

SAP de Bizkaia de 3 de julio de 2013

En Bilbao, a tres de julio de dos mil trece.

Vistos en grado de apelación ante la Sala Tercera de esta Audiencia Provincial integrada por las Ilustrísimas Señoras Magistradas del margen los presentes autos de procedimiento ordinario nº 190/12 procedentes de la UPAD de 1ª Instancia e Instrucción nº 6 de Getxo y seguido entre partes: como apelantes: Dª Yolanda, D. Gustavo Y Dª Amelia representadas por la Procuradora Dª Maria Basterreche Arcocha y dirigidas por la Letrada Dº Lidia Larramendi Fernandez; y como apelada: Dª Elsa representada por la Procuradora Dª Marta Martinez Pérez y dirigida por el Letrado D. Josu Reta Decoreau.

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.- Que la referida Sentencia de instancia, de fecha 5 de febrero de 2013 es del tenor literal siguiente: "FALLO: Desestimo íntegramente la demanda formulada por la Procuradora Sra. Basterreche en representación de Amelia, Yolanda y Gustavo contra Elsa ; absolviendo a ésta de todas las peticiones deducidas en su contra; todo ello con expresa condena en costas a la parte demandante."

SEGUNDO. - Que publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de Dª Yolanda, D. Gustavo Y Dª Amelia, se interpuso en tiempo y forma Recurso de Apelación, que admitido en ambos efectos por el Juzgado de Instancia y dado traslado a la contraparte por un plazo de diez días, transcurrido el mismo se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial; ordenándose a la recepción de los autos, efectuada la formación del presente rollo al que correspondió el número de Registro 223/13 y que se sustanció con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO. - Por providencia de fecha 19 de junio de 2013 se señaló el día 2 de julio de 2013 para deliberación, votación y fallo del presente recurso.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente recurso, se han observado las prescripciones legales. VISTOS, siendo Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada **DOÑA CARMEN KELLER ECHEVARRÍA**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte apelante se formula recurso de apelación alegando su disconformidad con la fundamentación jurídica de la sentencia e interpretación de los hechos que realiza la sentencia de instancia, alegando infracción del art. 24 C.E. En tal sentido se alega que la sentencia no atiende a la fundamentación fijada en la sentencia en orden a lo dispuesto en los art.s 36,62, 39 del Título III, Libro Primero del Análisis de la Ley, la letra d 9, de la LDCFV y el art.618 y ss del Cº.c., así como la referencia a la Normativa fiscal, se alega sobre el principio de la carga de la prueba y la obligación de presentación de inventario, que la estimación de la falta de legitimación activa deja a dicha parte en indefensión, y más cuando no se han admitido los medios de prueba esgrimidos por la parte, solicitando por todo cuanto exponía en su escrito de recurso la revocación de la resolución combatida y la estimación de la demanda.

La contraparte se opone al recurso.

SEGUNDO.- Ciertamente como recoge la sentencia de instancia, Amelia, Yolanda y Gustavo pretenden la declaración de una serie de obligaciones por parte de la demandada, que contrajo matrimonio en segundas nupcias con Ángel Daniel -padre y abuelo respectivamente- y que falleció el día 31 de julio de 2003. La solicitud la fundamentan ¿postulan-en su condición de únicos herederos forzosos del anterior.

No es controvertido que Ángel Daniel falleció tras otorgar testamento en el que lega a su esposa y ahora demandada, a su elección, el quinto de libre disposición de su herencia o el usufructo universal y vitalicio y le otorgó poder testatorio para que como comisario disponga de todos sus bienes a favor de "los hijos y descendientes" del testador.". Y si bien es cierto que en demanda la fundamentación jurídica, se soporta en los arts. que cita la hoy apelante, no deja de ser igualmente cierto, que por la demandada se opuso a la falta de legitimación activa de la parte actora, y ello motivadamente recogido en su escrito de contestación a la demanda de la contraparte, razón que determina la fundamentación que al respecto recoge la sentencia en orden a analizar si procede, lo que por otra parte es previo y fundamental estimar la excepción invocada de contrario, ya que caso de su estimación, no se entraría en la resolución de la cuestión de fondo, por ello trae a colación el art. 105 de la Ley 3/1992 de 1 de julio de Derecho Civil Foral del País Vasco; en relación con el art. 104 de la Ley Foral dispone que "si el causante hubiera designado comisario... mientras los bienes continúen en este estado, el cónyuge viudo, salvo disposición contraria del testador, será el único representante de la herencia y administrador de todo el caudal, en tanto no medie aceptación de la herencia por los sucesores designados" y el art. 40 que regula que "mientras no se difiera la sucesión y la herencia sea aceptada, será representante y administrador del causal la persona que el testador hubiera designado en el testamento... a falta de designación, representará y administrará la herencia el cónyuge viudo y, en defecto de éste, el propio comisario".

La SAP Bizkaia de 22 de diciembre de 2010 indicó que "... resultando que consolidada la comunicación foral sin haberse dado aún ni su partición ni su adjudicación y no habiendo hecho uso del poder testatorio conferido a su favor la viuda, resulta que quien tiene la representación y administración de esa masa patrimonial, mientras no se de aquella y se use éste, lo es la Comisaria, sin que el actor ostente ni la cualidad de heredero ni la de representante de la herencia yacente por más que sea hijo del fallecido, ya que aun no ha sido designado heredero no realizando acto alguno que evidencie su designación o consideración como tal".

En el Auto dictado por la Sección cuarta de esta APr. De Bilbao con fecha 28 de junio de 2011 se razona: "Dña. Pilar y Dña. Eufrasia, hija y viuda de D. Esteban que falleció bajo testamento en el que lega a su esposa, a su elección, el quinto de libre disposición de su herencia o el usufructo universal y vitalicio y le otorga poder testatorio para que como comisario disponga de todos sus bienes a favor de su hija y de los descendientes que ésta pudiera tener, formulan demanda de juicio ordinario contra su tío y cuñado, D. Esteban, interesando en su suplico se declare sin efecto el testamento otorgado por el abuelo y suegro D. Bernabe en cuanto priva sin apartamiento a su hijo D. Hermenegildo de sus derechos sucesorios, declarando el derecho de D. Hermenegildo a la mitad de los bienes de su padre D. Bernabe, o, subsidiariamente, a las dos quintas partes. Se basa en que en el testamento de D. Bernabe se dejaron dos legales a cada uno de sus hijos respecto de la casa señalada con el nº NUM000 de DIRECCION000 Bidea de Erandio, y en el remanente de todos sus bienes y derechos instituyó heredero a su hijo D. Esteban, cuando los bienes inmuebles legados eran propiedad de los propios legatarios con anterioridad al otorgamiento del testamento, por adjudicación de la herencia de su madre Dña. Filomena, sin que por lo tanto exista fórmula alguna de apartamiento, citando a tal efectos los arts. 54, 57.2 y 65 de la Ley 3/1992 de 1 de julio de Derecho Civil Foral del País Vasco.

El demandado D. Esteban invocó la falta de legitimación activa de la actora Dña. Pilar, porque durante la existencia de la comunidad de bienes o haber hereditario entre los hijos del causante y su cónyuge viudo designado comisario en el testamento con facultades de administración y representación corresponde al cónyuge viudo dichas facultades con carácter exclusivo y excluyente, así como defecto legal en el modo de proponer la demanda, puesto que el suplico de la misma es ambiguo, impreciso y carente de fundamento al solicitar la nulidad del testamento cuando peticiona "dejar sin efecto el testamento", pero sin invocar causa de nulidad testamentaria alguna, siendo que la fundamentación de la demanda se constriñe a los preceptos del Código Civil y de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco sobre el apartamiento, entendiéndose que no concurre preterición del potencial heredero D. Hermenegildo al ser invocado en el testamento, siendo cuestión diferente la acción de complemento de la legítima que debería ejercitarse en el procedimiento de partición de la herencia.

El auto que es objeto de apelación acuerda el sobreseimiento del procedimiento, toda vez que, apreciada la falta de legitimación activa de la demandante Dña. Pilar, estima la

excepción opuesta por el demandado D. Esteban de inadecuación de procedimiento por razón de la materia y forma defectuosa de plantear la demanda.

Contra el mismo han interpuesto recurso de apelación las demandantes Dña. Pilar y Dña. Eufrasia, en los términos que a continuación pasamos a examinar.

SEGUNDO.- Muestra su disconformidad la parte apelante con la apreciación de la falta de legitimación activa de Dña. Pilar, al no haber aceptado la herencia de su padre ni constar que su madre, el cónyuge viudo designada comisaria, haya hecho uso del poder testatorio que le fue concedido por el fallecido D. Hermenegildo, alegando que se ha incurrido en una errónea aplicación de la normativa jurídica representada por el art. 999 del Código Civil que establece que la aceptación de la herencia puede ser expresa o tácita, siendo que la presentación de esta demanda sobre derechos hereditarios de su padre conlleva la aceptación tácita de la herencia de su padre y le confiere legitimación. Este motivo de impugnación debe ser rechazado.

No es de aplicación al supuesto de autos lo establecido en la legislación común a que se refiere el art. 999 del Código Civil cuando regula la aceptación tácita del instituido heredero, sino las especialidades del derecho foral de aplicación al caso de autos y que están contempladas en la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, toda vez que no consta la liquidación de la comunicación foral del fallecido D. Hermenegildo con la codemandante Dña. Eufrasia y sí por el contrario la existencia de poder testatorio a favor de la viuda no ejercitado hasta la fecha. Por ello es de aplicación lo establecido en el art. 105 en relación con el art. 104 de la Ley Foral que dispone que "si el causante hubiera designado comisario... mientras los bienes continúen en este estado, el cónyuge viudo, salvo disposición contraria del testador, será el único representante de la herencia y administrador de todo el caudal, en tanto no medie aceptación de la herencia por los sucesores designados" y el art. 40 que regula que "mientras no se difiera la sucesión y la herencia sea aceptada, será representante y administrador del causal la persona que el testador hubiera designado en el testamento... a falta de designación, representará y administrará la herencia el cónyuge viudo y, en defecto de éste, el propio comisario". Así la Sentencia de 22 de diciembre de 2.010 de esta Audiencia Provincial de Bizkaia ha dicho que "... resultando que consolidada la comunicación foral sin haberse dado aún ni su partición ni su adjudicación y no habiendo hecho uso del poder testatorio conferido a su favor la viuda, resulta que quien tiene la representación y administración de esa masa patrimonial, mientras no se de aquella y se use éste, lo es la Comisaria, sin que el actor ostente ni la cualidad de heredero ni la de representante de la herencia yacente por más que sea hijo del fallecido, ya que aun no ha sido designado heredero no realizando acto alguno que evidencie su designación o consideración como tal". No genera legitimación activa la mera expectativa de la actora de ser heredera, toda vez que en la cláusula segunda del testamento de su padre el poder testatorio a favor del cónyuge viudo se hace en favor de su hija y de los descendientes que ésta pudiera tener, y ello con prórroga del plazo legal por todos los años que viviera su cónyuge, y termina por disponer que "En tanto no haga uso del poder, retendrá la administración de los bienes relictos".

Teniendo en cuenta ello, y constatada la presentación de inventario por la demandada, las pretensiones que se esgrimen en la demanda y en el recurso, en orden a denunciar una vulneración en los derechos sucesorios por parte de la demandada, en orden a supuestas disposiciones gratuitas del difunto padre a favor de su esposa, es evidente que no pueden prosperar en orden a que su legítima depende en su fijación al perfeccionarse la delación sucesoria, y mientras no se proceda a el ejercicio del poder testatorio, no se puede analizar una hipotética pretensión con una hipotética vulneración. En todo caso tal y como denuncia la contraparte los argumentos relativos a las capitulaciones matrimoniales a la falta de respuesta o al asesoramiento que la demandada haya podido obtener carecen de fundamento desvirtualizador del pronunciamiento de instancia, sin que a la vista de lo ya analizado y razonado en la presente pueda estimarse se haya incurrido en infracción del principio de tutela judicial efectiva al haber obtenido la parte una respuesta motivada y fundada en el cuerpo de la resolución, debiendo en consecuencia decaer el recurso.

TERCERO.- Las costas se imponen a la parte apelante, arts. 394 y 398 L.E.C.

CUARTO.- 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 del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, determinará la pérdida del depósito.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación y, en virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Que **Desestimando** el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Dª Yolanda, D. Gustavo Y Dª Amelia contra la Sentencia dictada por la UPAD de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Getxo en autos de procedimiento ordinario nº 190/12 de fecha 5 de febrero de 2013 y de que este rollo dimanara, debemos **Confirmar** como **Confirmamos** dicha resolución con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Transfírase el depósito 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 TS, 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 grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 4703 0000 00 0223 13. 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 (DA 15ª 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.

Firme que sea la presente resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con certificación literal de esta resolución, para su conocimiento y ejecución.

Así por esta nuestra Sentencia a la que se unirá certificación al Rollo de su razón, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por las Ilmas. Sras. Magistradas que la firman y leída por la Ilma. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario Judicial certifico.