



Roj: **SAP AL 47/2005 - ECLI:ES:APAL:2005:47**

Id Cendoj: **04013370012005100049**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Almería**

Sección: **1**

Fecha: **26/01/2005**

Nº de Recurso: **311/2004**

Nº de Resolución: **12/2005**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL GARCIA LARAÑA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 12/05

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALMERÍA

SECCIÓN 1ª

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Benito Gálvez Acosta

MAGISTRADOS

D. Rafael García Laraña

Dª Gema María Solar Beltrán

En la ciudad de Almería, a veintiséis de enero de dos mil cinco.

La Sección 1ª de esta Audiencia Provincial ha visto en grado de apelación, Rollo nº 311/2004, los autos procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Almería, seguidos con el nº 588/2001 sobre impugnación de división de herencia.

Es parte impugnante Dª María , representada por la Procuradora Dª Raquel Montes Montalvo y defendida por el Letrado D. Juan Manuel Cassinello García.

Son parte impugnada D. Juan Luis y Dª Montserrat , representados por la Procuradora Dª Alicia de Tapia Aparicio y defendidos por el Letrado D. Fernando Domene Domene.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 22 de octubre de 2003, el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Almería dictó sentencia en los referidos autos cuyo fallo dispone:

"Que desestimando la oposición a las operaciones particionales obrantes en las actuaciones interpuesta por la Procuradora Sra. Montes Montalvo en nombre y representación de Dª María , debo aprobar y apruebo las mencionadas operaciones particionales, con expresa condena en las costas de este incidente a la parte oponente.

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia, la representación de Dª María presentó escrito preparatorio de recurso de apelación y, una vez emplazada para ello, lo interpuso. Del escrito de recurso se dio el preceptivo traslado a la parte apelada, que se opuso a la apelación y, seguidamente, fueron elevadas las actuaciones a esta Sala donde se incoó el correspondiente Rollo y, en fecha 25 de los corrientes, quedó concluso para resolver.

Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Rafael García Laraña.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones han tenido como objeto la división judicial de la herencia del finado D. Santiago , solicitada por sus padres D. Juan Luis y D^a Montserrat , que se ha sustanciado conforme al procedimiento regulado ad hoc en los arts. 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil , ello en base a la voluntad dejada por el fallecido en testamento a cuyo través nombraba heredera universal a su esposa D^a María , sin perjuicio de la legítima de sus padres. La Sra. María formuló oposición contra las operaciones particionales realizadas por el contador y, una vez sustanciada la misma por el cauce previsto en el art. 787 de la misma Ley , dicha oposición ha sido desestimada por el Juzgado, cuya sentencia es recurrida en apelación por la indicada oponente.

SEGUNDO.- Alega en primer lugar la parte apelante que la citación que le fue practicada para el acto de inventario no cumple las prevenciones legales. Lo cierto, sin embargo, es que el examen de las actuaciones muestra lo contrario: efectivamente, consta en el exhorto obrante a los folios 66 y siguientes que D^a María fue citada personalmente para el acto judicial de formación de inventario, siéndole entregadas tanto la cédula de citación cuya copia obra incorporada al folio 62 como copia de la providencia a cuyo través se realizaba dicho señalamiento, y en esa cédula de citación aparece claramente indicado el objeto de dicho acto a través de las correspondientes prevenciones legales, de manera que si la apelante dejó de acudir al llamamiento fue porque así optó voluntariamente; en definitiva, se cumplen los requisitos impuestos en el art. 152.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , pero es que además se trata de una alegación que pudo y debió haber sido formulada en la primera instancia, cosa que no se hizo sino que, por el contrario, la parte pasó directamente a impugnar la división de la herencia por motivos de fondo una vez practicada sin delatar óbice procesal alguno relativo a la validez de las actuaciones, siendo claro que no es admisible ese aquietamiento a los trámites seguidos para luego cuestionarlos ex novo en esta alzada.

TERCERO.- Sostiene igualmente la parte apelante que no debió haberse llevado a cabo la formación de inventario, porque tal acto se halla en contradicción con un determinado proveído que dictó el Juzgado en enero de 2001 y que no resultaba además procedente tal actuación.

Al respecto, fue correcta y ajustada a derecho la decisión de proceder a la formación de inventario como previene el art. 783.1 de la Ley , siendo incierto que dicho acto corresponda sólo cuando se interviene el caudal hereditario como parece entender la parte apelante, pero, aparte de ello, hemos de reiterar necesariamente cuanto quedó expuesto en el anterior Fundamento en cuanto la parte apelante tuvo conocimiento del señalamiento para formación de inventario según ya hemos visto, y ni lo cuestionó entonces ni lo hizo tampoco después ante el Juzgado, sino que pasó directamente a formular oposición contra la división practicada, lo cual hace que la pretensión deba ser tenida por extemporánea.

CUARTO.- Seguidamente y siguiendo -aquí sí- las argumentaciones en que se basaba su oposición en la primera instancia, ataca la parte apelante el cuaderno particional por considerar incorrecta la relación de bienes incluidos en el mismo. Esta alegación debe ser rechazada por las razones que expone la sentencia recurrida, ya que, efectivamente, se trata de combatir el resultado del inventario a través de este motivo de impugnación, cuando lo cierto es que ya había precluido la posibilidad de cuestionar la relación de bienes inventariados, posibilidad que se daba precisamente en el acto del inventario al que la parte fue citada y no concurrió, y es por ello que el Juzgado denegó acertadamente las pruebas propuestas que iban dirigidas a sustentar esa disconformidad con el resultado del inventario.

QUINTO.- Finalmente, suscitó la parte en su impugnación y sostiene hoy una cuestión estrictamente jurídica. El contador-partidor considera que D^a María no tiene la condición de legitimaria en la herencia al hallarse separada legalmente del fallecido y, por tanto, fija la legítima de los padres en la mitad de la herencia, frente a lo cual la recurrente entiende que, al concurrir éstos con el cónyuge viudo, su legítima deberá quedar reducida a la tercera parte de la herencia conforme a lo establecido en el art. 809 del Código Civil.

Como es sabido, este precepto fija a favor de los padres o ascendientes como legítima la mitad del haber hereditario "salvo el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia". Es cierto que esta norma habla del cónyuge viudo sin mayor precisión y que no añade el requisito de que no esté separado del fallecido, pero también es claro que se está regulando la concurrencia de distintos herederos legitimarios, en este caso los ascendientes y el cónyuge, por lo que necesariamente el art. 809, relativo a la legítima de los ascendientes, ha de ser interpretado y aplicado en armonía con lo dispuesto sobre el cónyuge legitimario en el art. 834, y este derecho de sucesión forzosa es atribuido al cónyuge supérstite por esta última norma sólo cuando "no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto", de manera que el presente caso no se da esa concurrencia de los padres con el cónyuge a efectos de la sucesión forzosa y, por tanto, la legítima de aquéllos se cuantifica en la mitad de la herencia, sin perjuicio de que el resto corresponda a la Sra. María en virtud del testamento.



SEXTO.- Conforme a lo dispuesto en el art. 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la parte apelante debe asumir las costas de esta alzada.

Vistas las disposiciones citadas y demás de aplicación,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación deducido contra la sentencia dictada en fecha 22 de octubre de 2003 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Almería en los autos seguidos sobre oposición a operaciones divisorias de herencia de los que deriva la presente alzada y, en consecuencia:

1.Confirmamos dicha resolución.

2.Imponemos a la parte apelante las costas de esta segunda instancia.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, acompañados de testimonio literal de esta resolución para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ