



Roj: **SAP A 112/2016 - ECLI: ES:APA:2016:112**

Id Cendoj: **03065370092016100052**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Elche/Elx**

Sección: **9**

Fecha: **15/02/2016**

Nº de Recurso: **687/2015**

Nº de Resolución: **61/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **SUSANA PILAR MARTINEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL ALICANTE

SECCIÓN NOVENA CON SEDE EN ELCHE

Rollo de apelación nº 000687/2015

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 4 DE ELX

Autos de Procedimiento para la división judicial de la herencia - 000765/2013

SENTENCIA Nº61/2015

=====

Ilmos. Sres.:

Presidente: D. José Manuel Valero Díez

Magistrado: D. Andrés Montalbán Avilés

Magistrada: D^a. Susana Pilar Martínez González

=====

En ELCHE, a quince de febrero de dos mil dieciséis

La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante con sede en Elche, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de Procedimiento para la división judicial de la herencia - 000765/2013, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 4 DE ELX, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte apelante Loreto , habiendo intervenido en la alzada dicha parte, en su condición de recurrente, representada por el Procurador Sr/a.D. JOSE MARTINEZ PASTOR y dirigida por el Letrado Sr/a. ANTONIO R. GARCIA BOIX.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 4 DE ELX en los referidos autos, se dictó sentencia con fecha 29/01/2015 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Con estimación parcial de la oposición deducida por Loreto , se acuerda que no procede la aprobación del cuaderno particional del inventario de bienes procedente del caudal hereditario del difunto, Dionisio , fallecido en la localidad de Crevillente (Alicante) el 1 de junio de 2012, elaborado por el contador-partidor Don Jon , debiendo realizarse nuevo cuaderno particional en los términos que se expresan en el fundamento de derecho segundo de la presente, reduciendo en su caso el importe de los legados que afectan a Virtudes , Carla , Felipe , Laureano y Loreto , todo ello en los plazos y condiciones previstos por artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Todo ello sin condena en COSTAS a ninguna de las partes."



SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación por la parte apelante Loreto en tiempo y forma que fue admitido en ambos efectos, elevándose los autos a este Tribunal, donde quedó formado el Rollo número 000687/2015, tramitándose el recurso en forma legal. La parte apelante solicitó la revocación de la sentencia de instancia. Para la deliberación y votación se fijó el día 4/2/2016.

TERCERO .- En la tramitación de ambas instancias, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a Susana Pilar Martínez González.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la demandante, Dña. Loreto se apela la sentencia que estima en parte la impugnación del cuaderno particional de herencia, por entender que se deben computar como metálico los productos bancarios del haber hereditario, así como que los legados de D. Armando , Dña. Virtudes y Dña. Carla se deben imputar a la legítima estricta que les corresponda.

SEGUNDO.- Frente a las alegaciones planteadas por la recurrente, entendemos que se han de confirmar en todos sus términos la sentencia de primera instancia y ello por los propios razonamientos contenidos en la misma. En efecto, en cuanto a lo que se ha de entender por la expresión "metálico", de acuerdo con el artículo 675 del Código Civil , "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". No consta que la voluntad del testador sea legar a la demandante, además del dinero en efectivo, los productos financieros, por lo que se debe de rechazar en este punto el recurso interpuesto.

En este mismo sentido, SAP de Burgos, de 17 de noviembre de 2015 : Las sentencias de esta Sala de 15 diciembre 2005 y 29 septiembre 2006 , junto con las más recientes de 29 abril y 7 noviembre 2008 , y 22 junio 2010 , a propósito de la interpretación de los testamentos, declaran: a) En la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador (SSTS de 1 febrero 1988 y 9 octubre 2003 , entre muchas otras); b) La interpretación de los testamentos es competencia de los tribunales de instancia siempre que se mantenga dentro de los límites racionales y no sea arbitraria, y sólo puede ser revisada en casación cuando las conclusiones a que se haya llegado en la interpretación sean ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la Ley (SSTS de 14 de mayo de 1996 , 30 enero 1997 , 21 de enero de 2003 , 18 de julio de 2005 , entre muchas otras); y c) En la interpretación del testamento debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador y sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto (SSTS de 9 de junio de 1962 y 23 septiembre 1971 , 18 de julio de 1991 , 18 de julio de 1998 y 23 de febrero de 2002 , entre otras)".

Desde el punto de vista literal, que es como debe interpretarse en principio la disposición testamentaria, no parece que unas participaciones en unos fondos de inversión, y mucho menos las acciones de una sociedad, sean dinero depositado en una entidad bancaria. Ciertamente el dinero está en la base de toda transacción económica, y con el mismo dinero de la causante se puede hacer un depósito en el Banco, adquirir unas acciones o comprar una casa. Pero en primer lugar no por el hecho de que el dinero de la causante haya estado en la base de todas estas adquisiciones podemos decir que el producto adquirido se comprende en el dinero de la herencia. Con dinero se pueden adquirir tanto unas acciones, como un producto de inversión o una casa, y en los tres casos el dinero ha dejado de ser dinero para convertirse en otra cosa. Tan es así que será necesario vender las acciones, los fondos de inversión o la casa para volver a convertir cada una de estas cosas en dinero. Pero el dinero así obtenido, cuando la venta se produce tras el fallecimiento del titular, es un dinero que adquieren los herederos, no es un dinero que existiera en el patrimonio de causante al tiempo de su fallecimiento. De ahí que no pueda estar incluido ese dinero en la frase "dinero depositado en cualquier entidad financiera"

También se pronuncia sobre dicho extemo la SAP Valencia sección 8^a de 24 de febrero de 2009 Roj: SAP V 672/2009 : "A juicio de la recurrente pues, el legado bancario contenido en la cláusula reproducida incluye las participaciones en fondos de inversión mobiliaria, la deuda subordinada y las obligaciones ICO, interpretación fundada en el sentido que ha de darse a la expresión "etc." pues por mor del citado término el legado queda ampliado mas allá de lo que la testadora denomina dinero, no pudiendo atribuirse a este termino, el restrictivo alcance que se le pretende atribuir por la adversa.

"La Sala, analizados en profundidad los términos de la cláusula debatida ha de discrepar inevitablemente de la opinión de la recurrente, con fundamento en las consideraciones que se expondrán seguidamente: (...)

"Partiendo de tales premisas, es obvio que la interpretación extensiva del contenido del legado bancario que se pretende es del todo improcedente pues ni se adapta al contenido literal del propio testamento, ni a las



exigencias de la reseñada doctrina jurisprudencial. Obsérvese que lo legado por la testadora es dinero (medio legal de pago constituido por piezas metálicas acuñadas o billetes) que exista en cuentas corrientes, libretas de ahorro, plazos fijos etc. Las modalidades enumeradas no constituyen mas que variantes del contrato bancario mas frecuente: el deposito irregular de dinero, que como es sabido es una operación bancaria pasiva cuya naturaleza se ha asimilado a la del préstamo (en tanto que el banco al recibir las sumas monetarias de sus clientes adquiere su propiedad y con ella el derecho a afectarlas o destinarlas a sus fines propios hasta que hayan de ser restituidas, retribuyendo al cliente mediante el pago de un interés hasta ese momento). El depósito de valores mobiliarios, por el contrario (fondos de inversión, deuda subordinada u obligaciones ICO) es una modalidad contractual de naturaleza jurídica completamente diferente, pues el banco, ni recibe ni concede crédito, es un mero depositario de los títulos recibidos en custodia, que en ocasiones se compromete a administrar. En esta tesitura, no es en principio factible la asimilación automática de ambos contratos ni por ende la interpretación extensiva que se pretende, ni siquiera recurriendo a la indeterminación de la locución "etc"., puesto que la expresión "etcétera" se emplea para evitar el resto de una enumeración iniciada, sustituyendo la continuación de la misma, pero en el común entendimiento, los términos omitidos, pertenecen a la misma especie de cosas que los detallados, lo que no acontece en este caso, y partiendo de dicha premisa, es claro, conforme a lo expuesto que la indeterminación de la locución "etc" únicamente permitiría acoger la tesis de la recurrente, forzosamente.

"Tampoco puede accederse a lo pretendido so pretexto de contraponer las expresiones dinero y metálico, utilizada esta ultima por la testadora en el párrafo siguiente al analizado, por cuanto es obvio que lo que diferencia una y otra expresión no viene dado por otra circunstancia que no sea la de que el dinero se halla en una entidad bancaria, en tanto que el "metálico", (dinero en efectivo) en el sentido que vulgarmente se le atribuye, hace referencia a dinero "contante y sonante", es decir, que puede aprehenderse directamente por cuanto se halla en el domicilio de la causante, sin trámite alguno"

Procede por lo tanto mantener el pronunciamiento de instancia sobre dicho extremo.

TERCERO.- Sobre la segunda cuestión, dado que el testamento analizado instituye legados y herederos, la recurrente plantea que los legados deben imputarse no al tercio de mejora, sino al de libre disposición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 828 del Código Civil . En este sentido, es ilustrativa la sentencia de la AP de Murcia, secc 5, de los distintos tipos de legados a los efectos que nos interesan:

"En primer lugar, debe señalarse que la testadora dispone de determinadas fincas, por medio de legados realizados a sus cinco hijos, atribuyendo a cada uno de ellos todo o parte de cada una de esas fincas; y, a continuación, instituye herederos por partes iguales a los cinco hijos citados. Ello nos sitúa ante el problema de imputar esos legados a alguno o algunos de los diferentes tercios en que se divide la herencia (tercio de legítima estricta, tercio de mejora y tercio de libre disposición), teniendo en cuenta que la testadora no efectúa atribución expresa de los legados efectuados a ninguno de esos tercios y cuando no cabe inferir del contenido del testamento una voluntad expresa en tal sentido. En este punto, la pauta para resolver la cuestión viene determinada por lo dispuesto en el artículo 828 del Código Civil , que señala que la manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre. El precepto parte de la figura doctrinalmente denominada del "prelegado", es decir, de un legado realizado en testamento al legitimario al que se instituye heredero en el mismo testamento y que da lugar a que dicho legado , que no es declarado expresamente como mejora, sea imputado, en primer lugar, al tercio de libre disposición y, en lo que no quepa en éste, al tercio de mejora, entendiéndose que en virtud de la institución de heredero, simultáneamente realizada en el testamento, se procede a atribuir la legítima al heredero. En este mismo sentido, pueden citarse, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 3ª) de 29 de mayo de 2.009 (Sentencia nº 234/2009; rec. nº 534/2008) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora (Sección 1ª) de 7 de marzo de 2.011 (Sentencia nº 61; rec. nº 312/2009). Así, en la primera de dichas Sentencias se señala lo siguiente:

"1º.- Deben distinguirse tres clases de legados a favor de los legitimarios, que generan distintos problemas de imputación:

a) El legado a un legitimario, al que posteriormente no se instituye heredero, en cuyo caso, bien por exponerlo así el testador, bien por interpretación tácita, debe considerarse que es en pago de su legítima.

b) El legado previo ("prelegado") a un heredero forzoso, al que posteriormente se menciona entre los instituidos herederos.

Y c) El legado en concepto expreso de mejora.

El segundo supuesto, que es el aquí interesa, afecta a los tercios de mejora y libre disposición, pues posteriormente se instituye heredero al legitimario (por lo que no se le está pagando con ellos su legítima). En



estos casos, esos prelegados se imputarán primero al tercio de libre disposición, y en lo que excedan, al de mejora; constituyendo así la mejora tácita. Se aplica el artículo 828 del Código Civil, cuando dispone que «La manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre». Ya Manresa exponía que el precepto debía interpretarse en el sentido de que el testador que quisiera hacer una mejora debería manifestarlo expresamente en su disposición testamentaria, pues el Código Civil no presume el ánimo de mejorar, rechazando las mejoras tácitas; por lo que los legados se consideran que o bien son para pago de la legítima, o bien asignación con cargo al tercio de libre disposición. La excepción se produce cuando el testador lega a un descendiente lo que no cabe en el tercio libre o dispone de ese tercio, y después aún lega algo a un heredero forzoso; en este caso sí debe considerarse que ese legado debe imputarse al tercio de mejora. Y esto es lo que establece el artículo 828 del Código Civil, pues aunque el criterio de legislador es que la mejora ha de ser expresa, contempla aquí un caso excepcional de mejora tácita.

Y ese es el criterio seguido por nuestra jurisprudencia, cuando las resoluciones judiciales establecen de forma reiterada que estos prelegados a legitimarios deben imputarse primero al tercio de libre disposición, y en el exceso al de mejora, lo que viene a constituir la mejora tácita que por excepción admite el Código Civil (Ts. 12 de junio de 2006, 18 de junio de 1982, 19 de mayo de 1951, 27 de diciembre de 1935).

Se da la mejora tácita en el sentido que establece el artículo 828 del Código Civil, porque el testador primero lega bienes concretos, o partes alícuotas, a favor de las mismas personas a las que posteriormente instituye herederos; por lo que el caudal que pueden recibir los herederos será el resultado de detraer previamente los legados del total del caudal relicto; constituyendo así prelegados. Y como tales primero han de imputarse al tercio de libre disposición y si no caben en éste, total o parcialmente, (como no caben según la partición practicada) al tercio de mejora, como caso concreto de mejora tácita. En este sentido también se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 30 de octubre de 2002.

Pero debe tenerse presente lo establecido en el artículo 806 del Código Civil, en relación con el 808, en cuanto establece la intangibilidad de la legítima. Legítima que en este caso se refiere exclusivamente a la corta o estricta, al concurrir con otros herederos forzosos. La legítima pasa a un segundo plano. Se legan unos bienes concretos a favor un legitimario, y además se le instituye heredero en una porción del remanente que reste una vez detraídos la totalidad de los legados. La legítima estricta sólo se configura como límite mínimo del caudal a recibir por el heredero forzoso. Es decir, habrá que comprobar si una vez valorado el legado y lo que le corresponda como heredero instituido, se respeta o no su legítima. Y si lo que se le entrega a cada heredero supera el mínimo legal, y por lo tanto se respeta su legítima (artículo 786 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por otra parte, hay que tener en cuenta que, conforme al art. 859 "Cuando el testador grave con un legado a uno de los herederos, él sólo quedará obligado a su cumplimiento. Si no gravare a ninguno en particular, quedarán obligados todos en la misma proporción en que sean herederos". No estando gravado ninguno de los herederos en el presente caso, deberán de responder todos a prorrata del mismo, como bien recoge la sentencia recurrida

Por ello, se ha de interpretar que, por una parte, la legítima estricta de Dña. Virtudes y Dña. Carla se ha de concretar sobre la parte que el testador tenía sobre la vivienda de Santa Pola y, por otro lado y además, que tanto Virtudes, Carla, Felipe, Laureano o Loreto, han sido mejorados tácitamente y no solo Loreto, al habérseles instituido legatarios, además de herederos, por lo que aparece como correcto el criterio del Juzgador de Instancia, sin que sean comprensible la alegación de que D. Armando alcanza la legítima larga, cuando es claro que tan solo se le adjudica un sexto del tercio de legítima estricta.

Tampoco se puede pretender, como lo hace la apelante, que los créditos frente a Dña. Virtudes y Dña. Carla, se le deduzcan de su legítima estricta, puesto que los mismos se computan, como lo hace el contador-partidor, como activo de la herencia y luego se le adjudican en pago de lo que a las mencionadas corresponde en la partición de la herencia.

CUARTO .- Procede imponer las costas de la segunda instancia a la parte recurrente con arreglo al criterio del vencimiento objetivo y habida cuenta de que no concurren en esta alzada serias dudas de hecho o de derecho (arts. 398.1 y 394 LEC).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por DÑA. Loreto, contra la sentencia de fecha 29 de enero de 2015 recaída en el Procedimiento de División de Herencia número 765/2013 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Elche, **debemos confirmar y CONFIRMAMOS** dicha resolución, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante y pérdida del depósito constituido para recurrir.



Notifíquese esta sentencia conforme a la Ley y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Contra la presente resolución, cabe recurso en los supuestos y términos previstos en los Capítulos IV y V del Título IV del Libro II y Disposición final 16ª de la LEC 1/2000 .

De conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ 6/1985, según redacción dada por la LO 1/2009, para interponer contra la presente resolución recurso extraordinario por infracción procesal (concepto 04) y/o de casación (concepto 06), artículos 471 y 481 de la LEC , deberá consignarse en la "Cuenta de Depósitos y consignaciones" de este Tribunal nº 3575, al tiempo de su preparación, la cantidad de 50 euros por cada recurso, bajo apercibimiento de inadmisión a trámite; y ello sin perjuicio del pago de la tasa por actos procesales, cuando proceda.

También la tasa correspondiente con arreglo a la Ley 10/2012.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior resolución ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo Sr. Ponente, estando la Sala reunida en Audiencia Pública, doy fé.