



Roj: **SAP O 3002/2015 - ECLI: ES:APO:2015:3002**

Id Cendoj: **33044370012015100305**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **10/12/2015**

Nº de Recurso: **354/2015**

Nº de Resolución: **312/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **GUILLERMO SACRISTAN REPRESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

#### **OVIEDO**

SENTENCIA: 00312/2015

Rollo: 354/2015

#### **SENTENCIA NÚM.312/2015**

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. José Antonio Soto Jove Fernández

MAGISTRADOS

D. Guillermo Sacristán Represa

D. Javier Antón Guijarro

En Oviedo a, diez de Diciembre de dos mil quince.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de DIVISION HERENCIA 0000732 /2014, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000354 /2015, en los que aparece como parte apelante, Custodia , Encarna y Pedro Jesús , representados por el Procurador de los tribunales, Sr./a. RAMON BLANCO GONZALEZ, asistidos por el Letrado D. MIGUEL ANGEL RAMA FERRER, y como partes apeladas, Alexis , Arcadio y Belarmino , representados por el Procurador de los tribunales, Sr./a. ARMANDO MORA ARGUELLES-LANDETA, asistidos por la Letrada Dª. COVADONGA AMELIA PEREZ-ESPINOSA GONZALEZ-LOBON.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo dictó Sentencia en los autos referidos con fecha 23-7- 2015 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Se desestiman los motivos de oposición alegados por el Procurador D. Ramón Blanco González, en la representación que tiene encomendada, y se aprueban las operaciones divisorias realizadas en el cuaderno particional por el contador D. Felicísimo con los efectos legales correspondientes.

La presente sentencia no tiene eficacia de cosa juzgada pudiendo los interesados hacer vales sus derechos en el procedimiento declarativo correspondiente.

Las costas del presente incidente se imponen a la parte impugnante".



**TERCERO.-** Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por las partes demandadas Custodia , Encarna y Pedro Jesús , que fue admitido, previos los traslados ordenados, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

**CUARTO.-** Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 2-12-2015, quedando los autos para sentencia.

**QUINTO.-** En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Don Guillermo Sacristán Represa.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** Impugna la representación de d<sup>a</sup> Encarna , d. Pedro Jesús y d<sup>a</sup> Custodia la sentencia que rechaza su previa oposición a las operaciones divisorias de la herencia de d<sup>a</sup> María Luisa realizadas en el cuaderno particional por el contador D. Felicísimo y que asume la sentencia de instancia.

Son motivos de su recurso 1º Lo que titula como "acrecimiento de la legítima estricta de D. Alexis " respecto de lo que afirma: el reseñado es legatario y no de parte alícuota, no heredero, de la legítima estricta, y si ese legado la excediera, deberá imputarse al tercio de libre disposición; 2º Inaplicación de la cláusula séptima del testamento en la forma decidida por el contador y asumida por la sentencia discutida, citando como vulnerados el artículo 1.036, y el 780, ambos del Código Civil .

**SEGUNDO .-** La pretensión del recurso insiste en algo manifestado ya en la instancia, concretamente en el mismo escrito de renuncia a la herencia y aceptación del legado, donde se ponían de relieve sus intenciones (folios 116 a 118 de los autos, con el sello de entrada de 30 de octubre de 2.014), porque en él podía leerse, tras la cita del artículo 1.036 del Código Civil : "Por lo tanto, no podrá aplicarse dicha colación sin perjuicio de que se pueda instar la reducción de la donación por inoficiosa" (folio 116); y más adelante después de reproducir el artículo 774 del mismo texto, sacaba otra conclusión: "Resulta entonces que la que suscribe deberá ser sustituida en su porción hereditaria por sus tres hijos, cuyos datos facilitamos ya al Tribunal", añadiendo la petición de notificar "a los nuevos herederos la pendencia de este proceso" (folio 117). Estas pretensiones fueron contestados por la otra parte que no estaba de acuerdo con ninguna de tales afirmaciones por lo que señalaba entre otras cosas (folios 121 a 123) las siguientes: "en caso de renuncia no hay derecho de representación en favor de la estirpe" ... "Como consecuencia de la renuncia, D. Alexis es el único legitimario de la herencia de su madre".

Debido al planteamiento del recurso, parece conveniente resumir las disposiciones testamentarias de d<sup>a</sup> María Luisa : En la primera cláusula manifiesta su situación de viuda y que deja dos hijos: d. Alexis y d<sup>a</sup> Lina ; en las tres siguientes (segunda a cuarta) establece tres legados de participaciones sociales designando como legatarios a cada uno de los hijos y a dos de sus nietos, d. Belarmino y d. Arcadio , hijos del primero; en la quinta instituye herederos a su hija y a estos dos nietos; en la sexta sustituye a herederos y legatarios por sus respectivos descendientes y respecto de esos mismos dos nietos, señalando que en defecto de sustitutos establece el derecho de acrecimiento entre ellos en cuanto a herencia y legados, pudiendo imputarse al tercio de mejora lo dejado a dichos nietos si fuera necesario para la validez del testamento; y por fin la séptima, en la que ordena la colación de una donación hecha a favor de su hija el 18 de febrero de 1.997 y que en la escritura era con dispensa de la misma, por lo que revoca dicha disposición, concluyendo con estas palabras: "Las consecuencias de dicha revocación para don Belarmino y don Arcadio son las que tendrían para los mismos su consideración como herederos forzosos, beneficiándose por tanto de la colación. Si, por cualquier causa, no prosperase dicha revocación en los términos antedichos, el valor de lo que doña Lina corresponda en la sucesión de la testadora se reduciría en el mismo importe en que se hubiese reducido de haber prosperado la revocación en los términos antedichos, y el valor de lo que don Belarmino y a don Arcadio corresponda en la sucesión de la testadora se incrementaría en el mismo importe en que se hubiese incrementado de haber prosperado la revocación, valorándose, a estos efectos, la nave donada antes referida, en el valor que tuviere al tiempo de partir la herencia de la testadora". Queda perfectamente clara la voluntad de la testadora que, conforme ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo es ley que obliga a todos los interesados en ella. Ahora bien, lo que el recurso plantea es si debe aplicarse tal y como lo hizo el contador o mediante ello se ha vulnerado alguno de las normas preceptivas que rigen en esta materia.

**TERCERO .-** El testamento designa como herederos legitimarios a la hija y a dos de los nietos, hijos del hijo, no a éste ni a los hijos de la hija, que no aparecen en ninguna de sus cláusulas. Consecuencia de dichas disposiciones testamentarias son las siguientes: a) Legitimarios de d<sup>a</sup> María Luisa eran sus dos hijos, pero herederos además de éstos y por decisión de la testadora también sus nietos d. Belarmino y d. Arcadio , hijos de d. Alexis ; b) La renuncia a la herencia realizada una vez fallecida la testadora por su hija d<sup>a</sup> Lina



, junto con la aceptación del legado) determinó la pérdida de su cualidad de legitimaria, manteniendo la de legataria de las participaciones contenidas en la cláusula cuarta del testamento; c) Dicha renuncia supone la aplicación de preceptos como los 922, 923 y 929, 936 y 937, 981 y 985, párrafo 2º y 1.036, todos ellos del Código Civil, pero vinculados a las disposiciones testamentarias, en particular a la cláusula séptima en la que se muestra con una cierta rotundidad cuál es la voluntad respecto a la institución de herederos, a la revocación de la dispensa de colacionar contenida en la escritura donde se realizaba una donación a dª Lina , e incluso a las consecuencias de dicha revocación en supuestos de que la misma no prosperase.

Cierto es el texto de la sentencia de esta misma Sección de 10 de diciembre de 2.009 ; ahora bien, en la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de mayo de 2.011 , concretamente en el párrafo segundo del fundamento 5º se lee lo siguiente: "La dispensa de la colación tiene naturaleza negocial y su contenido es la voluntad del donante de que no se colacione, lo que no implica que se evite la imputación y la atribución que conforman la legítima ( sentencias de 21 de abril de 1990 , 19 de mayo de 2008 ). La voluntad de dispensar la colación ha de ser manifestada expresamente, con expresiones claras e indudables y se puede acordar en cualquier tiempo, tanto en el propio texto del contrato de donación o posteriormente, en otro acto inter vivos o en el propio testamento", sin fijar límites a la posible revocación, lo que permite al magistrado de instancia señalar que "sensu contrario, habilita al testador para dejar sin efecto en cualquier momento ... la dispensa previamente otorgada".

**CUARTO** .- En cuanto a si la renuncia de Dª Lina tiene algún efecto respecto de sus tres hijos, puede responderse con la sentencia que reseña la parte apelada, la fechada el 10 de julio de 2.003 del Tribunal Supremo , en la que puede leerse, una vez que se declara la nulidad de la renuncia a la legítima en vida del causante conforme al artículo 816 del Código Civil y la validez de la que tiene lugar abierta la sucesión, "quien renuncia, renuncia por sí y lo hace también por su estirpe y se incrementan las cuotas que por legítima, individual, corresponden a los demás legitimarios por derecho propio y no por derecho de acrecer". Y termina el párrafo diciendo: "Por ello, la renuncia del llamado no provoca la representación de su descendencia, ni en una clase de sucesión ni en otra y su estirpe no puede representarle cuando repudia la porción que se le defiere y percibir lo que su ascendiente abdica o no quiere. Así, conforme al art. 922 del Código Civil , ¿si hubiere varios parientes de un mismo grado y alguno o algunos no quisieren o no pudieren suceder, su parte acrecerá a los del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando pueda tener lugar?, pero concreta y precisa el art. 923 que ¿repudiando la herencia el pariente más próximo, si es solo, o, si fueren varios, todos los parientes más próximos llamados por la ley, heredarán los de grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante?. Por ello, los descendientes del hijo que renuncia no pueden suceder apoyándose en el derecho de representación, como ha precisado la doctrina científica y conforme al art. 981, ¿ en las sucesiones legítimas, la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre a los coherederos?". Debe añadirse el artículo 1.037 del mismo Código que dice que "no se entiende sujeto a colación lo dejado en testamento si el testador no dispusiere lo contrario, quedando en todo caso a salvo las legítimas". Y prueba de lo dispuesto por la testadora son los términos de la cláusula séptima cuya transcripción vuelve a ser coherente. Tras expresar la revocación de la dispensa de colación establecida en la escritura de donación fechada el 18 de febrero de 1.997, explica las consecuencias: "... para don Belarmino y don Arcadio son las que tendrían para los mismos su consideración como herederos forzosos, beneficiándose por tanto de la colación", y se añade las que tendría en otros supuestos: "Si, por cualquier causa, no prosperase dicha revocación en los términos antedichos, el valor de lo que a doña Lina corresponda en la sucesión de la testadora se reduciría en el mismo importe en que se hubiese reducido de haber prosperado la revocación en los términos antedichos, y el valor de lo que a don Belarmino y a don Arcadio corresponda en la sucesión de la testadora se incrementaría en el mismo importe en que se hubiese incrementado de haber prosperado la revocación, valorándose a estos efectos la nave donada, antes referida, en el valor que tuviere al tiempo de partir la herencia de la testadora".

En definitiva, se rechaza el recurso, confirmándose en sus propios términos la sentencia de instancia.

**QUINTO** .- La desestimación del recurso determina la imposición de las costas causadas, de acuerdo con el artículo 398 de la ley de Enjuiciamiento Civil .

## FALLO

LA SALA ACUERDA: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Custodia , Encarna y Pedro Jesús contra la sentencia dictada en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos CONFIRMAR y confirmamos en todos sus pronunciamientos la sentencia recurrida, con imposición a la parte apelante de las costas causadas en la presente alzada.

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