



Roj: **SAP M 4525/2011 - ECLI:ES:APM:2011:4525**

Id Cendoj: **28079370082011100126**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **28/03/2011**

Nº de Recurso: **9/2010**

Nº de Resolución: **133/2011**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA VICTORIA SALCEDO RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Madrid, núm. 83, 07-07-2009,
SAP M 4525/2011**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 8

MADRID

SENTENCIA: 00133/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE MADRID

Sección 8

1280A

FERRAZ, 41

N.I.G. 28000 1 7000136 /2010

RECURSO DE APELACION 9 /2010

Proc. Origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1143 /2008

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 83 de MADRID

De: Paula , Salvador

Procurador: ANA MARIA GARCIA FERNANDEZ

Contra: Juan Antonio , Calixto

Procurador: MARIA CONCEPCION MONTERO RUBIATO

Ponente : ILMA. SRA. DÑA. MARIA VICTORIA SALCEDO RUIZ

SENTENCIA Nº 133

Magistrados:

ILMO. SR. D. ANTONIO GARCIA PAREDES

ILMA. SRA. DÑA. MARGARITA VEGA DE LA HUERGA

ILMA. SRA. DÑA. MARIA VICTORIA SALCEDO RUIZ

En Madrid, a 28 de marzo de 2011.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario nº 1.143/08, procedentes del Juzgado



de 1ª Instancia núm. 83 de Madrid, seguidos entre partes, de una como demandantes-apelados- impugnantes, D. Calixto y D. Juan Antonio , representados ambos por el Procurador D. MARIA CONCEPCION MONTERO RUBIATO, y de otra, como demandados-apelantes-impugnados, Dª Paula y D. Salvador , representados ambos por la Procuradora Dª. ANA MARIA GARCIA FERNANDEZ.

VISTO, siendo Magistrado Ponente la **Ilma. Sra. Dña. MARIA VICTORIA SALCEDO RUIZ.**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 83 de Madrid, en fecha 7 de julio de 2009, se dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que estimando la demanda interpuesta por la representación de D. Calixto y D. Juan Antonio contra D. Salvador y Dª Paula debo declarar y declaro haber lugar a:

- a) Reconocer la cualidad de herederos de los demandantes en la sucesión de su abuela Dª Fermina , debiendo participar en el caudal hereditario en la medida que se determine en el proceso correspondiente.
- b) Imponer a los demandados el pago de las costas procesales ocasionadas a los demandantes."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, habiendo impugnado la misma la parte actora; remitidas las actuaciones a esta Sección, se sustanció el recurso y la impugnación por sus trámites legales.

TERCERO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública para la resolución del recurso, y la impugnación quedó en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 23 de marzo de 2011.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El procedimiento de Juicio Ordinario en el que ha recaído la resolución que se apela se ha seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 83 de Madrid, bajo el nº 1.143/08 , a instancia de D. Calixto y D. Juan Antonio contra D. Salvador y Dª Paula y en el mismo se solicitaba se reconociera a los demandantes su condición de herederos legales en la herencia de su abuela Dª Fermina , a fin de que, posteriormente, los demandados hicieran a los actores partícipes de los beneficios obtenidos en la venta del inmueble que integraba dicha herencia. Los demandantes, alegaban que su abuela D. Fermina otorgó testamento, en fecha 4 de febrero de 1992, ante el Notario de Madrid D. José María Cabrera Hernández, en el que legaba a su hijo Primitivo -padre de los reclamantes- el usufructo vitalicio del piso sito en Madrid, calle DIRECCION000 nº NUM000 , NUM001 Escalera, NUM002 , y en el resto de sus bienes y especialmente en la nuda propiedad de dicho piso instituía a su hijo Primitivo y a sus nietos Salvador y Paula , hijos de su hija Custodia, ya fallecida, y señalaban que su padre D. Primitivo falleció en fecha 23 de noviembre de 1.997, esto es, con posterioridad al otorgamiento del citado testamento pero antes que su abuela (3 de junio de 1.999).

Los demandados se opusieron a tal pretensión, invocando las excepciones de falta de representación de la Procuradora que suscribía la demanda en relación con el codemandante D. Calixto y la de falta de capacidad y falta de legitimación activa de los litigantes por no acreditar el carácter de herederos de D. Primitivo y en cuanto al fondo manifestaron que la falta de mención de los reclamantes en el testamento de su abuela fue debido a que ésta no tuvo intención alguna de que los mismos fueran sus herederos, así como que, tampoco, la causante tuviera intención alguna de mejorar a su hijo Primitivo , padre de los demandantes, señalando que la disposición testamentaria del usufructo a su favor fue debido a que en, aquel momento, el padre de los actores vivía con su madre por encontrarse separado de su esposa y con la finalidad de garantizar a su hijo un lugar donde vivir e insisten en que debido a que los actores carecen de la condición de herederos de su abuela, la herencia acreció a los demandados.

Seguido el procedimiento por sus trámites, el Juzgado referido dictó sentencia, en fecha 7 de julio de 2.009 , en la que se estimaba la demanda, se reconocía la cualidad de herederos de los demandantes en la sucesión de su abuela Dª Fermina , en la que se decía debían participar en el caudal hereditario en la medida que se determine en el proceso correspondiente y se imponían las costas a los demandados.



SEGUNDO.- Contra la mencionada sentencia interponen recurso de apelación los demandados, quienes alegan tres motivos:

Vulneración por falta de aplicación de lo dispuesto en el artículo 982 y 984 del Código Civil , en relación con lo dispuesto en el artículo 766 de dicho cuerpo legal.

Error por aplicación indebida del derecho de representación y de la jurisprudencia que lo interpreta y configura.

Incongruencia de la sentencia por no existir coherencia entre lo que se pide en la demanda, los razonamientos jurídicos de la sentencia y el fallo de la misma, resultando ilógico el fallo de la sentencia en relación con la ratio decidendi de la misma.

Por su parte, los demandantes han formulado oposición al recurso de apelación e impugnación de la sentencia en la parte que les perjudica, esto es, en la declaración relativa a su participación en la herencia de su abuela, solicitando, con carácter principal, que se les reconozca la condición de herederos en el tercio de libre disposición en iguales condiciones que sus primos demandados, y en cuanto a los dos tercios de legítima, se les considere mejorados respecto de estos y, subsidiariamente, que se les reconozca a los actores la condición de herederos en los mismos términos que a los demandados.

TERCERO.- En cuanto al **primero de los motivos** que se invocan es evidente que el mismo no puede prosperar; la parte considera que se han dejado de aplicar en la resolución combatida los preceptos relativos al derecho de acrecer -concretamente los artículos 982 y 984 del Código Civil -, así como el artículo 766 del mismo texto legal, que viene a mantener que *"el heredero forzoso que muere antes que el testador... no transmite ningún derecho sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857 "*, (preceptos estos que se refieren a los hijos y descendientes de los excluidos en la herencia por causa de incapacidad o desheredación y, por tanto, no aplicables al presente supuesto). Este precepto -el artículo 766 del Código Civil - ha sido criticado por la doctrina, entre otras cosas, por su redacción técnicamente incorrecta, ya que en el mismo se llama *"heredero"* a quien no tiene esa condición, habida cuenta que ha premuerto al testador, por lo que habría de ser denominado *"instituido"* y se dice que nada transmite a sus descendientes, lo que es lógico porque al no haber recibido nada del causante (debido a su previo fallecimiento) nada puede transmitir a sus herederos.

Con la formulación del motivo, pretenden los recurrentes desconocer otros muchos preceptos del Código Civil que amparan el derecho reclamado por los demandantes. El artículo 807 , en su punto segundo, otorga la condición de *"herederos forzosos a los hijos y descendientes respecto de sus padres o ascendientes"*; condición que, sin duda alguna, tienen los demandantes, quienes en el momento del fallecimiento de su abuela ostentaban la misma condición que los demandados, esto es, nietos de la causante. Es cierto que en el testamento otorgado por D^a Fermina no se nombra a los ahora reclamantes y sí a los demandados, pero ello es debido a que en el momento del otorgamiento -4 de febrero de 1992- los únicos herederos forzosos de la misma eran su hijo Primitivo , padre de los demandantes, y sus nietos Salvador y Paula , hijos de su hija Custodia, fallecida. Los derechos de los demandantes en la herencia de su abuela, al haber fallecido su padre Primitivo con anterioridad a su madre y causante, le son otorgados a los mismos por el párrafo tercero del artículo 814 del Código Civil que establece *"los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente, y no se consideran preteridos"*, es decir, se presume que el testador que no omitió a un hijo suyo -heredero forzoso- que premuere, tampoco quiso preterir a los hijos de éste y, por eso, reconoce a los nietos un derecho de representación en la herencia, en este caso, de la abuela.

Desde esta perspectiva, está claro que no existe la vulneración aludida por los recurrentes para fundamentar el presente motivo, por cuanto los preceptos que se invocan no son de aplicación al caso que nos ocupa y, por lo tanto, el motivo debe decaer.

Insisten los recurrentes, al esgrimir el **segundo de los motivos** , en que, en el presente caso, no se da el derecho de representación, consecuencia de lo cual es la existencia del derecho de acrecer, que pregonan para negar a los demandantes la condición de herederos de su abuela. Tal argumento lo formulan con base en una particular interpretación, al considerar que debe estarse, para otorgar la condición de legitimarios, al momento en que se emite la declaración de voluntad testamentaria; en el caso presente, consideran que cuando D^a Fermina otorgó su testamento los legitimarios eran su hijo Primitivo y los hijos de su fallecida hija Custodia, ahora demandados, por lo que fallecido aquel, después del otorgamiento y antes que su madre, fallecida ésta heredaran sólo sus nietos e hijos de Custodia.

Este motivo debe correr la misma suerte que el anterior. La pretensión que con este motivo se mantiene pretende desconocer que *"los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte"*, como establece el artículo 657 del Código Civil , lo que quiere decir que debe estarse al momento de la muerte del causante para apreciar la capacidad del llamado a suceder.



Ya nos hemos referido a lo dispuesto en el artículo 814.3 del Código Civil . D^a Fermina no omitió en el testamento otorgado, a su hijo Primitivo , padre de los demandados, por lo que, en el presente caso, debe entrar en juego, el derecho de representación que se atribuye en la herencia del ascendiente a los descendientes del descendiente que no resultó preterido.

En el **tercero de los motivos** , que, como el anterior, está formulado con carácter subsidiario y para el caso de que el precedente no fuera estimado, se tacha a la sentencia de incongruente, por no existir coherencia entre lo que se pide en la demanda, los razonamientos jurídicos de la sentencia y el fallo de la misma. Al entender de la Sala, el motivo debe rechazarse; los demandantes solicitaron se reconociera la condición de herederos de los mismos en la herencia de su abuela por ser nietos de ésta, como los demandados. En la sentencia que se dicta, se reconoce esa cualidad, aunque se difiera la determinación del alcance de esa participación a un momento posterior, concretamente, al procedimiento de división de herencia. Este pronunciamiento puede ser incorrecto, pero en modo alguno puede reputarse incongruente con lo pedido; los demandantes solicitaron ser declarados herederos como sus primos, esto es, participar en la herencia de su abuela en la misma medida que estos -en la mitad de la herencia, la misma en que se instituyó heredero a su padre- y la sentencia razona, en el fundamento de derecho segundo, que su legítima debe serles respetada y que su participación en los tercios de mejora y libre disposición debe ser resuelta en el procedimiento de división de patrimonios que pueda entablarse posteriormente. La Sala considera que el alcance de la participación de los mismos debió ser resuelta en el procedimiento entablado, pero el no haberlo hecho no autoriza a tachar a la sentencia recurrida de incongruente, habida cuenta que resuelve la petición y otorga a los reclamantes su intervención en la herencia de su abuela. Considera la parte que el pronunciamiento efectuado en el segundo de los fundamentos de derecho no tiene idéntico reflejo en el fallo; la Sala, por el contrario, considera que ninguna discrepancia existe entre ambos pronunciamientos. Es cierto que la decisión adoptada por el Juzgador a quo no es afortunada, pero no puede reputarse a la misma de incongruente.

CUARTO.- En cuanto a la *impugnación de la sentencia* formulada por los actores, entienden los apelantes que la misma no debe siquiera ser admitida, invocan, como fundamento de tal argumento, lo dispuesto en el artículo 461.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Este artículo establece que "*los escritos de oposición al recurso y, en su caso, de impugnación de la sentencia por quien inicialmente no hubiere recurrido, se formularán con arreglo a lo establecido para el escrito de interposición*", por lo que habrá de tenerse en cuenta lo que al respecto de la interposición de la apelación establece el artículo 458 del texto legal antes citado, que prevé dos requisitos 1) que se formule en el plazo concedido y 2) que se realice por medio de escrito en el que se expongan las alegaciones oportunas. Ambos requisitos aparecen cumplimentados en el escrito de impugnación, por lo que la misma ha sido correctamente formulada, debiendo rechazarse la pretensión de la parte apelante de que la oposición al recurso y la impugnación de la sentencia se formulen de forma diferenciada, máxime si, en el presente caso, la impugnación está íntimamente relacionada con el tercero de los motivos invocados en el recurso de apelación, esto es, en cuanto al alcance de la participación de los reclamantes en la herencia de su abuela.

La petición que se formula, con carácter principal, con motivo de la impugnación de la sentencia por los inicialmente no recurrentes, no puede ser examinada, ya que la misma excede de lo inicialmente pedido en el escrito rector del procedimiento. En éste se pretendía obtener una participación en la herencia idéntica a la reconocida en testamento a los demandados y en el escrito de impugnación se pretende que se declare su condición de mejorados en los dos tercios de legítima respecto de los demandados. La petición que se efectúa es, por tanto, extemporánea.

La que se hace con carácter subsidiario, sí ha de prosperar y ello por virtud del citado artículo 814 del Código Civil . Los demandantes, y en esta alzada impugnantes, deben participar en la herencia en la misma posición y con el mismo alcance en que fue instituido heredero su padre, fallecido con posterioridad a que fuera otorgado el testamento por su abuela, a quien representan en la herencia de ésta. Mucho se ha discutido sobre el alcance de tal representación. Una postura mantiene que al estar el citado precepto inmerso en la sección correspondiente a las legítimas, la representación en la herencia del ascendiente por parte del descendiente del otro descendiente no preterido sería únicamente respecto de la legítima, postura que choca con otra, que compartimos, en virtud de la cual se considera que la representación debe serlo en los mismos términos en que hubiera heredado el descendiente premuerto no preterido.

A la citada conclusión ha de llegarse por cuanto no van a ser de peor o igual derecho un heredero preterido intencionalmente -en cuyo caso sólo tiene derecho a la legítima, según lo dispuesto en el párrafo primero del precepto que examinamos-, que un heredero que no se considera preterido, por no haberlo sido su padre premuerto. El párrafo tercero del precepto al que nos venimos refiriendo, al referirse al supuesto de autos no distingue entre la participación que ha de tener el descendiente no preterido y el descendiente de éste por lo



que su participación debe ser la misma que la de aquel, en consecuencia, procede estimar la impugnación de la sentencia en los términos expuestos.

QUINTO.- Desestimado el recurso de apelación, las costas de esta alzada se imponen a la parte demandada-apelante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 398 , en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , sin que proceda hacer especial declaración de las costas causadas con motivo de la impugnación de la sentencia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

III.- FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de D. Salvador y D^a Paula contra la sentencia dictada, en fecha 7 de julio de 2.009 por el Juzgado de Primera Instancia nº 83 de Madrid , en los autos de Juicio Ordinario nº 1.143/08 y estimando la impugnación formulada en nombre y representación de D. Calixto y D. Juan Antonio , DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS dicha resolución en el extremo relativo al alcance de la participación que a los mismos se concede en la herencia de su abuela, que habrá de ser idéntica a la de los demandados, al representar en la misma a su padre premuerto, manteniendo el resto de pronunciamientos contenidos en la citada resolución; condenando a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada y sin hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas causadas por la impugnación.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 208.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , póngase en conocimiento de las partes que, en su caso, contra esta resolución cabe recurso de casación o infracción procesal si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 del texto legal antes citado, en el plazo de cinco días y ante esta misma Sala.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia fue hecha pública por los Magistrados que la han firmado. Doy fe. En Madrid, a