



Roj: **SAP M 12950/2014 - ECLI: ES:APM:2014:12950**

Id Cendoj: **28079370132014100295**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **13**

Fecha: **22/09/2014**

Nº de Recurso: **56/2014**

Nº de Resolución: **306/2014**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOSE GONZALEZ OLLEROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimotercera

C/ Ferraz, 41 - 28008

Tfno.: 914933911

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0000998

Recurso de Apelación 56/2014

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 01 de Navalcarnero

Autos de Procedimiento Ordinario 885/2012

APELANTE: D./Dña. Ricardo y D./Dña. Constanza

PROCURADOR D./Dña. DANIEL BUFALA BALMASEDA

APELADO: D./Dña. Florencia

PROCURADOR D./Dña. PALOMA RABADAN CHAVES

SENTENCIA NUM. 306/2014

TRIBUNAL QUE LO DICTA :

ILMO/A SR./SRA. PRESIDENTE :

D./Dña. MODESTO DE BUSTOS GÓMEZ RICO

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS

D./Dña. JOSÉ LUIS ZARCO OLIVO

Siendo Magistrado Ponente: D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS

En Madrid, a veintidós de septiembre de dos mil catorce.

La Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario sobre impugnación de testamento , procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Navalcarnero seguidos entre partes, de una, como demandante-apelado Florencia , representado por el/la Procurador D./Dña. Paloma Rabadán Chaves y de otra como demandados-apelantes Ricardo Y Constanza , representados por el Procurador D./Dña. Daniel Búfala Balmaseda y asistido del Letrado D./Dña. Rafael Cabrero Costa .



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 1, de Navalcarnero , en fecha 26 de noviembre de 2013 , se dictó resolución, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " **Debo estimar y estimo** la demanda interpuesta por la representación procesal de D^a Florencia rente a D. Ricardo y D^a Constanza , y en consecuencia **debo declarar** nula la clausula segunda del testamento otorgado con fecha 24 de febrero de 2011 por D. Valentín , ante el Notario de San Martin de Valdeiglesias, D. Fernando Díaz Janssen protocolo nº 261 con todas las consecuencias legales inherentes a dicha declaración.

Igualmente debo declarar y declaro el derecho de D^a Florencia a suceder a su padre D. Valentín como heredera forzosa en igualdad de condiciones que los otros herederos que nombra el testador sin perjuicio de los derechos del conyugue viudo, declarando su derecho a recibir la parte que como heredero legitimario le corresponde en la herencia y a intervenir en las operaciones de partición que hayan de practicarse respecto de su herencia ".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante-apelado , elevándose los autos ante esta Sección en fecha **30 de enero de 2014** , para resolver el recurso.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sección, se formó el oportuno Rollo turnándose su conocimiento, a tenor de la norma preestablecida en esta Sección de reparto de Ponencias, y conforme dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedó pendiente para la correspondiente **DELIBERACIÓN, VOTACIÓN Y FALLO** , la cual tuvo lugar, previo señalamiento, el día **17 de septiembre de 2014** .

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Por la representación de los apelantes D^a Constanza y D. Ricardo , demandados en primera instancia, se interpone recurso, contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de 1^a instancia. nº 1 de Navalcarnero con fecha 26 de noviembre de 2013 , estimatoria de la demanda interpuesta por la actora y hoy apelada D.^a Florencia contra los referidos demandados, denunciando como único motivo de apelación infracción del art. 851 del C.C .

SEGUNDO.- En la demanda iniciadora del procedimiento la actora exponía que en el ultimo testamento otorgado por su fallecido padre D. Valentín con fecha 24 de febrero de 2011, la desheredó invocando como causa el art. 756, 7º del C.C . (falta de atenciones debidas), legando a su esposa el usufructo universal y vitalicio de su herencia, instituyendo herederos por partes iguales sus hijos D. Ricardo y D^a Constanza . Entendiendo que en ningún momento había desatendido a su referido padre interesaba: 1º) Se declarara la nulidad de la cláusula 2ª de desheredación contenida en dicho testamento; 2) Se declarara su derecho a suceder a su padre en la totalidad de los bienes que constituían la legítima en dicha herencia (2/3); y 3) Se declarara su derecho a intervenir como heredero legitimario en las operaciones particionales de la herencia de su padre.

Los demandados tras oponer la excepción dilatoria en el modo de proponer la demanda en la cita (posiblemente por error de la cláusula de desheredación así como en la parte constitutiva de la legítima) y la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber demandado a la viuda del fallecido D. Valentín (D^a Angelina) a la que este legó el usufructo de la totalidad de sus bienes, dejaron en manos de la Juzgadora la determinación de la concurrencia o no de la causa de desheredación, pero precisaron que para el caso de que se acogiera la referida nulidad el derecho de la demandante quedaría reducido a la legítima corta o estricta.

La Juzgadora de instancia estimó íntegramente la demanda.

TERCERO.- En el único motivo de su recurso los demandados apelantes denuncian la infracción del art. 851 del C.C . por entender que frente a la única Sentencia que la Juzgadora de instancia cita en apoyo de su tesis, es mayoritaria la doctrina jurisprudencial que estima, que en los casos en que se declara la nulidad de la causa de desheredación, el derecho del heredero injustamente desheredado, se reduce sin embargo exclusivamente al tercio de legítima corta o estricta, debiendo mantenerse la eficacia del resto de las disposiciones testamentarias.

CUARTO.- La cuestión objeto del presente recurso, como bien apuntan los apelantes, ha sido ya resuelta por esta Sala en Sentencia de 2 de marzo de 2004 (Pte. Sr. Navarro Castillo en la que se decía que "QUINTO.- Cuestión distinta es la alegada infracción del art. 851 del código civil . El precepto dice: "La desheredación hecha sin expresión de causa, o por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, o que no sea una de las señaladas en los cuatro siguientes artículos, anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo



que no perjudiquen a dicha legítima." Se plantea aquí si la nulidad de la cláusula supone que el desheredado queda instituido únicamente en la legítima corta o estricta, con exclusión de la mejora que quedaría a favor del heredero instituido, como mejora tácita; institución a la que no es favorable el código civil, salvo los casos de los arts. 828 y 782 . La cuestión fue abordada por los primeros comentaristas del código civil. Frente a Simón, Manresa fue de la opinión de que el desheredado solo podrá participar de la legítima corta, siguiendo el criterio mantenido por los tratadistas del derecho anterior al código civil. Y así lo entendió también el Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de enero de 1959 "... y claro está, que esos derechos y deberes del padre determinan el alcance de los derechos y deberes de los hijos correlativamente concordantes con los de aquél, a saber: que los hijos no tienen más derecho en la sucesión de los padres, en contra de la voluntad de éstos, que a la legítima estricta, el otro tercio de la herencia, y todo lo demás, depende de su soberana voluntad con las limitaciones aludidas en cuanto a la mejora, de lo que se desprende que apareciendo expresada la de desheredar a un hijo, éste ha de respetar esa voluntad en la medida y extensión determinada en el ordenamiento jurídico que consiste, conforme a lo expuesto, en aquello de que él podía disponer, quedando sólo con la participación que le corresponda en la legítima estricta por concurrir a la herencia con otros hijos, y que serían los dos tercios si él fuera único heredero forzoso, todo lo que constituye su derecho estricto, absoluto e intangible, lo demás podría serle atribuido por la ley, pero sólo en defecto de testamento o con testamento que otra cosa prescriba... Considerando.- Que en cuanto a la extensión de la legítima ha de desvanecerse una duda consistente en si para determinar, en el caso concreto de que se trata, el perjuicio del desheredado ha de entenderse la legítima corta o la larga debido a que en el testamento no se contiene declaración expresa de mejora y el Código excluye la tácita, sólo admitida en uno o dos supuestos a que se refiere el artículo 828 y el 782 del repetido Cuerpo legal, duda cuya resolución ya viene prejuzgada en los anteriores considerandos, pues la libre determinación que al testador corresponde para disponer entre los hijos de la mejora, de la que puede excluir a quien tenga por conveniente, es indudable que desde el momento en que expresamente le excluye de la herencia, determinando su desheredación, esta voluntad debe prevalecer en cuanto no perjudique el derecho del desheredado, que ninguno tenía a este tercio al margen de la voluntad del testador, existiendo, como existen otros hijos, y, por tanto, expresamente resulta excluido por el testamento de la mejora entre los coherederos forzosos debe seguir la misma suerte que el tercio de libre disposición, puesto que la institución de herederos prevalece en toda la extensión en que no afecta a una prohibición legal o a la lesión de un derecho necesario o absoluto, y no es posible dudar de que la terminante institución de herederos y la exclusión total de la herencia del recurrido, ha de llegar al límite de las atribuciones del testador, como ya queda anteriormente expuesto, y debe ser respetada parcialmente dentro de los límites de sus atribuciones y la calificación, naturaleza y extensión de los derechos del heredero necesario, frente al testador, reducidos a la legítima estricta, pues la voluntad expresa de éste de desheredar totalmente a un hijo, incluye la desheredación parcial, en aquella parte cuya atribución a éste depende, conforme a la ley, de su libérrima voluntad, taxativamente contraria a tal atribución en el caso que se resuelve." Asimismo la STS de 10 de junio de 1988 (si bien ésta lo sea a contra sensu, porque el testador había desheredado a todos los descendientes). "Quinto.- Sobre tales bases fáctico-jurídicas, el fracaso de ambas motivaciones se produce, porque la Sala "a quo" ha aplicado con una correcta técnica civilista y una no menos adecuada interpretación normativo-teleológica, la idea que el legislador plasmó en el artículo 851 del Código Civil y las muy escasas resoluciones de esta Sala han puesto de relieve: que la frase "en cuanto perjudique al desheredado" que en dicho precepto se contiene, proyectándola sobre la anulación de la institución, debe entenderse en el sentido de que dicho perjuicio se produce cuando al heredero forzoso se le priva de su legítima estricta, más no de la mejora - Sentencias de 23 de enero de 1959 y 9 de octubre de 1975 -, en cuanto que de esta puede disponer el testador en favor de cualesquiera de los restantes descendientes (art. 808, párrafo segundo, en relación con el 823 del Código Civil)..... Y como las causas de desheredación consignadas en el testamento han sido desestimadas en la sentencia impugnada, al no haberse probado por quienes debían hacerlo (artículo 850 del Código Civil), según se declara en el fundamento tercero de la sentencia recurrida, obvia resulta la desestimación del motivo. Dada la afinidad de la desheredación con la preterición intencional del art. 814 del código civil , el Tribunal Supremo se ha referido a la desheredación injusta en relación con ella, en otras resoluciones. Así, la STS de 13 julio 1985 : "...herederos forzosos preteridos, por entenderse, lógicamente, por el legislador que esa omisión voluntaria que la preterición intencionada significa no puede tener más alcance que el prevenido para el caso de desheredación, que según el artículo 851 del Código civil anula la institución de heredero tan solo en cuanto signifique perjuicio al desheredado sin causa o sin eficiencia de la en que se basa la desheredación, con pervivencia de los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a la legítima del desheredado, por ser en el terreno de los principios la solución más justa, equivalente y equiparable, toda vez que cuando el testador conoce la existencia de un heredero forzoso y sin embargo lo ignora en absoluto en el testamento, omitiéndolo en él (preterición) o lo deshereda sin expresión de causa, o con lo que contradicha no es probada, o que sea de las no establecidas por la ley para desheredar (desheredación), está poniendo de manifiesto que el testador no quiso proveer al preterido o desheredado de todo su patrimonio y por tanto que únicamente es de respetarle la legítima, como porción que la ley imperativamente le reconoce y de la que por tanto no puede



verse privado, lo que en definitiva es consecuencia de reconocimiento, en módulo interpretativo acogido por el artículo 675 del Código Civil, de que la voluntad del testador, que es la ley prevalente en toda disposición testamentaria, fue no reconocer al heredero forzoso más que lo rigurosa y estrictamente reconocido por la ley, que es, siguiendo lo proclamado en otras legislaciones, lo que reconoce actualmente el Código Civil español en la redacción dada al precitado artículo 814 por la ley 11/1981, de 13 de mayo. Y la más reciente STS de 6 abril de 1998: "...preterición intencional o, en su caso, desheredación injusta que ha de comportar que la institución de heredero hecha en favor de D.^a Verónica deba ser anulada, pero no en su totalidad sino en cuanto perjudique al heredero forzoso intencionalmente preterido o, en su caso, injustamente desheredado según establecen los art. 814.1.º del Código Civil (para la preterición intencional) y 851 del mismo Cuerpo Legal (para la desheredación injusta), cuya legítima que ha de ser respetada es solamente la legítima estricta o corta, según ya tiene declarado esta Sala para supuestos análogos al que aquí nos ocupa (Sentencias de 23 enero 1959, 9 octubre 1975 y 13 julio 1985). SEXTO.- Por todo ello debe procederse a estimar el recurso en el sentido de que el desheredado solo tiene derecho a la legítima corta o estricta, manteniendo la sentencia en todo lo demás..."

Aplicando la precitada doctrina al caso de autos el recurso debe claramente prosperar y como consecuencia procede revocar la sentencia recurrida en el sentido pedido por los apelantes.

QUINTO.- Por disposición del art. 398 de la L.E.C. no procede hacer especial condena de las costas causadas por este recurso a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación.

FALLAMOS

Que estimando como estimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D.^a Cristina Maceín Lucas en nombre y representación de D.^a Constanza y D. Ricardo contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de 1ª instancia. n.º 1 de Navalcarnero con fecha 26 de noviembre de 2013, de la que el presente Rollo dimana, debemos revocarla y la revocamos declarando que el derecho de D.^a Florencia en la herencia de su fallecido padre D. Valentín, como heredera forzosa lo es exclusivamente en cuanto al tercio de legítima estricta o corta, manteniendo íntegramente el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, todo ello sin que proceda hacer especial imposición de las costas causadas por este recurso a ninguna de las partes.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación, siempre que la resolución del recurso presente **interés casacional**, con cumplimiento de los requisitos formales y de fondo de interposición, y recurso extraordinario por infracción procesal, ambos ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, los que deberán interponerse ante este Tribunal en el plazo de **VEINTE** días desde el siguiente al de la notificación de la sentencia. No podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación.

Haciéndose saber a las partes que al tiempo de la interposición de los mismos, deberán acreditar haber constituido el depósito que, por importe de **50 € por cada tipo de recurso**, previene la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., establecida por la Ley Orgánica 1/09, de 3 de noviembre, sin cuyo requisito, el recurso de que se trate no será admitido a trámite.

Dicho depósito habrá de constituirse expresando que se trata de un "Recurso", seguido del código y tipo concreto de recurso del que se trate, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta con el n.º 2580, en la sucursal 1036 de Banesto, sita en la calle Ferraz n.º 43.

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

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe