



Roj: **SAP O 3347/2016 - ECLI: ES:APO:2016:3347**

Id Cendoj: **33044370042016100389**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **4**

Fecha: **12/12/2016**

Nº de Recurso: **488/2016**

Nº de Resolución: **391/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA NURIA ZAMORA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

**OVIEDO**

**SENTENCIA: 00391/2016**

N10250

C/COMANDANTE CABALLERO N 3-3

-

Tfno.: 985/968737-38-39 Fax: 985.96.87.40

JMI

**N.I.G.** 33004 41 1 2014 0023593

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000488 /2016**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.4 de AVILES

**Procedimiento de origen:** DIVISION HERENCIA 0000505 /2014

Recurrente: Felicísimo , Estefanía

Procurador: COVADONGA FERNANDEZ-MIJARES SANCHEZ, COVADONGA FERNANDEZ-MIJARES SANCHEZ

Abogado: CRISTINA CARNERO SIERRA, CRISTINA CARNERO SIERRA

Recurrido: Lourdes , Purificacion

Procurador: ALEJANDRO RAPOSO ALBUERNE,

Abogado: JOSÉ GARCÍA FERNÁNDEZ,

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) **488/2016**

**NÚMERO 391**

En OVIEDO, a doce de Diciembre de dos mil dieciséis, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, Doña Nuria Zamora Pérez y D. Ángel Luis Campo Izquierdo, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

**SENTENCIA**

En el recurso de apelación número **488/2016**, en autos de DIVISIÓN DE HERENCIA Nº 505/2014, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número cuatro de los de Avilés, promovido por D. Felicísimo y D<sup>a</sup>. Estefanía , demandados en primera instancia, contra D<sup>a</sup>. Lourdes , demandante en primera instancia, siendo parte D<sup>a</sup>. Purificacion , quien no ha presentado alegaciones, y siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. Nuria Zamora Pérez.-



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Que por el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de los de Avilés se dictó Sentencia con fecha veintisiete de Julio de dos mil dieciséis , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "ACUERDO aprobar las operaciones divisorias de la herencia de D. Remigio realizadas por el contador designado, D. Vidal en fecha 11 de febrero de dos mil dieciséis.

Se condena a D. Felicísimo y D<sup>a</sup>. Estefanía al pago de las costas devengadas en la presente instancia.

La presente sentencia no tiene efectos de cosa juzgada pudiendo los interesados hacer valer sus derechos en el juicio ordinario correspondiente.".-

**SEGUNDO.-** Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandada recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial se sustanció el recurso, señalándose para deliberación y fallo el día veintinueve de Noviembre de dos mil dieciséis.-

**TERCERO.-** Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia dictada en proceso de partición de patrimonios, las actuaciones remitidas a este tribunal -partición de herencia-, desestima la impugnación deducida por D. Felicísimo , contra el cuaderno particional del contador-partidor, el cual aprueba. También condena a esa parte al pago de las costas procesales causadas con su impugnación.

Recurrida la sentencia por el Sr. Felicísimo , la apelación se centra en reproducir los motivos de impugnación expuestos en el escrito de 3 de marzo de 2.016.

**SEGUNDO.-** Entrando a examinar el recurso la alegación primera carece de mayor relevancia. Se limita a apuntar el apelante que el escrito presentado en el acto del juicio no supone modificación alguna de lo argumentado en el escrito de impugnación de 3 de marzo de 2.016, era una aclaración numérica de lo allí expuesto, por lo que debió ser admitido.

Lo cierto es que dicho documento no se admitió, según dice la sentencia, y no se solicita su unión en sede de apelación, si bien es cierto que lo inserta en el texto del recurso. Ahora bien como reconoce el apelante ese escrito no supone innovación, modificación o alteración del escrito de 3 de marzo de 2.016, que es el que se tiene en cuenta al resolver el recurso. Además la juzgadora de instancia tiene claro, en todo momento, que se halla en partición de herencia y no liquidación de la sociedad de gananciales, llevada a cabo previamente. Así se desprende del antecedente de hecho primero, fundamento de derecho primero.

Quien puede inducir a error es el apelante quien en su escrito, página siete, hace referencia a la cuota ganancial percibida por Doña Estefanía , para luego diferenciar en los bienes de la herencia entre los bienes gananciales del testador y los privativos del causante.

**TERCERO.-** En cuanto al motivo segundo del recurso consistente en que el contador-partidor, a la hora de proceder a formar lotes o hijuelas que adjudica a cada uno de los dos herederos, no tiene en cuenta el valor del usufructo vitalicio que el causante dejó a la viuda, ha de estimarse.

El contador partidor, en la base tercera (folio 17 de los autos), al examinar qué debe tenerse en cuenta en la propuesta de cuaderno particional, apunta que el causante, quien otorgó testamento el 27 de febrero de 2.003, lega a la viuda Estefanía el usufructo vitalicio de todos sus bienes, legado que absorbe la cuota usufructuaria sobre el tercio de mejora que prevé el artículo 834 del Código Civil . A efectos de ponderar el valor del legado, el contador partidor lo capitaliza: atendida la edad de la beneficiaria supone el 10% del caudal hereditario. Dado que la masa de la herencia asciende a trescientos veintiocho mil doscientos veintinueve euros con sesenta y cuatro céntimos de euro (328.229'64€), el usufructo de la viuda asciende a treinta y dos mil ochocientos veintidós euros con noventa y seis céntimos de euros (32.822'96€), importe que deberá tenerse en cuenta a la hora de concretar el valor de los bienes que se adjudican a los herederos, bien porque el usufructo se capitalice y haya que deducir su importe del tercio de libre disposición y en su caso imputar al de mejora la parte que corresponda, o bien porque si no se capitaliza, la adjudicación de bienes a los herederos no lo es en plena propiedad sino solo la nuda propiedad, lo que minoraría su valor. En consecuencia el contador partidor deberá modificar el cuaderno particional computando la cuota usufructuaria a percibir por la viuda.

**CUARTO.-** En cuanto al tercer motivo del recurso, en el que el apelante cuestiona la interpretación y reparto de la herencia en tercios -legítima estricta, mejora y libre disposición-, sin tener en cuenta que cada uno de esos tercios ha de repartirse por mitad, al ser dos los herederos, de manera que para cada uno de ellos la cuota a percibir por cada tercio no es la ciento nueve mil cuatrocientos nueve euros con ochenta y ocho céntimos de



euro (109.409'88€), sino la de cincuenta y cuatro mil setecientos cuatro euros con noventa y cuatro céntimos de euro (54.704'94€), no se comparte la consideración del apelante. Y es que este motivo del recurso ha de ponerse en relación con el cuarto de la apelación.

Con los escasos datos de que dispone el tribunal, que no son otros que la transcripción que en el cuaderno particional se hace de determinadas disposiciones testamentarias, transcripción que no se cuestiona, tenemos, según la base segunda del cuaderno: "Disposición testamentaria sexta. Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente instituye únicos y universales herederos a sus dos citados hijos, si bien señala su voluntad que al practicarse la partición se adjudiquen sus bienes de la siguiente forma. A su hijo Felicísimo los siguientes bienes:

- 1.- Finca denominada " DIRECCION000 ", sita en Castrillón.
- 2.- Finca denominada " DIRECCION001 " o " DIRECCION002 ", sita en Castrillón.
- 3.- Finca denominada " DIRECCION000 " sita en Castrillón.
- 4.- Finca denominada " DIRECCION000 ", también llamada " DIRECCION003 " unida a la anterior.
- 5.- Finca denominada " DIRECCION004 ", también llamada " DIRECCION005 " sita en Castrillón.
- 6.- Finca denominada " DIRECCION000 " o " DIRECCION006 " sita en Castrillón.
- 7.- Finca denominada " DIRECCION007 " sita en Castrillón.

En el remanente a sus dos nombrados hijos por partes iguales.

La diferencia de valor que pudiera existir entre las adjudicaciones referidas la llevaría como mejora el que la tuviere a su favor y si de este tercio excediere se imputaría al tercio de libre disposición."

El redactado de esa cláusula testamentaria no deja lugar a dudas acerca de la voluntad del causante de mejorar a su hijo Felicísimo a quien prelega una serie de fincas, al tiempo que el remanente se lo reparten por igual sus herederos. Ello implica que la partición hereditaria ha de hacerse respetando el prelegado, que de exceder la legítima estricta que corresponde a D. Felicísimo se imputará al tercio primero el de mejora y luego al remanente del de libre disposición. Téngase en cuenta que el causante lega determinados bienes a su nieta Purificación , legado que hay que detraer del tercio de libre disposición.

Conforme a lo expuesto ha de modificarse la propuesta de cuaderno particional para respetar la voluntad del causante, la cual no fue tomada en consideración por el contador partidador quien interpretó que los herederos tenían que recibir en la herencia del padre la misma cuota hereditaria, de ahí que en el apartado II "Liquidación del haber hereditario", una vez entregados los legados cuantifique para cada uno de los herederos la cuota que le corresponde en ciento treinta y nueve mil novecientos veinticuatro euros con treinta céntimos de euro (139.924'30€), importe resultante de sumar un sexto de la legítima estricta, un sexto del tercio de mejora y la mitad del remanente del tercio de libre disposición. Reparto que como acabamos de exponer no puede hacerse así sino que debe tener en cuenta el prelegado realizado a D. Felicísimo , en lo que su valor exceda de la sexta parte de la legítima estricta ha de imputarse al tercio de mejora y en lo que exceda al remanente en el tercio de libre disposición.

**QUINTO.-** La estimación de la impugnación y del recurso justifica que no se haga especial imposición de costas en ambas instancias artículos 394 nº 1 y artículo 398 nº2 de la LEC . No valora el tribunal procedente imponer las costas de la primera instancia a la otra parte litigante, dadas las dudas jurídicas que podía albergar acerca de la interpretación de las cláusulas testamentarias transcritas.

En atención a lo expuesto la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente:

## FALLO

SE ESTIMA EL RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR D. Felicísimo Y DOÑA Estefanía , contra la sentencia de fecha veintisiete de julio de dos mil dieciséis, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Avilés, en el Juicio de Partición de Patrimonios, aprobación cuaderno particional 505/2.014 .

Se revoca la sentencia apelada, para que el contador-partido rehaga el cuaderno particional a fin de computar el usufructo vitalicio legado a la viuda, así como tener en cuenta, a efectos de formación de lotes o hijuelas, la interpretación de la disposición testamentaria sexta- base segunda del cuaderno particional-, en los términos que se realiza en esta sentencia.

No se hace especial imposición de costas de ambas instancias.



En aplicación del punto octavo de la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ devuélvase al apelante el depósito constituido para recurrir.

Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el art. 466 de la L.E.C ., serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los arts. 469 y ss., 477 y ss . y Disposición Final 16ª, todo ello de la L.E.C ., debiendo interponerse en el plazo de **VEINTE DÍAS** ante éste Tribunal, con constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Tribunal en el Banco Santander 3370 e indicación de tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: por casación) y expediente.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ