

## **SAP de Bizkaia de 24 de julio de 2006**

En Bilbao, a veinticuatro de julio de dos mil seis.

Visto en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Srs. Magistrados arriba reseñados, el procedimiento P. ORDINARIO N° 365/03, procedente del Juzgado de 1ª Instancia n° 2 de Gernika y seguido entre partes: Como apelante Cristina representada por la Procuradora Sra. Elosegui Ibarri y dirigida por el Letrado Sr. Moran Colmenero y como apelada que se opone al recurso Maite representado por el Procurador Sr. Bartau Rojas y dirigido por el Letrado Sr. Angulo Peña, y Valentina que no se opone/no impugna.

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 30 de Septiembre de 2004 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Dª. Monica Hierro Marcos en nombre y representación de Dª Cristina. y Letrado D. Francisco Moran Colmenero, contra Dª Maite. con Procurador D. Carlos Muniategui Landa y Letrado D. Isidro Angulo Peña, y contra Dª Valentina. con Procurador D. Pedro Maria Luengo Arrizabalaga, letrado D. Joseba ÇRegueras Ibañez, y que debo absolver y absuelvo a las codemandadas de las pretensiones que contra ellas se formulanban, con expresa imposición a la actora de las costas causadas".

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 n° 119/05 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 el Ilmo. Sr. Magistrado D. FERNANDO VALDÉS SOLÍS CECCHINI.

Se acepta y da por reproducida la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.-Para una mejor comprensión de los hechos enjuiciados, comenzaremos señalando que estamos en presencia de una petición de nulidad del testamento otorgado por D<sup>a</sup> María del Pilar el día 5 de febrero de 1.971; D<sup>a</sup> María del Pilar había otorgado con anterioridad, concretamente el día 4 de diciembre de 1.962 testamento abierto actuando en nombre propio y como comisaria foral de su difunto esposo, Don Armando.

En el testamento otorgado el 4 de diciembre de 1.962 D<sup>a</sup> María del Pilar instituyó herederas, tanto como testadora como comisaria foral, a sus dos hijas D<sup>a</sup> Cristina y D<sup>a</sup> Valentina. apartando de la herencia a la tercera de sus hijas, D<sup>a</sup> Maite en atención a su condición de religiosa, si bien establecía algunas cláusulas a su favor.

En el segundo de los testamentos y último de los otorgados por D<sup>a</sup> María del Pilar estableció una serie de legados a favor de sus tres hijas (D<sup>a</sup> Maite había dejado de ser monja y vivía con la causante), instituyó heredera universal de todos sus bienes a D<sup>a</sup> Maite y apartó con la *cláusula foral a las otras dos hijas*.

Falleció D<sup>a</sup> María del Pilar el día 17 de enero de 1.976 y desde entonces las tres hijas acataron el testamento otorgado en 1.971 hasta que formula la primera reclamación, el 31 de diciembre de 2.002.

SEGUNDO.- Nos referiremos, en primer lugar, al testamento otorgado el 5 de febrero de 1.971 cuya nulidad pretende la parte demandante y apelante, con la consiguiente apertura de la sucesión intestada.

Esta pretensión no la podemos admitir.

La demanda, harto confusamente, mezcla acciones de nulidad y de anulabilidad del testamento otorgado el día 5 de febrero de 1.971.

El testamento es nulo, conforme señala el *art. 673 del Código Civil*. cuando se otorgue con violencia, dolo o fraude, incluyendo doctrina y Jurisprudencia el error como causa de nulidad; en el presente caso la parte demandante no alega la concurrencia de ninguna de tales causas de nulidad, ni siquiera las menciona, basando la nulidad en una serie de consideraciones que en absoluto son constitutivas de tan importante vicio. Y en cualquier caso la acción estaría prescrita, como señala la sentencia recurrida, tanto si se acude al plazo más largo de quince años al amparo del *art. 1.964 como si se acude al de cuatro años*.

*Por ello y como primera conclusión* debemos dejar sentado que la acción de nulidad ni concurre, ni se invoca causa de nulidad y, en todo caso, está prescrita al haber transcurrido desde el fallecimiento de la causante hasta la primera reclamación el plazo de casi veintiséis años.

Alega la parte demandante que el testamento de 1.971, en cuanto contraviene las cláusulas irrevocablemente otorgadas como comisaria foral en el testamento de 1.962, es nulo o bien ineficaz.

Efectivamente como señala la parte y la propia testadora refleja en su testamento, con el mismo se vino a revocar cláusulas que en principio eran irrevocables al haber sido establecidas en razón de su condición de comisaria foral. Pero una cosa es que el testamento otorgado en segundo lugar infrinja las cláusulas del anterior, sólo en punto a la condición de comisaria de su difunto esposo, y otra distinta es que tal infracción desemboque en la nulidad del testamento otorgado en 1.971.

En el testamento otorgado en 1.971 lo que hace D<sup>a</sup> María del Pilar es distribuir la herencia propia y los bienes de su difunto esposo mediante legados a la par que instituye como heredera universal a su hija D<sup>a</sup> Maite. institución de heredera que en ningún caso (aunque no hubiera ningún bien en la herencia) estaría afectada de vicio alguno. Pues bien, la parte demandante viene a hacer unas genéricas invocaciones sobre indisponibilidad de los bienes por parte de la testadora, infracción de derechos propios de sus hijas e incluso de la familia de éstas, etc., que no vienen al caso. En el Código Civil y en el ámbito foral es perfectamente factible disponer de los bienes bien a título de herencia, bien mediante legados; y tanto el legado de cosa ajena (*arts. 861 y 862 del Código Civil*) como el legado de cosa propia del heredero (*art. 863*) son perfectamente válidos y están regulados por el legislador sin que su presencia en un testamento pueda, bajo ningún concepto, determinar la nulidad total o parcial del testamento.

Por tanto y desde la óptica del testamento otorgado por D<sup>a</sup> María del Pilar en el indicado año de 1.971 todas las pretensiones de la parte demandante deben ser desestimadas manteniendo la validez del mismo.

TERCERO.- Analizaremos seguidamente la situación en que queda la herencia de Don Armando, herencia a que se distribuyó por la testadora entre sus hijas en la forma prevista en el testamento otorgado el día 4 de diciembre de 1.962.

Conforme a la legislación foral vigente al momento del otorgamiento del mencionado testamento (*art. 19 de la Compilación*) y actual (*art. 47 de la Ley 3/1.992, de Derecho Civil Foral del País Vasco*) las disposiciones otorgadas por el comisario en uso del poder testatorio son irrevocables; por tanto el testamento otorgado por D<sup>a</sup> María del Pilar. en punto a los bienes que constituyen el haber hereditario de su difunto esposo Don Armando. son de todo punto irrevocables y las disposiciones testamentarias posteriores ineficaces en cuanto tales, no en cuanto a los legados que, como dejamos dicho, son perfectamente válidos.

Ahora bien como las herederas de D<sup>a</sup> María del Pilar aceptaron lisa y llanamente su segundo testamento y durante los largos años transcurridos han venido cumpliendo sus previsiones y como quiera que es perfectamente válida la disposición testamentaria por la que se establezca un legado de cosa propia del heredero, el cual deberá cumplirlo al aceptar la herencia y, en el presente caso, la herencia ha sido aceptada por todos los herederos, estamos en el caso de desestimar íntegramente el recurso al haberse producido una aceptación de las disposiciones testamentarias de D<sup>a</sup> María del Pilar por sus herederas, todas ellas mayores de edad y en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, con las consecuencias jurídicas que lleva aparejado.

CUARTO.- Desestimado el recurso procede imponer a la recurrente las costas de la presente apelación.

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

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

**FALLAMOS**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Cristina contra Sentencia dictada por el Sr. Juez de 1<sup>a</sup> Instancia n<sup>o</sup> 2 de los de Gernika en autos de procedimiento ordinario n<sup>o</sup> 365/03, de que el presente rollo dimana, debemos confirmar e íntegramente confirmamos la sentencia recurrida, imponiendo a la recurrente las costas de esta alzada.

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