

SAP de Bizkaia de 15 de junio de 2015

En Bilbao (BIZKAIA), a quince de junio de dos mil quince.

La Audiencia Provincial de Bizkaia -Sección Cuarta, constituida por los Ilmos. Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de División herencia LEC 2000 152/2012 del UPAD de 1ª Instancia e Instrucción nº 4 de Durango, a instancia de D. XXX, apelante-demandante, representado por la Procuradora Sra. XXX y defendido por el Letrado Sr. XXX, contra Dª. YYY y D. ZZZ, apelados-demandados, que se oponen al recurso e impugnan la sentencia, representados por la Procuradora Sra. XXX XXX y defendidos por el Letrado Sr. XXX; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 8 de julio de 2014.

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 8 de julio de 2014 es del tenor literal siguiente:

"FALLO

Estimando parcialmente la demanda presentada por la Procuradora Sra. XXX en nombre y representación de Don XXX y la oposición al cuaderno particional formulada por la Procuradora Sra. XXX nombre y representación de XXX y XXX se acuerda que el cuaderno particional debe quedar constituido de la siguiente manera:

- ACTIVO (407.524,45 euros):

- Efectivo: 14.987,42 euros
- Créditos de la herencia a cargo de Don XXX: 35,03 euros
- Inmueble: 387.442€
- Muebles: 5.060 €

- PASIVO (24.823,4W):

- Créditos de Don XXX contra la herencia: 6.104,16 euros
- Créditos de Don XXX contra la herencia: 14.799,39 euros
- Otros gastos: 3.919,91 €

- HABER HEREDITARIO REPARTIBLE (activo-pasivo): 382.700,99€

Teniendo en cuenta lo anterior, y con pleno respeto a las normas forales y a la voluntad de la testadora se adjudica:

- A XXX: caldero rojo de bronce y dos juegos de sábanas heredadas: 360 euros.

- Haber hereditario: 382.340,99€ (corresponde a cada uno 191.170,495€)

• A XXX: 75,2221% sobre la finca indivisa Casería XXX y pertenecidos: 291.442€

• 50% del metálico existente en las cuentas corrientes: (11.067,51€): 5.533,755

• Motocultor o mula mecánica Agría 2700DL: 1.200€

• Segadora AIFA MF 86: 650€

• Joyas ya en su poder: 300€

• Crédito de la herencia contra él: 35,03€

• Crédito de él contra la herencia: 14.799,39€

TOTAL ADJUDICADO: 284.361,395

LE CORRESPONDE: 191.170,495

EXCESO: 93.190,9€

• A XXX

• 24,7779% sobre la finca indivisa Casería XXX y pertenecidos: 96.000 €

• 50% del metálico existente en las cuentas corrientes: (11.067,51€): 5.533,755

• Joyas en su poder: 2.550€

• Crédito de él contra la herencia: 6.104,16€

TOTAL ADJUDICADO: 97.979,595

LE CORRESPONDE: 191.170,495

A SU FAVOR: 93.190,9€

Habiéndose adjudicado en exceso a Don XXX, éste deberá compensar a Don XXX la cantidad de 93.190,90 euros

No hay imposición de costas."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación del demandado 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 95/15 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 **Dña. LOURDES ARRANZ FREIJO**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Interpuesta demanda en ejercicio de división judicial de herencia, y tras dar al procedimiento la tramitación legalmente prevista, se procedió por el contador partidor designado, a la formulación del inventario de la herencia y adjudicación de bienes en favor de los herederos y legatarios, formulándose oposición frente a dicho cuaderno, por los herederos y también legatarios, a la sazón demandante y demandado en este procedimiento.

La resolución recurrida, resuelve sobre los motivos de oposición hechos valer por ambos litigantes, acordando el inventario de bienes y la adjudicación de la herencia en los términos que se recogen en los antecedentes de hecho de esta resolución.

El demandante interpone recurso de apelación, y el demandado impugna la sentencia, en los términos que seguidamente se expondrán.

SEGUNDO.-El demandante D. XXX, impugna en primer lugar el pronunciamiento de la sentencia recurrida, que ha denegado la inclusión de un crédito de la herencia yacente por las extracciones sin justificar por parte del demandado D. XXX en la suma de 29.300 euros.

Solicita que se mantenga un crédito en favor de la herencia por el importe de 23.195,84 (29.300 euros extraídos de la cuenta de su madre, a los que se le han restado 6.104, 16 euros que la contadora estima como admisibles), alegando al efecto que este último importe no es un crédito de D. XXX frente a la masa, sino una minoración de la deuda preexistente, por cuanto que fue sacado de la cuenta de la madre y no aportado del patrimonio del hijo.

Solicita por ello la exclusión del pasivo, del crédito de D. XXX frente a la herencia por importe de 6.104 euros.

El motivo de recurso no se acoge.

Diremos en primer lugar que el ahora recurrente está alterando los términos de su oposición, pues recogiendo en el cuaderno particional la existencia de un crédito en favor de D. XXX por importe de 6.104 euros, no se opuso a su inclusión, y por tanto nada puede oponerse ahora en ese aspecto. La partida que fue objeto de litigio, fue la que había determinado un crédito en favor de la herencia, y a cargo de D. XXX, por importe de 29.3000 euros, partida que fue objeto de oposición por dicho demandado, acogiendo en la sentencia los motivos hechos valer por el mismo, motivos de oposición que este Tribunal estima correctamente acogidos, por cuanto que tal importe no puede formar parte de la masa hereditaria, pues era inexistente al momento del fallecimiento de la causante, y además había sido debidamente justificado su destino en el expediente de rendición de cuentas, expediente en el que el ahora recurrente no formuló oposición alguna.

TERCERO.-El único bien inmueble del que la causante dispuso en el testamento, haciéndolo en forma de prelegado, y que en el cuaderno particional fue objeto de adjudicación al 50% a los hoy litigantes, fue objeto de oposición por ambas partes, resolviendo la sentencia de instancia tales motivos de oposición, realizando el inventario, adjudicación, y liquidación de la herencia en los términos que constan en el Fallo de la sentencia de instancia, que se recoge en su integridad en los antecedentes de hecho de esta resolución.

Como ya hemos dicho, nuevamente en esta alzada, ambas partes muestran su disconformidad con los términos en los que la sentencia de instancia ha acordado el inventario, adjudicación y liquidación de la herencia.

Para resolver los motivos de apelación que las partes hacen valer a través de su recurso (demandante) y de su impugnación (demandado), deberemos de partir de los términos de las disposiciones testamentarias hoy objeto de litigio:

“DISPONE

PRIMERO.- Prelega a su hijo DON XXX, ocho mil metros cuadrados del terreno Labrante, pertenecido del lado oeste de la casería denominada XXX, número cuarenta y seis, y que linda, por Norte, con resto de la heredad; Este, Domingo y XXX; Sur, arroyo y XXX; y Oeste el de XXX. Estos ocho mil metros quedaran en la parte de la heredad más separada de la casa. Y el cincuenta por ciento del metálico existente al fallecimiento de la testadora.

SEGUNDO.- Prelega su hijo DON XXX:

A) El lado Oeste de la Casería XXX y pertenecido, o sea el resto del Terreno labrante, parcela situada junto a la casa; con la obligación de dejar paso a la porción legada en la cláusula anterior a su hijo XXX, de tres metros de anchura por su lado Oeste, o sea por donde linda con XXX. Este paso quedará sin efecto automáticamente en el instante mismo en que el predio dominante pase a ser propiedad de terceras personas, que no sean el cónyuge o descendientes del legatario.

B) El garaje situado junto al lado oeste de la Casería XXX, numero dieciséis.

C) El horno situado en la heredad anteriormente citada.

D) Y la maquinaria y los aperos de labranza.

E) Y el cincuenta por ciento del metálico existente al fallecimiento de la testadora.

TERCERO.-Lega a su nieta DOÑA XXX, un caldero royo y dos pares de sábanas blancas.

CUARTO.-Instituye herederos de todos sus bienes, derechos y acciones a sus hijos DON XXX Y DON XXX, por mitad e iguales partes.

CUARTO: Sustituye u los herederos y legatarios en caso de premoriencia por sus respectivos descendientes.

QUINTO: Aparta y excluye de los legados e institución precedentes, a todos los demás no llamados en los mismos.

SEXTO: faculta a los legatarios para tomar posesión por sí mismo de lo legado."

En base a dichas disposiciones, sostiene el demandante (recurrente) que dichos prelegados son válidos y son parte de la herencia, pero no pueden ser computados entre los bienes a repartir, ya que la testadora ya ha dispuesto expresamente el destino de los mismos, olvidando el cuaderno particional impugnado, que estamos sometidos al derecho foral vizcaíno, sumando la totalidad de todos los bienes, incluidos los prelegados, dividiéndolos en partes iguales, haciendo caso omiso a los expresos apartamientos sobre alguno de ellos.

Solicita por ello la revocación de la sentencia, manteniendo los prelegados, con indicación de la parte de la finca que a cada uno concierne, así como del porcentaje o cuota de participación que corresponde a cada una de estas partes sobre el total, en función del valor adjudicado pericialmente, de donde se desprende que habiéndose valorado el total de la finca en 387.442 € de los que corresponden a la parte legada D. XXX (demandado) un valor de 96.000 euros, su cuota sobre el total representa un porcentaje de participación en la finca indivisa del 24,7779 %, mientras que la parte legada a D. XXX (demandante-recurrente), que recibe un valor de 291.442€ será titular de una cuota o porcentaje del 75,2221% € del total de la fina indivisa.

De acuerdo con ello la adjudicación deberá de hacerse a cada uno por el porcentaje del total que corresponde a lo legado, con indicación del uso y aprovechamiento excluyente que corresponde a cada legatario, sobre la concreta parte que le ha sido concedida, en tanto dure a indivisión entre los coherederos para el caso de resultarla finca indivisible.

Por su parte el demandado sostiene en su impugnación que los trozos prelegados de la Casería XXX, no existen en derecho, porque no se puede segregar la Casería para que las adjudicaciones objeto de aquellos existan en derecho .Si son inexistentes jurídicamente no pueden ser considerados como tales bienes integradas en el caudal hereditario (art. 786.2.1º) de la LEC,y si ,al contrario ,estará integrada en dicha masa hereditaria la casería, la cual al no haber sido legada a nadie en particular corresponde (art.858 a sensu contrario y art. 888 C.C.) por partes iguales a los herederos, instituidos por partes iguales conforme a la cláusula cuarta del testamento, unido a la obligación de entregar bienes de la misma cosa, especie y calidad a los coherederos (art. 1.061 del C.C.).

En consecuencia se puede adjudicar el 100% de la propiedad indivisa de la Casería al demandante, pero la compensación que procedería en tal caso, sería por el 50% del valor de la finca, pues los trozos legados no existen jurídicamente.

Subsidiariamente, se debe revocar parcialmente la resolución recurrida, y en sus méritos adjudicar la Casería en pro indiviso a partes iguales, entre D. XXX y D. XXX.

Planteado así el ámbito de esta apelación, deberemos resolver en primer lugar la impugnación pues de estimar inexistentes los prelegados, el recurso en todo caso sería desestimado.

CUARTO.-La impugnación se desestima.

Sostiene la recurrente que la indivisibilidad administrativa de la Casería, que impide su reparto en los términos previstos por la causante, convierte *en* legado en inexistente al tener por objeto una cosa que esta fuera del comercio (art. 865 del C.C.).

Tal alegación carece de todo fundamento, el legado no tiene por objeto una cosa fuera del comercio, concepto que hace referencia a la imposibilidad de ser objeto de transmisión por imposibilidad de apropiación o uso inagotable (el aire, el mar), o por

prohibición legal tales como las servidumbres, la herencia futura, las cosas de dominio público...

De hecho la postura de la propia recurrente, reconoce la legalidad de la atribución porcentual de la Casería que se hace en el testamento, pues en su petición subsidiaria admite la viabilidad de un reparto igualitario, que en ningún caso sería posible si se admitiese su punto de partida, de inexistencia del legado por indivisibilidad, inexistencia que, tal como razona la juzgadora de instancia, en ningún caso se ha hecho valer, y por tanto no se puede cuestionar la validez del testamento otorgado, y de todas sus disposiciones.

La indivisibilidad administrativa, no obsta a la validez de la transmisión realizada conforme a las normas civiles de aplicación y único que ha provocado es que se hayan tenido que valorar las zonas adjudicadas, para poder establecer la proporción que correspondía a cada uno de los legatarios.

Añadiremos además, que la pretensión de la impugnación obvia la voluntad de la testadora, claramente expresada en su testamento, y por ello la división por cuotas que realiza la sentencia (aunque luego no lleve sus consecuencias hasta el final), es la que se ajusta a tal voluntad, siendo la que debe de realizarse en supuestos de indivisibilidad.

QUINTO.- Se acoge el recurso.

Diremos como punto de partida, que la contadora partidora, apartándose de su criterio expuesto en el cuaderno, modificó sus conclusiones, en base a idénticos razonamientos a los que hoy hace valer la parte recurrente.

La sentencia recurrida, como ya hemos dicho, establece los porcentajes de participación en la Casería, en función de las disposiciones del testamento, pero sin embargo, considera su valor como computable y colacionable, lo que en definitiva le lleva a no respetar la adjudicación porcentual, haciendo de esa forma caso omiso del apartamiento expresamente recogido en el testamento, y en concreto en su cláusula quinta arriba transcrita.

Resulta de plena aplicación al supuesto de autos la sentencia de esta misma Sala que cita la recurrente en la que, recogiendo la doctrina de la sentencia del TSJPV de 3 de febrero de 2010 dijimos:

"Este esquema, desde el punto de vista estructural, es el que también sigue la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco al diferenciar (artículo 62 LDCF) entre "donaciones computables" (nº 1 y 2) y "donaciones colacionables" (nº 3 y 4), si bien es verdad, y por eso lo de estructural, que el principio de libre distribución de los bienes que integran la sucesión forzosa entre los herederos forzosos o la elección de uno solo de ellos, apartando u los demás (artículo 54 LDCF), determina que la Ley del Derecho Civil Foral autorice al testador u excluir de la computación aquellas donaciones en las que medie apartamiento expreso (artículo 62.1, párr. 37, lo que no resulta posible en el

derecho común, pues al asentar el Código Civil la regulación de la legítima sobre el principio contrario de intangibilidad (artículo 813 CCv), necesariamente ha de computar, a los efectos de la antes denominada reunión ficticia, el valor de las liberalidades efectuadas en vida del causante (artículo 818 CCv), por más que el donante hubiera dispensado al favorecido con la liberalidad de la obligación de aportar a lo masa hereditaria el valor que tuviera (artículo 1036 Cv), pues como ya se ha encargado de aclarar el Tribunal Supremo (STS 14-12-2005) la dispensa de colación no exime del deber de respeto a la legítima, que impone la reducción de la donaciones inoficiosas, dado que este deber subsiste aun cuando las donaciones no tengan en principio carácter colacionable.

Pues bien, lo que se dispone, partiendo de ese principio de libertad de elección y distribución (artículo 54 LDCF), en orden al cálculo de la cuota legitimaria, ol considerar "donaciones computables", en lo que ahora interesa, "...todas aquéllas en que no medie apartamiento expreso" (artículo 62.1, párr. 37, está en perfecto correspondencia y guarda pleno coherencia con lo que también se establece, en lo tocante a las "donaciones colacionables" al considerar como tales, también en lo que ahora interesa, aquellas en las que el donante ..." no haga apartamiento expreso" (artículo 62.3 LDCF), que, pese a lo poco afortunado de su redacción, es como debe ser entendido lo enunciado legalmente: "No serán colacionables las donaciones a favor de sucesores forzosos, salvo que el donante disponga lo contrario o no haga apartamiento expreso: Lo que recapitulando y distinguiendo entre "donaciones computables" y "donaciones colacionables" significa: 1) que aquellas donaciones en relación con las cuales no medie o no se haga por el donante apartamiento expreso si deben ser computadas (para el cálculo de la legítima) y colacionadas para considerarlas en la cuenta de partición) y 2) que aquellas donaciones en relación con las cuales sí medie o si se haga por el donante apartamiento expreso no deben ser consideradas (para el cálculo de la legítima) ni colacionadas (para considerarlas en la cuenta de la partición)."

Por tanto, al existir apartamiento expreso, y respetando la voluntad de la testadora, la adjudicación de la finca debe hacerse en indivisión en los porcentajes que con relación a su valor fueron establecidos por la misma, teniendo cada uno de los herederos, mientras dure la indivisión, el uso y el disfrute sobre la parte que le ha sido adjudicada.

SEXTO.-Estimándose parcialmente el recurso no se hará pronunciamiento sobre sus costas. Desestimándose la impugnación las costas se imponen al parte que la formuló (arts. 394 y 398 de la LEC).

SÉPTIMO.-La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 8, aplicable a este caso que si se estimare total o parcialmente el recurso, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

OCTAVO.-La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 9, aplicable a este caso, que la inadmisión de la impugnación y la confirmación de la resolución recurrida, determinará la pérdida del depósito.

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

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

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso interpuesto por D. XXX, y desestimando la impugnación interpuesta por D. XXX y XXX contra la sentencia dictada el 8 de julio de 2014 por el Sr. Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Durango en los autos de División y Adjudicación de herencia 152/12, de los que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos dicha resolución, estableciendo que el inmueble Casería XXX y sus pertenecidos no debe ser computado en la partición, adjudicándose el mismo en los porcentajes establecidos por la testadora, teniendo cada uno de los herederos, mientras dure la indivisión, el uso y disfrute de la parte que le ha sido adjudicada.

Manteniendo el resto de los pronunciamientos de la resolución de la instancia.

Condenado a la parte impugnante al pago de las costas ocasionadas con su impugnación, y sin pronunciamiento sobre las costas generada con el recurso.

Devuélvase a D. XXX el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Secretario Judicial del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

Transfiérase el depósito constituido por D. XXX y Dª. XXX por el Secretario Judicial del Juzgado de origen a la cuenta de depósitos de recursos inadmitidos y desestimados.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del TRIBUNAL SUPREMO, **si se acredita interés casacional**. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal

dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 4704000000 0095 15. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos (D.A. 1ª y ss. de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Al escrito de interposición deberá acompañarse, además, el justificante del pago de la tasa judicial debidamente validado, salvo que concurra alguna de las exenciones previstas en la Ley 10/2012.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente el día 25 de junio de 2015, de lo que yo la Secretario Judicial certifico.