



Roj: **SAP IB 1029/2017 - ECLI:ES:APIB:2017:1029**

Id Cendoj: **07040370032017100174**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **3**

Fecha: **02/06/2017**

Nº de Recurso: **143/2017**

Nº de Resolución: **170/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CARLOS GOMEZ MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00170/2017

N10250

PLAÇA DES MERCAT Nº 12

Tfno.: 971-71-20-94 Fax: 971-22.72.20

CHM

N.I.G. 07040 42 1 2016 0013646

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000143 /2017

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 24 de PALMA DE MALLORCA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000437 /2016

Recurrente: Carla

Procurador: ANTONIO SEBASTIAN COMPANY CHACOPINO ALEMANY

Abogado: JUAN IGNACIO RIBAS SEVILLA

Recurrido: Edmundo , Felicidad , Lorenza

Procurador: JOSE ANTONIO CABOT LLAMBIAS, MAGDALENA CUART JANER , MAGDALENA CUART JANER

Abogado: JUAN ANTONIO BALLESTER MORA, MARIA ANTONIA MATEU GELABERT , MARIA ANTONIA MATEU GELABERT

SENTENCIA Nº 170

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

Don Carlos Gómez Martínez

MAGISTRADOS:

Don Gabriel Oliver Koppen

Doña Carmen Ordóñez Delgado

En Palma de Mallorca a dos de junio de 2017.

VISTOS por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 24 de Palma, bajo el número 437/16



, **Rollo de Sala número 143/17**, entre partes, de una como demandante-apelante, doña Carla , representada en esta alzada por el procurador de los tribunales don Antonio Company Chacopino Alemany, dirigida por el letrado don Juan Ignacio Ribas Sevilla y de otra, como demandados-apelados don Edmundo , representado en esta alzada por el procurador de los tribunales don José Antonio Cabot Llambías, dirigido por el letrado don Juan Antonio Ballester Mora, y doña Felicidad y doña Lorenza , representadas en este segundo grado jurisdiccional por la procuradora de los tribunales doña Magdalena Cuart Janer, dirigidas por la letrada doña Antonia Mateu Gelabert.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. Presidente don Carlos Gómez Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 24 de Palma, se dictó sentencia en fecha 30 de enero del año en curso, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

Que HE DESESTIMAR la demanda formulada Procurador dels tribunals Sr. Antonio Company-Chacopino Alemany, en representació de la Sra. Carla contra el Sr. Edmundo . Que he de tenir per parcialment assentida a la part demandada respecte de la pretensió subsidiària formulada per l'actora i, en conseqüència, HEDE DECLARAR el dret de la Sra. Carla a ser declarada hereva forçosa, juntament amb les seves germanes Felicidad i Lorenza i en representació del seu pare, respecte de l'herència de la Sra. Brigida . Tot això amb expressa condemna en costes a la part actora .

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia, y por la representación de la parte actora, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y seguido el recurso por sus trámites se señaló para votación y fallo el 29 de mayo de 2017.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los de la resolución dictada en anterior grado jurisdiccional mientras no se opongan a los que siguen.

PRIMERO.- Doña Brigida falleció el 10 de octubre de 2015 habiendo otorgado **testamento** cuyas disposiciones tercera y cuarta son del siguiente tenor: *Tercera. Instituye en la porción legítima a la persona o personas que tengan derecho a ella al ocurrir su fallecimiento. Cuarta. Del remanente de todos sus bienes presentes y futuros, instituye heredero universal a su nombrado esposo D. Carlos José , con sustitución vulgar en favor de sus dos hijos D. Avelino y D. Edmundo , por partes iguales .*

El **testamento** fue otorgado el 9 de enero de 1976, el 10 de junio de 1988 falleció don Carlos José , y el 31 de julio de 2015 don Avelino .

Pues bien, lo que ha de discutirse en el presente proceso es si doña Carla ha de adquirir por representación de su padre premuerto, don Avelino , la porción que le corresponda (en concurrencia con sus hermanas Felicidad y Lorenza) de la mitad de la parte de libre disposición de la **herencia** de su abuela doña Brigida . No se discute ya su derecho a heredar por representación la parte que le corresponda de la legítima de su padre, puesto que respecto de esta pretensión los demandados se allanaron.

La sentencia de primera instancia desestima la petición de la actora de heredar por representación, también, la parte de libre disposición, con el argumento de que el derecho de representación en la sucesión testada solo cabe con relación a la legítima y negando que la voluntad tácita de la testadora fuese que en caso de premoriencia de sus hijos le sucediesen los descendientes del premuerto.

Dicha resolución constituye el objeto de la presente apelación, al haber sido recurrida por la parte demandante, cuya dirección letrada, en el escrito de interposición del recurso, aduce como motivos en los que funda este, en síntesis, los siguientes:

a) Tanto el artículo 46.3 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares como el artículo 814.3 del Código Civil al regular el derecho de representación en la sucesión testada se refieren a la legítima y también a la parte de libre disposición.

b) En el momento de otorgar **testamento**, doña Brigida tenía la voluntad de que sus nietos heredasen, en su caso, por representación, extremo este en el que la recurrente muestra su disconformidad con la valoración de la prueba que hace la jueza de primera instancia, que rechaza la existencia de dicha voluntad presunta en la testadora.



c) La sentencia de primera instancia, aun estimando la pretensión subsidiaria de la actora de que se declare su derecho a heredar por representación, conjuntamente con sus hermanas, la legítima que le correspondía a su padre don Avelino en la **herencia** de la madre de este doña Brigida , impone las costas a la actora por entender que se trata de una cuestión indiscutida pues el demandado nunca le negó a la actora dicha condición. Sin embargo, la parte apelante considera que si el hecho no era controvertido no debió haberse admitido prueba sobre el mismo, que no hay prueba de que el demandado ofreciese la legítima a su sobrina, y que es infundada la imputación de fraude procesal que le hace la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO.- En la sucesión intestada, en virtud del derecho de representación, los descendientes del premuerto, aunque sean de grado ulterior, concurren -en algunos supuestos- con sucesores de grado más próximo y en la misma medida en que lo hubiera hecho aquél. Es una excepción al principio fundamental en la sucesión intestada de que el pariente más próximo en grado excluye al más remoto (ex artículo 921 del Código civil).

Ahora bien, este derecho de representación consagrado en la sucesión intestada ha sido objeto de discusión dentro de la sucesión testada.

La doctrina, tras la publicación del Código civil, vino manteniendo que el derecho de representación sólo era aplicable a la sucesión intestada porque, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos como el italiano, el Código trataba tal derecho de representación únicamente dentro de esta clase de sucesión, sin hacer mención alguna a él en las disposiciones generales de la sucesión ni en las específicas de la sucesión testada.

En efecto, en principio, en la sucesión testada, cuando un llamado voluntariamente a la **herencia** no puede (por premoriencia o por indignidad) o no quiere (repudia) adquirirla, ocupará su puesto otro que haya sido llamado por el testador subsidiariamente; es decir, se aplicará la sustitución vulgar si la ha previsto el testador; en caso contrario, si no la ha previsto, se dará el derecho de acrecer si concurren los requisitos de éste; y a falta de éste, se dará la sucesión intestada.

Por tanto, podía decirse que en la sucesión testada no había derecho de representación y que sus veces las cumplía la sustitución vulgar que debía haber previsto en su **testamento** el testador.

Sin embargo, tras la reforma introducida de la Ley de 13 de mayo de 1981, el Código Civil, al establecer en el apartado 3 del artículo 814 que: *Los descendientes de otro descendiente que no hubiera sido preterido representan a éste en la **herencia** del ascendiente y no se consideran preteridos* , viene a reconocer el derecho de representación en la sucesión testada.

Lo que se debate en el presente proceso es la extensión objetiva de ese derecho de representación, es decir, si lo que ha de recibir el descendiente es solamente la legítima o, además de esta, la parte de libre disposición que hubiera correspondido al premuerto.

Pues bien, habrá de entenderse que, por razones de interpretación sistemática, el derecho de representación en la sucesión testamentaria se refiere solo a la legítima ya que, en efecto, el artículo 814.3 del Código Civil se halla incluido en la sección correspondiente a las legítimas y no tiene, por tanto, un alcance general para toda la sucesión testamentaria.

Lo mismo acontece con el artículo 46.3 de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears, introducido por el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre , cuando establece que: *No se considerarán preteridos los descendientes de un descendiente no preterido que hubiese premuerto al testador* y que se ubica en la sección correspondiente a las legítimas (Sección 4ª de Capítulo III que corresponde a la Sucesión testada).

En consecuencia, coincide esta Sala con la juzgadora de primera instancia en la conclusión de que la actora no puede heredar por representación la parte de libre disposición que hubiera correspondido a su padre premuerto en la **herencia** de la madre de este.

TERCERO.- No existe prueba alguna que nos permita concluir que fue voluntad de la testadora nombrar herederos a los descendientes de sus hijos en caso de premoriencia de alguno de estos.

Como bien señala el propio apelante, el artículo 675 del Código Civil obliga a una interpretación literal del **testamento** y es lo cierto que doña Brigida nada previó en él para el caso de premoriencia de alguno de sus hijos.

Es más, la testadora estableció una sustitución vulgar para el caso de premoriencia del marido, pero nada previó para el idéntico supuesto pero en relación a los hijos, por lo que nada permite entender que su voluntad fuese la que ahora pretende la actora apelante, de incluir en el **testamento** a sus nietos pese a que dos de las tres nietas de la testadora habían ya nacido cuando se otorgó el **testamento**, como acertadamente señala la jueza *a quo* .



Piénsese que el derecho de representación ha estado excluido muchos años de la sucesión testada, precisamente porque se venía entendiendo que en esta clase de sucesión el título es de origen voluntario, es decir, que el llamamiento ha sido hecho libremente por el testador, y es, además de carácter personalísimo, referido sólo a la persona del llamado, por lo que no había motivo para que la ley efectuase llamamiento alguno como ocurre en el supuesto del derecho de representación.

Por tanto, ceñirse a la voluntad del testador, a lo que dijo en su **testamento** y también a lo que no dijo, es lo que mejor se ajusta al carácter voluntario de la sucesión testamentaria y más en Mallorca.

En efecto, el artículo 7 de la Compilación al establecer que *la sucesión intestada sólo podrá tener lugar en defecto de heredero instituido y es incompatible con la testada y la contractual*, recoge el principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere postest*. La consagración del derecho de representación en la sucesión testada supone una excepción a tal principio puesto que implica un llamamiento por ley a descendientes del premuerto en una sucesión testamentaria y, por tanto, ha de ser objeto de interpretación restrictiva limitada a la legítima.

CUARTO.- La sentencia con la que culmina el proceso en primera instancia finaliza con una estimación parcial de la demanda, lo que se expresa en su parte dispositiva con la frase *he de tenir per parcialment assentida a la part demandada ...*. Nos hallamos, pues, ante un supuesto de « *estimación parcial* » de la demanda en el que, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, « *no procede hacer expresa imposición de las costas procesales* ». Cada parte «hará frente a las causadas a su instancia y a las comunes por mitad», a no ser que a la vista de la temeridad con la que hubiere litigado, resuelva el juez condenar a una de ellas al pago del total de las generadas.

Para apreciar dicha excepción al régimen general de costas es necesario observar en la actuación procesal de la parte las características propias del litigante *improbus o temerarius* que actúa en juicio con conciencia de la injusticia de la acción o la oposición ejercitadas, pese a lo cual llama a juicio o articula excepciones infundadas causando a la contraparte inevitables gastos y molestias, siendo conocedor de su falta de razón imputable a dolo o, al menos, a culpa lata.

No es el caso de autos en el que, con independencia de cual fuese el grado de acuerdo en las negociaciones extraprocesales sobre los derechos reclamados por la actora, no puede considerarse temerario incluir como una de las peticiones de la demanda la del reconocimiento de un derecho, todavía no aceptado formalmente por la contraparte y contribuir así a dar certeza a las relaciones jurídicas.

En consecuencia, ha de aplicarse la regla general de no imposición de costas en caso de estimación parcial de la demanda.

QUINTO.- Dado lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y siendo la presente resolución parcialmente estimatoria del recurso de apelación, no procederá hacer pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada.

En virtud de lo que establece la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por el número diecinueve del artículo primero de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, se acuerda la devolución del depósito consignado para recurrir.

FALLAMOS

1º Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por el procurador de los tribunales don Antonio Company Chacopino Alemany, en nombre y representación de doña Carla, contra la sentencia dictada el 30 de enero del año en curso por el Juzgado de Primera Instancia número 24 de Palma de Mallorca en el juicio ordinario del que el presente rollo dimana.

2º Se modifica dicha resolución en el único extremo del pronunciamiento en costas que queda sustituido por el siguiente: No se hace pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia

3º Se confirma la resolución recurrida en sus restantes extremos.

4º No se hace pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

5º Se acuerda la devolución del **depósito** constituido para recurrir.

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