleitos en los que se debaten; correspondiendo en todo caso a los Tribunales la procedente y justificada apreciación de la convergencia de las causas de remoción justa, transcendente y necesaria, que es lo que sucede en el caso que se enjuicia, en adecuada y actualizada interpretación de la norma (Artículo 3 del Código Civil), incluso por la vía de la analogía (Artículo 4), sin perder el norte de la institución del albaceazgo y las funciones que integran su actividad operativa de gestión de las testamentarías, conforme a las directrices del verdadero interesado que no es otro que el testador y que se proyectan a que sus sucesores acaten y cumplan su última voluntad, siquiera valiéndose para su realización material del actuar de los albaceas, que, en todo caso, deben de estar asistidos de la más exquisita corrección, no debiendo de dejar resquicios a su labor, ni huellas de suspicacia de un mal hacer, que tiene que ser imparcial y laboriosamente positivo, sin trabas que puedan proceder de la indiscutible incomodidad moral e incluso material que generan los pleitos que sostienen los litigantes y pueden presentarse con apariencias fundadas de limitaciones a la necesaria independencia de los afectados, conllevando lo expuesto a que el motivo sea desestimado...La jurisprudencia antigua se mostró contraria a aplicar a la remoción de los albaceazgos las causas previstas al efecto para las tutelas y así efectivamente se hace constar en la sentencia de la instancia, pero hay que tener en cuenta y ello es eludido en el recurso, que la institución tutelar ha sido objeto de importantes reformas legislativas - entre ellas las operadas por la Ley de 24 de abril de 1958, Ley 2 de mayo de 1975,- en los artículos a tener en cuenta 237 y 238- , y la última correspondiente a la Ley 31/83 de 24 de octubre, mediante la cual (Artículo 247 , en relación al 244-4º) se prevé como uno de los supuestos de remoción de los designados como tutores, los de incompatibilidades por tener importantes conflictos de intereses, aparte de mantener pleitos sobre la titularidad de los bienes...De esta manera se introduce una nueva situación motivadora de remoción, superando el criterio enumerativo anterior, adoptando mayor amplitud jurídica a la libre decisión de los jueces en cada caso concreto, de tal manera que se llega así a una más amplia cobertura en la fijación de las causas de remoción, que fue la línea interpretadora seguida por el Tribunal de Apelación, al acudir al apoyo de los preceptos cuya violación ataca el motivo, por la vía analógica del artículo 4 del Código Civil , en relación a su actualización, pues no existe norma prohibitiva alguna que impida tener en cuenta su incidencia en el caso presente".

TERCERO.- - ANÁLISIS CONDUCTA ALBACEAS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA-

I- Expuesta la doctrina precedente, se desprende que la remoción de los albaceas ha de decidirse atendiendo a las circunstancias de cada supuesto concreto y en éste, aunque concurren determinadas peculiaridades que, como luego fundamentaremos, pudieran llegar a poner en entredicho el buen hacer de los albaceas, no son de entidad suficiente como para dar lugar a la estimación de las pretensiones del actor. Podemos, por tanto, adelantar que no apreciamos error evidente ni conclusiones incompletas, incongruentes o contradictorias alcanzadas por la juez de instancia en relación a la prueba practicada, por lo que el criterio de la parte recurrente, legítimo, pero personal e interesado, no puede prevalecer en esta alzada.



II. Consideramos, en primer término, conveniente hacer especial hincapié tanto a las conductas que el actor reprochaba a los albaceas en su demanda para fundamentar la remoción de su cargo así como a las críticas que vierte en el recurso de apelación para justificar la errónea valoración de la prueba en la que habría incurrido la juzgadora de instancia y ello por la siguiente razón: hemos advertido que se esgrimen hechos nuevos pero conocidos por el actor desde el principio que, por razones que no alcanzamos a comprender, no fueron alegados en el escrito rector del procedimiento ordinario.

La *demanda*, tras narrar las actuaciones verificadas por las partes desde la lectura del **testamento** abierto otorgado por su madre, funda la remoción de los albaceas designados en las siguientes causas: *actuación negligente* por parte de los mismos que concreta en haber realizado entregas parciales de legados, con la oposición de un legitimario, sin haber practicado previamente liquidación y partición de la herencia, con valoraciones sin justificar y no habiendo practicado obligaciones tributarias dentro del plazo legal que conllevan sanciones innecesarias; *parcialidad* en su actuación al haber prescindido del actor en todas sus actuaciones pese a ser legatario y legitimario; y, *entrega parcial de legados sin respetar la voluntad del testador* que en la cláusula tercera dispuso que otorgaba las más amplias facultades a los herederos y legatarios para que pudiesen alterar el contenido de los legados, previo acuerdo unánime de los interesados, no habiendo recibido tampoco notificación alguna de los albaceas contadores partidores de la actualización de los préstamos, tal y como se establecía en la cláusula 1ª E del **testamento**.

En el *recurso de apelación* el demandante se centra en combatir las conclusiones extraídas en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de LOGROÑO. Por un lado, hace mención a diversos medios de pruebas (**testamento**, correos electrónicos de fecha 14/04/2014, declaración del contador partidor y expediente tributario) que, a su juicio, acreditarían la conducta negligente de los albaceas porque, a pesar de existir una valoración de los bienes legados por la testadora, prescinden de ella, sin tomar en consideración su voluntad, porque entregan parcialmente los legados pese a que la voluntad de la testadora no era que se respetasen de forma inexcusable los mismos, porque se comprometen en abril de 2014 a hacer un avalúo de los bienes y en junio de 2.015 hacen entrega parcial de los legados ocasionando conflictos y porque presentan autoliquidación del impuesto de **sucesiones** con una valoración subjetiva que no se adecúa a la valoración efectuada en la escritura de entrega de legados de junio de 2.015. Y, por otro lado, apoyándose en diversos medios de prueba practicados, se muestra disconforme con la conclusión alcanzada por la juez *a quo* respecto a la entrega parcial de legados sin previa formación de inventario y liquidación y partición poniendo el acento en que, siendo uno de los herederos menor de edad, el art. 1057.3 del CC exige formalizar inventario con citación de su representante legal, señalando, además, que, de forma previa al otorgamiento de la escritura de entrega de legados, no existe prueba acreditativa de que los albaceas hayan realizado actuación preparticional o comprobación de que con la entrega el caudal relicto seguía siendo suficiente para satisfacer las legítimas.

De una comparativa entre el contenido de la demanda y del recurso de apelación apreciamos que los hechos en los que fundaba el actuar negligente o carente de imparcialidad de los albaceas en el momento inicial son diferentes a los alegados en el recurso de apelación, existiendo únicamente coincidencia en la cuestión relativa a la entrega parcial de legados, con la oposición de un legitimario, sin haber practicado previamente inventario, liquidación y partición de la herencia, con valoraciones sin justificar y sin respetar la voluntad de la testadora y a la autoliquidación del impuesto de **sucesiones**. La consecuencia de este irregular modo de proceder del demandante apelante supone la imposibilidad de que este Tribunal, en este segundo grado, pueda entrar a examinar si las nuevas conductas negligentes que imputa a los albaceas -que, básicamente, consistirían en no tomar en consideración la valoración de los legados realizados por la testadora antes de su muerte y en el compromiso adquirido por los albaceas en junio de 2.014 de hacer una avalúo de bienes-, conocidas con anterioridad a la presentación de la demanda, pudieran dar lugar a su remoción y ello porque así lo proscriben el art. 456 de la LEC. En efecto, lo que no fue alegado en la demanda o contestación a la demanda, o en su caso como alegación complementaria en la audiencia previa, y, por tanto, no fue objeto del oportuno debate contradictorio en la instancia, no es posible introducirlo tampoco por la vía del recurso de apelación. Como es sabido, las pretensiones impugnatorias no deben apartarse de los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas en la anterior instancia, so riesgo de introducir una modificación del objeto del procedimiento radicalmente proscribida en nuestro Ordenamiento Jurídico conforme al principio general del Derecho "*pendente appellatione, nihil innovetur*", con grave afectación de los principios de audiencia y contradicción al propiciar la indefensión de la parte contraria a la que se ha privado de su derecho a contraalegar y proponer prueba sobre cuestiones que no fueron oportunamente aducidas en la fase de alegaciones de la anterior instancia, en que quedaron definitivamente delimitados los términos del litigio (Ss. TS 14-10-1991 y 21-4-1992 y STC 28-9-1992).

En este sentido, la Sentencia de esta Audiencia Provincial de La Rioja de fecha 11 de enero de 2013, señalaba que, como indican, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2008 y 18 de mayo de 2006, el planteamiento en segunda instancia de cuestiones nuevas contradice los principios de preclusión



y contradicción, generando indefensión para la contraparte, pues rige en nuestro ordenamiento un sistema de apelación limitada, no plena, en el que la regla general es que no cabe introducir cuestiones nuevas (*pendente apellatione nihil innovetur*). Por su parte, en nuestras Sentencias nº 385 y 386 de 2012, ambas de 23 de diciembre, que, con cita de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 29 de marzo de 2007, señalábamos que, la polémica doctrinal relativa a si el recurso de apelación se ha de contemplar como comprendido dentro del modelo de la apelación plena o el de la apelación limitada, o sea el que contempla la apelación como un nuevo proceso, *novum iudicio*, o como un sistema de revisión del primer proceso, *revisio prioris instantiae*, estaba ya perfectamente resuelta en nuestra doctrina jurisprudencial y así la sentencia de 9 de junio de 1997, recordaba "la jurisprudencia reiterada de la Sala, de la que es buena muestra la sentencia del Tribunal Supremo de 21 abril 1992: en relación con el principio de congruencia que han de respetar las sentencias y los límites del recurso de apelación, es doctrina reiterada de esta Sala, de la que son manifestación, entre otras las Sentencias de 28 noviembre y 2 diciembre 1983, 6 marzo 1984, 20 mayo y 7 de julio 1986 y 19 julio 1989, la de que no pueden tenerse en cuenta, a fin de decidir sobre ellas, las pretensiones formuladas en el acto de la vista del recurso de apelación, al ser trámite no procedente a tal propósito, pues el recurso de apelación aunque permite al Tribunal de segundo grado conocer en su integridad del proceso, no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problemas o cuestiones distintas de las planteadas en la primera instancia, dado que a ello se opone el principio general de derecho *pendente apellatione, nihil innovetur*. Y también la sentencia de 25 de septiembre de 1999, expresiva de que "no cabe la menor duda que la preclusión de las alegaciones de las partes, es el sistema establecido en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, que significa que las alegaciones de las partes en primera instancia que conforman el objeto procesal, impide que se puedan ejercitar pretensiones modificativas que supongan un complemento al mismo, impedimento que debe regir durante todo el proceso, tanto en primera instancia como en alegación. De todo ello es claro ejemplo la Sentencia de esta Sala de 6 de marzo de 1984, cuando en ella se dice que "el recurso de apelación en nuestro ordenamiento jurídico, aunque permita al Tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a aquél a resolver cuestiones o problemas distintos a los planteados en primera instancia, dado que a ello se opone el principio general del derecho, *pendente apellatione, nihil innovetur*. No pudiendo nunca olvidarse que el concepto de pretensiones nuevas comprende a las que resulten totalmente independientes a las planteadas ante el Tribunal «a quo», como a las que suponen cualquier modo de alteración o complementación de las mismas. En resumen que en todo caso, una posición contraria atacaría el principio procesal de prohibición de la *mutatio libelli*."

Item más: la doctrina jurisprudencial todavía matiza más, pues niega incluso la admisibilidad de que las partes planteen cuestiones nuevas con base en afirmaciones diferentes de aquellas de las que se parte en los escritos rectores de la litis, pues ello causaría indefensión a la adversa, en cuanto no pudieron ser redargüidas por ésta (sentencias 15 abril 1991, 14 octubre 1991, 28 enero 1995 ó 28 noviembre 1995), implicando lo contrario infracción del art. 24 de la Constitución Española al no darse a la contraparte posibilidad de alegar y probar lo que estime conveniente a su derecho (sentencias 3 abril 1993, que cita las de 5 diciembre 1991, 20 diciembre 1990, 18 junio 1990, 20 noviembre 1990 e igualmente sentencia 25 febrero 1995), tal y como apuntó igualmente la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 septiembre 1992, que razonó que la introducción de hecho posterior a la fase expositiva del proceso supone una modificación sustancial de los términos del debate procesal que afecta al principio de contradicción y por ende al fundamental derecho de defensa, en análogo sentido sentencias 7 mayo 1993, 2 julio 1993, 29 noviembre 1993, 11 abril 1994, 19 abril 1994, 22 mayo 1994, 4 junio 1994, 20 septiembre 1994, 6 octubre 1994, 15 marzo 1997, 22 marzo 1997 y 15 febrero 1999, que glosa las de 30 noviembre 1998, 15 junio 1998, 8 junio 1998, 12 mayo 1998 y 11 noviembre 1997, igualmente sentencias 12 marzo 2001, 15 marzo 2001, 17 mayo 2001, que cita, entre otras, la de 20 enero 2001, resoluciones que recogen el principio de preclusión referido al planteamiento de cuestiones nuevas en casación pero igualmente aplicables a la apelación.

Como ya hemos apuntado, toda esta doctrina ha tenido reflejo normativo en el art. 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ("en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de instancia..."). Es decir, el ámbito del recurso no puede superar o ser más amplio que el de las actuaciones que lo motivaron, de suerte que resulta prohibida la posibilidad de formalizar nuevas pretensiones o motivos de oposición por las partes".

Como consecuencia de lo expuesto, no nos detendremos en analizar en esta resolución si los albaceas, al prescindir de la valoración de los legados efectuada por la testadora y al incumplir su compromiso de efectuar un avalúo de los bienes con anterioridad a la partición y a la entrega de legados, incurrieron en una conducta negligente de suficiente gravedad como para dar lugar a la remoción de su cargo. No obstante, sí que queremos dejar apuntado que, por un lado, apartarse de una supuesta valoración de legados efectuada por la testadora de forma previa al otorgamiento del **testamento**, sin que se haya hecho indicación alguna a la misma en este instrumento público, difícilmente podría considerarse como motivadora de incumplimiento de las obligaciones



inherentes al cargo de albacea. Y, por otro lado, el incumplimiento del compromiso manifestado de efectuar un avalúo de los bienes antes de la partición y de la entrega de legados, supondría, en todo caso, un actuar desleal de los albaceas respecto a uno de los interesados en la herencia pero no un quebrantamiento de la voluntad de la causante expresada en su **testamento**.

Así las cosas, merece especial atención en este segundo grado la conducta desarrollada por los albaceas consistente en haber entregado parte de los legados a tres de los cuatro legatarios, sin previo inventario, liquidación y partición, sin respetar la voluntad de la testadora y en la presentación de la autoliquidación del Impuesto de **Sucesiones**.

III- Comenzando por la *conducta tributaria* desarrollada no podemos sino compartir la escueta pero suficiente argumentación efectuada por la juez de instancia que reseña que *"en cuanto a la denunciada falta de diligencia en lo referente a la presentación de las autoliquidaciones correspondientes al impuesto de **sucesiones**, nada se justifica al respecto, pues el mencionado documento nº 6 de los presentados con la demanda no contiene resolución sancionadora alguna"*. Examinado el documento nº 6 -folios 103 y ss- consistente en la declaración tributaria para la liquidación del impuesto de **sucesiones** y donaciones, modalidad **sucesiones**, respecto a determinados bienes inmuebles urbanos, presentada el 10/02/2015, por los herederos/legatarios Raquel , Rafaela y Cesar , haciendo constar que la causante, Florinda , fallecida el día 10/02/2014, había otorgado **testamento** y que habría otros herederos que no habían comparecido, apreciamos que ni se explicó por la parte demandante en su demanda en qué consistía la falta de diligencia de los albaceas al presentar tal autoliquidación ni de su contenido se infería la imposición de sanciones. Por ende, difícilmente, podía calificarse tal indeterminado proceder como negligente.

En el recurso de apelación aclara que en febrero de 2.015 proceden a presentar autoliquidación del impuesto de **sucesiones**, dando a ciertos bienes una valoración subjetiva, sin ningún tipo de justificación y que no coincide con la valoración que consta en la escritura de entrega de legados de junio de 2.015 y que, aunque no haya resolución sancionadora, nada impide comprobar su actuación parcial y negligente. Es cierto que la presentación de esa autoliquidación, *a priori*, no se refiere a todos los bienes y derechos que componen el haber hereditario de la causante pero tal modo de proceder, en absoluto, podemos tildarlo de negligente porque, por un lado, la presentación de la autoliquidación no podemos imputarla directamente a los albaceas porque se realizó por un representante de los herederos/legatarios, D. Leandro , que no coincide con las personas designadas como albaceas, D^a Salome y D. Constancio . Y, por otra parte, desconocemos el expediente tributario completo seguido a raíz de la presentación de tal autoliquidación, si los valores dados a los bienes han sido rectificadas al alza por la administración, si ello ha dado lugar a algún tipo de recargo en la cuota tributaria o, en su caso, si se ha abierto expediente sancionador, o, si se han realizado actuaciones de comprobación tendentes a investigar el patrimonio real y total de la causante y cuáles han sido las consecuencias de ello.

En esta tesitura, los alegatos del recurso de apelación no sirven para desvirtuar la válida conclusión alcanzada por la juez *a quo* en relación a esta cuestión debiendo analizar, seguidamente, la cuestión nuclear del recurso de apelación y de la demanda: la entrega parcial de los legados sin previo inventario, ni liquidación ni partición, ni intervención de todos los legatarios, y, al margen de la voluntad de la causante.

IV- Para resolver esta cuestión hemos de partir del contenido del **testamento** abierto otorgado por D^a Florinda el día 18/11/2013 -folios 47 y ss.-.

En este instrumento público la madre del actor, D. Bruno , y, de los codemandados, D^a Rafaela , D^a Raquel , D. Cesar , dispuso lo siguiente.

Con carácter previo a cualquier disposición patrimonial, señaló, a los efectos que a este pleito interesan, que deseaba que su **testamento** fuese de unión entre lo hermanos y no un conflicto entre ellos, que las particiones las hacía con las deudas que tenían a fecha de hoy y que si había algún cambio haría otro **testamento**.

Seguidamente, ordenó diversos legados de cosas ciertas y determinadas a favor de su hija Rafaela , de su hija Raquel , de su hijo Cesar , y, de su nieto Cirilo (hijo del demandante) manifestando la testadora que *"en su día le prestó 425.685,56 € a su hijo Bruno los cuales le condona en la cantidad que no haya sido devuelta a título de legado"* y que *"todos los préstamos antes relacionados en cada uno de los legados serán actualizados con la variación que experimente el IPC, desde hoy hasta la fecha de aceptación ante fedatario público de la herencia de la testadora"* acompañando un cuadro detallado de los préstamos realizados a sus hijos Cesar y Bruno con las devoluciones parciales y las actualizaciones efectuadas desde su devengo. Asimismo, manifestó que *"ha avalado el préstamo hipotecario correspondiente a la vivienda habitual de su hijo Bruno por importe de 415.711 €, y que en el caso de que tuviera que responder la testadora en vida como avalista, le condona dicha cantidad a título de legado. Para el caso de que una vez fallecida la testadora el avala se ejecutase por el acreedor contra los herederos dispone la testadora que lo pagado por los herederos como avalistas se entienda como*



legado a favor de Bruno , de manera que en esa cantidad se reducirá la cuota hereditaria de los herederos y se incrementará la cuantía de lo adquirido mortis-causa por Bruno , sin que los herederos puedan reclamar nada a Bruno en vía de regreso".

En la cláusula 2ª nombró "HEREDEROS POR PARTES IGUALES A SUS TRES HIJOS, Rafaela , Raquel y Cesar y a su nieto Cirilo , sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes. Quiere hacer constar que su hijo Bruno en virtud de los legados y de favores hechos en vida ya ha recibido lo bastante para entender cubierta su legítima estricta. Ordena que cualquier donación que pudiese considerarse recibida por Bruno en vida de la testadora no sea colacionable".

En la cláusula 3ª "Otorga las más amplias facultades de partición a los herederos y legatarios para que puedan alterar el contenido de los legados previo acuerdo unánime de los interesados".

Y, en la cláusula 4ª "Nombra albaceas, contadores-partidores, con las facultades legales y las necesarias para cumplir este **testamento**, incluida la entrega de legados, y prorroga del plazo legal hasta 5 años más después del fallecimiento de la testadora, al Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de La Rioja, don Constancio , (...) y a doña Salome (...) para que actúen macomunadamente".

La testadora falleció el día 10/02/2014 y los albaceas contadores-partidores aceptaron el cargo en virtud de escritura pública el día 21/02/2014 -folios 430 y ss.-.

En fecha 05/03/2015 el Letrado de D. Bruno remite a los albaceas-contadores partidores un escrito -folios 6 y ss.- en el que da cuenta de determinadas circunstancias señalando que la deuda a la que se refirió la testadora existe pero de cuantía inferior a la contemplada en el **testamento** y el legado debe surtir efecto sólo en la parte del crédito o de la deuda subsistente al tiempo de morir la testadora y que su legítima estricta resulta perjudicada y que ese elemento debe tenerse presente a modo de discutirlo a la hora de realizar la partición de la herencia, poniendo a su disposición cualquier documento que corrobore su situación actual, absteniéndose, entretanto, de cualquier acto de partición de la herencia y entrega de legados, ya sea total o parcial, sin perjuicio de promover las acciones pertinentes por interesar la nulidad o ineficacia de las cláusulas del **testamento** de la causante impugnadas, a fin de establecer el derecho a la legítima de su representado que por ley le corresponde.

Los albaceas contadores-partidores extienden en fecha 05/06/2015 *acta notarial de manifestaciones* -folios 77 y ss.- donde señalan que están realizando las tareas que conducirán a la partición de la herencia y adjudicación de los bienes, que los interesados en la herencia no han hecho acto de disposición ni de aceptación de bien alguno de la herencia y la herencia se encuentra en situación de herencia yacente, que solicitan a la Agencia Tributaria el Alta Censal y la emisión del correspondiente CIF para el cumplimiento de todas las obligaciones tributarias y que como albaceas contadores partidores se obligan a solicitar la baja censal de la herencia yacente en el momento en que los interesados procedan a aceptar los bienes de la herencia.

A instancia del Letrado de Dª Raquel , de Dª Rafaela y D. Cesar , se otorgó e n fecha 17/06/2015 *escritura pública de entra parcial de legados* -folios 448 y ss.- con la intervención de Dª Raquel , Dª Rafaela y D. Cesar , en calidad de legatarios, y, de los albaceas, Dª Salome y D. Constancio . En ella, tras hacer mención a las disposiciones testamentarias, hacer una descripción de determinados bienes y valorarlos en un total de 1.648.891,70 euros, cuantifican los bienes adjudicados en la escritura en concepto de legado a Dª Rafaela en 623.824,36 euros, a Dª Raquel en 525.638,95 euros y a D. Cesar en 499.428,39 euros, señalando que con estos haberes y los restantes bienes de la herencia que no son objeto de inventario no hay inconveniente para proceder a la entrega de legados. Asimismo, los albaceas manifiestan formalmente que con la entrega parcial de legados no se perjudican en modo alguno ningún derecho legitimario de la herencia y que quedan dentro de la herencia bienes suficientes para cumplir las disposiciones testamentarias de la testadora y para cumplir con ellas y los legitimarios, dejan constancia que los legatarios, a través de sus representantes legales, habían solicitado el cumplimiento de las disposiciones testamentarias objeto de la escritura, hacen entrega de parte de los legados dispuestos en el **testamento** a Dª Rafaela los números 1, 2, 3 y 13 que acepta y valora en 623.824,36 euros, a Dª Raquel los números 4, 5, 6, 7, 8, 8 bis, 8 quarter, y 9 que acepta, valorados en 525.638,95 euros y a D. Cesar los números 10, 11, 12 y 14 que acepta, valorados en 499.428,39 euros.

En fecha 30/06/2015 se extiende *acta notarial* -folios 576 y ss.- por los albaceas en la que dan cuenta de todo lo acontecido hasta la fecha (otorgamiento de **testamento**, fallecimiento de la testadora, aceptación cargo albacea, requerimiento escrito del representante legal de D. Bruno , petición de los representantes legales de D. Cesar , Dª Rafaela y Dª Raquel para que procediesen a la entrega de los legados, *acta de manifestaciones* relativa a la herencia yacente, *escritura de entrega parcial de los legados*) requiriendo al Notario para que la remitan por correo certificado al legatario menor de edad, Cirilo .



El día 07/07/015 se extiende ante Notario *acta de envío por correo* -folios 87 y ss.- por la cual D^a Angelina , madre del menor de edad, Cirilo , expone que el día 04/07/2015 recibió un acta autorizada ante Notario de 30/06/2015, que desea efectuar las siguientes alegaciones, que su hijo es desconocedor del acta de manifestaciones de la herencia yacente de 05/06/2015 y de las actas de aceptación de cargas y entrega parcial de legados, que su hijo no ha recibido notificación por parte de los albaceas, que éstos están procediendo a realizar actos de partición y entrega parcial de legados sin notificar nada a uno de los herederos y legatario, que no ha recibido por parte de los albaceas inventario de bienes, derecho y deudas que componen la herencia yacente, que no sabe si existen bienes para cubrir todos los legados y no puede admitir entregas parciales de legados sin recibir notificación del inventario y avalúo de bienes que componen el caudal hereditario, que es obligación de los albaceas actuar con imparcialidad y tratar a todos los herederos y legatarios de la misma manera y que se requiere a los albaceas contadores partidores para que: a) entreguen a su representado copia del acta de manifestaciones de la herencia yacente del día 05/06/2015, actas de aceptación de cargos y entrega parcial legados; b) le entreguen inventario y avalúo de bienes, derechos y deudas que componen la supuesta herencia yacente; c) procedan a anular la entrega parcial de legados al haberse realizado sin previo inventario y sin haber notificado nada a uno de los herederos y legatarios; y, d) que les notifiquen un domicilio para poder realizar comunicaciones con los albaceas.

El día 23/07/2015 los albaceas suscriben contrato de asesoramiento con el Rector de la Universidad de LA RIOJA para que por parte del Catedrático, D. Jon , emita dictamen sobre determinadas cuestiones relacionadas con la herencia de D^a Florinda -folios 801 y ss.-, trabajo éste que fue culminado en fecha 11/09/2015 -folios 608 y ss.

En fecha 27/07/2015 se extiende *acta notarial por los albaceas* -folios 97 y ss.- en la que dicen que el día 09/07/2015 recibe el acta de 07/07/2015 respecto de la cual hacen las siguientes manifestaciones: 1) los albaceas contadores han obrado, a su juicio, respetando en todo momento las disposiciones testamentarias de la finada, de conformidad con las facultades previstas en la normativa vigente y sin perjudicar la legítima de Cirilo ; 2) los albaceas- contadores expresan su total confianza en que todos los legatarios, a través de su correspondiente defensa legal, resuelvan en el plazo más breve posible las diferencias que puedan existir entre ellos con relación a la aceptación de la herencia; 3) los albaceas-contadores seguirán actuando hasta cumplir todas las obligaciones propias de su condición y naturalmente entregarán los legados otorgados por la causante a Cirilo cuando sean requeridos para ello fehacientemente por su madre o su letrado; 4) los albaceas-contadores citarán a todos los herederos para la entrega del resto de los bienes que componen la herencia de los que fuera propietaria la causante.

En fecha 30/01/2016 el economista, D. Sebastián emite informe de valoración de los bienes de bienes afectos a la herencia yacente de D^a Florinda -folios 681 y ss.- conforme al inventario facilitado por los albaceas sustentado en la declaración de patrimonio de la causante del año 2.014 y en los inventarios de fincas arrendadas a la mercantil DIRECCION000 ., no incluyendo depósitos dinerarios, ni bienes muebles de la herencia (joyas, obras de arte, ...) e incluyendo únicamente las participaciones de la causante en DIRECCION000 .. La valoración total asciende a 3.735.631,64 euros

De la prueba documental mencionada se infiere con meridiana claridad que los albaceas-contadores, una vez aceptado el cargo, y, tras mantener inicialmente contacto con todos los legatarios y herederos proceden, a instancia de los letrados de D^a Raquel , Rafaela y D. Cesar , a otorgar escritura pública de entrega parcial de legados, sin conocimiento del cuarto legatario menor de edad, Cirilo , sin previo inventario ni avalúo de los bienes y derechos y cargas y gravámenes de la herencia de D^a Florinda , sin realizar partición y adjudicación de bienes de la herencia, y, con la oposición formal, previamente manifestada, del otro hijo demandante. Sólo después de la entrega parcial de legados, recaban dictamen del Catedrático D. Jon sobre la licitud de su actuación planteándole determinadas cuestiones referidas a la entrega de los bienes de la herencia y, unos meses después de este dictamen, concretamente, en enero de 2.016, obtienen un informe de valoración de los bienes afectos a la herencia yacente de la SRA. Florinda que, sin embargo, su propio autor reconoce que no es completo.

A la vista de lo expuesto, debe valorarse si la conducta de los albaceas es negligente y lo suficientemente grave como para dar lugar a la remoción de su cargo, anulando y dejando sin efecto lo actuado por ellos.

Esta Sala entiende que el modo de proceder de los albaceas-contadores, en contra de lo que afirma la juez *a quo*, sí que fue precipitado porque aunque no existe disposición legal expresa en nuestro ordenamiento que prohíba la entrega de legados de cosa cierta, sin previa realización de las operaciones particionales de la herencia, el criterio mayoritario de nuestras Audiencias Provinciales, en concordancia con la doctrina emanada por la DGRN, se muestra contraria a lo verificado por los albaceas.



En este sentido, la SAP Madrid, Sección 9ª, de 26.09.2.011, indica: " aunque el legatario tenga derecho al legado desde el momento de la muerte del testador y adquiera su propiedad de la cosa legada cuando es específica, determinada y propia del testador, incluso la esté poseyendo, ello no significa que no tenga que pedir su entrega al heredero o albacea autorizado ya que su adquisición no se verifica de forma inmediata como en la herencia sino de forma mediata a través del heredero, otorgando al legatario una acción personal ex **testamento** para pedir la entrega del legado e incluso ejercitar la acción reivindicatoria contra todo tercero que tenga la cosa legada en su poder. La petición de entrega del legado exige que se haya formado inventario y haya transcurrido el tiempo para deliberar, pues mientras no se liquide la herencia y se sepa si hay bienes suficientes para aplicar al pago de los legados y su aceptación por el heredero, no se puede asegurar que no sea necesaria la reducción o hasta la insuficiencia de los mismos, de ahí que el art. 1025 del Código Civil disponga que "durante la formación de inventario y término para deliberar no podrán los legatarios demandar el pago de sus legados". Así se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencias de 11 enero 1950, 24 enero 1963 y constantemente las Audiencias Provinciales como en las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de junio de 2008, Oviedo de 14 de abril de 2008 y 29 de abril de 2002, Santander de 4 de julio de 2008, Palma de Mallorca de 27 febrero de 2007, Pontevedra de 7 noviembre de 2007, Zaragoza de 5 abril de 2006, La Coruña de 31 de enero de 2005, 22 de abril de 2004 y 28 de octubre de 1997, Palencia de 6 de mayo de 2002, Granada de 27 diciembre de 2000 y Santa Cruz de 30 de octubre de 1997, entre otras muchas. En el mismo sentido se ha pronunciado esta Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª) en su sentencia de 14 de octubre de 2009.

Al respecto, la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 20 noviembre de 1998 en su fundamento tercero dice: "El segundo extremo de la nota de calificación plantea la cuestión de decidir si es posible la entrega de legados de cosa específica habiendo herederos forzosos que no prestan su consentimiento y sin que conste haberse realizado el inventario, liquidación y adjudicación de la herencia en su totalidad y, consiguientemente, sin que haya sido determinado el haber hereditario correspondiente..... Sobre esta cuestión persiste la doctrina de la Resolución de 27 de febrero de 1982: no es posible la entrega sin que preceda la liquidación y partición de la herencia con expresión de las operaciones particionales de las que resulte cuál es el haber y lotes de bienes correspondientes a los herederos forzosos cuyo consentimiento para la entrega de los legados no consta, porque solamente de este modo puede saberse si dichos legados se encuentran dentro de la cuota de que puede disponer el testador y no perjudica, por tanto, la legítima de los herederos forzosos". Lo que se ratifica en la resolución de 13 de enero de 2006".

La SAP de Castellón, Sección 1ª, de 31.01.2.014, indica que "Es sabido que las cargas de una herencia suelen estar formadas por dos diversos grupos: deudas y legados. De los titulares de ambos grupos puede decirse que, mientras los legatarios a quienes no se pague dejan de obtener una ganancia porque su título es puramente lucrativo, los acreedores a quienes se deje de pagar sufren un daño, toda vez que realizaron en beneficio del causante alguna prestación de la que no reciben equivalente alguno. Por ello, no puede ser más lógico el legislador al anteponer en todo caso, como se desprende de los artículos que a continuación veremos, el pago de acreedores hereditarios al pago de legatarios. Si no se les paga a los acreedores se les infiere un daño, mientras que los legatarios sólo dejan de obtener una ganancia. La preferencia de acreedores sobre legatarios es una justificada anteposición de quienes procuran no sufrir un daño respecto a quienes buscan un lucro.

El principal argumento para defender la prioridad de los acreedores hereditarios frente a los legatarios, lo encontramos en el principio general que rige todo el Derecho de **sucesiones** y que se expresa bajo el brocardo de "antes pagar que heredar". Esta preferencia puede ser afirmada en virtud del art. 1911 CC, que establece que el deudor responderá del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, responsabilidad que no es sino la principal garantía para el acreedor que quedaría muy disminuida si los bienes del causante sirviesen de garantía también para los legatarios sin previa preferencia de acreedores de la herencia.

Por otra parte, también se plantea si los bienes legados deben incluirse en el inventario de bienes o no. Cuando en la herencia concurren herederos forzosos o legitimarios junto con el legatario, con independencia de que ellos mismos tengan esa misma consideración, debe tenerse en cuenta que el legado está subordinado al pago de las deudas y abono de las legítimas. Si se permitiese sin más la entrega de las cosas específicas y determinadas legadas, perjudicaría la integridad de la masa hereditaria que, como ocurría en vida del causante, supone especial garantía, conforme a lo previsto en el artículo 1911 del Código Civil, de los acreedores, y más concretamente de los legitimarios."

Y la misma línea siguen las Sentencias de la AP de Cáceres de 19 de diciembre de 2.013, de la AP de Córdoba de 4 de marzo de 2.013, de la AP de Palma de Mallorca, Sec 3ª, de 27 de febrero de 2.00, la AP de Madrid, Sec 25ª de 4 de abril 2.014 y la AP de Las Palmas, Sec 5ª, de 6 de noviembre de 2.014, entre otras.

En resumen, la actuación de los albaceas, procediendo a la entrega parcial de legados a favor de tres de los cuatro legatarios designados, sin realizar previamente todas las operaciones particionales de la herencia de la causante, incluido el inventario de bienes -al que vendrían obligados conforme al art. 1057.3 del CC, por



haber un heredero menor de edad-, resulta contraria a la doctrina jurisprudencial desarrollada en torno a la entrega de los legados conforme a la cual, hemos visto, no es posible que el legatario pueda pedir la entrega de su legado sin que previamente se haya llevado a cabo la partición de la herencia. Ello es lógico porque la entrega de un legado, sin conocer previamente el valor del caudal relicto, puede perjudicar el derecho de los legitimarios en el caso de que no queden bienes suficientes para cubrir la cuota legitimaria o el derecho de los posibles acreedores de la masa hereditaria.

Ahora bien, pese a que la conducta de D. Constancio y D^a Salome no fue del todo ejemplar y debieran haber ponderado mejor las consecuencias de sus acciones, en vez de claudicar al deseo de tres de los legatarios, estima esta Sala que su actuación no puede conllevar la grave sanción de remoción de su cargo porque, en realidad, se apartaron del parecer de los tribunales pero no infringieron ningún precepto legal de carácter imperativo no apreciando, por tanto, una negligencia grave en su proceder. No actuaron con falta de diligencia esencial en el cumplimiento de sus obligaciones, ni obraron de mala fe o a sabiendas de que perjudicaban o podían perjudicar al legatario menor de edad o la legítima estricta del demandante para el caso de que éste acreditase que ésta no se había visto ya satisfecha en vida de la causante.

Es más, entendemos que otorgando la escritura de entrega parcial de legal cumplieron el deseo expresado por la causante en su **testamento** que era dejar, vía legados, unos bienes concretos a favor de los hijos designados especialmente al efecto, con la excepción del demandante que ya habría recibido en vida determinadas cantidades de dinero de su madre. No puede admitirse, como apunta la parte recurrente, que se apartaran de la voluntad de la testadora por el mero hecho de que ésta dispusiese en el **testamento** la posibilidad de que los herederos podían alterar el contenido de los legados si existía previo acuerdo unánime de los interesados pues en el caso concreto está claro que entre todos los hermanos no había entendimiento.

El hecho de que la entrega de legados se hiciera sin conocimiento previo del cuarto legatario, a la sazón hijo menor del propio demandante, no supone una falta de parcialidad en su actuación ni le dota de mayores connotaciones negativas porque su padre ya había comunicado a los albaceas-contadores en marzo de 2.015 que se abstuvieran de realizar cualquier acto de partición de la herencia y entrega de legados y era previsible su oposición frontal, porque los bienes legados a favor del menor no quedaron comprometidos con la escritura de entrega parcial de legados, y, porque después del otorgamiento de esta escritura lo pusieron en su conocimiento y le informaron de la posibilidad de que podía pedir la entrega de los bienes legados por la testadora en cualquier momento, lo que, en definitiva, debemos interpretar como una señal inequívoca de la igualdad de trato pretendida por los albaceas a favor de todos los legatarios.

En otro orden de cosas, y, aunque lo más prudente hubiera sido haber recabado el informe de valoración de bienes antes de la entrega parcial de los legados para que su conducta hubiera podido ser calificada de manera objetiva e incontestable como intachable, no se ha acreditado, ni directa ni indiciariamente, que la actuación de los albaceas haya comprometido los derechos del resto de interesados -el actor y su hijo- en la masa hereditaria, por lo que su remoción sería una medida injusta y desproporcionada y, además, supondrían un quebrantamiento de la voluntad de la testadora que designó a dos personas de su entera confianza para que procedieran al cumplimiento de sus últimas voluntades.

Conforme a todo lo razonado, la decisión adoptada en primera instancia debe ser confirmada en esta alzada, desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Bruno .

CUARTO.- -COSTAS PROCESALES-

Respecto de las costas procesales, esta Sala considera procedente hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 394.1 de la LEC, por remisión expresa del art. 398.1 del mismo Texto Legal, de no efectuar expresa imposición de costas en supuestos de serias dudas de hecho que consideramos pueden entenderse concurrentes en el supuesto que nos ocupa porque la entrega parcial de legados se oponer al criterio mayoritario de las Audiencias Provinciales de nuestro territorio nacional y desde esta perspectiva el recurso de apelación interpuesto estaba justificado.

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

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, D^a ESTELA MURO LEZA, en nombre y representación de D. Bruno , contra la Sentencia 29/2018, de fecha de 30 de enero de 2.018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de LOGROÑO en el Juicio Ordinario 298/2015 de dicho Órgano Judicial, del que dimana el Rollo de Apelación nº 303/2018, y, en consecuencia, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la meritada resolución, sin hacer especial imposición sobre las costas procesales causadas en esta alzada.



La desestimación del recurso de apelación conlleva, conforme a lo dispuesto en la D.A. 15ª, APARTADO 9º, de la LOPJ, la pérdida del depósito constituido.

Recursos.- Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

Órgano competente.- Es el órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo es con carácter transitorio) la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

Plazo y forma para interponerlos.- Ambos recursos deberán prepararse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

Aclaración y subsanación de defectos.- Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15.ª de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre, el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta Audiencia Provincial, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.

Cúmplase al notificar esta resolución lo dispuesto en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Devuélvanse los autos al juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, interesándose acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al rollo de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.