



Roj: **SAP BU 456/2017 - ECLI: ES:APBU:2017:456**

Id Cendoj: **09059370032017100207**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **3**

Fecha: **05/05/2017**

Nº de Recurso: **123/2017**

Nº de Resolución: **259/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ILDEFONSO JERONIMO BARCALA FERNANDEZ DE PALENCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

BURGOS

SENTENCIA: 00259/2017

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

BURGOS Sección 003

Domicilio : PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Telf : 947259950 Fax : 947259952

N.I.G.: 09059 42 1 2014 0007063

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000123 /2017

Juzgado procedencia : JDO.DE 1A.INSTANCIA N.3 de BURGOS

Procedimiento de origen : DIVISION **HERENCIA** 0000696 /2014

RECURRENTE : Camilo

Procurador/a : ENRIQUE SEDANO RONDA

Abogado/a : JESUS BARRIO MARIN

RECURRIDO/A : Sonia , Vicenta , María Angeles , Ana María

Procurador/a : ANDRES JOSE JALON PEREDA

Abogado/a : FRANCISCO JAVIER GARCIA ESPIGA

La Sección Tercera de la Audiencia provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados **don Ildefonso Barcala Fernández de Palencia** , Presidente, **doña Arabela García Espina** , y **don José Ignacio Melgosa Camarero** ha dictado la siguiente.

S E N T E N C I A Nº 259

En Burgos, a cinco de mayo de dos mil diecisiete.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de BURGOS, los Autos de DIVISION **HERENCIA** 0000696 /2014, procedentes del JDO.DE 1A.INSTANCIA N.3 de BURGOS, a los que ha correspondido el Rollo **RECURSO DE APELACION (LECN) 0000123 /2017** , en los que aparece como parte apelante, **D. Camilo** , representado por el Procurador de los tribunales, D. ENRIQUE SEDANO RONDA, asistido por el Abogado D. JESUS BARRIO MARIN, y como parte apelada, **Dª Coro , Dª María Angeles , Dª Ana María , Dª Sonia , Y Dª Estefanía** , representadas por el Procurador de los tribunales, D. ANDRES JOSE JALON PEREDA, asistidas por el Abogado D.FERNANDO MARIN LAZARO, sobre, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Ildefonso Barcala Fernández de Palencia , que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º: Los de la resolución recurrida, que contiene el siguiente FALLO: "Que DESESTIMANDO COMO DESESTIMO las IMPUGNACIONES formulada por los Procuradores Sres. Sedano Ronda y Jalón Pereda, en sus respectivas representaciones, frente a las Operaciones Particionales de la **HERENCIA** de D^a Vicenta , practicadas por el Contador-Partidor D. Jesús , DEBO APROBAR Y APRUEBO LAS MISMAS EN SU INTEGRIDAD, con todos los efectos legales inherentes a dicho pronunciamiento y, por ende, reservando a los interesados los derechos que crean corresponderles sobre dicha **herencia** para su ejercicio por los cauces del Juicio Ordinario que corresponda. Y todo ello, sin hacer especial declaración respecto a las costas procesales, debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia."

2º: Notificada la anterior resolución a las partes por la representación de D. Camilo , se presentó escrito interponiendo recurso de apelación. Y dado traslado a la otra parte, presentó escrito de oposición a dicho recurso dentro del plazo que le fue concedido, acordándose por el Juzgado, la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

3º : Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día 27 de abril de 2017, en que tuvo lugar.

4º: En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO . Los presentes autos, en los que se impugnan las operaciones particionales realizadas por el contador partidor en la **herencia** de doña Vicenta , esposa del apelante y hermana de las apeladas, se reducen a la cuestión de la extensión de la legítima del cónyuge viudo del artículo 838 del Código Civil y su coordinación con las disposiciones testamentarias de la causante doña Vicenta .

SEGUNDO. El **testamento** de doña Vicenta dice textualmente:

" *Primero. Lega a su esposo la legítima que por ley le corresponde.*

Segundo. Instituye heredero en cuanto a los bienes gananciales a su esposo don Camilo , en pleno dominio, siendo sustituido para los casos establecidos en el Código civil por las hermanas de la testadora doña Marí Juana , doña María Angeles , doña Sonia , doña Estefanía y doña Ana María , o descendientes de las mismas en su representación, o dándose el derecho de acrecer según procediere.

Tercero. Instituye herederas en cuanto a los bienes privativos de la testadora a sus cinco hermanas doña Marí Juana , doña María Angeles , doña Sonia , doña Estefanía y doña Ana María , siendo sustituidas para los casos establecidos en el Código civil vulgarmente por sus respectivos descendientes. A falta de descendientes se dará entre las instituidas el derecho de acrecer "

En resumen doña Sonia lega a su esposo la legítima, que no concurriendo con descendientes ni ascendientes, es según el artículo 838 del CC el usufructo de los dos tercios de la **herencia**. A continuación instituye heredero a su esposo en los bienes gananciales, y a sus hermanas en los bienes privativos. El único bien privativo, además de algunos saldos en cuentas corrientes, es la vivienda en la que habitaba el matrimonio en la BARRIADA000 CAMINO000 NUM000 , hoy nº NUM001 . El contador partidor ha tasado la mitad de los bienes gananciales dejados en **herencia** a don Camilo en 128.028,77 €, y el piso privativo en 150.650 €, y ha adjudicado a don Camilo los primeros, y a las hermanas de la causante el segundo.

La interpretación que la sentencia hace de la disposición testamentaria es que el usufructo de los dos tercios de la **herencia**, que es la legítima de la parte apelante, está incluida en la mitad de los bienes gananciales dejados en **herencia**, por lo que si con esa mitad se alcanza a pagar la legítima, el piso privativo debe quedar de la plena propiedad de las hermanas. La interpretación de la parte apelante es por el contrario la de que, además de su derecho a la mitad de los bienes gananciales por **herencia**, tiene derecho a la legítima, por lo que debe adjudicársele el usufructo del piso privativo.

TERCERO . La cuestión depende más bien de la interpretación de la voluntad de la causante. Si se tratara de una cuestión de extensión de la legítima del esposo de la causante no habría cuestión, pues con la mitad de los bienes gananciales se cubre la legítima que son las dos terceras partes de la **herencia** en usufructo. Así lo dice el contador partidor aunque no se haya valorado el usufructo de las dos terceras partes, y esto no parece discutido por el apelante. Lo que dice el apelante es que el legado debe ser independiente de la atribución de los bienes hereditarios, por lo que además de la mitad de los bienes gananciales por **herencia** tiene derecho al usufructo del piso privativo, o cuando menos al usufructo de las dos terceras partes.

La cuestión es discutible. No obstante el contador partidor se inclina por la interpretación que considera embebida la legítima en la atribución por **herencia** de la mitad de los gananciales. En primer lugar porque esto es lo que mejor cuadra con la forma de atribución de la legítima, porque "siendo la legítima un derecho hereditario mínimo, legal e imperativo, cuando la atribución de bienes al legitimario exceda de ese límite mínimo imperativo entiende este contador que la legítima se debe considerar absorbida (o embebida) en la institución de heredero, pues quien da lo más da lo menos, y la institución de heredero que se hace al esposo sobre bienes gananciales que importan aproximadamente la mitad del valor del caudal hereditario supone la atribución de ese usufructo legitimario, y de la nuda propiedad de lo atribuido a título de **herencia** al legitimario".

En segundo lugar bastaría con que al hacer el legado al esposo de la legítima se hubiera concretado que el usufructo habría de recaer sobre el piso privativo, o bien que al hacer adjudicación del piso privativo a las hermanas se hubiera expresado que ello era "salvo el usufructo que correspondía a su marido", de lo que nada se dijo, por lo que parece que no se puede interpretar la voluntad de la testadora en algo que sería tanto como suplir su voluntad, si pudo hacer una aclaración que no hizo. El artículo 675 del Código Civil dice que "toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente ser otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme con la intención del testador según el tenor del mismo **testamento**".

Finalmente la STS de 14 de diciembre de 2005 contempla un supuesto en el que también se hizo a la esposa legado, que en ese caso era del usufructo universal de la **herencia**, y a continuación se legaba a uno de los hijos un local destinado a restaurante, pidiendo la esposa que su legado de usufructo comprendía también el usufructo del local. Dice el Tribunal Supremo que:

"La sentencia recurrida interpreta, únicamente por el modo de redacción del **testamento**, que, al ordenarse el legado de usufructo de **herencia** antes que el legado del restaurante, fue voluntad del testador que aquel usufructo recayese sobre dicho restaurante, lo que es una conclusión insegura y discutible, pues no hay ninguna razón en contra de que precisamente al legar el restaurante después del usufructo, quiso hacer dos legados con objetos distintos, pues de otra forma no hubiera dispuesto el legado en favor de quien heredaba la nuda propiedad de sus bienes, no tendría sentido atribuirle en concreto el restaurante en nuda propiedad, que es a lo que equivaldría la tesis acogida por la sentencia recurrida. Así pues, se revela como más adecuada la no inclusión del restaurante dentro de la **herencia** del causante que es objeto del usufructo en favor de su cónyuge; la propia lógica, derivada del conjunto del **testamento**, conduce a ella, y no a sustituir un legado de cosa específica, expresamente ordenado, por un legado de nuda propiedad, que ostentaría el beneficiado sobre toda la **herencia** por su llamamiento como heredero junto con sus hermanos".

CUARTO . A pesar de lo anterior entendemos que debe prevalecer la interpretación del **testamento** que hace la parte apelante, lo que conduce a la estimación del recurso. No podemos olvidar que el **testamento** comienza dejando al cónyuge su legítima, y que esto se hace como legado, por lo que, a menos que entendamos que se trata de una disposición testamentaria dirigida a no tener efecto alguno, debemos suponer que la legítima se deja además de lo que le corresponde al cónyuge viudo por **herencia**. En efecto, si confirmáramos la sentencia y dejáramos solo al apelante la mitad de los gananciales, por entender que en esa mitad ya está comprendida la legítima, en tal caso sobraría la atribución de la legítima en calidad de legado. La primera disposición podía no haber existido y la participación del apelante en la **herencia** hubiera sido la misma.

En segundo lugar la interpretación del **testamento** que hace el testador lleva a entender que en realidad no hay un legado, porque la doctrina considera que el legado legal, que eso es la legítima, no es un verdadero legado. Para que exista legado tiene que haber una atribución de bienes independiente de aquello que el heredero tiene derecho a percibir en virtud de la ley. En este caso se deja la legítima como legado. Estas son las palabras del testador y hay que estar a ellas conforme al artículo 675 CC .

Finalmente se trata de una interpretación lógica y razonable, pues la voluntad de la causante debía ser la de dejar a su marido el usufructo del piso, que había sido la vivienda conyugal. Ciertamente el legado que se hace no es el usufructo del piso, sino el usufructo de las dos terceras partes, por lo que los herederos, que son el marido y las hermanas, deberán ponerse de acuerdo sobre la forma de adjudicación del legado (artículo 859 CC), teniendo en cuenta lo que dice el 839 CC sobre la forma de pago de la legítima del cónyuge viudo: "los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo, y en su defecto por mandato judicial. Mientras esto se realice están afectos todos los bienes de la **herencia** al pago de la parte de usufructo quien corresponda al cónyuge".

El contador partidor debe completar las operaciones particionales para valorar cual es el usufructo de las dos terceras partes de la **herencia**, que es el importe del legado. Una vez valorado los herederos deberán ponerse de



acuerdo sobre la forma en la que hacer la adjudicación, y mientras tanto el apelante podrá continuar residiendo en la vivienda porque el artículo 839 le permite hacerlo.

QUINTO . Al estimarse parcialmente la demanda y el recurso no se hace imposición de las costas en ambas instancias (artículo 394.2 y 398.2 LEC).

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

FALLAMOS

Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Enrique Sedano Ronda contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número tres de Burgos en los autos de juicio verbal 696/2014 y con revocación de la misma se dicta otra revocando la adjudicación que el contador partidor ha hecho por quintas e iguales partes indivisas a doña Marí Juana , doña María Angeles , doña Ana María , doña Sonia y doña Estefanía del bien inventariado bajo el nº 1.2.1 de la base 6ª de las operaciones divisorias, y mandando que antes de hacer una nueva adjudicación se valore el legado de don Camilo , dando a los herederos la posibilidad de ponerse de acuerdo sobre la forma de atribución del legado, lo que en su defecto se hará por la autoridad judicial. Sin imposición de costas en ambas instancias.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, notificándose legalmente a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.