



Roj: **STS 2087/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2087**

Id Cendoj: **28079110012020100340**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/06/2020**

Nº de Recurso: **5295/2017**

Nº de Resolución: **365/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 2032/2017,**  
**STS 2087/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 365/2020**

Fecha de sentencia: 29/06/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 5295/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/06/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg**

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE VIZCAYA, SECCIÓN 5.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 5295/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 365/2020**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

**D. José Luis Seoane Spiegelberg**

En Madrid, a 29 de junio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Isabel y D. Cesar , representados por el procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia, bajo la dirección letrada del Sr. Larrínaga Zulueta, contra la sentencia n.º 277/2017, dictada por la Sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Bizkaia, en el recurso de apelación n.º 123/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 548/2015, del Juzgado de primera Instancia n.º 6 de Getxo, sobre validez y eficacia de legado. Ha sido parte recurrida D.<sup>a</sup> Eva María , representada por el procurador D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta, y bajo la dirección letrada de D. Mikel Izaguirre Casado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg**.

**ANTECEDENTES DE HECHO****PRIMERO.- Tramitación en primera instancia**

1.- El procurador D. Ibon Bilbao Cabarcos, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Isabel y D. Cesar , interpuso demanda de juicio ordinario contra D.<sup>a</sup> Eva María , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] estimándola y en consecuencia: a) declarando la validez y eficacia del legado dispuesto por Doña Candida en favor de los demandantes, en la cláusula primera del testamento otorgado el 19 de enero de 2004 al número 144 del protocolo de Don Serafin , relativo a la vivienda sita en el BARRIO000 n.º NUM000 de Bakio-Bizkaia (finca registral NUM001 ); b) declarando la nulidad de todo aquello que contradiga la anterior declaración en la escritura otorgada por la demandada (representada) el 8 de septiembre de 2015 al número 787 del protocolo de Don Casiano ; c) declarando que el objeto del legado precitado en la letra a) al fallecimiento de la testadora también precitada, ha quedado sustituido por subrogación por la cantidad de 96.513,10 euros; d) condenando a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, a cumplir por equivalencia con la entrega del legado en cuestión y, a tal efecto, a abonar a los actores la cantidad expresada, por mitades iguales partes, con intereses legales desde la interpelación judicial y procesales desde sentencia; e) con expresa imposición de costas".

2.- La demanda fue presentada el 1 de diciembre de 2015, y repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 6 de Getxo, se registró con el n.º 548/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador German Ors Simón, en representación de D.<sup>a</sup> Eva María , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dictar en su día sentencia por la que, con desestimación íntegra de la demanda, se absuelva a mi representada de los pedimentos deducidos frente a la misma, con expresa imposición de costas a la parte actora".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 6 de Getxo dictó sentencia de fecha 21 de diciembre de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

"Estimo sustancialmente la demanda formulada por el Procurador Sr. Bilbao Cabarcos, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Isabel y D. Cesar , contra D.<sup>a</sup> Eva María , con imposición de costas a la parte demandada, y en consecuencia:

"a) Declaro la validez y eficacia del legado dispuesto por Doña Candida a favor de los demandantes, en la cláusula primera del testamento otorgado el 19 de enero de 2004 al número 144 del protocolo de Don Serafin , relativo a la vivienda sita en el BARRIO000 no NUM000 de Bakio-Bizkaia (finca registral NUM001 );

"b) Declaro la nulidad de cuanto contradiga la anterior declaración en la escritura otorgada por la demandada el 8 de septiembre de 2015 al número 787 del protocolo de Don Casiano para la aceptación de herencia;

"c) Declaro que el objeto del legado referido en la letra a) ha quedado sustituido por subrogación por la cantidad de noventa y tres mil seiscientos cincuenta y dos euros con veintiocho céntimos -93.652,28 euros-;

"d) Condeno a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, a cumplir por equivalencia con la entrega del legado abonando a cada uno de los actores la cantidad de cuarenta y seis mil ochocientos veintiséis euros con catorce céntimos 46.826,14 euros- , así como los intereses legales de dicha cantidad desde la reclamación judicial y que desde la fecha de la presente se verán incrementados en dos puntos porcentuales".

**SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia**



1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.<sup>a</sup> Eva María .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que lo tramitó con el número de rollo 123/2017, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 2 de noviembre de 2017, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Doña Eva María , conta la sentencia dictada el día 21 de diciembre de 2016, por la Ilma Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia no Seis de Getxo, en el Juicio Ordinario no 548 de 2015, del que dimana el presente rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el sentido de desestimar íntegramente la demanda interpuesta por la representación de Doña Isabel y Don Cesar , contra Doña Eva María , todo ello con imposición a los actores de las costas de la primera instancia y no se hace especial imposición de las costas devengadas en esta segunda instancia".

### **TERCERO .- Interposición y tramitación del recurso de casación**

1.- El procurador D. Ibon Bilbao Cabarcos, en representación de D.<sup>a</sup> Isabel y D. Cesar , interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

"Se interpone el recurso en interés casacional al amparo precitado de lo dispuesto en el artículo 477 apartados 2, caso 3º y 3 LEC, por motivo único, por cuanto la interpretación que del artículo 869. 2º del Código Civil hace la sentencia recurrida aplicándolo indebidamente y que es su ratio decidendi, se opone a la que efectúa la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando exige para la ineficacia del legado testamentario de cosa específica en el supuesto de tal norma sustantiva. una voluntad revocatoria tácita o presunta en el testador, siendo en el caso de autos que la sentencia recurrida la encuentra en una enajenación de la cosa legada realizada por **tutor** con autorización judicial, cuando la testadora había sobrevenido en estado civil de incapacidad por sentencia firme y obviamente carecía de voluntad decisoria, razón de la tutoría y de la autorización judicial".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 18 de diciembre de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Dña. Isabel y D. Cesar contra la sentencia dictada con fecha dos de noviembre de 2017 por la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección Quinta, en el rollo de apelación núm. 123/2017, dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 548/2015 del Juzgado Mixto n.º 6 de Getxo.

"2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 23 de junio de 2020, en que tuvo lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **PRIMERO.- Antecedentes relevantes**

A los efectos resolutorios del presente litigio hemos de partir de las consideraciones siguientes:

I.- El objeto del litigio.

El presente proceso versa sobre la acción de cumplimiento de legado, que es ejercitada por los legatarios D. Cesar y D.<sup>a</sup> Isabel , contra la heredera D.<sup>a</sup> Eva María , sobre el inmueble de la BARRIO000 NUM000 , de la localidad de Bakio (Bizkaia). Dicho inmueble fue enajenado con autorización judicial por la tutora de la causante D.<sup>a</sup> Candida . Tras el fallecimiento de ésta última, los actores consideran que el bien legado ha quedado sustituido por subrogación en la cantidad de 96.513,10 euros, restantes de dicha venta, reclamando igualmente los intereses legales desde la interposición de la demanda.



La parte demandada sostiene, por el contrario, que el legado ha devenido ineficaz por aplicación de lo dispuesto en el art. 869.2 del CC, según el cual el legado queda sin efecto: "Si el testador enajena, por cualquier título o causa, la cosa legada o parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda sólo sin efecto respecto a la parte enajenada".

**II.-** Los hechos probados de los que parten las sentencias de primera y segunda instancia son los siguientes:

**1.-** La causante D.<sup>a</sup> Candida otorgó testamento el 19 de enero de 2004, en el que legó a sus primos y demandantes D. Cesar y D.<sup>a</sup> Isabel, el inmueble litigioso sito en Bakio y otro más en la Avenida de las Universidades de Bilbao, instituyendo heredera a la demandada D.<sup>a</sup> Eva María.

**2.-** La testadora fue declarada incapaz por sentencia dictada el 12 de diciembre de 2007, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Getxo, siendo designada tutora la legataria D.<sup>a</sup> Isabel.

**3.-** La tutora, en el ejercicio de sus funciones, promueve procedimiento de autorización judicial de venta del piso litigioso, que da lugar al procedimiento 470/2012, en que se dictó auto de 13 de mayo de 2013, con informe favorable del Ministerio Fiscal, en el que se autorizó dicha enajenación en interés y beneficio de la incapaz.

**4.-** La venta se llevó a efecto mediante escritura pública de 29 de mayo de 2014, por un precio de 120.000 euros, falleciendo la testadora el 13 de abril de 2015.

**5.-** Con fecha 1 de diciembre de 2015 se interpone la presente demanda que, bajo el número de juicio ordinario 548/2015, se tramitó en el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Getxo.

**III.-** La sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

Seguido el mentado procedimiento judicial, en todos sus trámites, se dictó sentencia por parte del referido órgano jurisdiccional, en la cual se consideró que no debía aplicarse el art. 869.2 del CC; toda vez que, conforme a su interpretación jurisprudencial, citándose al respecto la STS 563/1994, de 13 de junio, así como otras sentencias de Audiencias Provinciales y, sin perjuicio de la plena validez de la enajenación del inmueble legado llevada a efecto por la tutora, dicha venta no se puede reputar como manifestación de la voluntad testamentaria, ni considerarse tampoco ratificada o consentida por la incapaz. Por todo ello, la venta del bien legado no constituye una manifestación de la voluntad revocatoria tácita de la testadora.

En consecuencia, la precitada sentencia declaró la validez y eficacia del legado, así como la nulidad de la escritura de aceptación de herencia suscrita por la demandada el 8 de septiembre de 2015 en cuanto contradiga el anterior pronunciamiento, así como que el legado ha quedado sustituido por subrogación en la cantidad de 93.652,18 euros, que se reputaron restantes, debiendo entregar a cada demandante la suma de 46.826,14 euros, equivalentes a la mitad de dicha suma de dinero, con los intereses legales desde la interposición de la demanda e imposición de costas.

**IV.-** La sentencia de apelación.

Interpuesto por la demandada recurso de apelación, se interesó la revocación de la sentencia de primera instancia, dictando otra por la que se desestimase la demanda y, subsidiariamente, se redujera la cantidad objeto de condena a la suma de 90.758,97 euros, dejando sin efecto los pronunciamientos relativos al abono de los intereses legales e imposición de costas. El conocimiento del mentado recurso correspondió a la sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que revocó la sentencia del juzgado, desestimando la demanda con imposición de costas.

La Audiencia razonó, en síntesis, que la enajenación del piso de Bakio se llevó a cabo legalmente con autorización judicial, por lo que se trata de una venta plenamente válida, con la particularidad de que fue la tutora quien prestó el consentimiento por sustitución de la causante, al haber sido incapacitada y, por consiguiente, privada de sus facultades de disposición, la cual carecía además de capacidad para testar y revocar anteriores disposiciones testamentarias. Todo lo cual lleva a la Audiencia a entender que nos hallamos ante un supuesto perfectamente equiparable a la enajenación del bien legado, llevada a efecto por la testadora subsumible en el art. 869.2 CC, lo que conduce a declarar la ineficacia del legado, quedando el precio de la compraventa integrado en el caudal hereditario de la difunta.

**V.-** El recurso de casación.

Contra dicha sentencia la parte demandante interpuso recurso de casación por interés casacional, al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3º y 3 de la LEC, considerando precepto infringido el art. 869.2 del CC, en tanto en cuanto se desconoce la jurisprudencia que exige la concurrencia de una voluntad revocatoria tácita o presunta del testador, citando las SSTS de 13 de junio de 1994, 20 de noviembre de 2000, 24 de enero de 2006, 19 de noviembre de 2007 y 14 de marzo de 2012.

**SEGUNDO.-** *De las causas de inadmisión del recurso de casación*

La demandada en su escrito de oposición al recurso de casación alega la concurrencia de óbices procesales determinantes de la inadmisión del recurso de casación, que no procede acoger.

En efecto, es cierto que no cabe cuestionar la valoración probatoria realizada por el tribunal de apelación al amparo del recurso de casación, puesto que éste, en su configuración jurídica, no constituye una tercera instancia, que así lo permita, sino que su finalidad radica en el control de la aplicación de la norma de derecho material o sustantivo y en la creación de doctrina jurisprudencial ( SSTS 142/2010, de 22 de marzo; 56/2011 de 23 febrero; 71/2012, de 20 febrero; 669/2012, de 14 de noviembre; 147/2013, de 20 de marzo; 5/2016, de 27 de enero y 367/2016, de 3 de junio, o más recientemente 477/2019, de 17 de septiembre).

Estos condicionantes de la naturaleza jurídica de la casación exigen plantear al Tribunal Supremo infracciones de normas de derecho civil y mercantil o atinentes a derechos fundamentales, excepto los del art. 24 CE, por su naturaleza procesal; pero no cabe, dentro de su ámbito, la revisión de la base fáctica de la sentencia de segunda instancia, incurriendo en lo que se ha denominado vicio de la "petición de principio" o de hacer "supuesto de la cuestión". La técnica casacional exige, por consiguiente, razonar sobre la infracción legal, respetando los hechos y la valoración probatoria de la Audiencia.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, la parte recurrente no altera, sino que respeta los hechos probados fijados por la Audiencia, sin que quepa confundir la valoración probatoria, de acceso vedado a casación, con la valoración jurídica que sí es fiscalizable a través de este recurso extraordinario ( SSTS 394/2018, de 26 de junio, 580/2019, de 5 de noviembre, 661/2019, de 12 de diciembre y 31/2020, de 21 de enero), que es lo que se pretende en el recurso interpuesto.

En este caso, además de respetar los hechos probados de la Audiencia, se alega el concreto precepto de derecho material o sustantivo que se considera infringido, y se funda el interés casacional en la infracción de jurisprudencia, con cita de varias sentencias de esta sala, que valoran actos jurídicos del causante como expresión de una voluntad revocatoria tácita de los legados contenidos en las disposiciones testamentarias efectuadas. En definitiva, se plantea al tribunal una cuestión jurídica relativa a si la enajenación del bien inmueble legado, llevada a efecto por la tutora de la causante, puede privar de eficacia al legado litigioso o si se debe, por subrogación, considerarse subsistente sobre la cantidad de dinero restante derivada de dicha venta.

Por otra parte, como señala la STS 2/2017, de 17 de enero:

"[...] tampoco deberá ser inadmitido un recurso que, al margen de elementos formales irrelevantes, o en todo caso secundarios, plantee con la suficiente claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio, puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia".

En el mismo sentido, entre otras, las SSTS 351/2015, de 15 de junio; 550/2015, de 13 de octubre; 577/2015, de 5 de noviembre; 188/2016, de 18 de marzo; 331/2016, de 19 de mayo; 667/2016, de 14 de noviembre; 579/2016, de 30 de septiembre; 727/2016, de 19 de diciembre; 2/2017, de 10 de enero y 243/2019, de 24 de abril.

**TERCERO.-** *Estimación del recurso de casación interpuesto*

El art. 869.2 del CC recoge un supuesto legal en el que se considera ineficaz el legado, reputado en el art. 427. 37. 2 del Libro IV del CC de Cataluña, relativo a sucesiones, Ley 10/2008, de 10 de julio, como una causa de revocación, señalando este último precepto que concurre la misma "cuando el causante enajena a título oneroso o gratuito el bien que es objeto del mismo ...", mientras que, en su apartado 3, se señala que, por el contrario, no existe revocación, "si el bien es enajenado por expropiación, ejecución forzosa, permuta, aportación a sociedad o cualquier otra operación de reestructuración societaria, salvo que la persona gravada pruebe que el causante pretendía revocar el legado. En estos casos, se considera legado el bien que se ha recibido a cambio, si procede".

La doctrina mayoritaria, en la interpretación del art. 869.2 del CC, así como la jurisprudencia, lo considera igualmente como una manifestación de la voluntad revocatoria tácita del testador, y no como transformación de un legado de cosa cierta en otro de cosa ajena.

En definitiva, la enajenación, por cualquier título, del bien objeto del legado, llevada a efecto por el propio testador, debe entenderse como acto jurídico inequívoco de su voluntad de dejarlo sin efecto, de manera tal



que la misma libertad que determinó la constitución del legado permite ahora privarle de eficacia mediante un negocio jurídico de tal clase, que constituye una expresión tácita de revocación.

Y hasta el punto ello es así, que una eventual recuperación de la cosa enajenada, que se reintegrara en el dominio del causante, no permite al legado recuperar su eficacia, salvo que se verifique por pacto de retroventa, como expresión de la voluntad del testador de reservarse la posibilidad de readquirir la cosa y no desprenderse de ella definitivamente.

La interpretación del art. 869.2 del CC conduce a que es el acto voluntario del testador el que permite privar de eficacia al legado, por lo que si la enajenación no depende de su voluntad conserva su eficacia por subrogación, como sucede en el supuesto de la expropiación forzosa sobre el justiprecio ( STS 563/1994, de 13 de junio) o sobre la finca de reemplazo, en el caso de la concentración parcelaria ( STS 29 de septiembre de 1986).

En efecto, la STS 563/1994, de 13 de junio, razona al respecto:

"La doctrina cuando estudia el precepto es unánime al establecer una primera conclusión: es imprescindible que la enajenación o transformación de la cosa se produzca voluntariamente por el testador (o por representante autorizado o por tercero sin poder pero cuya actuación haya sido ratificada por el propietario). Esta voluntad naturalmente que es la voluntad presunta, pues para la expresada tiene a su alcance el camino de la revocación del testamento o de la donación, que como se sabe son disposiciones esencialmente revocables (art. 737).

"Que lo decisivo para entender que queda sin efecto un legado al amparo del art. 869 del Código Civil es la voluntad tácita del donante "mortis causa" o testador expresada por medio de una transformación o enajenación de la cosa, se desprende incluso del propio texto del artículo cuando dice que la vuelta de la cosa al dominio del testador aunque sea por nulidad del contrato no hace recuperar la fuerza al legado.

"Una segunda conclusión también generalmente admitida por la doctrina es la que afirma que las enajenaciones de carácter forzoso, como hechos independientes de la voluntad del testador, no puede tener carácter revocatorio porque les falta el elemento en el cual basar la presunción de que el causante quiso revocar el legado. Ejemplo característico de enajenación forzosa que no extingue el legado es la expropiación forzosa (ejemplo de transformación no voluntaria puede ser la concentración parcelaria).

"Debe añadirse que la enajenación por expropiación forzosa, hecho que se produce sin la voluntad del expropiado, convierte la cosa en una suma de dinero que no permite incluirla en el apartado 3,º puesto que la cosa no ha perecido aunque el derecho real sobre ella se ha transformado, como sucede con otras transformaciones de cosas sujetas a otros derechos reales (vid art. 519 sobre expropiación de cosa dada en usufructo)".

La STS 1056/2000, de 20 de noviembre, tuvo en cuenta, como razón decisoria, el dato de que el causante ideó y proyectó el derribo de la casa objeto del legado y la reedificación del solar resultante, con anterioridad al otorgamiento del testamento, y, por lo tanto, tales actos no pueden ser entendidos como cambio de voluntad del testador e interpretados como revocación tácita de una manda, que todavía no había llegado a cobrar existencia cuando se ejecutaron dichos actos por el testador.

En la STS 7/2006, de 24 de enero, se declararon revocados los legados dispuestos por el causante en favor de los legatarios por la donación posterior a éstos de las cosas legadas, y, por lo tanto, con la obligación de colacionar. Dicha sentencia vuelve insistir en la transcendencia de la voluntad del testador:

"El artículo 869 del Código civil determina los casos en que el legado queda sin efecto, y en núm. 2º señala la enajenación por el testador de la cosa, por cualquier título o causa. Esa enajenación implica un cambio de su voluntad. Si la cosa se hubiera legado antes al mismo donatario, es evidente que su intención fue la de no esperar a su fallecimiento para que aquél se haga propietario de la misma (art. 882 Cód. civ.), sino que lo sea desde la donación".

La STS 1203/2007, de 19 de noviembre, consideró revocado el legado al haber dispuesto del mismo la testadora como aportación no dineraria en la constitución de una sociedad, razonando al respecto que:

"[...] si el testador dispuso libremente de la cosa para legarla a quien tuvo por conveniente en el momento de otorgar el testamento, igual libertad de disposición conserva para, con posterioridad, poder enajenarla en vida, a título oneroso o gratuito, a quien tuviere por conveniente, lo que la propia ley interpreta como una efectiva revocación del legado hasta el extremo de, aunque después volviera a integrarse en su patrimonio, el legado habría quedado sin efecto, salvo el caso de que dicha reintegración se produzca por pacto de retroventa".

En la STS 153/2012, de 14 de marzo, el testador había legado un valiosísimo conjunto inmobiliario a una fundación que llevaría su nombre, que fue constituida por el Ayuntamiento de Barcelona, interesando de las



hijas y herederas del causante la entrega del legado. Al tiempo del testamento dichos bienes pertenecían a una sociedad de la que el causante era titular de la totalidad de sus acciones. Sus hijas, valiéndose de una autorización concedida por el padre, incrementaron el capital social de dicha mercantil y ejercitando el derecho de suscripción preferente en su nombre, consiguieron el control social. El Tribunal Supremo no consideró revocado el legado, al entender:

"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 [. . .] si el testador no enajena, porque no fue el propio testador el que enajenó, el legado mantiene su eficacia".

Bajo los precedentes jurisprudenciales referidos y consideraciones expuestas hemos de estimar el recurso de casación interpuesto; toda vez que la enajenación del bien legado llevada a efecto por la tutora y legataria, para sufragar las necesidades de su pupila y causante, con autorización judicial, no se puede considerar como manifestación de la voluntad revocatoria de testadora sobre la eficacia de la manda litigiosa.

La testadora siempre conservó su voluntad de transmitir *mortis causa* el bien legado mientras mantuvo su capacidad. La enajenación no dependió pues de un acto voluntario suyo, que pudiera interpretarse como una manifestación tácita de revocar el legado, sino consecuencia de una autorización judicial instada por la tutora.

Por todo ello, en la colisión existente entre los intereses de los legatarios y la heredera, consideramos subrogados a aquéllos en el remanente del precio de la compraventa, una vez aplicado a satisfacer las necesidades de la testadora, que fue la causa que justificó la enajenación del bien legado ( art. 271 del CC) y no la voluntad exteriorizada de la causante, a través de un acto jurídico propio, que se pueda interpretar como manifestación tácita de revocación. En la tesis expuesta procede amparar la voluntad de la causante, que es la ley suprema que ha de regir su sucesión.

En definitiva en el caso enjuiciado la enajenación realizada no permite considerarla como cambio de la voluntad del causante, y, por lo tanto, como revocación del legado litigioso.

#### **CUARTO.- Sentencia de casación**

Una vez estimado el recurso de casación interpuesto debemos de resolver los otros extremos del recurso de apelación subsidiariamente interpuestos.

En cuanto al importe de la cantidad residual de la venta del piso, el valor de las partidas 1 a 13 es de 102.702,47 euros, sin contar los 2.850 euros de la partida 14, que no podemos descontar otra vez, si no los hemos computado. El importe del cargo fiscal no fue de 9.039,37 euros como dice la actora, sino que son 9.093,50, tratándose de un simple error fácilmente verificable. Por todo ello, la cantidad a abonar es de 93.608,97 euros, extremo en que se corrige la sentencia dictada por el Juzgado.

Estimamos procedente la condena al abono de los intereses legales desde la interposición de la demanda, toda vez que conforme el artículo 885 del Código Civil, es el heredero el obligado a entregar al legatario la cosa legada que, en este caso, por subrogación se trataba de una cantidad de dinero, encontrándose la demandada en mora desde, al menos, la interpelación judicial ( arts. 1100, 1101 y 1108 del CC). Cantidad además de la que vino disfrutando y reteniéndola indebidamente, sin que consideremos concurren razones para mantener otra tesis, cuando las cantidades reclamadas estaban perfectamente determinadas en demanda y eran de sencilla comprobación.

En cuando a las costas de primera instancia rige el principio del vencimiento objetivo, equiparando la jurisprudencia el vencimiento total al sustancial, como acontece en el caso que nos ocupa, en el que, desde el punto de vista cualitativo, se estima íntegramente la demanda y, desde el punto de vista cuantitativo, prácticamente salvo la suma de 2.850 euros, a la que se renunció además en la audiencia previa, y que tan solo supone un 3% de la cantidad cuya postulación se demandaba. Con ello, la sentencia del Juzgado no hace otra cosa que aplicar una consolidada jurisprudencia de esta Sala de la que son manifestación las SSTS 17 de julio de 2003, 24 de enero, 26 de abril de 2005, 6 de junio de 2006, 18 de junio de 2008, 18 de julio de 2013, todas ellas citadas en la más reciente STS 715/2015, de 14 de diciembre.

#### **QUINTO.- Costas y depósito**

Conforme al art. 398.2 LEC, la estimación del recurso de casación determina que no proceda imponer las costas causadas por el mismo.



Con respecto a la devolución del depósito constituido para recurrir se aplica el régimen jurídico de la Disposición Adicional 15.ª, apartado 8, de la LOPJ, procediendo su restitución a los recurrentes.

La desestimación del recurso de apelación interpuesto conlleva la imposición de las costas del mismo a la parte apelante ( art. 398 LEC).

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

:

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Cesar y D.ª Isabel , contra la sentencia de fecha 2 de noviembre de 2017, dictada por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Bizcaia, en el recurso de apelación 123/2017, sin imposición de las costas correspondientes, y con devolución del depósito constituido para recurrir.

2.º- Casar la referida sentencia y desestimar el recurso de apelación interpuesto, contra la sentencia de 21 de diciembre de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Getxo, en los autos de juicio ordinario 548/2015, que se modifica en el único sentido de reducir el importe de la cantidad a devolver a 93.608,97 euros, corrigiendo el mero error en que se había incurrido, todo ello con preceptiva imposición de costas a la parte demandada recurrente y pérdida de depósito.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.