



Roj: **SAP M 6631/2013 - ECLI: ES:APM:2013:6631**

Id Cendoj: **28079370142013100135**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **14**

Fecha: **06/03/2013**

Nº de Recurso: **262/2012**

Nº de Resolución: **169/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JUAN LUCAS UCEDA OJEDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 14

MADRID

SENTENCIA: 00169/2013

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 14

MADRID

Rollo: RECURSO DE APELACION 262/2012

SENTENCIA Nº

Ilmos. Sres. Magistrados:

PABLO QUECEDO ARACIL

AMPARO CAMAZON LINACERO

JUAN UCEDA OJEDA

En MADRID, a seis de marzo de dos mil trece.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 14ª de la Audiencia Provincial de MADRID, los Autos de TESTAMENTARIAS 640/2000, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 8 de MADRID, a los que ha correspondido el Rollo **262/2012**, en los que aparece como parte apelante D. Jose Antonio , Dª Julia , D. Juan Ramón y D. Alonso (como herederos de D. Benigno), representados por el procurador D. MIGUEL ÁNGEL TEJEDOR BACHILLER, y asistidos por el Letrado D. JOSÉ CARLOS AVENDAÑO LATOUR, y como apelado Dª Remedios (en su nombre y en el de sus hermanas Dª María Cristina y Dª Amparo), Dª Clemencia , D. Florentino , representados por la procuradora Dª MARÍA DEL PILAR MOYANO NÚÑEZ, y asistidos por el Letrado D. DIEGO FERNANDO CÁMARA LÓPEZ, sobre división judicial de herencia, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN UCEDA OJEDA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Madrid, en fecha 16 de diciembre de 2011 se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es de tenor literal siguiente: "Debo declarar y declaro no aprobar las operaciones particionales contenidas en el cuaderno particional de fecha 2 de abril de 2009 elaborado por la contador-partidor Dª Gloria , sin expresa imposición de costas."

SEGUNDO.- Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandante D. Jose Antonio , Dª Julia , D. Juan Ramón y D. Alonso (como herederos de D. Benigno), al que se opuso la parte apelada Dª Remedios (en su nombre y en el de sus hermanas Dª María Cristina y Dª Amparo), Dª Clemencia , D. Florentino , y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y



siguientes de la LEC, se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 20 de febrero de 2013.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan y reproducen los razonamientos jurídicos de la resolución que ha sido apelada.

PRIMERO.- Don Benigno presentó juicio voluntario de testamentaria tras el fallecimiento de doña Sacramento, testamento otorgado el día 13 de junio de 1989 ante el Notario de Madrid don Rafael Martín Forero en el que la causante instituyó herederos universales a sus hermanos don Víctor Manuel, doña Clemencia, doña Amparo, doña María Cristina y doña Remedios y al sobrino de la causante don Florentino y instituyó a sus hermanas legatarias de sus ropas, joyas y muebles y de la parte que le correspondiera sobre la casa sita en la localidad de Cotanes del Monte (Zamora) y a don Benigno, en pago de su legítima, el usufructo de la parte que le correspondiese del piso ganancial de la CALLE000 NUM000

En su escrito alegó que tal legado resultaba absolutamente insuficiente para cubrir el pago de su legítima que abarcaba las dos terceras partes del haber hereditario tal como regula el Código Civil.

Durante el procedimiento falleció el actor, subrogándose en su posición sus herederos don Jose Antonio, doña Julia y don Alonso y don Juan Ramón, y tras seguirse los trámites marcados por la vieja LEC con los que se culminó el inventario de bienes, su avalúo y se practicó la partición que llevó a cabo la contadora partidora doña Gloria, el juzgado de instancia determinó, ya que todas las partes personadas se habían mostrado disconformes con la partición realizada, seguir las actuaciones por las normas del juicio declarativo conforme disponía el artículo 1088 de la derogada ley, decisión que fue recurrida por los herederos de don Benigno acordando la sección undécima de esta Audiencia Provincial que debía seguirse el procedimiento por los trámites del procedimiento para la división de la herencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en concreto por la vía marcada por el artículo 787.5 celebrándose la oportuna vista y dictándose la sentencia que ha sido apelada.

SEGUNDO.- En la citada sentencia el juzgado de instancia, teniendo en cuenta que el usufructo, en función de lo dispuesto en el artículo 513 del CC, se extingue por la muerte del usufructuario, consideró que no era posible reconocer a los hoy demandantes derecho alguno sobre la herencia de la esposa fallecida por lo que no procedía la aprobación del cuaderno particional al no ostentar derecho alguno los actores sobre tal herencia, sin perjuicio de la posible reclamación que los mismos pudieran dirigir contra quienes correspondiese.

TERCERO.- Contra la misma se interpuso el recurso de apelación que nos corresponde analizar en este momento en el que los descendientes de don Benigno alegaron los siguientes motivos para solicitar la revocación de la sentencia.

A) Infracción procesal al haberse aplicado indebidamente el artículo 24 de la CE, el artículo 443 de la LEC y demás preceptos concordantes al no haberse admitido las pruebas solicitadas en el acto de la vista oral del juicio verbal por lo que solicitaba la nulidad de las actuaciones y que se retrotraigan las mismas a la fecha en que se celebró el acto de la vista del juicio regulado por el artículo 787.5 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.

B) Error en la valoración de la prueba ya que no se había tenido en cuenta el saldo real que existía en determinadas cuentas bancarias cuando falleció doña Sacramento, ni que las acciones de las sociedades SERBANTO y Arrendamientos COTANES que eran propiedad de la causante siempre tuvieron carácter ganancial, ni, por último, que el legado consistente en el usufructo sobre la parte del dominio que ostentaba la causante sobre el piso sito en la CALLE000 nº NUM000 no cubren sus derechos legitimarios.

C) Infracción de los artículos 837 y 839 del Código Civil así como de la jurisprudencia aplicable que los interpreta, en cuanto en la sentencia apelada no se ha valorado la posibilidad de capitalizar el usufructo que le correspondía como legitimario tal como había realizado la contadora-partidora designada en el juicio voluntario de testamentaria.

Por su parte los herederos designados en el testamento otorgado por la causante alegaron que, en caso de estimarse por esta Audiencia el recurso de apelación presentado de contrario, se tuvieran en cuenta las alegaciones realizadas en sus escritos de fecha 25 de febrero de 2009 y de 21 de enero de 2010 en los que venía a impugnar la partición llevada a cabo por la contadora partidora, en concreto, entre otros extremos, por



no haber tenido en cuenta que las valoraciones de los bienes hereditarios se hicieron en distintos momentos, años 2004 y 2007, todos ellos muy alejados de la fecha de la partición vulnerando con el artículo 1074 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta, que se ha considerado como ganancial el piso sito en la CALLE001 nº NUM001, NUM002 NUM003, que es de carácter privativo de la causante, sin perjuicio del crédito que pudiera ostentar la sociedad de gananciales frente al haber hereditario, que se han tomado en cuenta simplemente los saldos que existían en las cuentas corrientes sin computar los frutos que han producido hasta el momento de la partición hereditaria, y que no se habían tenido en cuenta, a la hora de liquidar la sociedad de gananciales, el pasivo de la sociedad.

CUARTO.- No existe motivo para decretar la nulidad de actuaciones ya que es una medida excepcional que exige, tal como señala el artículo 225.3 de la LEC, que se acredite no solamente que se hayan vulnerado unas normas procesales sino que se haya causado indefensión que no apreciamos que se haya causado, pues no puede olvidarse que, tal como indica la sentencia del T.S de 24 de mayo de 2007, "corresponde a las partes intervinientes en un proceso mostrar la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en tal situación o quien no hubiera quedado indefenso de actuar con una diligencia razonablemente exigible,... pues, como indica el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 8/1991, de 17 de enero, Sala Primera, Recurso 1582/88, "el concepto de indefensión con trascendencia constitucional es de carácter material y no exclusivamente formal, de modo que no podrá alegarse en esta sede si, aun existiendo una omisión judicial lesiva..., no se ha observado frente a aquélla, en el curso de las diferentes fases procesales, la debida conducta diligente con miras a propiciar su rectificación (STC 48/1984)" y no debe olvidarse que los apelantes no agotaron todas las vías fijadas por la ley, ya que podrían haber solicitado la práctica de las pruebas que estima que fueron indebidamente denegadas en esta segunda instancia, tal como se autoriza por el artículo 462 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

No vemos a entrar a analizar en este momento los problemas suscitados en el segundo de los motivos contenidos en el recurso de apelación, sino que los dejaremos a resultas de lo que decidiremos sobre el último motivo del recurso de apelación presentado, ya que si consideramos, como entendió la juzgadora de instancia, que no puede aprobarse ninguna partición en la que intervengan los hoy apelantes es innecesario abordar los temas planteados en el mismo así como las cuestiones suscitadas por las personas que fueron designados herederos en el testamento de doña Sacramento .

QUINTO.- Compartimos el criterio de la juzgadora de instancia respecto a que desde el fallecimiento de don Benigno, toda vez que el mismo era un mero usufructuario de bienes de la herencia y el usufructo se extingue con su muerte, no puede aprobarse la liquidación practicada ya que los hoy apelantes carecen de derecho hereditario alguno sobre la misma. No obstante, la contadora-partidora designada en el procedimiento para poder llevar adelante la partición procedió a capitalizar el usufructo, que fijo en un 20 por ciento en función de la edad del cónyuge viudo sobre las dos terceras partes de la herencia que era lo que le correspondía como legitimario obteniendo una cuantía económica concreta a entregar a los apelantes, pero tal situación no la podemos mantener, ya que según indica el artículo 83 solo a los herederos les corresponde capitalizar el usufructo, y así ha sido interpretado por la jurisprudencia, en tal sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009, siguiendo la doctrina de las sentencias de 15 de septiembre de 1982 y 4 de octubre de 2001, señala que el "derecho corresponde ejercerlo a los herederos, pero con la conformidad del cónyuge viudo, y que cuando falta el acuerdo corresponde a la autoridad judicial la decisión sobre la forma de pagar dicho usufructo".

Es cierto que el Tribunal Supremo ha permitido, excepcionalmente en supuestos en que la oposición de los herederos hacía ilusorio el derecho del cónyuge viudo bien por falta de designación de los mismos o por señalarse bienes improductivos, que sea el cónyuge viudo el que ejercite el derecho pero no debemos olvidar que don Benigno nunca solicitó en sus escritos que se concretasen los bienes sobre los que deseaba que recayese el usufructo y que, en definitiva, lo que estaba buscando es que se le reconociese mayores derechos que los que se le habían designado en el testamento.

Todas las cuestiones que se derivan de esta sucesión deben analizar en un juicio declarativo, al que estaban destinados a acudir los hoy litigantes, dada las posiciones fuertemente enfrentadas que han mantenido a lo largo del juicio de testamentaria, al carecer de cosa juzgada la sentencia que se dictase en el proceso de división de herencia, juicio declarativo donde se podrá reclamar el importe económico que le hubiera correspondido por el usufructo durante el tiempo en que don Benigno sobrevivió a su esposa, para cuya fijación deberán computarse todos los bienes de la herencia, y la liquidación de los bienes gananciales que tampoco podemos acometer en este momento, pues la misma es un paso previo para la determinación del haber partible y proceder a la liquidación y división de unos bienes hereditarios sobre los que los hoy apelantes, tras el fallecimiento de señor Benigno, no tienen derecho de ninguna clase.



SEXTO.- Tal como ha razonado la juzgadora de instancia y en función de la dificultad jurídica que se ha planteado en este procedimiento, tanto en temas procesales como sustantivos, consideramos que no debemos hacer un pronunciamiento expreso sobre las costas procesales devengadas en esta segunda instancia (artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por doña Julia , don Jose Antonio y don Alonso y don Juan Ramón , que viene representados ante esta Audiencia Provincial por el procurador don Miguel Ángel Tejedor Bachiller, contra la sentencia dictada el día 16 de diciembre de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Madrid en el procedimiento de juicio testamentaria registrado con el número 640/2000 , debemos confirmar y confirmamos la referida resolución, sin hacer pronunciamiento expreso sobre las costas procesales devengadas en esta segunda instancia.

Se declara la pérdida del depósito constituido para apelar, al que se dará, por quien corresponda, el destino legal.

Hágase saber al notificar esta resolución las prevenciones del art. 248.4 de la LOPJ .

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

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaria para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

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

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