



Roj: **SAP A 2149/2016 - ECLI: ES:APA:2016:2149**

Id Cendoj: **03065370092016100256**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Elche/Elx**

Sección: **9**

Fecha: **10/06/2016**

Nº de Recurso: **219/2016**

Nº de Resolución: **261/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MANUEL VALERO DIEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL ALICANTE

SECCIÓN NOVENA CON SEDE EN ELCHE

**Rollo de apelación nº 000219/2016**

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 1 DE ELX

Autos de Juicio Ordinario - 002054/2013

**SENTENCIA Nº 261/2016**

=====  
**Ilmos. Sres.:**

**Presidente: D. José Manuel Valero Diez**

**Magistrado: D. Andrés Montalbán Avilés**

**Magistrada: D<sup>a</sup>. Susana Pilar Martínez González**

=====  
En ELCHE, a diez de junio 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 Juicio Ordinario - 002054/2013, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 1 DE ELX, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte apelante Agueda y Higinio , habiendo intervenido en la alzada dicha parte, en su condición de recurrente, representada por el Procurador Sr/a. LORENA VILLALBA SALAZAR y GINES JUAN VICEDO y dirigida por el Letrado Sr/a. EVA PILAR ALFARO BERNA Y JORGE SEMPERE BERENGUER, y como apelada Fermina y Pio , representada por el Procurador Sr/a. NELLY NATIVIDAD HERRERA FERNANDEZ y MARIA CARMEN MORENO MARTINEZ y dirigida por el Letrado Sr/a. ALEJANDRA VALERO MACIA.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 1 DE ELX en los referidos autos, se dictó sentencia con fecha 28/11/2014 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador don Ginés Juan Vicedo, en nombre y representación de Higinio , contra Pio , representado por la Procurador doña María del Carmen Moreno Martínez, contra Agueda , representada por la Procurador doña Lorena Villalba Salazar, y contra Fermina , representada por al Procurador doña Nelly Natividad Herrera Fernández, debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones formuladas.

Se imponen las costas a la parte demandante."



**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación por la parte apelante Agueda y Higinio en tiempo y forma que fue admitido en ambos efectos, elevándose los autos a este Tribunal, donde quedó formado el Rollo número 000219/2016, tramitándose el recurso en forma legal. La parte apelante solicitó la revocación de la sentencia de instancia y la apelada su confirmación. Para la deliberación y votación se fijó el día 09/06/2016

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

Visto, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José Manuel Valero Díez.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Ciertamente también ha sido cuestión controvertida en la demanda la relativa a la vulneración de la legítima de los coherederos por el discutido legado del derecho de habitación vitalicio sobre la totalidad de la vivienda, por cuanto consideran que vulnera la legítima indisponible. Fundando este motivo de nulidad, entre otros artículos, en el 813 del código civil, a cuyo tenor: "El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley.

Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie...".

Esta cuestión, que es una de las causas aducidas para fundar la nulidad radical del legado, no ha sido resuelta por el tribunal de instancia, y ha vuelto a ser planteada en esta alzada, denunciando incongruencia omisiva de la sentencia.

Pues bien, el recurso de apelación debe ser desestimado por dos razones:

1ª.- El artículo 215.2 LEC , otorga a las partes una vía para instar la subsanación de la incongruencia de la sentencia, por omisión de pronunciamiento, ante el mismo juez o tribunal que la dictó. Su utilización es requisito imprescindible para denunciar la incongruencia de la sentencia en los recursos de apelación, conforme al artículo 459 LEC , y extraordinario por infracción procesal, conforme al artículo 469.2 LEC , de forma que la falta de ejercicio de la petición de complemento impide a las partes plantear en el recurso devolutivo la incongruencia omisiva.

El art. 459 de la LEC dispone que "En el recurso de apelación podrá alegarse infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia. Cuando así sea, el escrito de interposición deberá citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida. Asimismo, el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello.", y el artículo 215.2 establece que "Si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla."

El presupuesto que condiciona la aplicación de esta norma es la omisión manifiesta de pronunciamiento en la sentencia sobre pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, lo que implica que para decidir la operatividad del precepto, más que acudir a formulaciones abstractas o genéricas, ha de estarse a los términos en que quedó fijado el objeto del proceso.

Pero con la vigente ley de enjuiciamiento civil, no le es posible a la parte apelante denunciar la incongruencia omisiva de la resolución recurrida sin pedir previamente en la instancia el complemento de la misma. Si así no se hace, falta unos de los requisitos imprescindibles para denunciar el vicio procesal causante indefensión en la alzada: "acreditar que denunció oportunamente al infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello.", y como esto es lo que aquí sucede, pues no consta que se haya denunciado ese defecto ni pedido el complemento de la resolución, no puede ahora pretenderse que la Sala revise en este particular la resolución apelada.

Por ello la STS de 5 de mayo de 2009 , ya nos dice que "Para que pueda ser planteada la incongruencia omisiva mediante el recurso extraordinario por infracción procesal es preciso que se haya intentado ante el Tribunal que dictó la resolución la subsanación del defecto de conformidad con lo previsto en el art. 215 LEC , de tal modo que no cabe suscitar en el recurso extraordinario lo que se pudo corregir con anterioridad al mismo.". Y la STS de 21 de febrero de 2011 que "El juzgador no está obligado a dar respuesta a todas las alegaciones y consideraciones que hagan las partes porque ello alargaría el discurso de forma desproporcionada e



innecesaria, y si bien debe dar respuesta a las cuestiones fundamentales, que no resulten implícitamente desestimadas por las argumentaciones efectuadas al respecto de otras, de estimar la parte que alguna de ellas, con sustantividad y autonomía propia, no fue objeto de examen debe denunciar la incongruencia omisiva, susceptible de complemento mediante el mecanismo procesal adecuado ( art. 215 LEC ).".

También la STS de 21 de junio de 2011 al insistir en que "con independencia de si es aplicable o no a dicha pretensión el régimen de la desestimación "implícita" -tema que se halla relacionado con la desestimación de las pretensiones principales-, y haciendo abstracción de si era o no precisa alguna argumentación más -tema que corresponde al ámbito de la motivación, diferente del de la congruencia-, en cualquier caso, para poder suscitar ("reiterar") en el recurso extraordinario la incongruencia "omisiva", es preciso justificar que se interesó su subsanación o complemento ante el Tribunal que dictó la resolución a la que se imputa el defecto mediante el mecanismo procesal del art. 215, lo que en el caso no se hizo."

Por otra parte, como veremos al analizar la segunda causa de desestimación del recurso, no nos encontramos ante supuesto de nulidad de pleno derecho por contrario norma imperativa del artículo 6.3 del código civil , que sería susceptible de apreciación de oficio por el tribunal de apelación, pues como recuerda la STS de 21 de julio de 2007 : "declarado la reciente sentencia de 20 de febrero de 2.006 que el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no impide a los Tribunales decidir de oficio, como base a un fallo desestimatorio, la ineficacia o inexistencia de los contratos radicalmente nulos, por presentarse contrarios a la normativa legal de carácter imperativo.". Incluso como también dice la STS de 23 de noviembre de 2006 : "Es cierto que la cuestión acerca de la nulidad de la prenda constituida fue planteada "ex novo" en la apelación, como puso de manifiesto la Audiencia en el fundamento jurídico sexto de su sentencia, rechazando, no obstante, en su breve argumentación, la pretendida nulidad del título; lo que determina ahora que la estimación de este motivo haya de ponerse en relación con la posibilidad de apreciación de oficio por los tribunales de dicha nulidad. El artículo 6.3 del código Civil dispone que "los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención" y la sentencia de esta Sala de 17 febrero de 1992 señala que "la nulidad de los actos contrarios a la Ley requiere que la norma infringida sea imperativa o prohibitiva, siendo entonces su efecto la nulidad de pleno derecho del acto, si aparece claro el carácter coactivo o prohibitivo de la ley, en cuyo caso la nulidad puede declararse no sólo a instancia de parte, sino también de oficio".

2ª.- El legado cuya nulidad de pleno derecho se interesa con la demanda es del siguiente tenor: "Lega a su hija Fermina , por durante su vida, el derecho exclusivo de habitación en la totalidad de la vivienda sita en esta Ciudad, CALLE000 , NUM000 - NUM001 .".

Ciertamente el precitado artículo 813 del código civil , prohíbe taxativamente que se impongan sobre la legítima gravámenes, ni condiciones, ni sustitución de ninguna especie, salvo algunas excepciones que no son aquí del caso. Además concurre la circunstancia de que dicha vivienda es el único bien de la causante, de hecho los cálculos del demandante para fundar la vulneración de la legítima se refieren a este único bien, que es reconocido como único de la herencia de la causante por el codemandado don Pio .

Además el artículo 763 del código civil , dice que el que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo, el 806 y el 807.1º que la legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos que lo son en primer lugar, los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes, el art. 808 que establece que constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.

Es evidente, que la imposición en este caso que nos ocupa de un derecho de habitación sobre la totalidad del único bien de la herencia constituye un gravamen análogo al del usufructo, de modo que durante la vida de la arrendataria los legitimarios no podrán disponer del pleno dominio del bien en cuestión.

Y nos recuerda la STS de 19 de abril de 1962 que "la legítima es de orden público del que no puede disponer el testador por venir impuesta por la Ley ni hacer recaer sobre ella gravamen ni limitación alguna, esto es, que ha de llegar al heredero legítimo con pleno dominio sobre los bienes y derechos que la integran...del art. 806 del CC , que define la legítima como la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos y el del 813 que prohíbe imponer sobre la misma gravamen, ni condición ...".

Pero no cabe olvidar que el artículo 820, número 3º del Código Civil , recoge una regla especial de reducción, a cuyo tenor "si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podría disponer libremente el testador."



Se le da pues libertad al heredero forzoso para ejecutar la disposición testamentaria, si cree que no es inoficiosa y excesiva o en reemplazarla, cediendo la parte disponible si cree lo contrario. Precepto que sin llegar a una completa identidad con la llamada cautela Socini, despliega evidentemente efectos semejantes. Precepto, por tanto, que es de aplicación por su especificidad ya que además permite salvaguardar los derechos legitimarios y cumplir la voluntad del testador en lo que legalmente es posible, al facultar a los demás legitimarios para que opten entre entregar al legatario la parte de la herencia de que podría disponer libremente el testador quedándose con la legítima estricta, o cumplir la disposición testamentaria que en un futuro le haría tener en pleno dominio la totalidad de los bienes del causante. Aparte de que en este caso existe una cautela socini respecto de uno de los coherederos, don Pio .

Es cierto que aquí no nos encontramos ante un usufructo, sino ante un derecho de habitación vitalicio, pero como recuerda la STS de 21 de noviembre de 2011 "el artículo 820, número 3º, del Código civil , único que la contempla, se refiere sólo al usufructo o renta vitalicia, pero doctrina y jurisprudencia (como la citada sentencia) la aplican a toda carga o limitación que se establezca con tal previsión. La norma del Código civil impone la cautela al caso que contempla; cualquier otra carga o limitación la impone el testador. Y las sentencias de 3 de diciembre de 2001 y 10 de julio de 2003 sancionan la validez de la cautela socini si bien no se plantean -por ser obvio- que no pueda alcanzar a la legítima estricta."

Como dice la STS de 27 de mayo de 2010 "La llamada comúnmente cláusula o cautela Socini así como Gualdense (por apoyarse en un dictamen emitido por el jurisconsulto italiano del S.XVI Mariano Socini Gualdense) o cláusula angélica (por atribuirse dicha fórmula a Ángel Ubaldi) es la que puede emplear el testador para, dejando al legitimario una mayor parte de la que le corresponde en la herencia por legítima estricta, gravar lo así dejado con ciertas cargas o limitaciones, advirtiendo que si el legitimario no acepta expresamente dichas cargas o limitaciones perderá lo que se le ha dejado por encima de la legítima estricta.

Aun cuando parte de la doctrina ha sostenido que esta cautela supone un artificio en fraude de ley en cuanto elude la norma que establece la intangibilidad cualitativa de la legítima, la doctrina predominante aboga por su validez por su clara utilidad y el hecho de que no se coacciona la libre decisión del legitimario que, en todo caso, puede optar por recibir en plena propiedad la legítima estricta. En este sentido, se incorporó al Código Civil, y así el apartado 3º del artículo 820 dispone que "Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador", lo que supone la reducción de su porción hereditaria a la legítima."

También la STSJ de Galicia de 5 de febrero de 2001 : En el sistema del Código Civil rige el principio de intangibilidad de la legítima, según el cual no basta que el testador deje la legítima de sus herederos forzosos de forma que su atribución cubra "el "quantum" legitimario, sino que es necesario, además, que se deje libre de gravámenes impuestos por el testador, es decir, en "plena propiedad", según la concepción tradicionalmente sostenida por doctrina y jurisprudencia. No obstante, y apoyándose indirectamente en el artículo 820.3 de dicho código , la misma doctrina científica y jurisprudencial se ha mantenido favorable a la validez de las llamadas cláusulas compensatorias de la legítima o "cauteladas socini " entre las que la más frecuente es aquella en que el testador deja el usufructo universal de la herencia al cónyuge, estableciendo que el hijo que impugne la disposición y no quiera tolerar el usufructo tendrá que conformarse con la legítima corta o estricta , o lo que es lo mismo, se coloca a los hijos ante la alternativa de percibir en nuda propiedad una porción superior a su legítima , pero con la carga que implica el usufructo universal en favor del viudo, o recibir exclusivamente su legítima pero libre del usufructo."

De este modo se da seguridad jurídica al usufructo universal a favor del cónyuge viudo y a otras formulaciones que sortean el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima del artículo 813 del Código civil , que prohíbe al testador imponer sobre ella gravamen, condición, o sustitución de ninguna especie. Ello en consonancia con la doctrina expuesta en la STS de 10 de junio de 2014 conforme a la que: "la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala, STS de 29 de julio de 2013 (núm. 536/2013 ), también ha puntualizado la preferencia de la voluntad declarada por el testador y, por ende, de su ordenación dispositiva de la herencia, respecto de una interpretación rigorista de los criterios de vinculación o imputación de donaciones."

Las SSTS de 17 de enero , 10 de junio y 3 de septiembre de 2014 concluyen con la validez conceptual de la cautela socini en el marco del contenido dispositivo del testamento al no observar que infrinja el límite dispositivo que desempeña la función de la legítima, precisamente por la opción que necesariamente acompaña la configuración testamentaria de esta cautela para el legitimario, quien conforme a sus intereses puede o bien aceptar la disposición ordenada por el testador o bien contravenir la prohibición impuesta por éste y solicitar la intervención judicial en defensa de la intangibilidad de su legítima, decisión que le llevará a recibir únicamente lo que resulte de su legítima estricta, acreciendo el resto a los legitimarios conformes,



determina la salvaguarda de su esencial atribución patrimonial en la herencia, esto es su derecho a percibir la legítima estricta.

En definitiva, los legitimarios gravados deben optar por aceptar la legítima gravada o por renunciar a la institución de heredero o al legado y reclamar la que estrictamente les corresponda, sin poder pretender la supresión de cargas ni gravámenes si el valor de lo recibido es superior al de la legítima.

A mayor abundamiento añadiremos que para el caso de no aceptar la doctrina antes expuesta, de prevalente aplicación, y siempre que no consideremos nulo radical el legado, resultaría que como dice la STS de 15 de febrero de 2001 "la reclamación de legítima no da lugar a la nulidad del testamento o de alguna de sus cláusulas ni la institución de heredero" y la de 28 de febrero de 1996 "que las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos no son radicalmente nulas y si solamente inoperantes dando lugar a las reducciones procedentes en cuanto fueren inoficiosas o excesivas."

La legítima se califica como de reglamentación negativa, dado que la ley deja al causante disponer de sus bienes en la confianza de que va a cumplir voluntariamente, y por cualquier título el deber de atribución y confiere al legitimario, artículo 763.2 del Código Civil, para el caso de que se superen en su perjuicio los límites establecidos, la facultad de ejercitar las acciones de defensa cuantitativa de su legítima, con la reclamación del complemento artículo 815 del Código Civil, la reducción de legados excesivos, artículos 817 y 820 del Código Civil y sentencia de 24 de julio de 1.986 o, en su caso, de las donaciones inoficiosas, artículos 634, 651, 819 y 820 del Código Civil, aunque estén ocultas bajo negocios aparentemente onerosos, sentencia de 14 de noviembre de 1.986.

De la legítima se predica, conforme a lo expuesto, la intangibilidad cualitativa, artículo 813 del Código civil y cuantitativa, artículo 815 y esta última debe ser respetada en todo caso por el causante, pues si la partición lesionara los derechos de los legitimarios, puede ser impugnada por contravenir el ordenamiento sucesorio.

Por todo lo expuesto, procede la estimación del recurso y la confirmación de la sentencia apelada.

**SEGUNDO.**- Se imponen a los recurrentes las costas de la apelación.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey, y por la autoridad conferida por el Pueblo Español;

#### **FALLAMOS:**

Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Higinio y doña Agueda, contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Elche, de fecha 28 de noviembre de 2014, que confirmamos. Se imponen a los recurrentes las costas de la apelación.

Con pérdida del depósito constituido.

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.

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 fe.