

SAP de Bizkaia de 25 de enero de 2002

En Bilbao, a veinticinco de enero de dos mil dos.

Vistos en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Srs. Magistrados, los presentes autos de Juicio de Menor Cuantía nº 222/99- nulidad de varias cláusulas del testamento, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Gernika-Lumo y seguidos entre partes: Como apelantes Maribel. Carolina y Mauricio representados por el Procurador Sr. Bartau Rojas y dirigidos por el Letrado Sr. Sáenz Cortabarría, como apelado que se opone Lucía representada por el Procurador Sr. Apalategui Carasa y dirigida por el Letrado Sr. Arrién Goicoechea y con la intervención del

Ministerio Fiscal.

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 29 de Diciembre de 2000 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: QUE ESTIMANDO EN SU TOTALIDAD la demanda interpuesta por D.^a Lucía. representada por el Procurador Sr. MUNIATEGUI, contra D.^a. Maribel y Carolina y Mauricio. debo declarar y declaro;

1º- Que la vecindad civil de D. Alvaro el 10 de junio de 1.997 era la común, rigiéndose su sucesión por el C c. 2º- Que la manifestación efectuada por D. Alvaro en la cláusula segunda del testamento otorgado el 10 de junio de 1.997 ante el Notario de Bilbao D. ANTONIO LEDESMA GARCÍA, con número 2.911 de su protocolo, es nula e ineficaz.

3º- Que el legado opcional concedido por Álvaro a su esposa, Di Maribel. en el testamento otorgado el 10 de junio de 1.997 ante el notario de Bilbao, D. ANTONIO LEDESMA GARCÍA, con el número 2.911 de su protocolo, es nulo, manteniéndose como legado válido únicamente el del tercio de libre disposición de su herencia.

4º- Que la cláusula quinta del citado testamento es ineficaz.

5º- Que el régimen económico del matrimonio formado por el difunto D. Alvaro y su esposa D.^a. Maribel era la sociedad legal de gananciales.

Y debo condenar y condeno a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de los demandados 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 305/01 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, declara la nulidad de varias cláusulas testamentarias, al considerarlas contrarias al derecho común, derecho que resulta de aplicación al testamento objeto de litigio, puesto que y en contra de lo manifestado por el testador en dicho testamento, el mismo no ostentaba la condición de aforado Vizcaíno.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso impugna esta última conclusión, la condición de no aforado del testador, sosteniéndose que para adquirir la vecindad foral, por el transcurso de dos años de residencia en territorio aforado, no resulta necesario efectuar comparecencia ante el Encargado del Registro Civil, siendo a esos efectos suficiente la manifestación que se hizo ante Notario al otorgar testamento.

El motivo no puede ser acogido, pues como bien sostiene la resolución recurrirla y conforme a lo dispuesto en el art. 64 de LRC y los arts 225 y 227 de su Reglamento, la modificación de la vecindad civil por el transcurso de dos años de residencia en territorio aforado, sólo surtirá efectos si consta inscrita en el Registro Civil, previa comparecencia ante su Encargado, es decir la inscripción tiene efectos constitutivos y por tanto sólo a partir de ella, se ostentará a todos los efectos la vecindad adquirida.

En el sentido expuesto cabe citar la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 21-11-92, que examinando un supuesto similar a de autos por cuanto que se examinaba la eficacia de la declaración ante Notario de una recuperación de vecindad civil, estableció.

TERCERO.- A estos efectos debe tenerse presente que, aunque el notario sea, en principio, el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales, esta declaración promulgada en 1862 ha sido objeto en el curso de los años de numerosas excepciones y matizaciones. Ciñéndose al ámbito Registro civil, ya aparece en la redacción originaria del Código civil, casos de competencia compartida entre los notarios y los encargados de los Registros Civiles - como ocurre en los supuestos de emancipación y de reconocimiento de la filiación, que aún subsisten- y casos en los que la competencia para autorizar el documento o acto

inscribible se atribuye con exclusividad a los encargados de los registros -así sucedía, y el criterio persiste, en la autorización del matrimonio civil, en las opciones a la nacionalidad española y en las declaraciones relativas a la vecindad-.

CUARTO.- En esta materia relacionada con la nacionalidad y la vecindad, el art. 64 Ley del registro civil vigente establece en sus dos primeros pfs que: "A falta de disposición especial, es funcionario competente para recibir las declaraciones de conservación o modificación de nacionalidad o vecindad, el mismo que determinan las reglas sobre opción de nacionalidad. - Cuando dicho funcionario no sea el encargado del mismo registro donde conste inscrito el nacimiento-, levantará acta con las circunstancias exigidas para la inscripción y la remitirá al registro competente para la práctica de la inscripción marginal oportuna". Tanto por la dicción literal de este segundo párrafo, como por la referencia a las normas del Código civil entonces vigente (cfr art. 18 CC, redactado por la L 15 julio 1954), se deduce, sin lugar a dudas, que las actas relativas a la nacionalidad o vecindad han de ser levantadas por los encargados de los Registros civiles en cuanto tales, sin otra excepción -"a falta de disposición especial"- que la que se da cuando la declaración se formula en países extranjeros en que no exista agente diplomático o consular español (cfr hoy art. 230 Rgto del registro civil). "

Por tanto, para la resolución de la litis habrá de partirse de la base de la condición de sometimiento al derecho común del testador.

TERCERO.- El segundo motivo de recurso, impugna el pronunciamiento relativo a la nulidad del legado que se contiene en la cláusula tercera, del testamento, legado que se constituye sobre el usufructo universal de los bienes.

Sostuvo en este punto la sentencia de instancia, que dicho legado del usufructo universal de bienes, en tanto que suponía un gravamen para la legítima de los herederos forzosos debía reputarse nulo.

Sostiene por contra el recurrente, que dicho legado es válido, puesto que no realizada la partición no puede afirmarse que afecte a la legítima y si así fuera se aplicarían las prevenciones que se recogen el art. 820 C c.

El recurso debe ser acogido, pues el establecimiento de un usufructo universal sobre los bienes de la herencia, es algo admitido por la legislación tal como se desprende de la lectura de los arts. 510 y 813 C c., siendo por tanto válida la cláusula que así lo establece, siendo una cuestión diferente, que si resulta afectada la legítima estricta, el legado debería reducirse aplicando lo establecido en el art 820 del C c.

Por tanto la cláusula tercera del testamento debe reputarse válida en su integridad.

CUARTO.- El tercer motivo del recurso, impugna el pronunciamiento de nulidad que afecta a la cláusula quinta del testamento, en la que se establecía la prohibición de la intervención judicial en la testamentaria.

El establecimiento de dichas cláusulas se encuentra previsto en el art. 1.045 del C c., alcanzando la prohibición de promover juicio de testamentaria, en los términos del art. 1.039 del Cc., también a los herederos forzosos, siempre y cuando dicha prohibición no perjudique la legítima, pues así se desprende de la lectura del art. 1.046 del C c.

La validez de dichas cláusulas viene siendo reconocida en abstracto por la Jurisprudencia, no pudiendo establecerse a priori su nulidad o ineficacia, pues como

dice la Sentencia de la Audiencia de Córdoba citada por el recurrente, su validez dependerá de la licitud o ilicitud de la cláusula o declaración principal a la cual sirven de sanción.

Por tanto como en el caso de autos, la partición efectuada no está afectada de nulidad y no afecta o perjudica los derechos de los legitimarios dicha cláusula de prohibición de intervención debe reputarse válida y por tanto el recurso también debe ser acogido en este aspecto, (en este sentido sentencia del TS. de 8-06-99).

QUINTO.- Estimándose parcialmente el recurso, no resulta procedente efectuar pronunciamiento sobre costas.

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 de apelación, interpuesto por Maribel. Carolina y Mauricio contra la Sentencia de fecha 29-12-00 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Gernika-Lumo en autos de juicio de menor cuantía nº 222/99 - nulidad de varias cláusulas del testamento - debemos revocar y revocamos dicha resolución dejando sin efecto los pronunciamientos tres y cuatro del Fallo de la sentencia recaída y declarando en su lugar la validez de las cláusulas tercera y quinta del testamento otorgado por Álvaro el 10 de Junio de 1.997 ante el Notario de Bilbao Antonio Ledesma García con el nº 2.911 de su protocolo.

Sin efectuar pronunciamiento sobre costas.

Así por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y publicada fue la anterior sentencia por los/as Ilmos/as Magistrados que la firman y leída por el/la Magistrado Ponente el día doce de Febrero de dos mil dos, de lo que yo la Secretario certifico.