

Roj: **STS 1800/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:1800**Id Cendoj: **28079110012012100172**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **14/03/2012**Nº de Recurso: **688/2009**Nº de Resolución: **153/2012**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP B 3688/2009,**  
**STS 1800/2012,**  
**ATS 7389/2012**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Marzo de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona, cuyos recursos fueron preparados ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personaron en concepto de partes recurrentes el Procurador D. Ignacio Aguilar Fernández en nombre y representación de Dª Belinda , Dª Isabel y Dª Soledad , el mismo procurador en nombre y representación de Dª Celsa y el mismo procurador en nombre y representación de las entidades Culturarte S.A., Desarrollos Inmobiliarios Grupo Gaudir, S.L. y Porvemunte S.A., siendo parte recurrida el Procurador D. Ignacio Rodríguez Díez presentó en nombre y representación de la entidad Fundación Julio Muñoz Ramonet.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- 1.- El Procurador D. Francisco Fernández Anguera, en nombre y representación de FUNDACION JULIO MUÑOZ RAMONET interpuso demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, contra Dª Belinda , Dª Isabel , Dª Celsa , Dª Soledad , INTERSEVI, S.A., CULTURARTE, SA, PORVEMUNTE, INMOBILIARIA ALOS, S.A. e INMOBILIARIA LLES, S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia estimatoria de la demanda, que contenga los siguientes pronunciamientos: 1º.- Se declare la validez y eficacia del legado dispuesto en el apartado 3.C) del testamento otorgado por D. Gervasio en la localidad de Chur (Suiza) el día 20 de abril de 1 988 ante el Notario Dr. Romano Kunz y transcrito en el hecho 1 º de esta demanda. 2º.- Se condene solidariamente a las codemandadas Belinda , Isabel , Celsa y Soledad a cumplir el expresado legado, con sus frutos e intereses desde la muerte del causante, y en consecuencia a hacer entrega a mi representada de los bienes que constituyen el legado, es decir los inmuebles identificados como la casa sita en la C/ DIRECCION000 NUM000 - NUM001 y la casa o palacio sito en la C/ DIRECCION001 NUM002 - NUM003 , ambos de Barcelona, así como todos los bienes, muebles, objetos, enseres y obras de artes contenidos en los mismos, cuya determinación se efectuará en ejecución de sentencia, si bien, como mínimo estarán constituidos por todos aquellos que aparecen inventariados en la diligencia efectuada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 42 de Barcelona, en Autos 174/98 en los días 23 a 28 de abril de 1998, más lo que se mencionan en el inventario incluido en la escritura autorizada por el Notario que fue de Barcelona D. Francisco Siso Cabero el día 4 de septiembre de 1968; condenándolas asimismo a otorgar cuantos documentos públicos y privados sean necesarios para la formalización y constancia registral de la entrega de los legados; previa



declaración en su caso de que los bienes pertenecían al causante y previa también la declaración de nulidad de las transmisiones efectuadas a las sociedades PORVEMUNTE, SA. e INMOBILIARIA ALOS, S. A. y de esta última a CULTURARTE, SA., así como de los asientos e inscripciones en el Registro de la Propiedad que hubiesen causado tales transmisiones, ordenando expresamente su cancelación. 3º.- Con carácter subsidiario y, para el supuesto de estimarse que los legados a que se refiere la presente demanda fuesen calificados como legados de cosa ajena, se condene a dichas demandadas a realizar lo necesario para adquirirlos a sus costas y entregarlos a mi representada y en el supuesto de no ser posible su adquisición se las condene al pago de su valor o estimación, que debería determinarse en ejecución de sentencia y del que deberían responder, en su caso, con su propio patrimonio, declarándose a tal efecto perdido el beneficio de inventario a que se acogieron al aceptar la herencia. 4º.- Se condene a todos los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a efectuar todos los actos necesarios para la efectividad de la entrega de los legados. 5º.- Se les condene asimismo al pago de las costas.

2.- El Procurador D. Antonio María de Anzizu Furest, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Belinda , D<sup>a</sup> Isabel y D<sup>a</sup> Soledad , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que a) *previa estimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario formulada por esta parte, desestime la demanda.* b) *Subsidiariamente, previa declaración de haber quedado revocado el legado cuyo cumplimiento se exige por la parte demandante, se desestime la demanda.* c) *Subsidiariamente, se reduzca el legado por inoficioso en la proporción que sea necesaria para preservar la legítima y la cuarta falcidia y que se determinará en ejecución de sentencia, y en consecuencia, se declare el legado sin efecto en su totalidad si se determina que su reducción alcanza una cuantía total que decae la finalidad perseguida en el testamento.* d) *En todos los casos condene a la parte actora al pago de las costas causadas*

3.- El Procurador don Angel Joaquinet Ibarz, en nombre y representación de Culturarte, S.A. contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que *se estime la excepción de litisconsorcio pasivo necesario formulada, desestimándose la demanda y, para el caso de no acogerse dicha excepción y entrándose al fondo del asunto, se dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda, declarándose la revocación del legado y la improcedencia de alzamiento del velo jurídico de las sociedades demandadas y, específicamente, de CULTURARTE, S.A., absolviendo a mi mandante de todos los pedimentos frente a ella formulada, imponiéndose en todo caso a la parte actora las costas del juicio.*

4.- El Procurador don Angel Montero Brusell, en nombre y representación de Desarrollos Inmobiliarios Grupo Gaudir, S.L. (antes denominada INMOBILIARIA LLES, S.L.), contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que *estimando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario alegada, y en méritos de la misma absolver en la instancia a mi mandante o, subsidiariamente, para el caso de que no se acogiera dicha excepción dictar sentencia desestimando también íntegramente la demanda y absolviendo de ella a mi mandante por los motivos expuestos en este escrito, imponiendo en todo caso a la actora las costas del juicio.*

5.- El Procurador don Angel Montero Brusell, en nombre y representación de PORVEMUNTE, S.A. contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que a) *previa estimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario formulada por esta parte desestime la demanda* b) *Subsidiariamente, se desestime la demanda por resultar improcedente el levantamiento del velo societario que se solicita de contrario.* c) *En ambos casos, condene a la parte actora al pago de las costas causadas.*

6.- El Procurador don Francisco Javier Manjarín Albert, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Celsa contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que a) *previa estimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario formulada por esta parte, desestime la demanda.* b) *Subsidiariamente, previa declaración de haber quedado revocado el legado cuyo cumplimiento se exige por la parte demandante, se desestime la demanda.* c) *Subsidiariamente, se reduzca el legado por inoficioso en la proporción que sea necesaria para preservar la legítima y la cuarta falcidia y que se determinará en ejecución de sentencia, y en consecuencia, se declare el legado sin efecto en su totalidad si se determina que su reducción alcanza una cuantía total que decae la finalidad perseguida en el testamento.* d) *En todos los casos condene a la parte actora al pago de las costas causadas.*

7.- Las partes evacuaron los traslados que para réplica y dúplica les fueron conferidos. Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes para conclusiones. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona, dictó sentencia con fecha 6 de julio de 2007 , cuya parte



dispositiva es como sigue: **FALLO:** Estimar la demanda interpuesta por la Fundación Julio Muñoz Ramonet, con respecto a la pretensión formulada con carácter subsidiario y en consecuencia, 1. Declaro la validez y eficacia del legado dispuesto a favor de la actora en el apartado 3. C) del testamento otorgado por Don. Gervasio en la localidad de Chur (Suiza) el día 20 de abril de 1988 ante el notario Sr. Romano Kunz, cuyo legado comprende las fincas inscritas en Registro de la Propiedad núm. 6 de Barcelona con los núms. NUM004 (casa de la DIRECCION000 , núms. NUM000 - NUM001 ), 7143 (casa de la DIRECCION001 , núms. NUM002 - NUM003 ) y núms. NUM005 y NUM006 (terrenos de 86 m., 93 dm., y 65 cm. cuadrados el primero y de 86 m., 91 dm. cuadrados el segundo), así como todos los bienes, muebles, objetos, enseres y obras de arte relacionados en cualquiera de los siguientes inventarios: el levantado por el Juzgado de igual clase núm. 42 de Barcelona en fecha 23 de abril de 1998 (folios 2.562 y ss.), el formado por este Juzgado en la diligencia de reconocimiento judicial practicada en 16 de septiembre de 2005 (folio 1571 del ramo de pruebas de la parte actora), y el que se incorpora como anexo a la escritura de venta por parte de Inmobiliaria Alós, SA a favor de Culturarte, SA el año 1971 (folio 3786 y ss). Igualmente se incluyen en el legado los cuadros "La Virgen del Pilar" de Goya y "La Anunciación" de El Greco." 2. Condono solidariamente a las herederas doña Belinda , Doña Isabel , Doña Celsa y Doña Soledad a que, en cumplimiento del legado dispuesto por el testador, adquieran a sus costas y entreguen a la Fundación actora los bienes inmuebles y muebles comprendidos en el legado o a pagar a la actora la justa estimación de aquellos cuya adquisición resulte imposible, estimación que se establecerá, en su caso, en ejecución de sentencia. 3. Declaro perdido por las herederas el beneficio de inventario, por lo que responderán del cumplimiento del legado con el capital recibido por herencia del testador y con su propio patrimonio. 4. Condono a Culturarte, SA, Porvemunte y Desarrollos Inmobiliarios Grupo Gaudir, SL a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a hacer todo lo necesario para la efectividad de la entrega de los legados. 5. Condono a las demandadas doña Belinda , Doña Isabel , Doña Celsa y Doña Soledad , Culturarte, SA, Porvemunte y Desarrollos Inmobiliarios Grupo Gaudir, SL, solidariamente, al pago de las costas causadas a la actora. 6. Desestimo la demanda por lo que respecta a Intersevi, SL, imponiendo a la actora las costas causadas a la misma, es decir una cuarta parte de los honorarios de letrado y de los derechos y adelantos del procurador, por ser sus defensa y representación procesal comunes con doña Belinda , Doña Isabel , Doña Celsa .

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de la parte demandada, la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 30 de enero de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** DESESTIMAMOS el recurso planteado por las representaciones de Dª Soledad , Dª Belinda , Dª Isabel y Dª Celsa , CULTURARTE, S.A., DESARROLLOS INMOBILIARIOS GRUPO GAUDIR, S.L., y PORVEMUNTE, S.A. , CONFIRMAMOS la *Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Barcelona, el 6 de julio de 2007 . En cuanto a las costas del recurso se imponen a las recurrentes.*

**TERCERO** .- 1 .- El Procurador D. Antonio Mª de Anzizu Furest, en nombre y representación de Doña Soledad , Doña Belinda y Dª Isabel interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO POR INFRACCION PROCESAL: PRIMERO** .- Infracción del art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por aplicación indebida. **SEGUNDO** .- Infracción de las normas reguladoras de la sentencia, concretamente lo dispuesto en el art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . **TERCERO** .- Infracción del artículo 9.3 de la Constitución Española . **CUARTO** .- Infracción del artículo 24 de la Constitución Española . **MOTIVOS DE CASACION: UNICO** .- Infracción del art. 869.2 del Código civil y jurisprudencia que lo interpreta, por inaplicación.

2 .- El Procurador don Francisco Javier Manjarín Albert, en nombre y representación de Dª Celsa , interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO POR INFRACCION PROCESAL: PRIMERO** .- Infracción del art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por aplicación indebida. **SEGUNDO** .- Infracción de las normas reguladoras de la sentencia, concretamente lo dispuesto en el art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . **TERCERO** .- Infracción del artículo 9.3 de la Constitución Española . **CUARTO** .- Infracción del artículo 24 de la Constitución Española . **MOTIVOS DE CASACION: UNICO** .- Infracción del art. 869.2 del Código civil y jurisprudencia que lo interpreta, por inaplicación.

3 .- El Procurador don Angel Joaquinet Ibarz, en nombre y representación de Culturarte, S.A. interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO POR INFRACCION PROCESAL. PRIMERO** .- Infracción del art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . **SEGUNDO** . Infracción del art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . **TERCERO** .- Infracción del artículo 24 de la Constitución Española . **CUARTO** .- Infracción del art. 218.1 párrafo 1º y 218.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . **MOTIVOS DE CASACION: PRIMERO** .- Infracción por inaplicación del art. 869.2 del Código civil y doctrina jurisprudencial que lo interpreta. **SEGUNDO** . Infracción por aplicación indebida del art. 675 del Código civil y doctrina jurisprudencial que lo interpreta. **TERCERO** .- Infracción por inaplicación del art. 1281 del Código



civil y doctrina jurisprudencial que lo interpreta. **CUARTO** .- Infracción del art. 1254 en relación con el 1261 del Código civil y doctrina jurisprudencial que lo interpreta. **QUINTO** .- Infracción de los arts. 1265 , 1266 y 1269 del Código civil y doctrina jurisprudencial que lo interpreta, por aplicación indebida. **SEXTO** .- Infracción de los arts. 199 y 200 del Código civil y doctrina jurisprudencial que lo interpreta, por aplicación indebida. **SEPTIMO** .- Infracción del art. 6.2 y 4 del Código civil y doctrina jurisprudencial que lo interpreta, por inaplicación. **OCTAVO** .- Infracción del art. 6.4 y 7 del Código civil y doctrina jurisprudencial que lo interpreta, por aplicación indebida. **NOVENO** .- Infracción del art. 858 del Código civil y doctrina jurisprudencial que lo interpreta, por inaplicación. **DECIMO**.- Infracción del artículo 9.3 de la Constitución Española por inaplicación. **UNDECIMO** . Infracción del artículo 20 del Código de Comercio y del 7.1 del Reglamento del Registro Mercantil y doctrina jurisprudencial que lo interpreta, por inaplicación. **DUODECIMO** .- Infracción del art. 790 en relación con el 792 del Código civil y doctrina jurisprudencial que lo interpreta, por inaplicación.

4.- El Procurador don Angel Montero Brusell, en nombre y representación de Desarrollos Inmobiliarios Grupo Gaudir, S.L. interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO POR INFRACCION PROCESAL. PRIMERO** .- Infracción del art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por incluir pronunciamientos contradictorios e inejecutables. **SEGUNDO** .- Infracción del art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por no ajustarse a la causa petendi. **MOTIVOS DE CASACION: PRIMERO** .- Infracción del art. 869.2 del Código civil . **SEGUNDO** .- Infracción del art. 1184 del Código civil . **TERCERO** .- Infracción del art. 861 del Código civil . **CUARTO** .- Infracción del art. 862 del Código civil . **QUINTO** .- Infracción del art. 6.4 del Código civil . **SEXTO** .- Infracción del art. 7 del Código civil .

5.- El Procurador don Angel Montero Brusell, en nombre y representación de Porvemunte S.A interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO POR INFRACCION PROCESAL: UNICO** .- Infracción del artículo 24 de la Constitución Española . motivos de casación. **MOTIVOS DE CASACION: UNICO** .- Infracción de los arts. 858 y 869 del Código civil y doctrina jurisprudencial que los interpreta, por inaplicación.

6.- Por Auto de fecha 26 de enero de 2010, se acordó admitir los recursos por infracción procesal y de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

7.- Evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Ignacio Rodríguez Díez presentó en nombre y representación de la entidad Fundación Julio Muñoz Ramonet, presentó escrito de impugnación a los recursos interpuestos por las demás partes comparecidas.

8. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 29 de febrero del 2012, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- 1.- Debe partirse del testamento que otorgó el causante, padre de las codemandadas doña Belinda , doña Isabel , doña Celsa y doña Soledad , don Gervasio , domiciliado en Suiza, testamento de fecha 20 de abril de 1988 en que manifestó que su sucesión se regía "en todo lo posible, por el derecho suizo", lo que modificó en la ampliación de testamento ante el mismo notario suizo, de 29 de marzo de 1989 en que expresa "que toda mi sucesión debe regirse por mi derecho patrio de Cataluña". En dicho testamento nombra herederos a sus cuatro hijas mencionadas y dispone de una serie de legados en el apartado 4; uno de ellos es el objeto del litigio y reza así:

*"c) la finca de Barcelona, DIRECCION000 nº NUM000 - NUM001 pasará, incluyendo el parque y jardín así como el palacio en DIRECCION001 nº NUM002 - NUM003 con todo su contenido completo, a una fundación que llevará mi nombre. La fundación tendrá como finalidad la conservación y mantenimiento de estas instalaciones y su visita y aprovechamiento útil por el público bajo el patronato de la ciudad de Barcelona."*

2.- El mencionado testador falleció el 9 de mayo de 1991 y el Ayuntamiento de Barcelona constituyó la FUNDACIÓN JULIO MUÑOZ RAMONET, demandante en el presente proceso, que reclama la declaración de la validez de este legado y su cumplimiento.

El objeto del legado atribuido a dicha Fundación es un conjunto inmobiliario, con un contenido inventariado de altísimo valor, era propiedad y lo sigue siendo, de la entidad Culturarte, S.A. también codemandada. La titularidad de todas las acciones de esta sociedad anónima correspondía al mismo causante don Gervasio , en el momento de otorgar testamento. En fecha 16 de febrero de 1991, éste dirigió carta a Culturante, S.A. con el siguiente texto:



"Muy Sres. míos: en mi condición de accionista de esa sociedad, hago constar que mis hijas doña Belinda , doña Isabel , doña Celsa y doña Soledad , a quienes tengo concedidos poderes para que me representen como a tal en los actos y Juntas de la compañía, se hallan autorizadas para acordar los aumentos de capital que estimen procedentes, y renuncio y acepto que los derechos de suscripción de las ampliaciones de capital que se produzcan sean suscritas por mis hijas doña Belinda , doña Isabel y doña Celsa exclusivamente, pudiendo las mismas llevar a cabo la suscripción y desembolso a su cargo en la forma que acuerden, reservando a mi favor los derechos de usufructo vitalicio de tales ampliaciones en el momento de la suscripción, o en documento aparte. Para que conste, libro la presente en fecha de hoy ".

Las mencionadas cuatro hijas, en virtud de los poderes que les había otorgado el 3 de diciembre de 1990, tras celebrar junta general de accionistas, que acordó ampliar el capital social, suscribieron las nuevas acciones, todas menos una que suscribió INTERSERVI, S.L. sociedad cuya titularidad de las participaciones las tenían totalmente ellas, también codemandada, con lo cual pasaron a gozar tras la muerte del causante, del total control de la sociedad propietaria de los bienes inmuebles y muebles objeto del legado.

3.- La Fundación reclama, como es lógico, la entrega del objeto del legado. Formuló demanda interesando la declaración de la validez y eficacia del mismo y la condena a las hijas del causante a su entrega, inmuebles y muebles, con sus frutos e intereses y, en su caso, que los adquieran a su costa y los entreguen o, de no ser posible, al pago de su valor o estimación; condena asimismo a las sociedades anónimas a hacer todo lo necesario para la efectividad de la entrega de los legados.

La sentencia de primera instancia del Juzgado número 1 de Barcelona, de 6 de julio de 2007 estimó plenamente esta pretensión, además de otros pronunciamientos, que fue confirmada, aunque no con los mismos argumentos, por la Audiencia Provincial, Sección 17ª, de la misma ciudad, de 30 de enero de 2009 .

Contra esta sentencia se han formulado por los demandados recursos por infracción procesal y de casación.

**SEGUNDO.- 1.-** Toda la polémica litigiosa se ha centrado en el legado, en la medida en que la misma ha llegado ante esta Sala por razón de los recursos interpuestos por las partes codemandadas; la Fundación demandante ha aceptado la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona. Esta sentencia ha calificado el *legado como de cosa específica propia del testadorex* artículo 882 del Código civil , aplicando al caso la *doctrina del levantamiento del velo* y negando la alegada *revocación del legado*, tanto por interpretar la voluntad del causante plasmada en su testamento, conforme al artículo 675 del Código civil como por negar la existencia de revocación tácita contemplada por el artículo 869 .2º del Código civil y por las sentencias de 13 de junio de 1994 , 24 de enero de 2006 y 19 de noviembre de 2007 .

2.- Es más que discutible la calificación de *legado de cosa propia específica del testador*, ya que la titularidad dominical de ésta era de la entidad CULTURARTE, S.A., cuya totalidad de las acciones pertenecía al testador. Aplicando la *doctrina del levantamiento del velo* , la sentencia de la Audiencia Provincial ha entendido que el objeto del legado era cosa propia de éste. La parte demandante, FUNDACIÓN JULIO MUÑOZ RAMONET se ha aquietado ante esta calificación, ya que la Audiencia Provincial ha confirmado el fallo estimatorio de la demanda, contenido en la sentencia de primera instancia. Las partes demandadas recurrentes en casación han orientado la defensa de sus pretensiones, que niegan el cumplimiento del legado, bajo esta calificación.

En consecuencia, esta Sala no la combate, sino que debe aceptarla y partir de la misma.

3.- Lo cual plantea el problema de la posible *revocación tácita* del mismo, que contempla -como se ha apuntado- la que se produce *por la enajenación de la cosa legada*, conforme dispone el artículo 869 .2º del Código civil .

El caso de autos se produce porque las herederas del testador, sus cuatro hijas, en virtud del poder de representación que les había sido otorgado por éste y tras la renuncia del mismo a su derecho de suscripción preferente, habían hecho una importante ampliación de capital y suscribieron las acciones, quedando la gran mayoría en su titularidad y restando una pequeña parte en el causante, de quien son herederas.

Lo cual en ningún caso puede ser considerado una revocación tácita de legado. En primer lugar, porque es revocatoria la enajenación voluntaria del testador, pero sólo la hecha por él; así lo dice expresamente la norma citada: *si el testador enajena...* y la jurisprudencia ha conectado esta revocación tácita con la voluntad del testador; la sentencia de 13 de junio 1994 dice: *"... lo decisivo para entender que queda sin efecto un legado al amparo del artículo 869 del Código civil es la voluntad tácita del donante mortis causa o testador..."* y la de 24 de enero de 2006 añade que *"... no se probó la voluntad revocatoria..... esta enajenación implica un cambio de su voluntad"*. En segundo lugar, porque -en relación con lo anterior- la sentencia de instancia ha declarado rotundamente que el testador nunca tuvo voluntad de revocar el legado; dice literalmente que *" la voluntad del señor Gervasio nunca fue enajenar los bienes y objetos del legado en favor de tres de sus cuatro hijas "*. Y añade:



"El Sr. Gervasio otorgó testamento disponiendo, como propios, porque lo eran, de todos los bienes que integraban su patrimonio, y gestionaba a través de un entramado societario. No lo modificó, pudiendo hacerlo, y no enajenó bien alguno del legado instituido en favor de la Fundación, pues todos los bienes permanecieron tras su muerte en el mismo entramado societario, gestionado a partir de ese momento por sus hijas en su propio beneficio, a través de las personas de su confianza. En consecuencia, el legado nunca fue revocado, y todas las demandadas deberán respetar la voluntad del Sr. Gervasio, como se dispone en la sentencia recurrida, pues las sociedades no son terceras de acuerdo con los principios de buena fe y equidad, y así debe entenderse para evitar el abuso de derecho o su ejercicio antisocial."

La cuestión que se plantea cuando la cosa sale del patrimonio del causante pero no como revocación tácita, es decir, por enajenación hecha no por el testador, qué sucede con el cumplimiento del legado: debe entenderse que el legado, al no ser revocado, subsiste y no pierde su eficacia, por lo cual los herederos gravados deberán entregar la cosa legada si es posible y, de no serlo, su precio o estimación de la misma. No cabe obviar el texto del mencionado artículo 869.2º del Código civil: *si el testador enajena (la cosa legada) el legado queda sin efecto; por lo cual a sensu contrario, si el testador no enajena, porque no fue el propio testador el que enajenó, el legado mantiene su eficacia.* Este es el caso presente y la solución dada por la sentencia de instancia.

**TERCERO .- 1.-** El recurso por infracción procesal que ha interpuesto la representación procesal de doña Celsa tiene idéntico contenido que el interpuesto por la distinta representación procesal de sus hermanas doña Soledad, doña Belinda y doña Isabel, ambos recursos bajo la misma dirección letrada.

Uno y otro están formados por cuatro motivos, de los que no se cita el número del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en que se fundamentan.

**2.-** El primero de los motivos de ambos recursos alega la infracción del artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al incumplir la sentencia recurrida el principio de justicia de rogada. Dicha norma dispone: *Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales.* En el desarrollo del motivo, tras una exposición dogmática y jurisprudencial, mantiene que aquella sentencia recurrida rechaza la validez del documento de 16 de febrero de 1991 que ha sido transcrito en el fundamento primero.

El motivo se desestima porque este documento ha sido tenido en cuenta por la sentencia recurrida, pero no lo ha calificado en el sentido pretendido por estas recurrentes, demandadas en instancia. Estas pretenden que tiene valor de revocación tácita del legado; la sentencia no lo califica así. Lo cual no implica, en modo alguno, que haya quebrantado el principio de justicia rogada. En el recurso se afirma que "la Sala no podía pronunciarse sobre la validez o nulidad del citado documento" y la sentencia no lo hizo; en el fallo no se expresa y en la argumentación del mismo, lo que se dice no es que sea nulo, sino que carece de eficacia revocatoria; la validez nadie la discute, pues precisamente basándose en el mismo, las hijas, recurrentes, se hicieron con el control de la sociedad.

**3.-** El segundo de los motivos de los recursos se formula por infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que concrete cuál de los párrafos, aunque en el desarrollo se refiere al principio de congruencia; más que principio, es un presupuesto procesal de la sentencia, cuya desviación puede llegar a afectar a derechos constitucionales, tal como ha resaltado la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia 194/2005, de 18 de julio) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 2 de julio de 2009), que destacan asimismo que la esencia de la congruencia es la adecuada relación entre el suplico de la demanda y el fallo de sentencia (sentencias de 12 de noviembre 2009, 10 de febrero de 2012).

Por ello, el motivo se desestima. En el desarrollo del mismo no se menciona siquiera tal relación, sino que se vuelve sobre el tema del documento de 16 de febrero de 1991, cuya nulidad no se pretendió nunca ni se decretó en el fallo. Simplemente, se mencionó en los fundamentos como un argumento más y no puede olvidarse que los razonamientos de la sentencia no alcanzan a la congruencia (así, sentencias de 12 de noviembre de 2009, 23 de julio de 2010, 3 de noviembre de 2010).

**4.-** El tercero de los motivos alega la infracción del derecho a la seguridad jurídica que consagra el artículo 9.3 de la Constitución Española. En el desarrollo del motivo se menciona una sentencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo que califica determinada actuación del causante en el ámbito del derecho fiscal. Tal sentencia, que se dicta a los solos efectos fiscales, en ningún caso puede condicionar una calificación jurídica que se ha discutido, analizado y resuelto en un proceso civil que afecta a una serie de personas que no fueron parte en aquel proceso contencioso-administrativo.

Si una sentencia dictada en un proceso sobre la imposición tributaria, fuera determinante de la resolución que se pudiera dictar en un proceso civil cuyas partes no son las mismas que en aquél, sí atentaría contra la seguridad jurídica de estos últimos.



El motivo, pues, claramente se desestima.

**5.-** El cuarto y último de los motivos, alega la infracción del artículo 24 de la Constitución Española que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva.

El motivo se desestima, en primer lugar, porque pretende, bajo el subterfugio del derecho a la tutela judicial efectiva, la revisión de la cuestión fáctica, lo que no es objeto de este recurso ( sentencias de 27 de enero de 2012 , 9 de febrero de 2012 , 20 de febrero de 2012 , entre otras muchísimas anteriores) y no pueden mantener estas partes recurrentes que la violación ha sido tan enorme que se ha atentado a aquel derecho fundamental. En segundo lugar, porque realmente no se hace una nueva valoración de la prueba que ya se ha dicho que no se encuentra entre los motivos de este recurso, sino que se hace una calificación del mismo documento de 16 de febrero de 1991 -otra vez- que está fuera de lugar en este recurso; pretende convencer que es la revocación tácita del legado, que ni lo ha calificado así la sentencia de instancia, ni lo admite esta Sala.

**CUARTO .- 1.-** El *recurso de casación* de doña Celsa es igualmente idéntico al interpuesto por sus hermanas doña Soledad , doña Belinda y doña Isabel . Se funda en la infracción del artículo 869 .2 del Código civil y de la jurisprudencia que cita, en relación con el documento de 16 de febrero de 1991. Este es el centro de toda la argumentación de las recurrentes. Esta norma declara como presunción *iuris et de iure* que no admite prueba en contrario (por lo que, más que una presunción, es una imposición legal) que se revoca -revocación tácita- el legado cuando el testador lo enajena voluntariamente. Los recurrentes entienden que aquella carta -el documento que ha sido transcrito en el fundamento primero- tiene el significado y calificación jurídica de revocación tácita de legado.

**2.-** No es así y el motivo se desestima. Aquella carta, partiendo que ha otorgado a sus hijas -herederas- poder de representación (el día 3 de diciembre de 1990; la carta es de 16 de febrero de 1991; el testador falleció el 9 de mayo de 1991), las autoriza *"para acordar los aumentos de capital que estimen procedentes"* y, además, a mayor abundamiento, añade: *"renuncio y acepto que los derechos de suscripción de las ampliaciones de capital que se produzcan sean suscritas por mis hijas doña Belinda , doña Isabel y doña Celsa exclusivamente..."*.

El mantener que este texto implica una enajenación del legado hecha por el testador, es exagerar su interpretación en aras a defender su posición, que no es otra que evitar el cumplimiento de legado. Las hijas, herederas, obligadas a cumplir el legado ordenado por su padre, el testador, amplían el capital, suscriben las nuevas acciones, nada desembolsan, todo ello, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona *"para evitar, en este caso, el cumplimiento de un legado que su padre hizo a la ciudad de Barcelona"*. Esta carta no implica revocación del legado, sino, en su caso, en ella reafirma el testador su voluntad de que se cumpla dando a sus hijas, herederas, la posibilidad de tomar más control -como así ocurrió- de la sociedad que aparecía formalmente como propietaria del objeto del legado.

No hay revocación del legado conforme dispone el artículo 869 .2º del Código civil porque, objetivamente, sólo se produce cuando es el testador -sólo él- el que hace la enajenación y, en este caso, el traspaso de las acciones la llevaron a cabo las herederas obligadas a cumplir el legado y lo hicieron pocos días antes de la muerte de aquél. Subjetivamente, el testador nunca quiso revocar el legado y así lo declara probado la sentencia recurrida, que dice:

*" No existe duda alguna de que D. Gervasio mantuvo hasta su muerte la voluntad de que las fincas de la DIRECCION000 y DIRECCION001 , así como todo su contenido pasaran a una Fundación que llevara su nombre bajo el Patronato de la ciudad de Barcelona, en la expresión por él utilizada en el segundo testamento que complementa al primero, capital de lo que consideraba su patria"*.

Y, ciertamente, no enajenó. Dió un poder a sus hijas, autorizó el aumento de capital de la sociedad y permitió la suscripción de acciones, pero nunca ordenó que procedieran a una enajenación directa o indirecta del objeto del legado y nunca tuvo voluntad de revocar.

**QUINTO .- 1.-** El *recurso por infracción procesal* que ha interpuesto la sociedad que aparece formalmente como propietaria del objeto del legado, cuyas acciones en su totalidad pertenecían al testador y que, por mor de la ampliación del capital, pasaron en su mayoría, a las hijas, herederas y obligadas a cumplir el legado, CULTURARTE, S.A., comprende cuatro motivos que no coinciden exactamente con los recursos anteriores, pero si mantienen esencialmente la misma posición procesal y material y, por ello, deben ser desestimados.

**2.-** El primero repite la alegación de que la sentencia recurrida ha incumplido el principio de justicia rogada y ha infringido el artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por razón de que ha introducido unos hechos no alegados por las partes. No es así. La sentencia, entre otros muchos argumentos, ha rechazado el valor, o más bien la calificación de documento revocatorio de legado, respecto a la carta tantas veces mencionadas en los recursos, de 16 de febrero de 1991. No ha habido pretensión concreta de las partes sobre la misma y tampoco



aparece declaración específica en el fallo de la sentencia. No hay, pues, vulneración alguna del principio de justicia rogada.

**3.-** El motivo segundo denuncia la infracción del artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil por entender que la sentencia recurrida era incongruente *extra petitium*, lo que justifica por la calificación del legado.

Ya se ha expuesto en fundamento anterior que la congruencia es la adecuada relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia y en ello han reiterado numerosas sentencias de esta Sala. Correcta relación que ni siquiera se ha alegado en este motivo, pero es que, además, la sentencia no se ha alejado un ápice de las pretensiones de la parte demandante. El suplico de la demanda, transcrito en el antecedente primero de esta sentencia, interesa la declaración de validez y eficacia del legado y su cumplimiento, sin que haga calificación alguna de mismo y sólo subsidiariamente, se menciona la calificación de legado de cosa ajena. El fallo de la sentencia estima la demanda, acoge sus pretensiones y no se pronuncia sobre la calificación del mismo, sino que condena a su cumplimiento en la forma que ha sido razonada en la sentencia y expuesta en el fundamento segundo de esta resolución. No hay, pues, incongruencia alguna.

**4.-** El motivo tercero insiste en la incongruencia y mantiene, como el anterior, la infracción del artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil por razón, en este motivo, de estimar la sentencia recurrida una nulidad del documento de renuncia de 16 de febrero de 1991 que no fue planteada ni pretendida por la parte demandante.

El motivo carece de base por varias razones. En primer lugar, porque la sentencia de instancia no declaró la nulidad ni la invalidez de la carta, simplemente no la calificó de revocación del legado; en segundo lugar, no es un documento de renuncia, sino de autorización; en tercer lugar, ya se ha dicho que esta carta no implica revocación del legado y esto sí lo dice, no en el fallo, sino en el fundamento de la sentencia recurrida que, tras comentar las incidencias, un tanto lastimosas, de su redacción, añade:

*" Debe coincidirse con las recurrentes en que la resolución de la controversia debe partir de la determinación de la voluntad del causante y ha quedado acreditado que la voluntad del Sr. Gervasio nunca fue enajenar los bienes y objetos del legado en favor de tres de sus cuatro hijas. El Sr. Gervasio pensó que reservándose el usufructo vitalicio de las ampliaciones seguía conservando el control de sus sociedades, de su patrimonio, cuando en realidad esas palabras estaban vacías jurídicamente de contenido. Reservándose el usufructo vitalicio de las ampliaciones, en realidad no se estaba reservando absolutamente nada, pero no hay duda de que él pensó todo lo contrario. Las hijas utilizaron una autorización para ampliar el capital de CULTURARTE para dinamitar la voluntad de su padre, y apoderarse directamente de su patrimonio, dejando sin efecto el testamento".*

No hay, pues, incongruencia alguna sino razonamientos que llevan, con acierto, a no declarar revocado el legado.

**5.-** El cuarto de los motivos de este recurso de casación denuncia la infracción del artículo 24 de la Constitución Española, en relación con el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por realizar la sentencia recurrida una valoración "arbitraria, ilógica e irrazonable" de los medios de prueba. A lo largo del desarrollo del motivo en ningún momento aparece la arbitrariedad, lo ilógico o la irrazonabilidad de una valoración de un concreto medio de prueba. Se hace en este motivo algo más sencillo: simplemente se pretende una valoración de la prueba según sus intereses; no más. Lo cual ya se ha dicho anteriormente que está fuera del recurso por infracción procesal; no se halla en los motivos que enumera el artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se considera que sólo cabría al amparo del artículo 24 de la Constitución Española si la prueba hubiera sido valorada llegando al absurdo, lo cual no ha ocurrido en el presente caso y, realmente, ni siquiera ha sido alegado.

**SEXTO .- 1.-** El recurso de casación formulado por CULTURARTE, S.A. está formado por once motivos; varios de ellos se pueden agrupar y todos van a ser claramente desestimados.

**2.-** Los tres primeros se estudian conjuntamente, puesto que se refieren a la misma cuestión, tratada ya al resolver el motivo único de casación de los recursos anteriores. Se trata del valor revocatorio de la carta que consta como documento de 16 de febrero de 1991. En esta carta, dirigida a la sociedad ahora recurrente, el testador autoriza a sus hijas -herederas, obligadas a cumplir el legado- en virtud de poder de representación otorgado poco antes, a aumentar el capital de esta sociedad, renuncia a sus derechos de suscripción preferente y se reserva el usufructo de las posibles ampliaciones. Esto no significa una enajenación -autoriza; no ordena- sino una posible -no imperativa- ampliación de capital y una facultad -no transmisión- de suscribir las acciones; objetivamente, no es una enajenación que implica revocación del legado conforme al artículo 869.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, norma que se denuncia como infringida en el primero de los motivos; subjetivamente, es hecho probado que el testador nunca tuvo voluntad de revocar el legado y la jurisprudencia es reiterada en que esta causa de extinción del legado implica "la voluntad tácita del testador" (sentencia de 13 de junio de 1994) o la "voluntad revocatoria" (sentencia de 24 de enero de 2006).





Por ello, no se puede apreciar tampoco una posible infracción del artículo 675 del Código civil que se alega en el motivo segundo, sobre interpretación del testamento ya que, además, no estamos ante ésta, sino ante un documento que no acredita el cambio de voluntad del testador.

Lo cual se puede repetir respecto al motivo tercero, que alega la infracción del artículo 1281 del Código civil, sin que aclare cuál de los dos párrafos considera infringidos, pues el primero trata del elemento literal y el segundo, del elemento intencional de la interpretación y sin que aclare tampoco cuál es el contrato cuya interpretación impugna. Parece referirse, otra vez, a la carta aludida a la que califica de "renuncia traslativa"; no es tal renuncia, ni es traslativa; es una autorización (no orden) de ampliar capital en cuyo caso (posible, no imperativo) renuncia (renuncia preventiva, no traslativa) al derecho a suscripción preferente. Por tanto, no puede interpretarse como revocación tácita de legado.

**3.-** Los motivos cuarto y quinto están fuera de lugar. Denuncian la infracción de artículos del Código civil relativos al contrato como son el 1254 y 1261 (motivo cuarto) y 1265, 1266 y 1269 (motivo quinto) que son, los primeros, genéricos y no idóneos para sustentar un motivo de casación (así, sentencias de 5 de noviembre 2009, 22 de enero de 2010, 4 de febrero de 2011, 2 de diciembre de 2011 y otras muchas) y los segundos plantean cuestiones ajenas al proceso, que ni fueron objeto de pretensión alguna, ni han sido mencionados en la sentencia ni declarados en el fallo de la misma.

Lo mismo ocurre con el motivo sexto que denuncia la infracción de los artículos 199 y 200 del Código civil que trata de algo tan ajeno a este proceso, como es la incapacitación de persona, el testador, respecto al que nunca se ha planteado tal tema. No es una cuestión nueva, proscrita en casación, sino una cuestión ajena a este proceso.

**4.-** Los motivos séptimo y octavo se formulan de modo conjunto, lo que, ciertamente, es una incorrecta técnica casacional. Ambos, con distintas infracciones denunciadas (artículo 6.2 y 4 el séptimo y 6.4 y 7, todos del Código civil, el octavo) se refieren a la doctrina del levantamiento del velo.

En el desarrollo conjunto de ambos no se vislumbra donde se puede hallar la infracción de alguna de las normas citadas como infringidas. Pero lo que es peor es que tampoco se aclara en qué medida se ha quebrantado la extensa doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo y en qué puede afectar a la resolución del caso. La sentencia recurrida la ha utilizado como razón esencial para calificar el legado como legado de cosa específica propia del testador. Si no se ha impugnado por ninguna de las partes tal calificación, no tiene sentido plantear la cuestión del levantamiento del velo.

**5.-** El motivo noveno tiene enjundia. Alega la infracción del artículo 858 del Código civil y, a partir del mismo, mantiene que la sociedad recurrente, CULTURARTE, S.A., no puede haber sido gravado con el legado, lo que es cierto. Pero lo que también es cierto es que la sentencia recurrida no lo declara gravado, ni le impone la obligación de entregar el objeto del mismo.

Pese a ello, es tal sociedad la propietaria de éste; las acciones pertenecían al testador al tiempo de otorgar el testamento y pertenecían a él en pequeña proporción y la mayoría a las hijas, herederas y obligadas a cumplir el legado al tiempo del fallecimiento. Es evidente que esta sociedad no es declarada obligada como tal a entregar el legado al tiempo, pero también es claro y pertenece a la evidencia jurídica, que CULTURARTE, S.A. debe "estar y pasar por las anteriores declaraciones" (texto literal del fallo de la sentencia del Juzgado confirmada por la Audiencia Provincial) que declaran la validez y eficacia del legado y condena a las herederas, hijas del causante, a cumplirlo. Además condena a la sociedad recurrente "a hacer todo lo necesario para la efectividad de la entrega de los legados", lo que no infringe el citado artículo 858 del Código civil sino que lo involucra en el cumplimiento del legado ante el entramado de empresas y sociedades que contenían el patrimonio del testador; así lo expresa la sentencia de instancia, como hecho incólume en casación:

*"El Sr. Gervasio gestionó su patrimonio mediante un entramado de empresas. Respecto a las sociedades radicadas en España, INTERSEVI y CULTURARTE eran las que controlaban fundamentalmente el resto".*

Es imprescindible, pues, la condena a esta sociedad a hacer todo lo necesario para el cumplimiento del legado, al efecto de que no se burle la voluntad soberana del testador para el destino *mortis causa* de su patrimonio. Como dice la sentencia de la Audiencia Provincial:

*"Las hijas demandadas han actuado del mismo modo que lo hizo siempre el Sr. Gervasio, utilizando las diferentes empresas del grupo como de su exclusiva propiedad, y realizando múltiples negocios jurídicos entre ellas para evitar, en este caso, el cumplimiento de un legado que su padre hizo a la ciudad de Barcelona".*

**6.-** Los dos últimos motivos plantean cuestiones que son ajenas al proceso y las infracciones que mencionan no tienen viso alguno de verosimilitud.



No tiene sentido alegar infracción del principio de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad, artículo 9.3 de la Constitución Española . No hay tal infracción, que ni siquiera justifica en el desarrollo del motivo; simplemente se pretende dar trascendencia a una sentencia dictada en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y aplicar a este proceso de contenido puramente de derecho civil, una resolución dictada a efectos fiscales y, como se ha dicho anteriormente, aplicarla a quienes no han sido partes en aquel proceso.

Tampoco tiene sentido la pretendida infracción de normas del Código de comercio y del Reglamento del registro mercantil que alega el motivo undécimo, sobre la ampliación de capital de esa sociedad recurrente. Se llevó a cabo por las hijas del testador y no se ha declarado nulidad de la misma, sino que ha sido tomado en cuenta para la argumentación y decisiva resolución de las pretensiones pretendidas.

**SEPTIMO** .- 1.- El *recurso por infracción procesal* que ha formulado la entidad DESARROLLOS INMOBILIARIOS GRUPO GAUDIR, S.L. contiene dos motivos, ambos amparados en el artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y uno y otro formulados por infracción del artículo 218 .1 de la misma ley , que proclama el presupuesto esencial, con alcance constitucional, de la sentencia, de la congruencia que, conviene recordar una vez más, es la adecuada relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia o, en otras palabras, las pretensiones deducidas por las partes y la resolución motivada dictada por el órgano jurisdiccional. Ambos van a ser desestimados.

2.- El primero alega que la sentencia incluye pronunciamientos contradictorios e inejecutables. No es así, sino que parte de las pretensiones, da una serie de argumentos y resuelve congruentemente lo interesado por la Fundación demandante. Resolución que esta sociedad recurrente no comparte y sí acepta esta Sala, pero no aparece contradicción alguna. La referencia a la posible dificultad de la ejecución está fuera de lugar en este recurso. En el desarrollo del motivo no se encuentra razón alguna que defienda la incongruencia, sino que insiste en la calificación del legado que hace la sentencia recurrida y lo pone en relación con la dictada en primera instancia, la cual no es objeto de este recurso. Todo lo cual pertenece al ámbito del derecho material que puede ser objeto del recurso de casación, pero no de infracción procesal, en que no acredita incongruencia alguna.

3.- El motivo segundo de este recurso vuelve a insistir en la incongruencia de la sentencia recurrida, en su aspecto de incongruencia *extra petita*. La refiere a la nulidad de documentos y actos societarios que no fue objeto de la pretensión actora. Cierto, pero la sentencia de la Audiencia Provincial no declara nulidad alguna; ha hecho consideraciones sobre documentos y actos jurídicos, pero no ha resuelto en el fallo sobre nulidades que nadie pretendió y, una vez más, es preciso recordar que la congruencia se predica de la relación del suplico de la demanda con el fallo de la sentencia, sin alcanzar a los razonamientos de la misma, como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia: sentencias, entre muchas, de 12 noviembre de 2009 , 23 de julio de 2010 , 3 de noviembre de 2010 .

**OCTAVO** .- 1.- El *recurso de casación* que formula esta misma sociedad contiene seis motivos, que giran alrededor de la revocación del legado y de la calificación del mismo, aparte de algunos que se refieren a temas tangenciales sin especial interés. Todos se desestiman.

2.- El primero, porque vuelve a plantear la cuestión que ha sido tratada en líneas anteriores y ha sido rechazada. Es la revocación del legado, revocación tácita que contempla el artículo 869.2º del Código civil que alega como infringido y dispone:

*"El legado quedara sin efecto: 2º. Si el testador enajena, por cualquier motivo o causa de la cosa legada o parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda sólo sin efecto respecto a la parte enajenada. Si después de la enajenación volviere la cosa al dominio del testador, aunque sea por nulidad del contrato, no tendrá después de este hecho fuerza el legado, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa".*

Pese a que se ha tratado esta cuestión profusamente, no es baldío recordar que no hubo revocación. El testador -sólo él puede hacerlo- no enajenó el objeto del legado. Autorizó -no ordenó- una ampliación de capital, renunció a un posible -no seguro- derecho de suscripción preferente y se reservó -en su caso- el usufructo. Lo cual no es enajenación: ni el testador la ordenó, ni el objeto del legado fue enajenado.

En recursos anteriores se ha dicho y repetido que no hubo enajenación por el testador, que no se considera tal la carta tantas veces mencionada y, por tanto, que no hubo revocación tácita del legado.

3.- El motivo segundo mantiene la infracción del artículo 1184 del Código civil y se rechaza no sólo por tratarse de un tema totalmente ajeno a la casación -posibilidad o imposibilidad de la ejecución- sino por tratarse de cuestión nueva, lo que no cabe en casación. Así lo ha reiterado la jurisprudencia: la sentencia, bien reciente, de 9 de febrero de 2012 recoge las sentencias y la doctrina, con este texto:



" se produce otro defecto que no es admisible en casación, cual es el plantear una cuestión nueva, que la jurisprudencia ha insistido en que, de aceptarse, se produciría atentado al principio de contradicción y a la interdicción de indefensión, pues sería una cuestión que no ha podido ser discutida y contradicha en la instancia; así, sentencias de 18 de febrero de 2010 , 6 de mayo de 2011 , 13 de julio de 2011 , 21 de septiembre de 2011 ; éstas reiteran lo que ya decían las de 21 de abril de 2003 y 9 de febrero de 2006 en estos términos: Las cuestiones nuevas no examinables en casación por no tener acceso a la misma, por no haber sido propuesta en el período de alegaciones, afectan asimismo al derecho de defensa y van contra los principios de audiencia bilateral y congruencia .

4.- Los motivos tercero y cuarto se plantean y se deben analizar conjuntamente, desestimándolos, puesto que consideran la misma cuestión, cual es la calificación del legado. La sentencia de la Audiencia Provincial es objeto de los presentes recursos y lo ha calificado como legado de cosa específica propia del testador. La función de calificar un negocio jurídico es de soberanía del Tribunal de instancia y en el presente caso, toda la posición de las partes recurrentes en sus respectivos recursos, parten de esta calificación. El Juzgado de primera instancia lo calificó de otra manera, pero su calificación está fuera de lugar en el ámbito de la casación. La calificación de legado de cosa propia, ciertamente, es discutible, pero no es ilógica, absurda ni contraria a derecho y, en todo caso, no vulnera los artículos 861 y 862 del Código civil citados como infringidos en estos motivos.

Por otra parte, la fundamentación de la sentencia recurrida, con la calificación del legado de cosa propia, no impide que se confirme el fallo de la sentencia de primera instancia, tal como se ha razonado anteriormente respecto a que las herederas obligadas a cumplirlo, lo deban hacer físicamente de la misma cosa o dar la estimación o el precio, si no es posible.

5.- Los motivos quinto y sexto también deben ser tratados conjuntamente. El primero de ellos declara la infracción del artículo 6.4 del Código civil y se refiere al levantamiento del velo y el segundo, la del artículo 7, sin concretar el apartado, se centra en el abuso del derecho y la buena fe.

No se trata, en estos motivos, de una posible infracción que, denunciada en casación, altere el fundamento del fallo, sino que el levantamiento del velo ha sido uno de los argumentos, quizá el esencial, para calificar el legado como de cosa propia del testador; calificación discutible, pero no errónea y que justifica el fallo. El abuso del derecho y la buena fe han sido simples menciones de la fundamentación, pero no decisivas del fallo.

No aparece, por tanto, infracción de tales artículos.

**OCTAVO** .- 1.- Por último, la sociedad mercantil POVERMUNTE, S.A. formula sendos recursos por infracción procesal y de casación integrados, uno y otro, por un solo motivo.

2.- El motivo único del recurso por infracción procesal alega la infracción del artículo 24 de la Constitución Española que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y se refiere a la valoración de la prueba al considerar que la sentencia de instancia incurre en manifiesto error en la valoración de la misma. El motivo decae por dos razones. La primera, porque el artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no incluye en los motivos del recurso por infracción procesal el relativo a la valoración de la prueba y así lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia en sentencias, innumerables, como las recientes de 4 de febrero de 2011 , 5 de mayo de 2011 , 24 de junio de 2011 , 13 de septiembre de 2011 , 27 de enero de 2012 , 9 de febrero de 2012 , 20 de febrero de 2012 ; también la jurisprudencia ha advertido que si se vulnera de forma flagrante y extraordinaria la prueba -algo verdaderamente insólito- puede llegar a negarse el derecho a la tutela judicial efectiva, lo cual no se da en modo alguno en el presente caso; no se da porque lo cierto es que no se discute la valoración de la prueba. Esta es la segunda razón del rechazo del motivo: lo que aparece en el desarrollo del motivo no es una valoración probatoria, sino la calificación del documento de 16 de febrero de 1991, del que defiende su función de revocación tácita de legado, lo cual no es propio de un recurso por infracción procesal, ni tampoco -según lo dicho y repetido hasta ahora- es así, en el sentido de que no es una revocación tácita del legado.

3.- El recurso de casación en su único motivo, denuncia la infracción de los artículos 858 y 859 del Código civil sobre el concepto de legado, que se impone al heredero o legatario, que tienen obligación de cumplirlo y la sociedad recurrente no es heredero ni legatario, por lo que, como dice literalmente:

*"ningún autor asume que quien no resulta beneficiado patrimonialmente por la herencia puede resultar gravado por legado alguno, lo que por otra parte resulta completamente lógico, dado que supondría inmiscuirse en el patrimonio de tercero sin derecho alguno".*

El motivo se rechaza porque, efectivamente siendo así, la sentencia recurrida no le condena a cumplir el legado; confirmando lo resuelto en primera instancia, tras declarar la validez y eficacia del legado y condenar a los herederos a cumplirlo, condena a esta sociedad recurrente -y a otras- a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a hacer todo lo necesario para la efectividad de la entrega de los legados. Tal como se ha



expuesto al tratar de la misma cuestión planteada en su recurso de casación por CULTURARTE, S.A., el entramado de sociedades en las que se hallaba el patrimonio del causante y se halla ahora el de sus herederas, hace preciso la condena de ellas, que han sido parte en el proceso y han hecho las alegaciones procedentes, condena consistente en no dificultar el cumplimiento del legado, sino *a hacer todo lo necesario para su efectividad*.

**NOVENO** .- Al rechazarse todos los motivos de los recursos formulados, procede declarar no haber lugar a los mismos con la condena en costas que impone el artículo 398.1 en su remisión al 394 .1 ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

**Primero** .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION, interpuestos por las representaciones procesales de D<sup>a</sup> Belinda , D<sup>a</sup> Isabel y D<sup>a</sup> Soledad y de D<sup>a</sup> Celsa y de las entidades Culturarte S.A., Desarrollos Inmobiliarios Grupo Gaudir, S.L. y Porvemunte S.A., contra la sentencia dictada por la Sección 17<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, en fecha 30 de enero de 2009 , que SE CONFIRMA.

**Segundo** .- Se condena a cada una de las partes recurrentes en las costas causadas por sus respectivos recursos.

**Tercero** .- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Roman Garcia Varela.-Xavier O'Callaghan Muñoz.- Rubricados.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.