

Auto de la AP de Bizkaia de 28 de junio de 2011

En Bilbao, a veintiocho de junio de dos mil once.

Visto en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba indicados, el procedimiento ORDINARIO N.º 740/10, procedente del Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de Bilbao, y seguido entre las siguientes partes:

- Como apelante-demandante Eufrasia y Pilar representadas por la Procuradora Sra. Urizar Arancibia y dirigidas por el Letrado Sr. Padró Moreno.

- Como apelada-demandada Esteban representado por el Procurador Sr. Arenaza Artabe y dirigido por el Letrado Sr. Montero Zabala.

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho del Auto impugnado en cuanto se relacionan con el mismo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Auto de instancia de 27 de octubre de 2010 y su aclaratorio de fecha 10 de noviembre de 2010, son del tenor literal siguiente:

"PARTE DISPOSITIVA

Se estiman las excepciones opuestas por la parte demandada, D. Esteban, representado por el procurador D. Alberto Arenaza Artabe, frente a la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales Doña Begoña Urizar Arancibia, en nombre y representación de Doña Pilar y de DOÑA Eufrasia, acordando el sobreseimiento del presente procedimiento".

AUTO ACLARATORIO

PARTE DISPOSITIVA

1.- Se estima la petición formulada por Esteban de Âaclarar Ñel AUTO dictado en el presente procedimiento con fecha 27-10-10, en el sentido que se indica: Ê

"PARTE DISPOSITIVA

1.ÊSe estiman las excepciones opuestas por la parte demandada, D. Esteban, representado por el procurador D. Alberto Arenaza Artabe, frente a la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales Doña Begoña Urizar Arancibia, en nombre y representación de Doña Pilar y de DOÑA Eufrasia, acordando el sobreseimiento del presente procedimiento.

2. Se condena a la parte actora al abono de las costas".

2.- La referida resolución queda definitivamente redactada en el particular señalado en los antecedentes,

de la siguiente forma: Î

" *PARTE DISPOSITIVA*

1.ÊSe estiman las excepciones opuestas por la parte demandada, D. Esteban, representado por el procurador D. Alberto Arenaza Artabe, frente a la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales Doña Begoña Urizar Arancibia, en nombre y representación de Doña Pilar y de DOÑA Eufrasia, acordando el sobreseimiento del presente procedimiento.

2. Se condena a la parte actora al abono de las costas"

Incorpórese esta resolución al libro de autos y llévase testimonio a los autos principales".

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de los *demandantes* se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el n° 128/11 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para votación y fallo.

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

Ha sido Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada D.^a REYES CASTRESANA GARCÍA.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Dña. Pilar y Dña. Eufrasia, hija y viuda de D. Esteban que falleció bajo testamento en el que lega a su esposa, a su elección, el quinto de libre disposición de su herencia o el usufructo universal y vitalicio y le otorga poder testatorio para que como comisario disponga de todos sus bienes a favor de su hija y de los descendientes que ésta pudiera tener, formulan demanda de juicio ordinario contra su tío y cuñado, D. Esteban, interesando en su suplico se declare sin efecto el testamento otorgado por el abuelo y suegro D. Bernabe en cuanto priva sin apartamiento a su hijo D. Hermenegildo de sus derechos sucesorios, declarando el derecho de D. Hermenegildo a la mitad de los bienes de su padre D. Bernabe, o, subsidiariamente, a las dos quintas partes. Se basa en que en el testamento de D. Bernabe se dejaron dos legales a cada uno de sus hijos respecto de la casa señalada con el n° NUM000 de DIRECCION000 Bidea de Erandio, y en el remanente de todos sus bienes y derechos instituyó heredero a su hijo D. Esteban, cuando los bienes inmuebles legados eran propiedad de los propios legatarios con anterioridad al otorgamiento del testamento, por adjudicación de la herencia de su madre Dña. Filomena, sin que por lo tanto exista fórmula alguna de apartamiento,

citando a tal efectos los arts. 54, 57.2 y 65 de la Ley 3/1992 de 1 de julio de Derecho Civil Foral del País Vasco.

El demandado D. Esteban invocó la falta de legitimación activa de la actora Dña. Pilar, porque durante la existencia de la comunidad de bienes o haber hereditario entre los hijos del causante y su cónyuge viudo designado comisario en el testamento con facultades de administración y representación corresponde al cónyuge viudo dichas facultades con carácter exclusivo y excluyente, así como defecto legal en el modo de proponer la demanda, puesto que el suplico de la misma es ambiguo, impreciso y carente de fundamento al solicitar la nulidad del testamento cuando peticiona "dejar sin efecto el testamento", pero sin invocar causa de nulidad testamentaria alguna, siendo que la fundamentación de la demanda se constriñe a los preceptos del Código Civil y de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco sobre el apartamiento, entendiéndose que no concurre preterición del potencial heredero D. Hermenegildo al ser invocado en el testamento, siendo cuestión diferente la acción de complemento de la legítima que debería ejercitarse en el procedimiento de partición de la herencia.

El auto que es objeto de apelación acuerda el sobreseimiento del procedimiento, toda vez que, apreciada la falta de legitimación activa de la demandante Dña. Pilar, estima la excepción opuesta por el demandado D. Esteban de inadecuación de procedimiento por razón de la materia y forma defectuosa de plantear la demanda.

Contra el mismo han interpuesto recurso de apelación las demandantes Dña. Pilar y Dña. Eufrasia, en los términos que a continuación pasamos a examinar.

SEGUNDO.- Muestra su disconformidad la parte apelante con la apreciación de la falta de legitimación activa de Dña. Pilar, al no haber aceptado la herencia de su padre ni constar que su madre, el cónyuge viudo designada comisaria, haya hecho uso del poder testatorio que le fue concedido por el fallecido D. Hermenegildo, alegando que se ha incurrido en una errónea aplicación de la normativa jurídica representada por el *art. 999 del Código Civil* que establece que la aceptación de la herencia puede ser expresa o tácita, siendo que la presentación de esta demanda sobre derechos hereditarios de su padre conlleva la aceptación tácita de la herencia de su padre y le confiere legitimación.

Este motivo de impugnación debe ser rechazado.

No es de aplicación al supuesto de autos lo establecido en la legislación común a que se refiere el *art. 999 del Código Civil* cuando regula la aceptación tácita del instituido heredero, sino las especialidades del derecho foral de aplicación al caso de autos y que están contempladas en la *Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco*, toda vez que no consta la liquidación de la comunicación foral del fallecido D. Hermenegildo con la codemandante Dña. Eufrasia y sí por el contrario la existencia de poder testatorio a favor de la viuda no ejercitado hasta la fecha. Por ello es de aplicación lo establecido en el *art. 105* en relación con el *art. 104 de la Ley Foral* que dispone que "si el causante hubiera designado comisario... mientras los bienes continúen en este estado, el cónyuge viudo, salvo disposición contraria del testador, será el único representante de la herencia y administrador de todo el caudal, en tanto no medie aceptación de la herencia por los sucesores designados" y el *art. 40* que regula que "mientras no se difiera la sucesión y la herencia sea aceptada, será representante y administrador del causal la persona que el testador hubiera designado en el testamento... a falta de designación, representará y administrará la herencia el cónyuge viudo y, en defecto de éste, el propio comisario". Así la Sentencia de 22 de diciembre de 2.010 de

esta Audiencia Provincial de Bizkaia ha dicho que "... resultando que consolidada la comunicación foral sin haberse dado aún ni su partición ni su adjudicación y no habiendo hecho uso del poder testatorio conferido a su favor la viuda, resulta que quien tiene la representación y administración de esa masa patrimonial, mientras no se de aquella y se use éste, lo es la Comisaria, sin que el actor ostente ni la cualidad de heredero ni la de representante de la herencia yacente por más que sea hijo del fallecido, ya que aun no ha sido designado heredero no realizando acto alguno que evidencie su designación o consideración como tal". No genera legitimación activa la mera expectativa de la actora de ser heredera, toda vez que en la *cláusula segunda* del testamento de su padre el poder testatorio a favor del cónyuge viudo se hace en favor de su hija y de los descendientes que ésta pudiera tener, y ello con prórroga del plazo legal por todos los años que viviera su cónyuge, y termina por disponer que "En tanto no haga uso del poder, retendrá la administración de los bienes relictos".

TERCERO.- En segundo lugar denuncia la parte apelante indebida apreciación de defecto legal en el modo de proponer la demanda, al sostener que en la fundamentación de la demanda anuncia que ejercita acción a los fines de que se reconozca a D. Hermenegildo los derechos sucesorios en la herencia de su padre D. Bernabe, ya que en su testamento sin existir apartamiento se le priva de aquéllos siendo legitimario y en tal sentido debe dejarse sin efecto, señalando que en la audiencia previa quedó subsanada cualquier oscuridad respecto de su petición, precisando que no se trata de que el testamento sea nulo, sino de un supuesto de privación de derechos sucesorios sin apartamiento, reclamando los derechos sucesorios, y a tal efecto se les debe reconocer que tienen derecho a la mitad de la herencia o subsidiariamente a dos quintos de la misma, reiterando que su pretensión es de reconocimiento de derechos sucesorios. Añade que su pretensión quedó clara y precisa: que se declare el derecho de Dña. Hermenegildo a la mitad de los bienes de su padre o subsidiariamente a las dos quintas partes. Por otro lado, mantiene que no está solicitando ningún complemento de legítima del *art. 815 del Código Civil*, sino reconocimiento de derechos hereditarios y este reconocimiento debe encauzarse a través del juicio ordinario, porque la división de patrimonios tiene por objeto la división de la herencia *ex art. 782 de la LECn*.

Ratificamos la apreciación del defecto legal en el modo de proponer la demanda que se realiza en el auto recurrido.

Vemos, de una simple lectura de la demanda, que la parte actora lo primero que postula es que se "declare sin efecto el testamento... (estableciendo como causa o explicando) en tanto priva sin apartamiento a su hijo D. Hermenegildo, de sus derechos sucesorios, (teniendo como efecto) declarando el derecho de D. Hermenegildo a la mitad de los bienes de su padre D. Bernabe o, subsidiariamente, las dos quintas partes", es decir, en el *petitum* se pide la nulidad del testamento con la consecuente declaración de derechos hereditarios, pero sin especificar en la fundamentación fáctica-jurídica la causa de nulidad prevista en el *artículo 687 del Código Civil*, si bien expone en la "causa petendi" preceptos referidos al apartamiento del legitimario regulados en los *arts. 54. 57.2 y 65 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco*. La demanda rectora de esta litis es defectuosa al contener su *petitum* un mal planteamiento de la acción ejercitada, además de la evidente ambigüedad en su redacción, y estar carente de fundamentación jurídica. La vertida en la demanda es a su vez contradictoria en cuanto se basa en el instituto de la preterición, que conlleva la validez del testamento, creando una confusión irresoluble. No es dable que por la vía del *art. 416 ó 425 de la LECn* se produzca una alteración sustancial de la pretensión en la audiencia previa, defendiendo la validez del

testamento y el reconocimiento de derechos hereditarios por mor de una preterición, lo que está proscrito en el *art. 426.1º de la LEC*, siendo que las alegaciones vertidas en la audiencia previa no cabe reputarlas como aclaraciones y precisiones sino como una alteración sustancial de la pretensión ejercitada, en relación con el *art. 399 de la LECn* que exige que se fije con claridad y precisión lo que se pida, en armonía con el principio de congruencia establecido en el *art. 218 de dicha Ley*, amén de situar a la parte contraria en clara indefensión.

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2.010 aprecia infracción del *art. 218.1 de la LECn*, en su proyección *constitucional*, del *art. 120* de la Constitución Española, ya que la incongruencia es clara en su aspecto de incongruencia extra petita, entendida, como dice la sentencia del Tribunal Constitucional 194/2005, 18 de julio, cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones (Sentencias de 13 de mayo de 2002, 29 de septiembre de 2006 y 17 de noviembre de 2006), al contemplar un caso muy parecido al presente de que la acción iba dirigida a la nulidad o ineficacia de sendas cláusulas testamentarias y la sentencia de la Audiencia Provincial no entra en la cuestión, sino que resuelve sobre la existencia de una deuda y sobre la imputación de una donación, extremos que no fueran objeto de la litis.

CUARTO.- La desestimación del presente recurso de apelación conlleva la imposición de las costas procesales causadas en esta alzada, a la parte apelante, de conformidad con el *art. 398.1º de la LECn*.

Respecto al depósito constituido por el recurrente, debe procederse conforme a lo dispuesto en el apartado 9 de la DA 15ª de la LOPJ y, por tanto, ha de ser transferido por el Secretario Judicial a la cuenta de depósitos de recursos desestimados.

VISTOS los artículos citados y los de legal y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Pilar Y DOÑA Eufrasia, representadas por la Procuradora Dña. Begoña Urizar Arancibia, contra el Auto dictado el 27 de octubre de 2.010 y el aclaratorio de 10 de noviembre de 2.010, por el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Bilbao, en el Procedimiento Ordinario nº 740/10, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** los mismos por la falta de legitimación activa de Dña. Pilar y por el indicado defecto legal de mal planteamiento de la demanda rectora del presente proceso, con expresa imposición de la costas procesales causadas en esta alzada a las apelantes.

La confirmación de la resolución recurrida conlleva la pérdida del depósito constituido para recurrir, que será transferido por el Secretario Judicial a la cuenta de depósitos de recursos desestimados.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así, por este Auto, lo acuerdan, mandan y firman los/as Ilmos/as. Sres/as. que lo encabezan. Doy fe.