



Roj: **SAP A 2852/2015 - ECLI:ES:APA:2015:2852**

Id Cendoj: **03065370092015100370**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Elche/Elx**

Sección: **9**

Fecha: **04/11/2015**

Nº de Recurso: **379/2015**

Nº de Resolución: **406/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MIGUEL ANGEL LARROSA AMANTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL ALICANTE

SECCIÓN NOVENA CON SEDE EN ELCHE

**Rollo de apelación nº 000379/2015**

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 5 DE ELX

Autos de Juicio Ordinario - 000203/2012

**SENTENCIA Nº 406/2015**

=====  
**Iltmos. Sres.:**

**Presidente: D. José Manuel Valero Diez**

**Magistrado: D. Andrés Montalbán Avilés**

**Magistrado: D. Miguel Ángel Larrosa Amante**

=====  
En la ciudad de Elche, a cuatro de noviembre de dos mil quince.

La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante, con sede en Elche, integrada por los Iltmos. Sres. expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario nº 203/12 -Rollo nº 379/15- que en primera instancia se han seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Elche, entre las partes: como actor Dña. Gloria , representado por el/la Procurador/a Dña. Cristina Bonete Molla y dirigido por el Letrado D. Manuel Miralles Reina, y como demandado D. Anton y Dña. Susana , representados por el/la Procurador/a D. Modesto Pastor Escáplez y dirigido por el Letrado D. Esteban Molla Martínez. En esta alzada actúan como apelante Dña. Gloria , representado ante este Tribunal por el/la Procurador/a D<sup>a</sup> Cristina Bonete Molla y como apelado D. Anton y Dña. Susana representado ante este Tribunal por el/la Procurador/a D. Modesto Pastor Escáplez.

Siendo Ponente el Iltmo. Sr. Don Miguel Ángel Larrosa Amante, que expresa la convicción del Tribunal.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero** : Por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Elche en los referidos autos, tramitados con el nº 203/12, se dictó sentencia con fecha 9 de julio de 2015 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " *Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Dña. Gloria , representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Cristina Bonete Molla contra D. Anton que actuó representado dada su incapacidad por el defensor judicial D. José Hernández Aracil, representado por el Procurador de los Tribunales D. Modesto Pastor Escáplez y contra Dña. Susana representada por el Procurador de los Tribunales D. Modesto Pastor Escáplez, debo declarar y declaro inoficiosa la donación objeto de esta litis y descrita en el fundamento jurídico primero de*



*la presente resolución, al exceder del tercio de libre disposición, acordando su reducción en la porción necesaria para que sean respetados los derechos legitimarios en relación con la herencia de D<sup>a</sup> Susana (madre) ostenta la actora, su hija, D<sup>ña</sup>. Gloria , declarando asimismo la nulidad de los asientos correspondientes causados en el Registro de la Propiedad en virtud de dicha donación y ordenando su cancelación. Todo ello sin que haya lugar a declarar la nulidad parcial de la cláusula testamentaria segunda del testamento otorgado por D<sup>ña</sup>. Susana con fecha 17 de marzo de 1989 en el sentido de reducir el legado de D. Anton y D<sup>ña</sup>. Susana al usufructo del tercio de mejora. No ha lugar a expreso pronunciamiento en costas".*

**Segundo** : Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación por D<sup>ña</sup>. Gloria exponiendo por escrito la argumentación que le sirve de sustento. Del escrito de interposición del recurso se dio traslado a D. Anton y D<sup>ña</sup>. Susana emplazándola/s por diez días para que presentara/n escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le/s resultara desfavorable, dentro de cuyo término, presentaron escrito de oposición al recurso. Seguidamente, previo emplazamiento de las partes por término de diez días, fueron remitidos los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación, con el nº 379/15, que ha quedado para sentencia sin celebración de vista, tras señalarse para el día 29 de octubre de 2015 su votación y fallo.

**Tercero** : En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **Primero : Objeto del recurso de apelación.**

Se interpone recurso de apelación por la parte actora contra la sentencia por la que se estima parcialmente la demanda presentada por la misma.

Se impugna por la apelante el pronunciamiento relativo a la no declaración de nulidad de la cláusula segunda del testamento otorgado por la madre de ambas partes, D<sup>a</sup> Susana . Entiende la recurrente que el usufructo fijado en dicha cláusula grava toda la legítima, limitando el pleno dominio que correspondería a los herederos llamados a la herencia. Considera que se ha infringido el artículo 813.2º del Código Civil que prohíbe al testador la imposición de ningún gravamen que pueda perjudicar la legítima, con las excepciones del cónyuge viudo y del artículo 808 del mismo texto legal . La testadora podrá legar el usufructo tanto del tercio de libre disposición como del tercio de mejora, pero no puede afectar a la legítima estricta, sin que nada tenga que ver la forma en la que puede existir un reparto de la herencia con la validez de la propia disposición testamentaria. Por ello debe declararse esta nulidad, y en consecuencia se estimaría íntegramente la demanda con la condena en costas a la parte demandada. Con carácter subsidiario, para el caso de desestimación del motivo principal, impugna la no condena en costas, pues no ha existido una estimación parcial dado que la demanda se ha estimado íntegramente en relación a la acción ejercitada frente a D<sup>a</sup> Susana , aunque se estimase parcialmente con relación a D. Anton , por lo que procedería la condena a aquella al pago de las costas.

Por los apelados se oponen al recurso y solicitan la confirmación de la sentencia apelada en la que no existe error alguno. Defienden que la cláusula testamentaria es perfectamente válida y no afecta a la legítima estricta pues no resulta atacada la nuda propiedad del bien, sin que la prohibición del artículo 813.2º del Código Civil pueda considerarse como absoluta. La liquidación de la parte que corresponda al heredero forzoso puede hacerse mediante la adjudicación de nuda propiedad. La intención de la testadora de proteger a Anton por la situación de discapacidad del mismo ha quedado acreditada. Finalmente entiende que es correcto el pronunciamiento sobre costas al llevar a cabo una alegación nueva en esta alzada.

### **Segundo : Nulidad de la cláusula testamentaria .**

La cuestión que es objeto de discusión en esta alzada es de contenido netamente jurídico, esto es, la posible nulidad de la cláusula segunda del testamento otorgado por D<sup>a</sup> Susana , madre y causante de la actora y los demandados. Dicha cláusula, incluida en el testamento de fecha 17 de marzo de 1988 otorgado ante el Notario de Elche D. Pedro Ángel Navarro Arnal (documento nº 13 de la demanda), es del siguiente tenor literal: " *Para el caso de que premuriese a la testadora su citado esposo, o en su caso con carácter sucesivo al usufructo del mismo y con cargo a los dos tercios, el de mejora y el de libre disposición, lega a su hijo Anton el usufructo vitalicio y sin fianza de toda su herencia*".

Estamos, por tanto, en presencia de un legado a favor de uno de los herederos forzosos, legado que no ofrece duda que fue realizado ante la situación de discapacidad de Anton , la cual si bien no estaba declarada en el momento de otorgamiento del testamento, si lo ha sido con posterioridad a la presentación de la demanda y de ahí la actuación de dicho demandado por medio de defensor judicial en este proceso. La sentencia apelada entiende que no es posible declarar la nulidad pretendida, como sí hizo con respecto a la primera cláusula del testamento igualmente impugnada en la demanda, dado que el usufructo establecido sobre el total de la

herencia no es un gravamen sobre la legítima estricta dado que no afecta a la nuda propiedad de la vivienda y la imputación que se hace del mismo de forma expresa a los tercios de libre disposición y de mejora, por lo que entiende que es un problema de reparto de la herencia que remite a la aplicación el artículo 820 del Código Civil .

Planteados en los términos anteriores las posiciones de las partes debe anticiparse que el recurso será estimado y declarada la nulidad de la cláusula segunda impugnada dado que la misma es contraria a lo previsto en el artículo 813 del Código Civil . Según este artículo, en el que se establece la imposibilidad del testador de poder privar a los herederos forzosos de la legítima que les pueda corresponder, la capacidad del testador está limitada por la existencia de la legítima, tanto la estricta como la correspondiente al tercio de mejora, de tal manera que sólo puede disponer libremente del tercio de libre disposición y del de mejora pero sólo entre descendientes. El resto de la herencia, que se corresponde con la legítima estricta o corta, no puede ser dispuesto por el testador, como también señala el artículo 806 del Código Civil y su reparto debe de ajustarse a lo previsto en los artículos 807 y 808. Este límite a la voluntad del testador se completa con lo previsto en el segundo párrafo del citado artículo 813 del Código Civil cuando prohíbe al testado imponer ningún tipo de gravamen ni condición sobre la legítima, citando como únicas excepciones el usufructo del cónyuge viudo y el usufructo que autoriza el artículo 808 del Código Civil para los descendientes judicialmente declarados incapaces, cerrando de esta manera cualquier otra vía que pudiese afectar a la legítima estricta que queda, por tanto, fuera de la voluntad del testador y garantizada para todos los herederos forzosos por igual.

En atención a lo señalado, resulta evidente que no es posible que la testadora constituyese un usufructo sobre la totalidad de la herencia a favor de su hijo Anton , pues tal derecho real, aunque su valor pueda quedar incluido dentro de los tercios de libre disposición y mejora, sí afecta directamente al tercio de legítima estricta en cuanto limita los derechos derivados del mismo a favor del resto de los herederos forzosos, reduciéndolos a la nuda propiedad del único bien que integra la herencia, esto es la vivienda donada a los dos demandados y cuya donación ha sido declarada inoficiosa en la sentencia apelada al exceder de la legítima estricta, lo que supone una disminución del valor de esta parte de la herencia forzosa pues es evidente que el valor de un bien no es el mismo sólo con la nuda propiedad que con todas las facultades dominicales, incluidas las derivadas del uso de la vivienda por su propietario. Por todo ello procede estimar el recurso interpuesto, si bien procede respetar la voluntad de la testadora y limitar el legado establecido a favor de D. Anton al usufructo de los tercios de mejora y libre disposición, como expresamente estableció la causante.

#### **Tercero : Costas de la primera instancia .**

Una vez estimado el recurso y estimada íntegramente la demanda presentada resta por pronunciarnos en relación al pago de las costas de la primera instancia, cuya condena solicita la recurrente. Al estimarse las dos acciones ejercitadas sería de aplicación el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y procedería la imposición de costas a la parte demandada. No obstante lo anterior, este tribunal entiende que concurren una serie de circunstancias de hecho que justificarían la no imposición de tales costas a la parte demandada. En primer lugar ha quedado acreditado que la testadora realizó su testamento con una clara finalidad de proteger a su hijo Anton afectado por algún tipo de discapacidad y para garantizarle la ocupación de la vivienda familiar. Sin duda alguna la parte actora y apelante debía de conocer esta voluntad de su madre, así como la situación de discapacidad de su hermano y sin embargo decide no respetarla y ejercer los derechos que ciertamente le asisten. Para proteger su derecho a la herencia hubiera sido suficiente la impugnación de la donación y no era imprescindible la impugnación del testamento dado que el usufructo de la vivienda en principio nada le perjudica dados los términos de la herencia y la aplicación del mismo tanto sobre más de dos tercios de la vivienda (los tercios de libre disposición y mejora así como la parte que le corresponde a Anton como heredero forzoso). Es legítimo el ejercicio de sus derechos, pero también es indudable que no respeta la voluntad de la testadora, al menos con relación al usufructo de la vivienda en cuanto único bien integrante de la herencia. En segundo lugar consta en las actuaciones la declaración judicial de incapacidad de uno de los demandados y por ello su evidente necesidad de una mayor protección, por lo que no parece ajustado gravar su patrimonio con una condena en costas.

#### **Cuarto : Costas de la alzada .**

De conformidad con lo previsto en el artículo 398.2 LEC , en caso de estimación total o parcial del recurso de apelación, no se impondrán las costas de esta alzada a ninguna de las partes litigantes.

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

## **FALLAMOS**



Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D<sup>a</sup> Cristina Bonete Molla, en nombre y representación de D<sup>ña</sup>. Gloria , contra la sentencia dictada en fecha 9 de julio de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 5 de Elche , en los autos de Juicio n<sup>o</sup> 203/12, debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS** la citada resolución y por la presente acordamos:

1.- Que debemos declarar y declaramos la nulidad parcial de la cláusula segunda del testamento otorgado por D<sup>a</sup> Susana (madre) con fecha 17 de marzo de 1988, en el sentido de reducir el legado del usufructo de la herencia establecido a favor de D. Anton al usufructo de los tercios de mejora y de libre disposición de la herencia.

2.- Que debemos confirmar y confirmamos el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada, en todo aquello que no resulte contradictorio con el pronunciamiento anterior, incluyendo la no condena a ninguna de las partes del pago de las costas de la primera instancia.

Todo ello sin expresa condena al pago de las costas de esta alzada. Con devolución del depósito realizado para interponer el recurso de apelación.

Notifíquese esta sentencia conforme a la Ley y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Hágase saber a las partes que esta sentencia no es firme y que contra la misma, cabe *recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación* en los casos previstos en los arts. 468 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil que deberán ser interpuestos en un plazo de VEINTE DÍAS contados a partir del siguiente al de su notificación para ser resueltos, según los casos, por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana o por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Junto con el escrito de interposición de los recursos antedichos deberán aportarse, en su caso, los siguientes documentos, sin los cuales no se admitirán a trámite:

1<sup>o</sup> Justificante de ingreso de depósito por importe de CINCUENTA EUROS (50.- €) en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" de este Tribunal n<sup>o</sup> 3575 indicando el "concepto 04" para el recurso extraordinario por infracción procesal y el "concepto 06" para el recurso de casación.

2<sup>o</sup> Caso de ser procedente, el modelo 696 de autoliquidación de la tasa por el ejercicio de la jurisdicción prevista en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, y normativa que la desarrolla.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** La anterior resolución ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Il<sup>mo</sup> Sr. Ponente, estando la Sala reunida en Audiencia Pública, doy fé.