



Roj: **SAP OU 107/2016 - ECLI:ES:APOU:2016:107**

Id Cendoj: **32054370012016100072**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **02/02/2016**

Nº de Recurso: **200/2015**

Nº de Resolución: **40/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA JOSE GONZALEZ MOVILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

SENTENCIA: 00040/2016

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Ilmas. Sras. Magistradas Dña. Ángela Domínguez Viguera Fernández, Presidente, Dña. Josefa Otero Seivane y Dña. María José González Movilla, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

S E N T E N C I A NÚM. 40

En la ciudad de Ourense a dos de febrero de dos mil dieciséis.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de Juicio Ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Ourense, seguidos con el núm. 612/2014, Rollo de Apelación núm. **200/2015**, entre partes, como apelante, D. Casimiro , representado por el procurador D. Jesús Marquina Fernández, bajo la dirección de la letrada D.ª Amalia Conde Estévez, y, como apelados, D.ª Adelina , D. Dimas , D.ª Filomena , D.ª Raimunda , D.ª Josefina y D.ª Margarita , representados por la procuradora Dña. Lucía Saco Rodríguez, bajo la dirección del abogado D. Mariano Gundín Fernández.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. María José González Movilla.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 27 de enero de 2015 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** QUE DESESTIMANDO la demanda interpuesta por el Procurador D. Jesús Marquina Fernández, en nombre y representación de D. Casimiro , contra Dimas , Filomena , Adelina , Margarita , Raimunda , Josefina , ABSUELVO a éstos de los pedimentos efectuados en su contra, con expresa imposición de costas a la parte actora. "

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación de D. Casimiro , recurso de apelación en ambos efectos, al que se opuso la representación de D.ª Adelina , D. Dimas , D.ª Filomena , D.ª Raimunda , D.ª Josefina y D.ª Margarita , y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

Tercero.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El demandante D. Casimiro , en su condición de legatario de su fallecida esposa Dña. Fidela , formuló demanda de Juicio Ordinario contra las restantes legatarias de la causante que no renunciaron a su herencia, D.ª Adelina y D. Dimas , D.ª Margarita , D.ª Filomena y D.ª Raimunda y D.ª Josefina , solicitando

que se declare que no existe derecho de acrecer de los legatarios y herederos demandados, debiendo abrirse la sucesión intestada y declarándole como único heredero legítimo; y que se tengan por aceptadas a beneficio de inventario las cuotas que como heredero abintestato le corresponden. Los demandados se opusieron a la demanda alegando que en el testamento se instituyeron herederos y legatarios, disponiendo la sustitución vulgar de los mismos, por lo que no puede entrar en juego la sucesión legítima. Con relación a uno de los legados, el piso de la CALLE000 , al renunciar tres de los legatarios y no existir sustituto designado, por carecer de descendientes, el inmueble se refunde en la herencia; y en el caso del piso y plaza de garaje de la CALLE001 , objeto de otro legado, la renuncia de tres de los legatarios que carecen de descendientes que les sustituyan, produce el derecho de acrecer a favor de los restantes colegatarios, no abriéndose en ningún caso la sucesión intestada, por lo que solicitó la desestimación de la demanda.

En la sentencia dictada en primera instancia se desestimó la demanda considerándose que no concurrían los presupuestos de la sucesión legítima, acogándose la tesis expuesta en la contestación a la demanda, y disconforme el actor con dicha resolución interpone el presente recurso de apelación alegando la errónea interpretación del artículo 675 del Código Civil , en relación con la doctrina legal emanada sobre el mismo, al haber interpretado el testamento en contra de la voluntad de la testadora que ordenó que en caso de que los herederos o legatarios no aceptaran o repudiaran la herencia o el legado, su parte se transmitiese a sus descendientes, designados sustitutos, impidiendo con ello el juego del derecho de acrecer; y no actuándose tal derecho, en relación a las partes vacantes ha de abrirse la sucesión intestada.

La parte demandada se opuso al recurso solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO. - Para la resolución de la cuestión controvertida en esta alzada ha de partirse de los siguientes hechos:

D.^a Fidela falleció en Ourense el día 16 de enero de 2011, habiendo otorgado testamento abierto el día 13 de enero del mismo año, ante el Notario de Ourense D. Daniel Balboa Fernández, obrante al número 81 de su Protocolo. En dicho testamento tras exponer que es hija de Don Jose Ángel y D.^a Melisa , ambos fallecidos; que está casada en únicas nupcias con D. Casimiro ; que carece de descendientes; y que ostenta la vecindad civil gallega, dispuso, por lo que a este procedimiento se refiere, legar por quintas partes indivisas, el piso de su propiedad sito en el piso NUM000 , del edificio número NUM001 , de la CALLE000 , de esta ciudad, con todo lo que contiene, así como el negocio de clínica dental que gira bajo la denominación "Centro Odontológico Doctora Nora", a su esposo, a su sobrina Dña. Blanca , a su hermana Dña. Adelina y a sus sobrinas Dña. Andrea y Dña. Filomena . Ordenó también el legado de la nuda propiedad de la vivienda ubicada en el piso NUM002 , del edificio señalado con el número NUM003 de la CALLE001 de esta ciudad y una plaza de garaje en el mismo inmueble, con todo lo que haya dentro, por quintas partes indivisas, a sus hermanos Dña. Manuela , Dña. Adelina , Dña. Melisa y D. Dimas y a su sobrina Dña. Blanca , a la que también adjudicó el usufructo vitalicio de este piso, hasta que tuviera un puesto de trabajo fijo. En la disposición segunda, instituyó herederos, en proindivisión y por quintas e iguales partes, a sus cuatro hermanos y a su sobrina Dña. Blanca . Finalmente, en la disposición tercera dispuso la sustitución vulgar de su esposo por la referida sobrina y la sustitución del resto de los herederos y legatarios nombrados por sus respectivos descendientes, facultando a los legatarios para tomar por sí mismos posesión de los legados.

Mediante escritura pública de fecha 18 de febrero de 2013, Dña. Manuela renunció a todos los derechos hereditarios que le pudieran corresponder en la herencia de su hermana; mediante escritura pública de 18 de marzo de 2011, Dña. Melisa y su hija Dña. Blanca renunciaron a la condición de herederas de la causante y, además Dña. Blanca renunció al legado ordenado en la disposición primera, apartado B.3 del testamento, referente al usufructo vitalicio del piso donde vivía la testadora, con su correspondiente plaza de garaje; y estas últimas en escritura pública de 11 de enero de 2012 renunciaron a todos los legados ordenados por la testadora.

El día 15 de julio de 2011, Dña. Adelina y D. Dimas comparecieron ante el Notario para renunciar pura y simplemente a la herencia de la causante, aceptando los legados y, finalmente, el día 25 de febrero de 2013, Filomena , en su condición de sustituta de su padre D. Dimas , aceptó pura y simplemente la herencia y, por otro lado, Dña. Josefina , menor de edad y representada por su madre Dña. Adelina y Dña. Raimunda , ambas como sustitutas de su madre, aceptaron la herencia a la que ésta había renunciado.

El día 1 de agosto de 2013, Dña. Adelina , actuando en su propio nombre y en representación de sus hijas, D. Dimas y Dña. Filomena , otorgaron escritura de adjudicación parcial de herencia y entrega de legado, en cuya virtud Dña. Filomena , y Dña. Josefina y Dña. Raimunda , en su condición de únicas herederas de la testadora, entregaron a Dña. Adelina , a Dña. Raimunda y a Dña. Filomena , una quinta parte indivisa del piso sito en la CALLE000 , aceptando las mismas el legado. A su vez, entregaron a D. Dimas y a Dña. Adelina el pleno dominio del piso vivienda sito en la CALLE001 junto con la plaza de garaje, por mitades indivisas.



Finalmente, las herederas se adjudicaron en el piso de la CALLE000 , el pleno dominio de una décima parte indivisa, Dña. Fidela , y otra décima parte indivisa Dña. Josefina y Dña. Raimunda , por mitad e iguales partes entre ellas.

Por último, el esposo de la causante D. Casimiro vendió mediante escritura pública de fecha 4 de enero de 2012 a D. Dimas la quinta parte indivisa del piso de la CALLE000 que le había sido legado por la suma de 36.000 euros.

TERCERO .- Habiéndose desestimado la demanda mediante la que se pretendía que se abriese la sucesión intestada en relación a las partes de los legados no aceptados, al no operar el derecho de acrecer, insiste la parte demandante en el presente recurso en que es preciso interpretar la voluntad de la testadora, que al haber dispuesto únicamente la sustitución vulgar de cada uno de los herederos y legatarios designados, sin derecho de acrecimiento, ello significa que su voluntad fue que tal acrecimiento no se produjere, por lo que conforme al artículo 912 del Código Civil ha de abrirse la sucesión legítima respecto de las cuotas vacantes, correspondiendo el llamamiento al cónyuge, según el artículo 944, en defecto de ascendientes y descendientes.

Según el artículo 912.3 del Código Civil , la sucesión legítima tiene lugar, entre otros aspectos, cuando falta la condición puesta a la institución de heredero, o este muere antes que el testador, o repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer. En este caso varios de los herederos y legatarios, mediante las correspondientes escrituras públicas repudiaron la herencia y los legados dispuestos, siendo preciso determinar lo que ocurrirá con las cuotas vacantes. En el propio testamento se ordenó en la disposición tercera la sustitución vulgar de D. Casimiro por la sobrina de la testadora Dña. Blanca y la sustitución del resto de los herederos y legatarios por sus descendientes. La facultad de disponer la sustitución aparece regulada en el artículo 774 del Código Civil que establece que puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso de que mueran antes que él, no quieran o no puedan aceptar la herencia, añadiendo en su párrafo segundo que la sustitución simple, y sin excepción de casos, comprenden los tres expresados en el párrafo anterior, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario, precepto que conforme al artículo 789 del Texto sustantivo es aplicable también a los legatarios. Se trata en este caso obviamente de una sustitución vulgar, sin designación de casos, en el que la expresión utilizada debe entenderse en el sentido de que se van produciendo llamamientos sucesivos desde el más próximo en grado al instituido. La sucesión testamentaria, según la doctrina dominante es una institución condicional, en la que la condición suspensiva negativa consiste en el acontecimiento futuro e incierto de que el instituido en el primer llamamiento no sea heredero, lo que puede ocurrir por cualquiera de las causas establecidas en el artículo 774 anteriormente citado. En este caso, no ha existido ningún problema en el caso de los herederos Dña. Adelina y D. Dimas que habiendo renunciado a la herencia, los han sustituido sus respectivos descendientes que aceptaron la herencia. El problema surge en relación a las porciones atribuidas a herederas o legatarias que carecen de sustituto por no tener descendencia o bien el sustituto también ha renunciado a la herencia. Así Dña. Manuela renunció a la herencia y al legado, careciendo de descendientes y, por tanto, de sustituto vulgar; Dña. Blanca también carece de descendencia y renunció a sus derechos hereditarios y Dña. Melisa también renunció careciendo de sustituto por cuanto su hija Dña. Blanca , también renunció a los derechos que le pudieran corresponder. Resultó así vacante una quinta parte de la nuda propiedad del piso de la CALLE000 ; tres quintas partes de la vivienda y garaje de la CALLE001 , repartidos en legados y tres quintas partes de la herencia remanente, surgiendo la cuestión aquí debatida, referida a cómo ha de ordenarse la situación en las partes o cuotas sin titular.

El demandante alega que habiéndose designado sustitutos a los instituidos para el caso de renuncia, no opera el derecho de acrecer porque ha de interpretarse en su conjunto el testamento y del mismo se deduce que prohíbe el derecho de acrecer. Esta interpretación de los preceptos relativa a la sucesión testamentaria no se comparte. El hecho de nombrar sustitutos no excluye el derecho de acrecer siempre y cuando los sustitutos no existan o renuncien a la herencia. La designación de sustitutos supone un llamamiento condicional a la herencia, de forma que tal llamamiento impide considerar vacante la parte de la herencia a que se refiere e impide el derecho de acrecer. Pero en caso de que la sustitución no se produzca nada impide que opere el derecho de acrecer de cumplirse todos los requisitos exigidos legalmente. Según el artículo 982 del Código Civil para que tenga lugar el derecho de acrecer se requiere: 1º) Que dos o más sean llamados a una misma herencia, o a una misma porción de ella, sin especial designación de partes; y 2º) Que uno de los llamados muera antes que el testador, o que renuncie la herencia, o sea incapaz de recibirla.

De la simple lectura del precepto se deduce que si para que se verifique el acrecimiento se precisa que varios herederos sean llamados a una misma herencia o a una misma porción de ella sin especial designación de partes, los dos presupuestos básicos para que se produzca son la pluralidad de sujetos y la unidad de objeto. Estos presupuestos son hechos tenidos en cuenta por el legislador, elevados a requisitos legales para



que tenga lugar aquel efecto. La cuestión que se ha planteado en la doctrina es si el supuesto de hecho necesario para que se produzca el efecto jurídico del acrecimiento es de creación legal o voluntaria; esto es, si el acrecimiento es un efecto legal o un efecto producido inmediatamente por la autónoma voluntad del testador. Y la respuesta no puede ser otra que el fundamento es la voluntad del testador, pues para que exista vacación solidaria que el derecho comporta se precisa indudablemente una declaración de voluntad del de cuius, llamando cumulativamente a varios herederos a toda su herencia o a una porción de ella sin especial designación de partes. La voluntad del testador estructurada de un modo particular constituye el fundamento del acrecimiento, la ratio inspiradora de la norma, el por qué tenido en cuenta por el legislador para que se realice el acrecimiento. Y esa voluntad constituye el supuesto de hecho al que la misma atribuye un determinado efecto jurídico que es, precisamente el acrecimiento. Esos requisitos objetivos no son presunciones de voluntad, sino ingredientes del supuesto de hecho a los cuales el ordenamiento jurídico liga la producción del efecto; actos jurídicos que el testador tiene que realizar si quiere que se produzca el acrecimiento entre sus coherederos cuando se origine la vacante. Si el testador realiza aquellos actos, cumpliendo los requisitos exigidos por la ley, no hace otra cosa que expresar su voluntad real, clara y expresa favorable al acrecimiento, sin necesidad de indagar en otra forma en la voluntad del testador y sin que sea preciso que específicamente se manifieste en el testamento, la operatividad del derecho.

Por ello solamente ha de examinarse si concurren los presupuestos de hecho que el Código Civil establece para el nacimiento del derecho. Como se ha dicho el primer requisito es la pluralidad de sujetos; en segundo lugar, que los varios herederos sean llamados a una misma herencia o a una misma porción de ella, sin especial designación de partes, expresión que se explicita en el artículo 983 al indicar que se entenderá hecha la designación por partes sólo en el caso de que el testador haya determinado expresamente una cuota para cada heredero, añadiendo en su párrafo segundo que la frase "por mitad o por partes iguales" u otras que, aunque designen parte alícuota, no fijan ésta numéricamente o por señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado, no excluyen el derecho de acrecer. Y, en tercer lugar es necesario que se produzca la vacante en una porción de la herencia, por premoriencia, renuncia o incapacidad del heredero o legatario para recibirla. Esta triple enumeración de supuestos que contempla el artículo 982 no es exhaustiva, ni taxativa; es decir, no es un supuesto de números clausus, de tal forma que solo una de estas tres causas puedan originar una vacante. En realidad podrían incluirse en el precepto todas las posibles causas que puedan dar lugar a que una parte de la herencia se encuentra vacante, agrupadas en dos grandes grupos: las causas que originan una vacante porque no se puede aceptar (premoriencia, conmoriencia, ausencia) y las causas que originan una vacante porque no se quiere aceptar (renuncia).

Conforme al artículo 984 sobre los efectos del acrecimiento, los herederos a quienes acrezca la herencia sucederán en todos los derechos y obligaciones que tendría el que no quiso o no pudo recibirla, incrementándose en ello la cuota de la herencia o legado con la cuota vacante. Solamente en la sucesión testamentaria, cuando no tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del instituido, a quien no se hubiese designado sustituto, pasará a los herederos legítimos del testador, los cuales la recibirán con las mismas cargas y obligaciones (artículo 986 del Código Civil); por ello, la sucesión intestada solo podrá abrirse en la sucesión testamentaria en caso de que no tenga lugar el derecho de acrecer. Y en este caso concurren todos los presupuestos de hecho exigidos en el artículo 982 para que se produzca el acrecimiento, que denotan la voluntad de la testadora de que la sucesión se actúe en esa forma. Pues bien, el piso de la CALLE000 se legó por iguales quintas partes a cinco personas, una de las cuales Dña. Blanca no lo aceptó y no operando la sustitución vulgar al carecer de descendientes, su parte debe acrecer al resto de colegatarios, no resultando aplicable el artículo 888 del Código Civil que señala que cuando el legatario no pueda o no quiera admitir el legado, o éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer. La confusión en la masa hereditaria solo se produciría en caso de que el acrecimiento no fuera procedente, que aquí no concurre.

Sobre el piso de la CALLE001 , con plaza de garaje, por un lado se legó a Dña. Blanca , el usufructo hasta que obtuviese un trabajo fijo, habiendo renunciado la legataria al mismo. En este caso el derecho de acrecer no puede producirse. Si bien el artículo 957 del CC señala que el derecho de acrecer tendrá también lugar entre los legatarios y los usufructuarios en los términos establecidos para los herederos, no se da el acrecimiento entre propietarios y usufructuarios, sino entre ellos entre sí, ya que aun siendo llamado el nudo propietario y el usufructuario al mismo objeto, son, sin embargo titulares de derechos distintos. El derecho de usufructo es, por su naturaleza un derecho temporal de la persona, que no se transmite a los herederos, siendo una de las causas de extinción de este derecho, según el artículo 513.4º, la renuncia del usufructuario, desapareciendo el derecho de uso que queda consolidado en la nuda propiedad. Por ello en este caso siendo una única usufructuaria, que renunció al usufructo, el legado ha de entenderse desaparecido y confundido con el derecho de propiedad atribuido a otros colegatarios.



Sobre la nuda propiedad de este mismo inmueble han quedado vacantes, por renuncia de las legatarias y ausencia de sustitutos, tres quintas partes, correspondientes a Dña. Manuela y Dña. Filomena y Dña. Blanca , cuyas cuotas vacantes según se ha expuesto, acrecerán a los restantes colegatarios. En cualquier caso, existiendo herederos testamentarios nunca se abriría la sucesión intestada pues el artículo 888 del Código Civil , dispone que cuando el legatario no pueda o no quiera admitir el legado, o éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer. Finalmente, lo mismo ocurre en relación a los derechos que a las tres corresponden en la herencia de la testadora, que acrecerá a las herederas sustitutas de los instituidos que han aceptado la herencia.

Por tanto, debiendo operar el derecho de acrecer, la sucesión legítima no puede abrirse, por lo que la demanda formulada por D. Casimiro debe ser desestimada confirmándose así la resolución recurrida.

CUARTO. - En virtud de lo dispuesto en el artículo 398 en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , es preceptiva la imposición de costas al apelante.

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

FALLO:

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Casimiro contra la sentencia, de fecha 27 de enero de 2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Ourense en autos de Juicio Ordinario 612/2014 -rollo de Sala **200/2015**-, cuya resolución se confirma, con imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas interponer, **en su caso** , recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal en el plazo de veinte días ante esta Audiencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.