

Roj: **SAP AL 161/2013 - ECLI: ES:APAL:2013:161**Id Cendoj: **04013370032013100042**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Almería**Sección: **3**Fecha: **05/03/2013**Nº de Recurso: **94/2011**Nº de Resolución: **38/2013**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **JESUS MARTINEZ ABAD**Tipo de Resolución: **Sentencia****SENTENCIA38/13**

=====

ILTMOS. SRES.**PRESIDENTE:****D. JESÚS MARTÍNEZ ABAD****MAGISTRADOS:****D^a. SOLEDAD JIMÉNEZ DE CISNEROS CID****D^a. CLARA EUGENIA HERNÁNDEZ VALVERDE**

=====

En la Ciudad de Almería a Cinco de Marzo de dos mil trece.

La **Sección Tercera de esta Audiencia Provincial**, ha visto y oído en grado de apelación, **rollo número 94/2011**, los autos de Juicio Ordinario nº 1788/2008 procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Almería, entre partes, de una como demandante- apelante, D^a. Gema, representada por la Procuradora D^a. María Dolores López Campa y dirigida por el Letrado D. Diego Álamo Felices y, de otra, como demandada-apelada, D^a. Otilia, representada por la Procuradora D^a. Carmen Castillo Pérez y dirigida por el Letrado D. Pedro Carmona Soria.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada como relación de trámites y antecedentes del procedimiento.

SEGUNDO .- Por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Almería, en los referidos autos se dictó sentencia con fecha 10 de noviembre de 2010 desestimatoria de las pretensiones de la demanda, con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO .- Contra la referida sentencia y por la representación procesal de la parte demandante se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación, mediante escrito en el que se solicitó se dicte nueva sentencia que revoque la de instancia, estimando en su lugar las pretensiones de la demanda o, subsidiariamente, se acuerde no haber lugar a la imposición de las costas de la anterior instancia, por las razones expuestas en dicho escrito.

CUARTO.- El recurso deducido fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte apelada, quien solicitó la confirmación de la mencionada resolución con imposición de las costas de la alzada a la parte recurrente.

QUINTO.- A continuación, se elevaron las actuaciones a este Tribunal donde, formado y registrado el correspondiente Rollo, se turnó de ponencia y, no habiéndose solicitado prueba en esta segunda instancia, ni



habiéndose estimado necesaria la celebración de vista, se señaló el pasado día 18 de febrero para deliberación, votación y fallo.

SEXTO.- En la tramitación de esta alzada se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JESÚS MARTÍNEZ ABAD.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Frente a la sentencia de instancia, que desestima la acción de nulidad de testamento deducida en la demanda, interpone la parte actora recurso de apelación a fin de que se acojan íntegramente los pedimentos formulados en el escrito rector de esta litis o subsidiariamente, de mantenerse el pronunciamiento desestimatorio, no se impongan las costas de la primera instancia.

La parte apelada, en trámite de oposición al recurso, solicitó la confirmación de la resolución combatida.

SEGUNDO.- Alega la recurrente, como motivo principal de su impugnación, que la sentencia apelada infringe los art. 839 y 912 del Código Civil al considera que el legado de cosa específica consistente en la concesión a la demandada, viuda del causante, del usufructo vitalicio de la única vivienda existente en el caudal relicto, legado instituido en el testamento abierto otorgado el 31 de mayo de 2004, no vulnera las normas de conmutación viudal ya que la actora, hija única del testador, fruto de un matrimonio anterior, en su condición de heredera universal, al concurrir con dicha legataria que, a su vez es legitimaria como cónyuge viudo, podrá hacer efectivas las facultades de los art. 839 y 840 del Código Civil en el momento de partición de la herencia sin que a ello obste la validez del legado de cosa específica, obviando que al tiempo del otorgamiento del testamento, la legataria aún no era esposa del causante, estado que adquirió al contraer matrimonio con éste el 23 de marzo de 2007, de manera que los derechos de la demandada en la sucesión no son las de un mero legatario sino los propios de un legitimario en su calidad de cónyuge viudo, por lo que, de mantenerse el legado de usufructo, la heredera universal tendría que soportar de por vida el uso de la vivienda por parte de la demandada, haciendo ineficaz la conmutación prevista en el referido art. 839, que faculta a los herederos a satisfacer el usufructo asignando a la viuda una renta vitalicia, el fruto de determinados bienes o un capital en efectivo, lo que, a juicio de la parte apelante, determina la nulidad intrínseca del testamento impugnado, debiendo abrirse en consecuencia la sucesión intestada, conforme a lo dispuesto en el art. 912.1º del Código Civil .

Pues bien, con carácter previo conviene recordar, en sintonía con lo argumentado en la resolución recurrida, que en materia de interpretación de disposiciones testamentarias, la finalidad principal de la interpretación del testamento es investigar la voluntad real, o al menos probable, del testador en sí misma, atendiendo incluso a circunstancias exteriores al testamento (ss. TS de 21 enero de 2003 y 18 de marzo de 2010 , entre otras). Es también doctrina reiterada que si bien en principio las disposiciones testamentarias deberán entenderse en el sentido literal de las palabras, está permitida la búsqueda de otros medios probatorios de la voluntad del testador cuando se exprese de modo oscuro (ss. TS de 26 de abril de 1997 , 18 de julio de 2005 y 10 de diciembre de 2009 , entre muchas otras).

Acerca de la interpretación del testamento, como proceso de averiguación del sentido y alcance de la voluntad del testador que pretende la reconstrucción de la misma, el Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de octubre de 2009 ha declarado que es preciso recordar la abundante doctrina jurisprudencial, que resumen las sentencias de 18 de julio de 2005 , 20 de diciembre de 2005 , 29 septiembre de 2006 y 20 de noviembre de 2007 en estos términos: "que en la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador (sentencias de 1 febrero 1988 y 9 octubre 2003 , entre muchas otras); y que en la interpretación del testamento debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador y que sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto" (como ya anunciaban las sentencias de 9 de junio de 1962 y 23 septiembre 1971 y que continúan las sentencias de 18 de julio de 1991 , 18 de julio de 1998 , 23 de febrero de 2002 , entre muchas otras).

En dicha sentencia, en relación a la legislación sucesoria del Código Civil se añade que "siguiendo lo que dispone el artículo 675 del Código civil y desarrolla la jurisprudencia, el primer criterio de interpretación del testamento es el gramatical; el segundo es la interpretación subjetiva que busca la verdadera voluntad del testador cuando quiebra el primer criterio; el tercero, criterio de la duda, en cuyo caso se observará lo que aparezca más conforme con la intención del testador".

TERCERO.- Sentado lo anterior, es evidente que la voluntad del testador fue dejar el usufructo vitalicio de la vivienda habitual a la demandada con la que convivía como pareja sentimental al tiempo de otorgar testamento y con la que contrajo matrimonio años después, convirtiéndose en su viuda al abrirse la sucesión tras la muerte del causante, siendo perfectamente compatible que en una misma persona recaiga la condición de legataria



y de heredera ya sea voluntaria, ya forzosa (legitimaria), como lo es en este caso la viuda del testador (art. 807.3º C.c .), al admitir expresamente el art. 890, párrafo segundo tal compatibilidad, concretando el artículo 834 del mismo texto legal que si concurre con hijos o descendiente le corresponderá el tercio destinado a mejora en usufructo, y el hecho de que haya recibido en este caso la viuda su porción hereditaria en forma de legado no obsta a su condición de heredera, ni puede alterar su derecho a la legítima.

En este sentido, si la propia resolución recurrida considera impecable la disposición testamentaria objeto de impugnación, dado que la misma cumple con todas las prevenciones formales legalmente establecidas no puede predicarse su nulidad, ya que la nulidad testamentaria viene regida por los artículos 687 y 743 del Código Civil y restantes normas específicas sobre la materia. Como bien pone de manifiesto la Juzgadora de instancia, será llegado el momento de la partición de la herencia cuando si se constatase la existencia de perjuicio alguno en la parte indisponible, podrán los interesados ejercitar las oportunas acciones de complemento de legítima (art. 815 Cc) para recibir lo que entienden les debiera corresponder, pero no es este, ni el momento, ni la forma de denunciar esa hipotética situación que ni siquiera se ha acreditado concorra, dado que no se ha hecho aún el inventario de los bienes de la herencia, ni se han comenzado las operaciones de partición y división del caudal hereditario, pues lo cierto e irrefutable es que la disposición testamentaria que ha sido atacada es de todo punto ajustada a las normas que rigen la sucesión en el Código Civil, en cuanto respeta la legítima de la hija del causante a quien instituye heredera universal de sus bienes, no previéndose en el art. 869 del Código Civil , entre las causas de ineficacia de los legados, que éstos sean instituidos a favor de un heredero, voluntario o forzoso, habida cuenta que, por ministerio del art. 817, las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos no son nulas sino que tan solo se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas, reducción que, en supuestos en que el legado consiste en un usufructo vitalicio cuyo valor sea superior a la parte de libre disposición de la herencia, se hará, si ello fuera procedente, confiriendo a los herederos forzosos la facultad de escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador (art. 820.3º del Código Civil).

Al hilo de la doctrina jurisprudencial que emana de la sentencia del Alto Tribunal de 12 de junio de 2008 , la interpretación de la resolución recurrida no es ilógica, arbitraria ni vulneradora de ningún precepto legal, y sigue la doctrina de esta Sala, según la cual en materia de acumulación de legados a la cuota legal del cónyuge viudo hay que atender a la interpretación de la voluntad del testador (sentencias de 21 de febrero de 1.900 y 3 de junio de 1.947). La argumentación de la recurrente no es admisible; no es posible construir una nueva voluntad del testador contraria a la acumulación por el hecho de que debía de haberse producido al contraer nuevo matrimonio con la legataria y no pudo.

Por todo ello, el motivo ha de sucumbir.

CUARTO.- Seguidamente, y con carácter subsidiario, combate la parte apelante la condena en costas que le impone la sentencia de instancia y que considera improcedente dado que, a su parecer, la demanda fue parcialmente estimada, al declarar la condición de legitimaria de la demandada, lo que, de conformidad con el art. 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , justifica la no imposición.

El motivo ha de correr idéntica suerte desestimatoria, ya que la consideración de la demandada como heredera forzosa no ha constituido ninguno de los hechos controvertidos en esta litis, en los términos en que tales hechos quedaron definitivamente fijados en la audiencia previa de conformidad con el art. 428 de la LEC , ni la condición de legitimaria la adquiere por mor de la sentencia sino que lo es "ope legis" (art. 807.3 º y 834 del Código Civil), de manera que, como correctamente razona la juzgadora "a quo" en el Tercer Fundamento Jurídico de su resolución, la desestimación de la demanda ha sido total, lo que conlleva la imposición de costas a la parte demandante por aplicación del principio objetivo del vencimiento establecido en el art. 394.1 de la LEC .

QUIN TO.- La desestimación del recurso acarrea la imposición a la parte apelante de las costas ocasionadas en esta alzada (art. 398.1 en relación con el 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistas las disposiciones citadas y demás de pertinente y general aplicación

FALLAMOS

Que con **DESESTIMACIÓN** del recurso de apelación deducido contra la Sentencia dictada en fecha 10 de noviembre de 2010 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Almería en autos de Juicio Ordinario de que deriva la presente alzada, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la expresada resolución, con imposición a la parte recurrente de las costas ocasionadas en esta alzada.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia acompañados de certificación literal de la presente resolución a efectos de ejecución y cumplimiento.



Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman, estando celebrando Audiencia Pública el mismo día de su fecha, de todo lo cual doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ