



Roj: **SAP NA 254/2008 - ECLI: ES:APNA:2008:254**

Id Cendoj: **31201370022008100049**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **2**

Fecha: **06/02/2008**

Nº de Recurso: **101/2007**

Nº de Resolución: **39/2008**

Procedimiento: **Apelaciones juicios ordinarios**

Ponente: **JOSE FRANCISCO COBO SAENZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP NA 254/2008,**
STSJ NA 1050/2008

SENTENCIA Nº 39/08

Presidente

D. JOSE FRANCISCO COBO SAENZ

Magistrados

D. FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO

D. EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA

En Pamplona, a 6 de febrero de 2008.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se

expresan, ha visto en grado de apelación el Rollo Civil de Sala nº **101/2007**, derivado de los autos de Juicio ordinario en

reclamación de entrega de legado nº 960/2006, del Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de Pamplona; siendo parte apelante, D^a

Nieves y D. Alvaro , representados por el Procurador D. EDUARDO DE PABLO MURILLO

y asistidos por el Letrado D. JOSE FRANCISCO LOPEZ DE LA PEÑA SALDIAS; parte apelada, D^a María Cristina , representada por la Procuradora D^a ANA ECHARTE VIDAL y asistida por letrado.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE FRANCISCO COBO SAENZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Con fecha 18 de enero de 2007, el referido Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de Pamplona dictó Sentencia en los autos de Juicio ordinario nº 960/2006, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por la representación de Don Alvaro y Doña Nieves contra Doña María Cristina condenando en costas a los actores".

TERCERO.- Contra la indicada sentencia, preparó en tiempo y forma recurso de apelación la parte demandante, interponiéndose el recurso mediante escrito presentado con fecha 28 de febrero de 2007, en el cual después de exponer los motivos de recurso que tuvo por conveniente solicitaba de este Tribunal que dictara resolución



revocatoria de la sentencia de instancia, y en consecuencia íntegramente estimatoria de la demanda con imposición de las costas causadas en la primera instancia a la parte demandada.

Conferido el oportuno traslado, por la representación procesal de la demandada, mediante escrito presentado con fecha 16 de marzo de 2007, se opuso al recurso de apelación articulado de adverso, interesando la confirmación de la sentencia recurrida, con imposición de costas a la parte apelante.

CUARTO.- Enviados los autos a este Tribunal y turnados a la presente Sección, en providencia de fecha 9 de enero se acordó señalar para deliberación y resolución del recurso el día 18 de enero.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho primero y segundo de la sentencia recurrida, no así el tercero en cuanto se opongá a lo que a continuación se razona, rechazándose el cuarto.

PRIMERO.- En la sentencia de instancia, se rechaza la pretensión ejercitada por D^a Nieves y D. Alvaro , en su calidad de "legatarios por su representación", de su padre D. Víctor fallecido el 10 de abril de 2005, quien fue "beneficiado", por esta atribución lucrativa de carácter singular a título mortis causa en el testamento de la abuela paterna de los aquí demandantes D^a Sara , ante el notario que fue de esta ciudad D. Alfonso Fernández Fernández con fecha 22 de septiembre de 1997. Habiendo fallecido D^a Sara el día 1 de enero de 2006. Y siendo el objeto del legado, la nuda propiedad del piso sito en esta ciudad C/ DIRECCION000 n^o NUM000 , NUM001 , cuyo usufructo ostenta el legatario, con todos los muebles ropas y demás enseres constitutivos del ajuar domestico que estén depositados en el mismo.

El inmueble en cuestión, fue vendido, en ejercicio de la representación le había sido confiada en relación con su madre, como tutora, por la aquí interpelada D^a María Cristina , hija de D^a Sara y tía por tanto de los aquí demandantes, en virtud de la autorización concedida por el Juzgado de Primera Instancia n^o 7 de esta ciudad mediante auto de fecha 25 de octubre de 2005 , después de haber sido "incapacitada", D^a Sara , en sentencia de 6-7-2005, dictada también por el Juzgado de Primera Instancia n^o 7 de esta ciudad .

La venta se instrumentó en escritura publica de 16-12-2006, por el precio de 180.303,63 €.

Fallecida su madre, D^a María Cristina , hizo entrega a los ahora demandantes, de la cantidad de 84.460 €, correspondiente a la "mitad del precio obtenido por la venta", después de haber deducido un total de 11.383,64 €, referentes a honorarios de abogado y procurador en el proceso de incapacitación; honorarios de abogado y procurador en el expediente para la solicitud de autorización judicial de la venta del piso que constituía el objeto del legado, la factura de la inmobiliaria por la intermediación en la venta del piso y los gastos de lapida y tanatorio derivados del fallecimiento de D^a Sara .

Esta entrega en numerario, se verificó, porque en el testamento otorgado por D^a Sara al que se ha hecho mención, de fecha 22 de septiembre de 1997, los dos únicos hijos de D^a Sara , habían sido instituidos como únicos y universales herederos de todos sus bienes, derecho y acciones, dejando a salvo lo establecido en cuanto legado, -a D^a María Cristina , fue legado por su madre D^a Sara el pleno dominio de la vivienda en planta baja del tipo A de la casa n^o NUM002 de la C/ DIRECCION001 del barrio de la Chantrea de esta ciudad, que constituyó el domicilio, donde vivió D^a Sara , junto a su hija D^a María Cristina , el esposo de esta D. Juan Antonio y la hija de este matrimonio D^a Marta (vease el volante de empadronamiento al fol. 112 de las actuaciones)-. Siendo tanto, D^a Nieves y D. Alvaro herederos por sustitución de su difunto padre D. Víctor .

En la sentencia de instancia, se desestima la demanda, realizándose una interpretación, que ya podemos calificar "ab initio", como de "objetiva", del supuesto de extinción del legado que se contempla en el primer inciso de la Ley 252 del Fuero Nuevo: "se extinguirá el legado de cosa específica y determinada propio del disponente cuando la muerte de éste la cosa pertenezca a otra persona".

La clave de la cuestión litigiosa, se define perfectamente a inicio del fundamento de derecho tercero de la precedente resolución, es decir todo se centra en determinar si el legado subsiste con posterioridad al fallecimiento de la testadora o por el contrario se entiende extinguido, por la de enajenación del piso, dependiendo ello de si se considera que dicha enajenación es un acto voluntario de la testadora o no.

Analizando el iter traslativo, se concluye, en la sentencia de instancia que se trata de una enajenación voluntaria (efectuada en nombre la testadora por su tutora) con el fin de satisfacer sus necesidades personales y por tanto en su propio beneficio. Y se acaba afirmando que la enajenación llevada a cabo por la tutora de D^a Sara debe entenderse como un acto realizado por la propia tutelada en su propio beneficio, de modo que



procede considerar revocado el legado a favor del padre de los hoy demandantes, de modo que se desestima la demanda.

En el recurso, se considera que la argumentación expuesta en apoyo del criterio desestimatorio de la demanda está jurídicamente infundada. Para destacarse, que existe ausencia de voluntad en la testadora, y por ello ha de ser considerada la inexistencia de la revocación. Se analizará a continuación los límites de la representación, y la existencia de actos personalísimos de la persona, valga la redundancia, sometida a tutela, que son de imposible realización por el tutor. Para ocuparse en último lugar de la inobservancia de los requisitos necesarios para la revocación.

En la impugnación del recurso, se cuestionan puntualmente, estos esenciales hitos en los que desenvuelven la parte actora apelante ante este Tribunal su razonamiento conducente a la revocación de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- Así planteado el recurso y su impugnación, primeramente debe atraer nuestra atención absoluta, cual sea el ámbito de aplicación propio del supuesto de extinción del legado que se invoca por la parte demandada.

A pesar de la "entradilla", de la Ley 252, que apunta como materia propia de regulación, a la "extinción del legado"; en concreto tan solo se contempla un único supuesto de extinción (frente a las diversas hipótesis extintivas que se contemplan en el art. 869 del C. Civil). En concreto aquel supuesto extintivo del legado de cosa específica y determinada por dejar de ser esta del disponente.

Por lo que respecta al concreto supuesto extintivo que se contempla, la regulación normativa de la Ley 252 del F. Nuevo, es más amplia y general que la prevista para el supuesto de extinción contemplado en el art. 869 del Código Civil.

Por una parte, en el texto del Derecho Civil de Navarra, no se restringe la aplicación del supuesto de extinción a aquellos casos en que el objeto de la manda se encuentre en manos del legatario al momento de abrirse la sucesión, sino que se extiende también a aquellos casos en que lo legado no se halla ya en el patrimonio del causante a la fecha de su muerte por integrarse en el haber del disponente de la atribución hereditaria a título singular o de un tercero.

De otro lado, porque el efecto extintivo del legado, no se da con la salida del bien patrimonio del disponente, pues si al final, es decir en el momento de la muerte del ordenante, el objeto del legado, termina encontrándose en su patrimonio, será de aplicación lo contenido en la Ley 252, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto nº 2 del art. 869 del C. Civil.

Uno de los aspectos peculiares del régimen que se contempla en la ya repetida Ley 252, que determina la ineficacia de la manda, es que la cosa legada se encuentre a la muerte del ordenante en el patrimonio de otra persona. No basta en consecuencia, con que se hubiera producido la enajenación, hecho al que se vincula la nulidad de la liberalidad en el régimen del C. Civil, con arreglo al art. 869, donde se entiende que ello de por sí determina la revocación tácita de la disposición. Es necesario además, que la cosa pertenezca a otra persona. En las notas a la recopilación privada, la expresada regulación se justifica porque en Navarra no rige la "regula catoniana", del derecho romano, por la que se consideraba que toda manda que sería inútil si al tiempo de formación del testamento hubiera muerto el testador, no valía después cualquiera que fuese el tiempo en que falleciera. Por tanto, en base a la actual normativa del Fuero Nuevo, si el disponente recupera por cualquier título el bien objeto del legado que ya había transmitido, encontrándose el mismo en su patrimonio a su muerte, el legado será válido.

Ciertamente, no es este el supuesto extintivo invocado por la parte interpelada, y en definitiva aceptado por sentencia de la instancia, pero de su regulación, en el Derecho Civil de Navarra, diversa y discrepante con la del derecho común, se puede inferir sin ninguna dificultad hermenéutica un criterio "pro activo" en orden al sostenimiento de la eficacia del acto de liberalidad mortis causa a título singular, a pesar de la apariencia de actos que pudieran pensar en la existencia de una voluntad revocatoria de la manda.

Y es que, pasando a analizar el supuesto extintivo que en definitiva se considera de aplicación, es decir el indicado en el primer inciso de la Ley 252, donde repetimos se dispone que el legado de cosa específica y determinada propiedad del ordenante se extingue, siendo el legado nulo, si al morir este la cosa objeto de la liberalidad pertenece a otra persona. Cabe afirmar pero solo a título de principio que la manda será ineficaz si el disponente a su muerte no cuenta ya en su patrimonio con la cosa objeto del legado. Esta situación, puede provenir no solo porque el causante dispusiera a título oneroso gratuito del bien legado a favor de cualquiera (el gravado con la obligación de cumplimiento de la disposición testamentaria a título singular mortis causa, el propio legatario o como en este caso acontece un tercero), sino también cuando se producen enajenaciones sin o contra la voluntad del disponente de la manda. Lo cual, ciertamente no parece de recibo, -permítasenos



la vulgaridad de la expresión-, teniendo en cuenta, que en realidad lo que realiza la Ley 252 del Fuero Nuevo, es el establecimiento de una presunción de revocación tacita, exteriorizada o plasmada, por la salida del objeto de la liberalidad fuera del patrimonio del disponente.

En consecuencia y hay que decirlo con rotundidad, no toda enajenación de lo legado por el disponente, necesariamente ha de interpretarse como revocación tacita, ni a ella puede anudarse de modo indiscriminado el efecto extintivo. Es necesario diferenciar, entre aquellos casos en los que existe una enajenación voluntaria u originada por actos de la persona que dispuso el legado, en este caso, D^a Sara . De aquellos otros supuestos que impliquen una transmisión hecha al margen de su padecer y comportamiento, en cuyo caso el legado valdrá, es decir no podrá ser anulado, como manda de cosa específica y propia del ordenante con subrogación de los bienes recibidos, en este caso el precio pagado por la enajenación de la vivienda cuya nuda propiedad fue legada al padre de los aquí demandantes.

Este planteamiento nos conduce a valorar la trascendental cuestión relativa a la "voluntariedad en la realización del acto dispositivo por parte de D^a Sara ".

A nuestro juicio, la respuesta a esta esencial cuestión a los efectos decisorios, no puede ser otra que la afirmadora de la falta de aporte voluntario, por parte de D^a Sara de una voluntad convencional en orden a la disposición, del inmueble cuya nuda propiedad había legado a su hijo D. Víctor , en el testamento de 22 de septiembre de 1997.

Retomando el "iter relativo a la titularidad dominical de este bien", podemos constatar, que la nuda propiedad, del bien en cuestión, le había sido donada a D^a Sara por su hijo, D. Víctor , en virtud de escritura pública de donación inscrita en el Registro de la Propiedad con fecha 12-12-1997, reservándose, en aquel acto de atribución patrimonial a título lucrativo "ínter vivos", D. Víctor , el usufructo de la vivienda en cuestión.

La vivienda, objeto de la manda para su hija aquí demandada D^a María Cristina , que fue legada también en el testamento de D^a Sara , constituía el lugar en que habitaba D^a Sara , junto a su hija, D^a María Cristina , el esposo de esta, y los dos hijos de este matrimonio, -repárese en que en el volante de empadronamiento antes referido, figura fecha de alta de todo el grupo familiar el día 1 de abril de 1986-.

D^a Sara , por el padecimiento diagnosticado como de "demencia fronto temporal", acudió al Centro de Día del Centro Psico Geriátrico San Francisco Javier, desde el 23-10-2000, hasta el 14-10-2005, de lunes a viernes de 9,30 a 17 horas. El resto del tiempo, le cuidaba su hija Marta .

Durante los años de permanencia en el centro, D^a Sara se mantuvo relativamente estable en su funcionamiento cognitivo, apreciándosele un mayor declive en los últimos seis meses, tanto a nivel de su funcionamiento cognitivo como de su funcionamiento conductual en el ámbito de las habilidades básicas y funcionales, con marcada apatía, dependencia y negligencia para su cuidado personal, lo que había hecho necesaria la supervisión continua de la paciente.

En octubre del año 2005, la paciente ingresó en el pabellón Itzuli del Centro sicogeriatrico San Francisco Javier, en régimen de descanso familiar. Allí se le detectó una úlcera interdigital en un pie, motivo por el que fue ingresada en el Hospital de Navarra. En este centro hospitalario se produjo un proceso de complicaciones a nivel físico, y en diferentes sistemas orgánicos, que hicieron prolongar su ingreso, hasta el 27-12-2005. Durante este periodo de ingreso, se le amputaron el tercer, cuarto y quinto dedo del pie derecho. Tras su alta en el Hospital de Navarra con fecha 27-12-2005, ingresó en el Servicio de Urgencias del Hospital de Navarra, el día 31-12-2005, por presentar dolor abdominal e Hiperamilasemia. Refería dolor y aumento del perímetro abdominal, junto a empeoramiento del estado general, palidez, episodios de sudoración fría y disnea. Falleció a las 15,30 horas del día 1-1-2006 estableciéndose como juicio clínico de la causa de su muerte la existencia de pancreatitis aguda leoparalítico secundario; fracaso renal agudo e infección del tracto urinario.

Recordemos, que la autorización judicial para la venta del inmueble que constituía el objeto la manda fue concedida mediante auto de 25-10-2005 . En la solicitud del mismo se argumentaba, -veanse los fols. 30 a 33 de las actuaciones-, de una parte, en base a consideraciones materiales relativas al deterioro y los arreglos que había que realizar en la vivienda. Y de otra parte a "la enfermedad que padece la tutelada", lo que hace necesario, la venta de la vivienda para hacer frente a los gastos derivados del cuidado que la incapacitada necesita. Puesto que según se afirmaba el centro de día en el que es atendida consume la totalidad de la pensión que D^a Sara recibe y además la tutora ha solicitado el ingreso permanente de la tutelada en una residencia.

Este último extremo, es decir, la solicitud de ingreso por parte de D^a Víctor , de su madre D^a Sara , quien contaba en el año 2005 con 85 años de edad-, en una residencia, no ha quedado justificado en las presentes actuaciones. Solo consta, el informe de la Trabajadora Social del Centro Sicogeriatrico San Francisco Javier, -veanse los fols. 108 y 109 de las actuaciones, solo consta que después de su alta en el centro de día, -el



alta clínica se produjo en noviembre de 2005, si bien dejó de asistir al centro de día, por ser ingresada en el Hospital de Navarra con fecha 14-10-2005-, se le aconsejó el ingreso en una plaza residencial. Indicando la Sra. Trabajadora Social que el 3-10-2005 cuando D^a Sara ingresó para una estancia temporal (descanso familiar) el psico-geriátrico, se envió al Instituto Navarro de Bienestar Social la solicitud de plaza residencial, pero conociendo que el hecho de tener dos pisos en propiedad iba a ser valorado negativamente y disminuir eso su puntuación socio-económica para acceso a una plaza pública o concertada, se orientó a su hija Marta a la búsqueda de plazas privadas cuyo costo es bastante superior.

En el informe de la Psicóloga Clínica del Centro Psico-geriátrico San Francisco Javier, de fecha 5-12-2005 (veanse los fols. 115 y 116 de las actuaciones), de desaconseja la posibilidad de que Sra. Sara, se reincorporara al centro de día, "...dado el nivel actual de deterioro". Y se establece que la paciente es idónea para ser incluida en el Centro de Estancia Diurna del Psico-geriátrico San Francisco Javier.

Por tanto, y a la hora de valorar, la "voluntariedad en el acto dispositivo", que determina la "extinción del legado", en la consideración de la sentencia de instancia, tenemos, que ni por asomo, D^a Sara, pudo realizar algún acto de aporte voluntario a la conformación de la voluntad dispositiva. Las razones aducidas, para obtener, desde la perspectiva del interés personal más inmediato de D^a Sara la autorización judicial para la venta, no encontraron el correspondiente apoyo, en una actitud mínimamente contrastable por parte de su tutora, es decir, no aparecen respaldadas, por cualquier tipo de acreditación que justifique que precisamente la disponibilidad de dos viviendas, hubieran impedido el acceso a una plaza concertada en una residencia donde D^a Sara hubiera podido ser asistida. Ni que hubiera otros medios menos perjudiciales para la integridad y subsistencia del legado, que la venta del inmueble objeto de la manda.

En la fecha en que se realizó la enajenación (16-12-2005), D^a Sara estaba ingresada en el Hospital de Navarra y su fallecimiento, se produjo, con apenas 4 días de "salida del hospital", el 1-1-2006. Por ello, y a la hora de realizar una interpretación indirecta acerca del efectivo aporte de voluntad de D^a Sara (por haberse realizado según se afirma el acto de enajenación del bien que constituye el objeto del legado, en su interés por las razones ya apuntadas), es exigible el pleno aseguramiento y la posibilidad de convicción referente a que el acto de disposición patrimonial estuvo regido por la exclusiva intención de atender a los intereses de D^a Sara. A nuestro juicio ello radicalmente no es así y nos atenemos a cuanto se ha argumentado.

A los efectos jurídicos que son propios de la presente resolución, y sin detenernos en otros aspectos atinadamente señalados por la parte recurrente, relativos a la imposibilidad de suplir la limitación de capacidad en cuanto a la testamentación activa, ante la declaración de incapacitación de D^a Sara (184.2 del F. Nuevo), entendemos, que no se puede sostener, que la enajenación del objeto del legado, esté soportada por una mínima voluntad positiva en este sentido (el de la extinción de la manda), de la otorgante del acto de atribución patrimonial lucrativo mortis causa. En definitiva, no podemos considerar, que la pertenencia del inmueble objeto del legado a otra persona diversa al legatario, esté soportada por un acto de transmisión voluntariamente dispuesto y decidido por la ordenante del legado, D^a Sara.

TERCERO.- Por las razones expuestas, el recurso ha de ser estimado.

En cuanto a la cuantía reclamada, habida cuenta de la suma ya entregada, (por reconocer a sus sobrinos D^a Marta, la calidad de herederos por sustitución en la posición de su padre), la cantidad que en definitiva se reclama en concepto de principal de 85.734,39 €, resulta exigible. Pues como se ha especificado en el fundamento de derecho primero de la presente resolución, ninguna obligación tienen los legatarios por representación de su padre, de soportar ni los honorarios de abogado ni de los derecho de procurador por el proceso de incapacitación de su abuela, ni por este título de "legatarios por representación", los gastos de lapida y tanatorio, en relación con la defunción de su abuela Sra. Sara.

Resulta justificada la reclamación de intereses moratorios, en base en la norma general que se codifica en la Ley 491 del F. Nuevo. Para evitar inútiles discusiones, en orden a la determinación del "dies a quo", el mismo lo fijamos, en el 10-4-2006, data de la comunicación dirigida por el Sr. Letrado de la aquí demandada, al Sr. Letrado de los demandantes, explicando, el criterio de D^a Sara, acerca de los reintegros que debía verificar a sus sobrinos en relación con el testamento de su madre, -veanse los fols. 48 y 49 de las actuaciones-.

CUARTO.- Las costas causadas en primera instancia, se impondrán a la parte demandada, por aplicación del criterio objetivo de vencimiento que se contiene en el nº 1 del art. 394 de la LEC, sin que por aplicación de cuanto se establece en el nº 2 del art. 398 del mismo Cuerpo Legal Rituario Civil, proceda realizar especial imposición de las costas causadas en el presente recurso de apelación.

FALLO



ESTIMANDO, el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. EDUARDO DE PABLO MURILLO en nombre y representación de D^a Nieves y D. Alvaro , contra la sentencia de fecha 18 de enero de 2007 dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia N^o 4 de Pamplona en los autos de Juicio ordinario n^o 960/2006, DEBEMOS REVOCAR, la sentencia recurrida y en su lugar ESTIMANDO, la demanda formulada por el expresado procurador Sr. De Pablo en la representación ya dicha de D^a Nieves y D. Alvaro , frente a D^a María Cristina , cuya posición es desestimada, DEBEMOS CONDENAR, a la demandada, a que abone a los actores, la cantidad de 85.734,39 € en concepto de principal, más los intereses legales de la expresada cantidad, desde el 10-4-2006, hasta la fecha de la presente sentencia, con aplicación a la cantidad íntegra resultante del art. 576 de la LEC .

Imponiendo a la demandada las costas procesales causadas en primera instancia; sin que proceda realizar especial imposición de las costas causadas en el presente recurso de apelación.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA.- La extiendo yo, el Secretario Judicial, para hacer constar que en el día de la fecha me ha sido entregada la anterior resolución debidamente firmada, para su notificación a las partes y archivo del original. Doy fe, en Pamplona a