



Roj: **SAP M 19351/2008 - ECLI: ES:APM:2008:19351**

Id Cendoj: **28079370122008100486**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **12**

Fecha: **16/12/2008**

Nº de Recurso: **681/2007**

Nº de Resolución: **877/2008**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE VICENTE ZAPATER FERRER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 12

MADRID

SENTENCIA: 00877/2008

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN DUODÉCIMA

RECURSO DE APELACION Nº 681/07

JDO. 1ª INST. Nº 41 DE MADRID

AUTOS Nº 125/07 (ORDINARIO)

DEMANDANTE/APELADO: D. Federico

PROCURADOR: Dª PAZ LANDETE GARCÍA

DEMANDADOS/APELANTES: D. Benjamín Y D. Luis Pedro

PROCURADOR: D. JUAN CARLOS ESTEVEZ FERNÁNDEZ-NOVOA

PONENTE: ILMO. SR. D. JOSÉ VICENTE ZAPATER FERRER

SENTENCIA Nº 877

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSÉ VICENTE ZAPATER FERRER

D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO

Dª MARGARITA OREJAS VALDES

En Madrid, a dieciséis de diciembre de dos mil ocho.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid, los Autos de Procedimiento Ordinario nº 125/07, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 41 de Madrid, a los que ha correspondido el Rollo nº 681/07, en los que aparece como demandante-apelado D. Federico representado por la Procurador Dª Paz Landete García, y como demandados-apelantes D. Benjamín y D. Luis Pedro representados por el Procurador D. Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa, sobre nulidad testamentaria, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ VICENTE ZAPATER FERRER.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.



SEGUNDO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 41 de Madrid, se dictó sentencia con fecha 10 de Mayo de 2.007 , cuya parte dispositiva dice: "Estimar la demanda interpuesta por D. Federico , representado por la Procuradora Dª Paz Landete García, contra D. Luis Pedro y D. Benjamín , representados por el Procurador D. Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa. Declarar que el testamento otorgado por D. Luis Andrés el día 14 de Agosto de 2.001 ante el Notario de Madrid D. Francisco de Asís Pizarro Moreno con el nº 1850 de orden de su protocolo ha quebrado el derecho a la legítima del demandante. Anular las adjudicaciones realizadas en dicho testamento. Imponer a los demandados las costas procesales." Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de los demandados se interpuso recurso de apelación, que fue admitido, dándose traslado a la otra parte, que se opuso y cumplidos los trámites correspondientes, se remitieron los autos originales a este Tribunal donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida, señalándose para deliberación, votación y fallo el pasado día 9 de Diciembre, en que ha tenido lugar lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se solicitaba en la demanda la anulación de la disposición testamentaria, en virtud de la que el testador, padre del demandante, adjudicaba, en perjuicio de su legítima, determinados bienes a los demandados, hermanos de aquel.

En la sentencia recurrida se califica como testamento particional el que se cuestiona en este juicio, puesto que en el mismo se ha realizado una auténtica partición de todo el caudal hereditario, y se aprecia que se ha producido una lesión en la legítima del demandante, pues el cómputo del precio de los bienes inmuebles adjudicados a los demandados supera en casi la mitad el valor del bien adjudicado al demandante, y no se han demostrado en él ciertas obras y mejoras que incrementasen su precio, y, persistiendo el desequilibrio, se estima vulnerada la legítima del actor, pues el agravio patrimonial que se le irroga es lo suficientemente grave como para justificar la anulabilidad del testamento, y, consecuente con lo solicitado en la demanda, se declara que ha se quebrado el derecho a la legítima del demandante y se anulan las adjudicaciones realizadas en dicho testamento.

El recurso de apelación que interponen los demandados se articula en cuatro alegaciones, aunque se dicen tres porque la tercera se repite. En la alegación Primera, tras un planteamiento general de la cuestión, se sostiene que a falta de un inventario y valoración de los bienes de la herencia que lo constate, podría apreciarse una mejora tácita en cosa determinada a favor de los hijos del causante, que, por ello, no perjudicaría la legítima estricta del actor; y, si así fuera, nunca conllevaría la anulación de la disposición testamentaria, sino que se resolvería mediante el pago en metálico de la diferencia, tal como deriva de lo dispuesto en los artículos 829 y 815 del CC . Si el testador instituye herederos desigualmente a sus hijos, de forma que alguno no reciba la legítima que le corresponde, las desigualdades se deben reducir en la medida que excedan del tercio de libre disposición. Conforme a lo dispuesto el artículo 815 del mismo Código , el actor sólo puede solicitar el complemento de su legítima estricta. En la Segunda alegación se denuncia un error de cálculo en la sentencia recurrida, puesto que el importe de la legítima estricta se debe dividir entre los tres hermanos, y, consecuentemente, el complemento en metálico habrá de ser proporcionado a esta disminución. En la alegación Tercera se invoca lo dispuesto los arts. 675, 808, 828, 823 y 828 del CC, para sostener que, en todo caso, debe prevalecer la voluntad del testador, deducida, primero, de sentido literal de sus palabras empleadas en el testamento, de modo que si, como en el presente caso, instituye desigualmente a sus hijos no hay duda que su voluntad es la de distinguir los tercios de legítima y mejora. Por otra parte, mientras no se realice un inventario y avalúo de la masa hereditaria no se sabe si la institución de herederos es o no desigual, y si vulnera los límites de la legítima estricta; pero no se debe admitir una interpretación restrictiva en la disposición de la mejora, término que en ningún caso se puede exigir literalmente en el testamento, cuyo clausulado revelará si existe o no una voluntad expresa de mejorar, y, si es patente la voluntad de hacerlo, aunque no se exprese gramaticalmente, se debe admitir. En la alegación Tercera (bis) se niega que no se haya impugnado la valoración de los bienes señalada por el actor, pues la parte demandada mostró expresamente su desacuerdo, sobre todo porque el inmueble adjudicado al demandante ha sido objeto de recientes reformas que revalorizan su importe, de lo que se deduce que la adjudicación testamentaria le otorga más de lo que le correspondería como legítima estricta.

SEGUNDO.- Se califica con acierto en la sentencia recurrida el testamento aquí cuestionado al señalar su vocación particional. Esto indica que en el mismo se concentran dos actos jurídicos, uno es el acto de disposición del testador de todos sus bienes para después de la muerte; otro es la partición, esto es la asignación a cada heredero de los bienes que le correspondan en la herencia. Sobre el testamento entendido



como acto de disposición no se plantea cuestión alguna sobre su validez, ni podría haberla por cuanto no se ha otorgado con violencia, dolo o fraude (art. 673 CC), ni vulnerando las formalidades legales (arts 687 y 705 CC), ni la disposición testamentaria se ha otorgado a favor de un incapaz (art. 755 CC).

El litigio surge por lo que hace a la validez de la partición, pero ésta debe estar presidida por lo dispuesto en el arts 1056 CC , que dispone, para cuando testador hiciera por acto intervivos o de última voluntad la partición de sus bienes, que se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos. Este perjuicio de la legítima es lo que constituye el núcleo de la cuestión debatida en este juicio, pues para el demandante, y así lo reconoce la sentencia apelada, resulta evidente, ya que la valoración realizada por los respectivos departamentos de Hacienda de la Comunidad de Madrid y de Castilla León donde se ubican los pisos que se adjudican a cada uno de los tres hijos, revela que el asignado al demandante vale menos de la mitad de lo que le correspondería en la herencia; mientras que para los apelantes no hay lesión alguna en la legítima del demandante, y debe prevalecer la voluntad expresa del testador, que decidió instituir herederos a sus hijos en partes desiguales, disponiendo de esta manera una mejora tácita para los demandados, y una asignación de bienes para el apelado que no perjudica su legítima estricta, pues como tal se debe entender no los dos tercios de la herencia, sino uno solo y, además, a dividir entre los tres hermanos; aparte que una vez planteado el litigio será necesario seguir el procedimiento legal de división de herencia.

TERCERO.- Según dispone el art. 675 CC toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento. De acuerdo con estas reglas, es evidente que la voluntad del testador no fue instituir herederos por partes iguales a sus tres hijos sino "en la proporción que resulte de las adjudicaciones que se indican", de lo que se infiere que el testador conocía y asumía que las adjudicaciones no tenían el mismo valor, pero así decidió disponerlas, sin emplear en ningún caso el término mejora, como tampoco el de castigo, sanción ni desheredación.

Pese a que la STS de 22 de noviembre de 1991 enseña que "la tesis mantenida sobre la denominada mejora tácita, que un autorizado sector doctrinal y las Sentencias de esta Sala de 6 de noviembre de 1967 y 18 de junio de 1982 admiten como posible en ciertos casos, con base en lo normado en el inciso final del art. 828 y 782 del Código Civil , y concretamente en el caso de que en la declaración del testador se evidencia una voluntad patente de mejorar, cuando el testador se manifiesta de una forma tan contundente y reiterada que sea incompatible con la negación de los efectos de la mejora, en tanto que otro también autorizado sector de la doctrina, con apoyo en lo establecido en el art. 825 del Código Civil y STS de 21 de enero de 1925 , se inclina por el criterio de que el Código Civil no reconoce tal modalidad de mejorar". Sin embargo la SAP de León de 11 diciembre 2003 estima que efectivamente, hay que admitir la posibilidad de una mejora implícita pues así lo ha hecho nuestro Tribunal Supremo. Por ejemplo en la Sentencia de 18 de junio de 1982 , donde se declara "que establece el art. 808 del C . Civ., que "la legítima de los hijos y descendientes legítimos está constituida por las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre," añadiendo que "sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos", especificándose en el art. 823 del propio Cuerpo legal, "el padre o la madre podrán disponer a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes de una de las dos terceras partes destinadas a legítima", denominándose a "esta porción mejora", a la luz de cuyos preceptos se deduce que, como quiera que en tales supuestos la parte disponible a favor de los descendientes no queda limitada al tercio libre, sino a los dos tercios del haber, esto es, que el segundo tercio es legítima frente a extraños, pero no contra los descendientes del testador, que cuenta para distribuir entre los descendientes con tales dos tercios: el libre y el de mejora; si bien éste último está afecto a las limitaciones establecidas en los arts. 825 y 828 , determinantes de que para que la mejora se considere como tal habrá de declararlo así el testador expresamente, sin que en ningún caso esto haya de ser entendido, en el rígido sentido de que el testador venga obligado necesariamente a utilizar la palabra mejora, para que la misma pueda estimarse verificada, pues ello significaría tanto como extender el alcance del precepto sustantivo a una sacramentalidad, que ni de su texto, ni de su contenido, interpretados a la luz de la normativa de los arts. 1281 y siguientes del propio Código , exigen, sino que habrá de ser el contenido del testamento, el que pondrá de relieve si en su clausulado existe o no una voluntad expresa de mejorar, debiendo afirmarse que tal voluntad es patente, cuando el causante se haya manifestado de una forma tan contundente y reiterada que sea incompatible con la negación de los efectos de la mejora, sin que ello pueda entenderse como forma tácita de expresión de voluntad del causante, que implique la existencia de una voluntad que, aunque no gramaticalmente manifestada, sí aparezca directamente comprobada, sino como una declaración expresa e implícita de la exteriorizada voluntad de mejorar, que no pierde tal condición por el hecho de que no se haya empleado la palabra mejora".

Por otra parte, el descendiente legitimario que concurre con otros descendientes legitimarios solo tiene derecho, contra la voluntad paterna, a su legítima estricta por así disponerlo el art. 808 del C. Civil . Fuera de ese límite la voluntad del testador es Ley de la sucesión (art. 675 C. Civil). Criterio éste que es el seguido por



la jurisprudencia a partir de la ya lejana e importante sentencia de 23 de enero de 1958 y reiterada en la de 9 de octubre de 1975 , que contemplando precisamente el supuesto en que en el testamento no se contenía declaración expresa de mejora, se decanta por estimar que el perjuicio ha de venir limitado a la legítima corta o estricta, y ello por reputar que "desde el momento en que expresamente le excluye de la herencia, determinando su desheredación, ésta voluntad debe prevalecer en cuanto no perjudique el derecho del desheredado, que ninguno tenía a ese tercio (se refiere al de mejora) al margen de la voluntad del testador, existiendo como existen otros hijos, y por tanto expresamente resulta excluido por el testamento de la mejora, que entre los coherederos forzosos debe seguir la misma suerte que el tercio de libre disposición.

CUARTO.- De lo anteriormente expuesto, este Tribunal deduce que en el testamento otorgado por el padre de los litigantes el día 14 de agosto 2001 se dispuso una mejora de los demandados a cargo de la legítima de los hijos y descendientes que establece el art. 808 del Código Civil , y que, en todo caso, la legítima estricta que ampara a los hijos como herederos forzosos, es una tercera parte de la herencia, en la que, además, deben participar todos los hijos y descendientes.

Consecuencia de ello es que si el haber hereditario estimado en el juicio suma 197.950,52 €, la legítima estricta que corresponde al demandante es de 21.994,50 €, esto es, un tercio de la tercera parte de la herencia, de modo que habiéndose valorado el bien que se le asignó en el testamento en 36.712,53 €, no se puede estimar que la partición efectuada por su padre en el testamento lesione su legítima y, por tanto, no cabe admitir la demanda para reconocer que se ha quebrado el derecho a su legítima, ni cabe anular las adjudicaciones realizadas en el testamento.

Sobre estos extremos, ciertamente, la cuestión litigiosa no es en modo alguno exclusivamente jurídica, pero así se dispuso y se acató por las partes en la primera instancia, y ahora no cabe sino estar a esta limitación.

QUINTO.- A efectos de los arts. 394 y 398 LEC las costas de la primera instancia serán a cargo del demandante, sin que proceda expresa imposición por las devengadas en el recurso.

Por lo expuesto

FALLAMOS

Que ESTIMANDO el recurso de apelación mantenido en esta instancia por el Procurador D. Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa en nombre y representación de D. Benjamín y D. Luis Pedro frente a D. Federico representado por la Procuradora D^a. Paz Landete García, y contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado - Juez de Primera Instancia del N^o 41 de los de Madrid con fecha 10 de mayo de 2007 en los autos a que el presente Rollo de contrae, REVOCAMOS dicha resolución y DESESTIMANDO LA DEMANDA interpuesta por D. Federico contra los apelantes DECLARAMOS NO HABER LUGAR a la misma, ABSOLVIENDO de ella a los demandados, e imponiendo las costas causadas en la primera instancia al actor, sin que proceda expresa imposición por las devengadas en la alzada.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, acompañados de certificación literal de esta resolución para su cumplimiento y ejecución.

Así por esta nuestra sentencia de la que se unirá certificación al Rollo de Sala y se notificará a las partes en la forma establecida en los arts. 150 y 208 .4 LEC , lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.