



Roj: **SAP MU 1215/2000 - ECLI:ES:APMU:2000:1215**

Id Cendoj: **30030370032000100662**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **3**

Fecha: **04/05/2000**

Nº de Recurso: **14/2000**

Nº de Resolución: **138/2000**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN MARTINEZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rollo núm. 14/2.000.

Apelación Civil.

**SENTENCIA NÚM. 138/2.000**

Ilmos. Señores:

D. JUAN MARTÍNEZ PÉREZ

Presidente

D<sup>a</sup> MARÍA DEL PILAR ALONSO SAURA

D. CARLOS MANUEL DÍEZ SOTO

Magistrados

En la Ciudad de Murcia a cuatro de Mayo de dos mil

Habiendo visto en grado de apelación la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial os autos de menor cuantía que en primera instancia se han seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Murcia, con el núm. 23 6/98 , entre las partes: como actores y demandados en reconvenición en primera instancia y en esta alzada apelados, Doña Yolanda , Doña María Angeles , Doña María Inés , Don Iván y Don Jon , en ambas instancias representados por la Procuradora Sra. Gallardo Amat y defendidos por el Letrado Sr. Sánchez Martínez; como demandados y demandantes en reconvenición en cimera instancia y apelantes en esta alzada, Doña Cristina , Don Tomás , Don Jose Manuel y Don Jose Antonio , en ambas instancias representados por la Procuradora Sra. Botía Sánchez y defendidos por el Letrado Sr de la Peña de Torres; han sido también partes demandadas en instancia Doña Gloria , Doña Patricia , Don Marco Antonio y Doña Remedios , todos ellos allanados a la demanda, representados en instancia por la Procuradora Sra. Botía Sánchez y defendidos por el letrado de la Peña de Torres. Ha sido Ponente de esta Sentencia, el lloro. Sr. Magistrado, Don JUAN MARTÍNEZ PÉREZ, que expresa la convicción del Tribunal.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Que el Juzgado de instancia citado, con fecha 8 de septiembre de 1.999, dictó en los autos principales de los que dimana el presente Rollo la Sentencia cuya parte dispositiva dice así: "FALLO: Que estimando en parte la demanda planteada por Doña Virginia , María Cristina , María Inmaculada , Luis Manuel y Luis Pedro , contra Doña Gloria , Doña Patricia , Don Marco Antonio y Doña Remedios , todos ellos allanados a los planteamientos de la demanda, y contra Doña Cristina , Don Tomás , clon Jose Manuel y Don Jose Antonio , representados por la Procuradora Sra. Botía Sánchez, y estimando en parte la reconvenición tácita formulada por estos últimos, debo declarar y declaro que los bienes muebles existentes en la masa hereditaria, a excepción del bastón, tienen carácter de gananciales por lo que la mitad de su valor deberá incluirse como pertenecientes a la herencia de Doña María Consuelo y la otra mitad como pertenecientes a la herencia de Don Jose María , dejando para ejecución de sentencia la partición de los mismos Donde por



el contador partidor se respetarán los legados y adjudicaciones que este último realizada en su testamento protocolizar el 26 julio 1.994, en la medida en que dichos bienes por su excesivo valor no deban incluirse, al realizar la partición, dentro de la parte que correspondería a la masa hereditaria de Doña María Consuelo de forma que si se produjera esta última situación, los herederos del Sr Jose María adquirirán el legado abonando cada uno en proporción a su parte de la herencia y entregarán el legado al legatario y si no fuera posible darán a éste su justa estimación las operaciones liquidatorias de dichos bienes muebles y su partición se llevarán a cabo en ejecución de sentencia en la forma que se dirá posteriormente. Debo declarar y declaro se eleve a público el cuaderno particional y liquidación de la sociedad de gananciales de los bienes relictos dejados a su fallecimiento por Doña María Consuelo , suscrito por sus herederos y cónyuge viudo, con fecha 20 de Diciembre de 1.992, condenando a los herederos demandados a otorgar, junto con los demandantes, la correspondiente escritura pública ante Notario, debiendo adicionarse al anterior cuaderno particional un nuevo cuaderno Donde se partan los bienes muebles antes referidos una vez que se realicen el inventario y las operaciones liquidatorias. Debo declarar y declaro que es ajustada a derecho la naturaleza jurídica, como bienes de la sociedad de gananciales atribuida en dicho cuaderno particional a las fincas comprendidas bajo los números NUM001 y NUM002 del inventario, así como que no procede la inclusión como bien privativo ni como perteneciente a la sociedad de gananciales, de la cuenta de plazo fijo núm. NUM000 existente en su día en Banca Catalana, Sucursal 92 de Avda de la Constitución de Murcia. Debo declarar y declaro la procedencia de realizar las operaciones particionales por fallecimiento de Don Jose María conforme a lo dispuesto en los testamentos otorgados por el mismo ante el Notario de Valencia Don Francisco Badía Gascó con fecha 8 de junio y 26 de julio con arreglo a las siguientes reglas: El inventario de los bienes muebles se efectuará en ejecución de sentencia con audiencia de las partes, y una vez que se valoren los bienes por peritos designados judicial- mente o de común acuerdo, se procederá a liquidar la sociedad de gananciales respecto de dichos bienes muebles inventariados y una vez realizado ello, según las normas expuestas con anterioridad para respetar en la medida de lo posible los legados y adjudicaciones, se procederá por el contador partidor Don Adolfo a realizar la partición de todos los bienes que constituyan la masa hereditaria de Don Jose María , y caso de que renuncie se procederá al nombramiento de contador partidor en ejecución de sentencia, pudiendo valerle el mismo de peritos que igualmente se designarán en ejecución de sentencia. En cuanto a los bienes muebles que correspondan a la masa hereditaria de Doña María Consuelo se procederá a su opinión por contador partidor que judicialmente se designe en ejecución de sentencia y en las proporciones establecidas en el cuaderno particional. Las operaciones divisorias en ejecución de sentencia en lo no establecido en esta resolución se regirán por lo dispuesto en la L.E. Civil para el juicio voluntario de testamentaría. Se incluirán como bienes pertenecientes a la herencia de Don Jose María los detallados en el hecho tercero de la demanda, con la salve- dad de los bienes muebles sobre los que ya nos hemos pronunciado con anterioridad, ya que su naturaleza jurídica es de bienes gananciales, por lo que la parte que de los mismos se incluirán en dicha herencia serían los que se le atribuyan una vez liquidada la sociedad de gananciales en lo que respecta a los mismos. En las operaciones particionales de la herencia de Don Jose María corresponderá a los hijos Doña Cristina , Don Jose Antonio y Don Tomás lo que por legítima estricta le corresponda, distribuyéndose el resto por octavas partes iguales entre los otro siete hijos Doña Gloria , Doña María Cristina , Don Jose Manuel , Don Marco Antonio , Doña María Inés , Don Iván v Doña Yolanda , y los herederos del fallecido hijo Don Donato , Doña Patricia , Don Marco Antonio y Doña Remedios . Debo condenar y condeno a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, así congo al otorgamiento, en su día, de la escritura pública de liquidación y adjudicación de herencia de Don Jose María conforme al cuaderno particional que se establezca en ejecución de sentencia y una vez la resolución aprobando el mismo adquiera firmeza. Debo declarar y declaro que cada parte abone las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Que contra la anterior sentencia y en tiempo y forma se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de los demandados y actores en reconvenición, Doña Cristina , Don Tomás , Don Jose Manuel y Don Jose Antonio , siéndosele admitido en ambos efectos, y, previo emplazamiento de las partes, se remitieron los autos originales a esta Audiencia Donde se formó el oportuno Rollo, compareciendo las partes indicadas en la calidad dicha, y previa instrucción de las mismas se celebró vista el día 4 de mayo de 2.000 a cuyo acto asistieron los Letrados de las partes personadas para solicitar el Sr. Letrado de la parte apelante la revocación de la sentencia apelada, y el Sr. Letrado de la parte apelada la confirmación de dicha sentencia, con imposición de costas al apelante.

TERCERO.- Que en la sustanciación de ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La defensa de las partes apelantes se muestra disconforme con la sentencia de instancia en las cuestiones que serán examinadas a continuación.



Así, en primer lugar, la Sala estima acertada la naturaleza de bien ganancial que se atribuye a las fincas de Totana, con los números NUM001 y NUM002, al estar incluidas con tal carácter en el cuaderno particional elaborado tras la muerte de Doña María Consuelo, y suscrito por todas las partes litigantes, de fecha 20 de diciembre de 1.992, de acuerdo con los razonamientos que se exponen en el fundamento jurídico segundo de la resolución recurrida, pues dicho cuaderno particional es vinculante y eficaz para las partes apelantes al haber firmado el mismo, no existiendo prueba alguna en las actuaciones de que hubieren aceptado dicho cuaderno particional por consentimiento viciado en virtud de engaño.

Se reproduce también en el acto de la vista la petición tercera del escrito de reconvención, relativa al carácter ganancial del importe de 16.000.000 Ptas., correspondiente a la venta de la finca del Cabezo de Torres, que tampoco puede ser aceptado, a tenor de lo razonado en el apartado último del fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida, pues está acreditado que la cantidad de dieciséis millones proceden de la venta de un bien privativo de Don Jose María, según se desprende de los documentos números 3 y 4, aportados con la demanda y demás documentos obrantes, careciendo pues de justificación la pretendida naturaleza ganancial de dicha cantidad por compensación con las ventas realizadas de otros bienes propiedad de Doña María Consuelo, pues sobre ésta no hay prueba alguna en los autos.

En cuanto a los bienes muebles, se acepta el carácter ganancial que se atribuye a los mismos respecto del matrimonio formado por Doña María Consuelo y Don Jose María, a que se refiere el fundamento jurídico segundo, aceptándose por la parte recurrente el carácter privativo del bastón de mando de Don Jose María, si bien pretende que se atribuya también carácter privativo de Doña Iván al denominado Niño Jesús de las Torres, sin embargo esta pretensión no puede ser aceptada, pues las partes demandantes y apeladas no han reconocido dicho carácter y por otro lado no existe prueba que desvirtúe la presunción de ganancialidad, prevista en el art. 1.361 del C. Civil.

SEGUNDO.- Se reproduce por las partes apelantes la pretensión formulada por vía reconvencional, relativa a la nulidad del testamento llamado ológrafo, de fecha 26 de julio de 1.994, que tampoco puede ser acogida, pues dicho testamento obrante al folio 102 a 106, reúne todos los requisitos previstos en el art. 688 del C. Civil, no perdiendo tal carácter por el hecho de que el propio testador lo protocolizase notarialmente en fecha 26 de julio de 1.994, habiéndose dictada resolución judicial, de fecha 23 de septiembre de 1.997, (folio 148), no habiendo lugar a admitir a trámite la protocolización judicial, pretendida al amparo de los arts. 689 a 693 del C. Civil, al estar ya protocolizado notarialmente, por lo que es evidente que estaba justificada la identidad del testamento en cuanto letra y firma del testador por la propia manifestación del testador ante notario, amén de que en el procedimiento declarativo, de que dimana el presente recurso de apelación, se solicitó la partición hereditaria del fallecido Don Jose María, conforme al testamento de 26 de julio de 1.994, (testamento ológrafo protocolizado), no habiéndose cuestionado por las partes demandadas la identidad de escritura y firma de dicho testamento por Don Jose María, como se desprende de lo relatado en el hecho segundo del escrito de contestación a la demanda, en el que sin negar la identidad del testamento, se muestra la disconformidad con lo dispuesto en alguna de las cláusulas del mismo.

TERCERO.- Finalmente se pretende que se declare la nulidad de los legados dispuesto por Don Jose María, por infracción del art. 861 del C. Civil, al haber dispuesto de bienes que no eran propios sino gananciales, que no puede ser acogida, pues el art. 864, dispone que "cuando el testador, (...) tuviesen sólo una parte o un derecho en la cosa legada, se entenderá limitado el legado a esta parte o derecho, a menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero", estando admitido el legado de cosa ganancial como válido, si en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudicó al testador ( STS 2 de marzo de 1.973 ), en concordancia con lo dispuesto en el art. 380 del C. Civil, en el sentido de que "la disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviere al tiempo del fallecimiento.

De acuerdo con estos artículos, y la reducción de las disposiciones testamentarias relativas a los legados, en protección de la legítima de los herederos forzosos, son válidos los legados dispuestos por Don Jon, en los términos que lógicamente se establecen en la parte dispositiva de la sentencia recurrida, en la que se establece que en la herencia del referido por el contador partidador se respetarán los legados realizados en el testamento de fecha 26 de julio de 1.994, en la medida en que dichos bienes por su excesivo valor no deban incluirse en la parte de la masa hereditaria de Doña María Consuelo, de forma que cuando sea posible se entregará el legado al legatario y si no fuere posible se dará a este su justa estimación.

Así pues, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto, debiendo en consecuencia confirmarse la sentencia de instancia íntegramente.

CUARTO.- Que de conformidad con el art. 710/2 L.E. Civil, procede imponer las costas de esta alzada a las partes apelantes al no concurrir circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición.



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

### FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña María Luisa Botía Sánchez en nombre y representación de Doña Cristina , Don Tomás , Don Jose Manuel y Don Jose Antonio debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Murcia en fecha 8 de septiembre de 1.999, en los autos de menor cuantía seguidos ante el mismo con el número 236/98, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se extenderán los oportunos testimonios, lo acordamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ