



Roj: **SAP IB 2136/2003 - ECLI:ES:APIB:2003:2136**

Id Cendoj: **07040370042003100242**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **4**

Fecha: **12/11/2003**

Nº de Recurso: **176/2003**

Nº de Resolución: **512/2003**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MIGUEL ALVARO ARTOLA FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00512/2003

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES

APELACIÓN CIVIL; SECCIÓN 4ª

Rollo nº 176/03

Autos nº 52/02

Ilmos. Sres.

Presidente: Dº Miguel Ángel Aguiló Monjo.

Magistrados: Dº Miguel Álvaro Artola Fernández.

Dª Juana María Gelabert Ferragut

**SENTENCIA nº 512/03**

En Palma de Mallorca, a doce de noviembre de dos mil tres.

VISTOS en fase de apelación por los Ilmos. Sres. referidos los autos de juicio declarativo ordinario sobre reclamación de cantidad derivada de legado, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Palma, estando el número de autos y actual rollo de Sala consignados arriba, actuando como parte demandante - impugnante Dª Mercedes , y en su representación el/la Procurador/a de los Tribunales Dº/a FRANCISCO JAVIER GAYA FONT, y defendida por el/la Letrado/a Dº/a TERESA OLIVER GOMIS, y como parte demandada -apelante Dª Lorenza , y en su representación el/la Procurador/a de los Tribunales Dº/a MARÍA ORTIZ PEÑALVER, y defendida por el/la Letrado/a Dº/a MIGUEL ANGEL ESCANELLAS GENOVAR; ha sido dictada en esta segunda instancia la presente resolución judicial.

Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Miguel Álvaro Artola Fernández.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Palma en fecha 8 de enero de 2003 en los presentes autos de juicio declarativo ordinario en ejercicio de acción de reclamación de cantidad derivada de un legado, seguidos con el número 52/02, de los que trae causa el presente rollo de apelación, decía en su Fallo:

"Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Dº FRANCISCO JAVIER GAYÁ FONT, en representación de Dª Mercedes , contra Dª Lorenza ; debo absolver y absuelvo a la citada



demandada de las pretensiones efectuadas en su contra. No se hace expresa imposición de costas procesales causadas."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma, el cual correspondió a esta Sección Cuarta en virtud de reparto efectuado por la Oficina correspondiente.

TERCERO.- El referido recurso de apelación fue interpuesto por la representación procesal de la parte demandada, siendo impugnada la sentencia por la actora, sin que fuera propuesta prueba en esta fase de apelación por ninguna de las partes del litigio, siguiéndose el recurso con arreglo a los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedando el rollo de apelación concluso para dictar sentencia en esta alzada tras la aportación de los correspondientes escritos de parte, de apelación e impugnación, así como de contestación a esta última, cuyos argumentos serán objeto de resumen en el fundamento de derecho primero de la presente resolución.

CUARTO.- En la tramitación antedicha se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en lo que no se opongan a los que siguen.

PRIMERO.- En la demanda instauradora del presente litigio, seguido por los trámites del juicio declarativo ordinario sobre reclamación de cantidad derivada de un legado sucesorio, la demandante, D<sup>a</sup> Mercedes, se dirigía frente a su hermana, D<sup>a</sup> Lorenza, exponiendo que aquélla es legataria de D<sup>a</sup> Montserrat sobre la parte correspondiente del producto de la venta del inmueble sito en la CALLE000, NUM000, de Palma (antes CALLE001, NUM001), del cual la fallecida era copropietaria en proporción de 3/12 partes indivisas.

Explica que la causante falleció en Palma, lugar de su residencia, en fecha 10.5.95, habiendo otorgado testamento abierto notarial en fecha 11.4.88, en el que consta que instituía heredera universal a su sobrina, hoy demandada, D<sup>a</sup> Lorenza, quien heredó, entre otras cosas, las 3/12 partes del inmueble de referencia. No obstante, en fecha 19.4.89 la referida causante había otorgado legado en documento privado cuya fotocopia se acompaña a la demanda, parte del cual ha sido cumplido por la heredera, quedando pendiente de reparto el referido legado, correspondiente al precio obtenido por la venta de la propiedad de la CALLE001 (hoy CALLE000), el cual, si bien ha sido cumplido respecto de otros beneficiarios, hermanos de las hoy litigantes, queda pendiente de cumplimiento con relación a la actora.

En este sentido, refería la demanda que en fecha 13.2.01 se procedió a la venta del citado inmueble, como puede comprobarse en la nota registral, siendo el precio total recibido de 14.000.000 de pesetas, de las cuales la demandada, D<sup>a</sup> Lorenza, hizo partícipes a sus hermanos, D<sup>a</sup> Soledad y D<sup>o</sup> Ricardo, de la cantidad correspondiente, es decir, de 875.000 pesetas, dejando de cumplir el legado respecto de la hoy actora, por lo que se requirió en fecha 10.7.01 a la hoy demandada, mediante telegrama, para que cumpliera dicha obligación de pago del legado, a lo que ha venido dando largas -véase carta remitida por conducto notarial, acompañada como documento número 5 a la demanda-. En consecuencia, se terminaba solicitando el dictado de una sentencia condenatoria al pago de la suma de 5.258,86 (875.000 pesetas), más los intereses legales y gastos.

La defensa de la parte demandada, reconoció los hechos de la demanda, pero explicó que a la muerte de D<sup>a</sup> Montserrat su cliente era heredera de las 3/12 partes del inmueble, sin embargo, apareció un documento ológrafo -copia obrante al documento número 3 de la demanda-, mediante el cual se indicaba que el importe que se percibiera de la venta del inmueble sito en la CALLE001 debía ser repartido entre los cuatro hermanos, obligación que fue asumida por la demandada, tal y como se desprende de la carta que, con carácter previo al requerimiento realizado de contrario, remitió esta parte a la hoy actora -carta que se acompañó a los autos como documento número 5 de la demanda-, sin que nunca esta parte se haya negado a pagar, una vez deducidos los gastos de la adición de la herencia que hubieron de realizarse, así como los de los impuestos que le afectan, y cuyo pago, salvo prescripción de los mismos, es necesario para poder realizar el pago del legado -gastos que se refieren en el listado obrante al folio 5º de la contestación a la demanda-; dichos gastos, por hallarse pendientes de prescripción, no están aún determinados, por lo que, entendiéndose que no está la heredera obligada al pago del legado con carácter previo al conocimiento exacto de la cantidad a descontar por tales conceptos, se solicitó la desestimación de la demanda por no ser el importe a satisfacer concreto ni exigible, debiendo ser satisfecho en el momento en que hayan sido liquidados los importes a satisfacer, momento en que se podrá realizar la liquidación concreta de los importes adeudados, en el bien entendido que los gastos e importes serán repercutidos proporcionalmente entre los cuatro hermanos. Por otro lado, explicó que por la venta del inmueble la demandada únicamente cobró 3.000.000 de pesetas, por lo que la cuota a satisfacer a cada hermano es de 750.000 pesetas, y no la reclamada de 875.000 pesetas.



No obstante lo hasta ahora expuesto, manifestó finalmente en la contestación a la demanda que, "debido a que la actora ha optado por actual "legalmente" contra la demandada, ésta entiende que debe actuar de la misma manera, oponiéndose pues a la validez del legado, en tanto en cuanto que el mismo es inválido. Por todo ello debe quedar claro que la postura de mi principal es negar la validez del legado, al no haber sido protocolizado judicialmente y haber transcurrido el plazo de caducidad fijada". En este sentido apuntó que, de acuerdo con el artículo 17.2 de la Compilación Balear, por remisión a los artículos 688 y ss. del Código Civil, se debe entender que, en correspondencia con los requisitos de los testamentos ológrafos, la protocolización judicial debió hacerse en plazo de caducidad de 5 años a partir del fallecimiento del causante.

Subsidiariamente, solicitó que se dedujeran los gastos e impuestos que se puedan generar. Por último, manifestó que la cantidad exigible, es decir, la suma de 750.000 pesetas, y pese a la citada posición " legal " de la demandada, como quiera que ésta entiende que tiene la obligación " moral " de realizar tal pago del legado inválido, es intención de la demandada hacerlo, una vez deducidos gastos e impuestos.

La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, entendiendo que nos hallábamos en presencia de un codicilo otorgado en documento privado y no protocolizado en el plazo previsto para los testamentos ológrafos - artículo 17.2 de la Compilación en relación con los artículos 688 y 689 del Código Civil-, lo consideró caducado y desestimó la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Mercedes contra D<sup>a</sup> Lorenza , absolviendo a la citada demandada de las pretensiones efectuadas en su contra. Todo ello sin hacer expresa imposición de costas procesales, ya que entendió que la demandada tenía obligación, no mera facultad, de presentar el documento a protocolizar - artículo 690 del Código Civil-.

Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, cuya defensa sostiene que su cliente no tiene en su poder el testamento ológrafo, por lo que combate el pronunciamiento judicial en el que se atribuye a su cliente tal tenencia -pronunciamiento inmerso en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia de instancia (justo después de la transcripción literal del testamento)-, haciéndolo en términos de considerar que existe incongruencia extra petita por falta de solicitud expresa de la actora respecto de dicho pronunciamiento, refiriendo también la doctrina de los actos propios; todo ello a los efectos de evitar, según dice, una eventual reclamación futura de daños y perjuicios contra la demandada. Asimismo, combate la sentencia de instancia en cuanto al no pronunciamiento en costas, ya por falta de motivación, ya por estar fundado en el error anteriormente denunciado.

Por otro lado, fue impugnada la sentencia por la actora, cuya defensa alegó que siempre creyó que el codicilo había sido protocolizado por la demandada, quien, unilateralmente, y con objeto de ahorrarse el gasto, debió prescindir de tal trámite, de hecho, la demandada mostró conformidad al hecho tercero de la demanda, en el que se indicaba que la actora no podía tener acceso al original del codicilo. Por otro lado, no hay que olvidar que en la propia contestación a la demanda la parte demandada mostró conformidad con la existencia del legado con todas sus consecuencias jurídicas, en consecuencia, esta parte considera irrelevante la falta de protocolización del testamento cuando se está reclamando por un legado cuya existencia es expresamente reconocida por la heredera demandada en su escrito de contestación a la demanda -recuerda al respecto el artículo 281.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-. Considera fraude de ley oponer la caducidad del codicilo cuando es ella misma la que la ha propiciado. Por lo demás, y en base a argumentos complementarios a los dados, solicitó la desestimación del recurso de apelación interpuesto de adverso.

La parte demandada-apelante se opuso a los motivos de la impugnación de la sentencia por entender que la actora debió haber verificado, antes de demandar, la protocolización del legado. Sostiene que su cliente reconoció en juicio que ella era la persona encargada de dar cumplimiento al legado, pero no de protocolizarlo. Niega el argumento de la impugnante en orden a que el reconocimiento de la heredera le libera de protocolización, pues entiende que la caducidad opera en todo caso, sin que ello sea disponible para las partes. Niega también la aplicación al caso de la figura del fraude a la ley, invocada de contrario. Finalmente, reiteró que su cliente nunca ha pretendido sostener una negativa a cumplir con sus obligaciones, pues lo único que solicita es que los gastos e impuestos que se deriven del legado sean asumidos por sus hermanos, legatarios, lo que todos han hecho, a excepción de la actora, por lo que pidió la desestimación del recurso adhesivo.

SEGUNDO.- La apelación suscitada por la representación procesal de la parte demandada combate, en primer término, el pronunciamiento judicial en el que se atribuye a su cliente la tenencia del documento ológrafo, pronunciamiento inmerso en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia de instancia (justo después de la transcripción literal del testamento), sin embargo, esta Sala entiende que no concurre en el caso de autos la pretendida incongruencia extra petita por falta de solicitud expresa de la actora respecto de dicho pronunciamiento, pues, obviamente, éste no es sino un obiter dicta , debiendo recordarse que la jurisprudencia ha venido manteniendo reiteradamente que la incongruencia existe cuando hay una inadecuación entre el fallo y lo pedido en los escritos rectores del procedimiento, o cuando hay contradicción entre los pronunciamientos



del fallo, o entre éste y los fundamentos jurídicos que lo predeterminen, es decir, cuando sean ratio decidendi y no meros obiter dicta, que no trascienden al fallo. En consecuencia, esa petición de incongruencia o de atentado a los actos propios de la contraparte -argumento que también se alega-, no puede prosperar, pues en una eventual reclamación futura tales pronunciamientos de la sentencia no tendrían la consideración de cosa juzgada, sino de meros obiter dicta inmersos en el discurso global.

TERCERO.- En el caso de autos, mediante el documento ológrafo otorgado por la causante, documento transcrito en la sentencia de instancia y que tiene para la Sala -como se explicará después- la consideración de codicilo ológrafo, aquélla, tras haber dictado anteriormente testamento abierto notarial en el que designó heredera a la demandada, hizo uso de las facultades previstas en el artículo 17 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, el cual le permitía, mediante el citado codicilo, completar o adicionar las disposiciones testamentarias, gravando a la heredera con la obligación de pago de un legado a favor de los hermanos de la demandada, entre ellas la hoy actora, quien, por lo tanto, tendría derecho a la parte alícuota del precio de venta del inmueble referido en el fundamento de derecho anterior, una vez deducidos gastos e impuestos.

Así las cosas, la cuestión queda circunscrita a analizar si existió una caducidad del codicilo, en tanto que otorgado de manera ológrafa en documento privado y no protocolizado. En este sentido, tal y como describe el referido artículo 17 de la Compilación, en su párrafo segundo " El otorgamiento de codicilos requerirá la misma capacidad y formalidades externas que los testamentos ", por lo que tal remisión a las formalidades de los testamentos debe conducir, por un lado, a admitir la posibilidad del codicilo ológrafo, cual sería el presentado en el caso de autos; de modo que, por otro lado, y en orden a analizar cual es el cumplimiento de las formalidades que corresponden para su adveración, debemos remitirnos supletoriamente al Código Civil, concretamente a los artículos 688 y ss., de los cuales únicamente se cuestiona en autos la ausencia de protocolización del artículo 689, habiendo transcurrido el plazo de cinco años contados desde el día del fallecimiento; ausencia de protocolización que es pacífica en autos, por lo que debemos entender que el codicilo no alcanzó el cumplimiento de los requisitos formales para su validez como tal.

Sin embargo, y tal y como apunta la parte actora-apelada, las propias manifestaciones vertidas por la demandada en el escrito de contestación a la demanda, así como en la prueba de interrogatorio de parte y en el propio escrito de apelación, evidencian que, desde un principio, realizó ésta el acto propio de asumir frente a los legatarios -incluso de ejecutar respecto de algunos legatarios-, las obligaciones contenidas en el codicilo testamentario ológrafo, comprometiéndose expresamente a su cumplimiento, el cual ni siquiera hoy rehúsa propiamente, al sostener que, conocido su deber moral de cumplir la voluntad de la causante, procederá a cumplirla cuando tenga conocimiento de la totalidad de impuestos y obligaciones pendientes de pago previo al cumplimiento del legado. Es decir, la demandada llevó a término, desde un principio, una inequívoca asunción de las obligaciones derivadas del codicilo testamentario frente a todos los legatarios, pese a su mero carácter ológrafo y falta de protocolización, hasta el punto de que, confiada la legataria actora en tal asunción, revelada por los actos propios de la heredera -quien incluso abonó el legado a los demás hermanos colegatarios-, no se preocupó de la exigencia en plazo de la protocolización del codicilo ológrafo; de modo que, tal asunción de las obligaciones, unilateralmente adoptada por la heredera, propició la caducidad de plazo de protocolización del codicilo ológrafo.

Así las cosas, no puede ahora la demandada ir en contra de sus propios actos y, tras haber realizado el acto propio unilateral e inequívoco de asumir una obligación de pago frente a la actora, alegar que el negocio del que trae causa dicha asunción no se consolidó por haberse omitido un requisito formal, omisión ésta que con su propio proceder propició, pues, de admitirse su posición, además de atentar contra la doctrina de los actos propios, se atentaría también con los deberes de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones. Obligaciones entre las que la doctrina y jurisprudencia incluyen las nacidas de la asunción de una deuda, negocio que, si bien es atípico en nuestro derecho positivo, resulta admitido.

Concluyendo, cabe referir que la obligación inicial, mortis causa, dio lugar a una nueva obligación inter vivos en virtud de la asunción de la deuda llevada a término desde un principio y de modo inequívoco por la heredera-demandada, y, de hecho, parcialmente ejecutada ya, al haberse producido el pago del legado a otros legatarios, pese a la falta de protocolización del codicilo. Por ello, y en virtud de dicha obligación, asumida inter vivos, la demandada debe, en cualquier caso, cumplir los designios del legado respecto de la actora, sin poder alegar la falta de cumplimiento de formalidades que se omitieron, precisamente, por su explícita asunción de la obligación.

En consecuencia, debe estimarse la demanda, en el bien entendido que tal estimación lo será a partir del importe correspondiente a la obligación asumida, es decir, no sobre la suma de 5.258,86 (875.000 pesetas) de principal, sino sobre la considerada por la demandada como cuarta parte del precio real de venta que correspondió a ésta -ascendente a 3.000.000 de pesetas-, lo que determina un principal de 750.000 pesetas,



partida que, por otro lado, no se ha cuestionado por la actora en su escrito de oposición al recurso e impugnación de la sentencia, y sobre la cual deberán deducirse primeramente, antes de proceder al pago, los gastos de la adición de la herencia y del pago de impuestos, tal y como refiere la demandada, sin que tampoco cuestione la actora. Dedución que se llevará a cabo en fase de ejecución de sentencia y que consistirá en la mera resta matemática de las cantidades que por gastos de la adición de herencia e impuestos correspondan proporcionalmente, de forma prorrateada respecto de todos los beneficiarios, a la actora con relación al legado litigioso ( artículo 219.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil). En el bien entendido que tal partida no es propiamente ilíquida, ya que la iliquidez no puede estar fundada en la voluntaria espera asumida por la demandada para provocar la prescripción impositiva, sino que es líquida y exigible al ser susceptible de determinación mediante una sencilla operación aritmética, la cual no ha podido ser afrontada en esta sentencia al no haberse proporcionado por las partes litigantes las cifras deducibles.

Todo ello conlleva una estimación parcial de la demanda. Una vez determinada la partida en cuestión, ésta devengará el interés legal incrementado en dos puntos hasta su completo pago - artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-.

ULTIMO.- Las costas procesales devengadas en esta alzada por el recurso de apelación principal no merecen pronunciamiento concreto, ya que, partiendo de los contenidos de la sentencia de instancia, hubieran surgido dudas de hecho y de derecho respecto del pronunciamiento llevado a cabo respecto de las costas de primera instancia, el cual constituía el segundo motivo del recurso - que no ha hecho falta acometer debido a la revocación de la sentencia de instancia en cuanto al fondo-. Respecto de las devengadas por la impugnación de la sentencia, tampoco han de ser objeto de pronunciamiento al ser estimado en parte el recurso; todo ello en aplicación de los artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Las costas devengadas en la primera instancia tampoco deben ser objeto de pronunciamiento al ser sólo parcialmente estimada la demanda - artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-.

VISTOS los preceptos legales citados, concordantes, y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

QUE DESESTIMANDO EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por D<sup>a</sup> Lorenza , y en su representación el/la Procurador/a de los Tribunales D<sup>o/a</sup> MARÍA ORTIZ PEÑALVER, Y ESTIMANDO PARCIALMENTE EL ESCRITO DE IMPUGNACIÓN instado por D<sup>a</sup> Mercedes , y en su representación el/la Procurador/a de los Tribunales D<sup>o/a</sup> FRANCISCO JAVIER GAYA FONT; ambos interpuestos frente a la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Palma en fecha 8 de enero de 2003 en los presentes autos de juicio declarativo ordinario en ejercicio de acción de reclamación de cantidad derivada de un legado, seguidos con el número 52/02, de los que trae causa el presente rollo de apelación, DEBEMOS REVOCARLA, ACORDANDO EN SU LUGAR:

1. ESTIMAR PARCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta por D<sup>a</sup> Mercedes contra D<sup>a</sup> Lorenza , ambas en las ya citadas representaciones, CONDENANDO a la demandada al pago del importe de la suma resultante de restar de 4.507,59 euros (750.000 pesetas) los gastos de la adición de la herencia y del pago de impuestos, deducción que se llevará a cabo en fase de ejecución de sentencia y que consistirá en la mera resta matemática de las cantidades que por gastos de la adición de herencia e impuestos correspondan proporcionalmente, de forma prorrateada respecto de todos los beneficiarios, a la actora en relación con el legado litigioso.
2. Una vez determinada la partida en cuestión, ésta devengará el interés legal incrementado en dos puntos hasta su completo pago.
3. No ha lugar a hacer pronunciamiento en costas en ninguna de ambas instancias.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Sr. Miguel Ángel Aguiló Monjo Sr. Miguel Álvaro Artola Fernández Sra. Juana María Gelabert Ferragut

## PUBLICACIÓN

Extendida y firmada que ha sido la anterior resolución por los Ilmos. Srs. Magistrados indicados en el encabezamiento, procédase a su notificación y archivo en la Secretaría del Tribunal, dándosele publicidad en la forma permitida u ordenada por la Constitución y las leyes, todo ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Doy fe.

PUBLICACIÓN : En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.





DILIGENCIA : Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ