

## **SAP de Bizkaia de 16 de marzo de 2011**

En Bilbao, a dieciséis de marzo de dos mil once.

Vistos en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba indicados, los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO nº 1159/09, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Baracaldo, y seguidos entre partes: como apelante la demandada D.ª Carolina, representada por la Procuradora Sra. Imaz Nuere y dirigida por la Letrada Sra. Minguito Ferreiro, y como apelada, que se oponen al recurso, los demandantes D. Teofilo, D. Jose Daniel, D.ª Felicidad, D.ª Josefina, D.ª Matilde, D.ª Rebeca y D. Agustín, representados por el Procurador Sr. Atela Arana y dirigidos por el Letrado Sr. Basaguren del Campo.

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 6 de septiembre de 2010 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: ESTIMAR sustancialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Susana Canduela Alba, en nombre y representación Dª Felicidad, don José Daniel, Dª Josefina, Dª Matilde y de son Agustín y Dª Rebeca, frente a Dª Carolina, y en su virtud, declaro:

1.- Que no existió apartamiento de los demandantes en el testamento otorgado por la causante Dª María, el 18 de octubre de 2007.

2.- Que la institución del prelegado a uno de los herederos, no implicó el apartamiento del resto de herederos, debiendo unirse a la masa hereditaria a efectos de computar la legítima, en las proporciones establecidas en la norma foral.

3.- Que no ha lugar a acordar la confección de inventario o las operaciones particionales, en ejecución de esta sentencia.

4.- Con imposición de costas a la parte demandada.

DESESTIMAR la demanda reconvenional interpuesta por la Procuradora Teresa Lapresa Villandiego, en nombre y representación de Dª Carolina, frente a Dª Felicidad, don José Daniel, Dª Josefina, Dª Matilde y don Agustín y Dª Rebeca, y en su virtud, absuelvo a los referidos demandados de los pedimentos efectuados en su contra, con imposición de costas al demandado reconviniente."

SEGUNDO.-.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandada 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 num. 879/10 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.<sup>a</sup> ANA BELEN IRACHETA UNDAGOITIA.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Formulada demanda por D.<sup>a</sup> Felicidad, D. José Daniel, D.<sup>a</sup> Josefina y D.<sup>a</sup> Matilde y D. Agustín y D.<sup>a</sup> Rebeca contra D.<sup>a</sup> Carolina en la que se solicita se declare la inexistencia de apartamiento de los actores en el testamento que otorgó D.<sup>a</sup> María el 18 de octubre de 2007, que la institución de prelegado a favor de uno de los herederos (Carolina) que se realizó en el testamento no implicó apartamiento de los demás y que el bien objeto del prelegado debe unirse a la masa hereditaria para el cómputo de la legítima, la demandada, D.<sup>a</sup> Carolina, se opuso aduciendo la voluntad de la testadora de establecer un legado de cosa cierta a favor de uno de los herederos y la validez de la distribución desigual de los bienes hereditarios al amparo del derecho vizcaíno. La sentencia de primera instancia, que estima la demanda en lo sustancial, considera que no ha existido apartamiento respecto a los demás herederos con relación a la vivienda prelegada a D.<sup>a</sup> Carolina y, en consecuencia, concluye que la vivienda debe incluirse en la masa hereditaria al efecto de determinar las legítimas conforme a la legislación foral y, frente a la misma, se alza la demandada que alega error en la valoración de la prueba y, fundamentalmente, de la declaración del Notario ante quien se otorgó el testamento.

SEGUNDO.- Como ha quedado de manifiesto en el precedente, el objeto fundamental de la controversia es la interpretación del testamento que otorgó D.<sup>a</sup> Matilde, que es lo que, en definitiva, se cuestiona en el recurso bajo la denominación de error en la valoración de la prueba pues se pretende se acepte como voluntad de la testadora la interpretación de la voluntad que deduce la demandante apelante del testimonio del Notario ante quien se otorgó.

El testamento otorgado por D.<sup>a</sup> María con fecha 18 de octubre de 2008 que se compone de cinco cláusulas, en la primera, que lleva por título Institución de Herederos, instituye herederos a sus cinco hijos D.<sup>a</sup> Felicidad, D. José Daniel, D.<sup>a</sup> Josefina y D.<sup>a</sup> Matilde, D.<sup>a</sup>

Carolina y a sus nietos D. Teofilo, D<sup>a</sup> Rebeca y D. Agustín, a los primeros por cabezas y sus nietos por estirpes; en la segunda, establece la sustitución vulgar entre ellos por estirpes para los supuestos de renuncia, incapacidad o premoriencia y con derecho de acrecer; en la tercera, impone a los herederos la obligación de destinar el dinero que quede a la fecha de fallecimiento a arreglar el panteón familiar; en la cuarta, revoca el testamento anterior y en la quinta, prelega su vivienda, sita en la calle San Bernabé de Ortuella a su hija D.<sup>a</sup> Caridad.

Así, en ninguna de las mencionadas cláusulas aparta de la herencia forma expresa alguno de sus hijos o nietos y a todos impone la misma obligación de dedicar el dinero que restara a su fallecimiento al cuidado del panteón familiar.

Y respecto al apartamiento en la legislación civil foral vizcaína, es criterio del Tribunal que, cuando se trata de herederos forzosos, debe expresarse de forma clara la voluntad del testador de apartar a un heredero aunque no es necesaria la utilización de una fórmula determinada. En este sentido, en la ST 15 de abril 2009 (RAP 236/08), se dice que "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 (...). 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 Ayalés), 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(...) el no llamamiento de un heredero forzoso a la sucesión no puede equipararse a apartamiento porque aunque el art.54 no exige una fórmula para dar por válido el apartamiento, no quiere decir que se elimine una expresión formal de realizarlo y de hecho el ar 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 artículos 54 y 57 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 cuando se haga en testamento (arts. 27 y 65 LCFPV)". Y es que tratándose de herederos forzosos, si no se exigiera una manifestación clara de la voluntad del testador de apartar a uno o varios de ellos, la preterición de cualquiera de ellos se interpretaría como apartamiento tácito del legitimario.

Por otra parte, el tenor del testamento que se ha transcrito en lo sustancial no contiene cláusula alguna que apunte en alguna forma la voluntad de la testadora de apartar de la herencia a alguno de sus hijos y nietos. Y si hubiera sido voluntad de la testadora transmitir la vivienda a su hija D.<sup>a</sup> Caridad y dejar a los demás herederos únicamente el remanente de sus bienes (y se indica que no hay constancia de la existencia de otros

bienes) lo habría hecho constar en el testamento y no hubiera dejado el cumplimiento de su voluntad al albur de la interpretación que pudiera realizarse de su clausulado.

Así, no habiendo apartamiento de ninguno de los herederos forzosos el valor del prelegado deberá colacionarse para la determinación de la legitima colectiva de los descendientes (art. 62 LCFPV), constituida por las cuatro quintas partes de la herencia (art. 55) y, en su caso, reducirse por inoficioso en cuanto exceda del valor del quinto de libre disposición y la quinta parte de la legitima colectiva, que es la que corresponde a D.<sup>a</sup> Carolina al concurrir con cuatros hijos y nietos hijos de hijo premuerto de la cuasante

TERCERO.- Dado que lo expuesto y razonado comporta la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia apelada, en aplicación de lo dispuesto en el art. 398 LEC EDL 2000/77463 se imponen al recurrente las costas causadas en apelación

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

En nombre de S.M. el Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español, y su constitución

### **FALLO**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Imaz Nuere, en representación de D.<sup>a</sup> Carolina, contra la sentencia dictada por el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia num. 3 de Baracaldo en los Autos de Procedimiento Ordinario num. 1159/09, de los que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos la sentencia apelada, con expresa imposición al recurrente de las costas causadas.

Modo de impugnación: mediante recurso de CASACIÓN ante la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de CINCO 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 Superior de Justicia del País Vasco por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de prepararse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los CINCO DÍAS siguientes a la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesario 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 grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 4704 0000 00 0879 10. 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 preparar los recursos (DA 15ª de la LOPJ EDL 1985/8754).

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.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo 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 30 de marzo de 2011, de lo que yo la Secretario Judicial certifico.