

SAP de Bizkaia de 15 de abril de 2009

En Bilbao, a quince de abril de dos mil nueve.

Visto en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Srs. Magistrados, el procedimiento PRO. ORDINARIO L2 230/07, procedente del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 3 DE GETXO y seguido entre partes: Como apelante Frida representada por la Procuradora Sra. Arruza Doueil y dirigida por el Letrado Sr. Fernández de Bilbao y Paz y como apelada que se opone al recurso Palmira y Millán representados por el Procurador Sr. Ors Simón y dirigidos por la Letrada Sra. Acha Mancisidor.

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia de instancia de fecha 10 de Enero de 2008 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: Desestimar íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra Basterra en nombre y representación de Dña Frida asistida por el Letrado Sr Fernández Bilbao contra D. Millán y Dña Palmira representado por la Procuradora Sra Arcocha y asistidos por la Letrada Sra Acha y en consecuencia declaro que la actora Dña Frida, carece de derechos sobre la herencia de su finado padre, por haber sido preterida intencionalmente equivaliendo dicha preterición al apartamiento en Derecho Civil Foral del País Vasco. y condeno a la actora al pago de las costas."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandante 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 nº 236/08 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. Magistrado DÑA. LOURDES ARRANZ FREIJO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia de instancia concluye que la demandante ha sido preterida intencionadamente de la herencia de su padre, lo que conforme a la legislación Civil Foral aplicable al testamento otorgado por el causante, equivale a su apartamiento por lo que no ostenta derecho alguno, desestimando por ello todas las pretensiones que en la demanda se ejercitaban.

Frente a dicha resolución se alza la actora, quien admitiendo que la omisión de su llamamiento en la herencia de su padre constituye una preterición intencional, discrepa que el efecto de tal preterición sea su apartamiento de la totalidad de la herencia, sosteniendo que la ausencia de disposición específica en la LDCFPV, sobre los efectos de la preterición intencional de los sucesores forzosos, debe suplirse aplicando por analogía las disposiciones del C.c. y en concreto el *art.814 del C.c., correspondiéndole por ello la mitad de las cuatro quintas partes de la herencia de su padre.*

SEGUNDO.- El fundamento básico de la Sentencia de instancia para estimar que la preterición de la recurrente en el testamento de su padre debe tener los efectos de un apartamiento, es el de que tal conclusión es la única que resulta conforme con el principio de libertad de distribución de la herencia que rige en el DCFPV, y que supone la inexistencia de una legítima individual que deba protegerse, por ello y ante el silencio en la Ley Foral sobre los efectos de la preterición intencional, habrá de concluirse que tal silencio debe interpretarse como exponente de la voluntad del legislador de no dotar de efecto alguno a tal preterición excluyendo de todo derecho al heredero forzoso no llamado a la herencia.

No compartimos tal fundamento.

Y no lo compartimos porque entendemos, que preterición y apartamiento no son instituciones asimilables a salvo de que la ley establezca tal asimilación, porque la preterición por propia definición, supone la ausencia de todo requisito positivo, y sin embargo la regulación del apartamiento si bien no requiere un formulismo especial si requiere una serie de requisitos, que van dirigidos a asegurarse que la voluntad del testador quede debidamente reflejada, y pueda ser respetada sin dudas sobre el alcance del contenido de la disposición testamentaria.

Establece el *art.54 de la LCFPV*:

"El testador podrá distribuir libremente los bienes que integran la sucesión forzosa entre los sucesores comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el *artículo anterior, o elegir a uno solo de ellos, apartando a los demás, e incluso preferir al de grado más remoto frente al de grado más próximo.*

Los sucesores forzosos podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de su sucesión.

Los descendientes de otro descendiente no apartado representan a éste en la sucesión del ascendiente. En otro caso, la preterición no intencional dará derecho al preterido a reclamar una cuota igual a la del sucesor de igual grado menos favorecido."

El testamento de autos es del tenor literal siguiente:

"Que nació.....; se halla casado con Dña. Palmira, de cuyo matrimonio, único por ambos contraído, tiene un hijo llamado Millán, y que tiene vecindad civil foral vizcaína-
-----"

En las cláusulas testamentarias se establecen distintas disposiciones en favor de los mencionados esposa e hijo sin referencia alguna a la parte actora.

De los términos en los que el testamento es redactado, la única conclusión cierta que podemos alcanzar es que el causante no quiso mencionar a su hija hoy recurrente, pues conocía su existencia, pero ese sólo dato no nos permite afirmar que el motivo de ello fuera el deseo de apartarla de la herencia (lo que podía haber hecho con sólo mencionarla), pues tal omisión también pudiera deberse a otros motivos (no enfrentarse a sus otros sucesores), con lo que no podremos afirmar que la falta de llamamiento de su hija responda a una clara voluntad de apartarla tal como exige el precepto citado.

Tal conclusión se ve confirmada porque cuando la *Ley ha querido equiparar el apartamiento y preterición lo ha hecho, y así en el art. 135* de la misma Ley Civil Foral (aunque tal precepto no resulte aquí de aplicación por ser Derecho Ayales), equipara expresamente el apartamiento tácito y la preterición intencional; el *art. 57 de la LCFPV* permite el apartamiento tácito entre colaterales y el *art. 54.3 de la LCFPV* que, tal como sostiene la recurrente, supone la excepción al apartamiento expreso, en el caso de que concurren descendientes de grado más próximo, con otros de grado más remoto, cuando el cabeza de estirpe de éstos ha premuerto.

Entendemos que el no llamamiento de un heredero forzoso a la sucesión, no puede asimilarse al apartamiento porque aunque el *art. 54 de la LCFPV*, no exija una fórmula legal para dar por válido el apartamiento, no quiere decir que se elimine una expresión formal de la voluntad de realizarlo, y de hecho el *art. 65 LCFPV*, que regula las demás formas de deferir la sucesión, exige un requisito de forma para el apartamiento, careciendo de sentido que se remita al cumplimiento de los requisitos formales de los *arts.54 y 57 de la LCFPV*, si en tales preceptos no existiera formalismo alguno, careciendo así mismo de sentido exigir requisitos de forma en el apartamiento cuando la sucesión se defiende en capitulaciones, pacto sucesorio, o donación y no cuándo ésta se haga en testamento (*arts. 27 y 65 de la LCFPV*).

El TSJPV, en su Sentencia de 17 de enero de 1995 en el recurso 2/1994, aunque sin abordar específicamente la cuestión aquí litigiosa, entiende cumplida la exigencia de existencia de una manifestación clara de la voluntad del testador, en el caso de un testamento en el que <después de manifestar el matrimonio que tuvo contraído y los hijos habidos en él, incluso nombrando a todos ellos, en la última de las cláusulas testamentarias "excluye y aparta de la herencia a sus hijos y descendientes no llamados a ella">, de lo que se infiere que al menos habrá de nombrarse al heredero apartado.

Por otra parte, del contenido de la *clausula segunda* en la que se otorga poder testatorio a la viuda designándole comisario y ordenándole que disponga de los bienes en favor de su hijo y descendientes, se desprende el conocimiento del testador de la necesidad de apartar pues en la misma cláusula dispone que las disposiciones que ordena se llevaran a efecto < haciendo al efecto las donaciones, legados, instituciones de herederos, exclusiones y apartamientos con arreglo al Derecho Foral Vizcaíno.>

En definitiva, el causante sabiendo que tenía una hija decidió no mencionarla en el testamento ni para instituir la, ni para apartarla con poco o con nada, algo que podía haber hecho con sólo reconocer su existencia en dicho testamento, no lo quiso así, pero eso no significa que no quisiera que heredase.

TERCERO.- Llegados a este punto y puesto que la LCFPV, no regula cual es el efecto de violar la intangibilidad de la legítima, habrá de estarse por aplicación de lo dispuesto en el *art. 3 de la LCFPV*, a lo dispuesto en el *Código Civil en los casos de preterición intencional de un heredero forzoso (art. 814)* y puesto que la legítima de los descendientes en la LCFPV (*art.55*) se halla constituida por los cuatro quintos de la totalidad de los bienes del testador, y siendo dos los legitimarios, y no habiendo hecho uso el testador de su libertad de distribución de la herencia en ninguna forma, habrá de atribuirse a la recurrente la mitad de dicha legítima es decir los dos quintos de la herencia de su padre, estimando por tanto la demanda interpuesta condenando en costas a los demandados (*art.394 de la LEC*).

CUARTO.- Estimándose el recurso no se hará pronunciamiento sobre costas (*arts. 394 y 398 LEC*).

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Frida contra la Sentencia de fecha 10 de Enero de 2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Getxo, en el procedimiento PRO.ORDINARIO L2 230/07, de que el presente rollo dimana; debemos revocar y revocamos dicha resolución y con estimación íntegra de la demanda presentada por Frida contra Millán y Palmira ; debemos declarar y declaramos que:

1º) La demandante Dña. Frida es legitimaria o heredera forzosa de D. Millán, en concepto de hija del mismo, obligando al demandado y heredero universal D. Millán Y a la usufructuaria Dña. Palmira a estar y pasar por dicha declaración.

2º) La demandante Dña. Frida como legitimaria de D. Isidro, ha sido preterida en la sucesión testamentaria del mismo, obligando al demandado y heredero universal D. Millán y a la usufructuaria Dña. Palmira a estar y pasar por dicha declaración.

3º) Que dicha preterición ha sido intencional, razón por la que la cuantía de los derechos legitimarios de la demandante es de la mitad de las cuatro quintas partes de la herencia de D. Isidro, es decir, dos quintos de la misma, obligando al demandado y heredero universal D. Millán y a la usufructuaria Dña. Palmira a estar y pasar por dicha declaración.

Condenando a los demandados al pago de las costas de la instancia y sin pronunciamiento sobre las costas de la apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.