

## **SAP de Bizkaia de 4 de febrero de 2009**

En Bilbao, a cuatro de febrero de dos mil nueve.

Visto en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba reseñados, el procedimiento ORDINARIO N° 512/06, procedente del Juzgado de 1ª Instancia n° 2 de Gernika-Lumo y seguido entre partes: Como partes apelantes Florencia representadas por la Procuradora Sra. Canivell Chirapozu y dirigida por el Letrado Sr. Lavín Madariaga y como partes apeladas que se oponen al recurso Marta, Africa, Sara y Ernesto representada por el Procurador Sr. Arenaza Artabe y dirigida por el Letrado Sr. Rodriguez Gutierrez.

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 7 de Noviembre de 2007 y el auto rectificando la misma de fecha 12 de Noviembre de 2007 son del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Sr.Muniategui en nombre y representación de Dª. Marta, Dª Africa, Dª Sara Y D. Ernesto frente a Dª Florencia debo declarar y declaro la nulidad parcial de la *cláusula primera* del testamento de Don Leopoldo de fecha 4 de enero de 2001 en lo que afecta a los bienes troncales: 1.- Mitad indivisa de la Lonja a la derecha entrando, que forma parte del edificio adosado a la parte zaguera de la casa n° NUM000 de la CALLE000 de Mungia 2., Mitad indivisa de la Lonja Oeste que forma parte de la casa n° NUM000 de la CALLE000 de Mungia 3.- Piso primero derecha de la casa n° NUM000 de la AVENIDA000 (hoy CALLE000 n° NUM000) de la anteiglesia de Mungia y 4.- Parcela de garaje de la planta de sotano de edificio denominado PV Mungia sito en la calle Intxausti Eresguille en Mungia, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración, todo ello con expresa imposición de costas a la demandada".

"PARTE DISPOSITIVA:

Se acuerda RECTIFICAR la Sentencia n° 144/2007 dictado en 7-11-2007 en el presente procedimiento, en los siguientes términos:

DONDE DICE "Se convocó a las partes para la celebración de la audiencia previa, la que tuvo lugar el día y la hora señaladas al efecto, compareciendo la parte actora y no la demandada" DEBE DECIR "Se convocó a las partes para la celebración de la audiencia previa, la que tuvo lugar el día y la hora señaladas al efecto, compareciendo la parte actora y la demandada".

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 nº 142/08 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.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- Para centrar los temas objeto del debate debemos reseñar los siguientes hechos indiscutidos en autos:

A) Don Leopoldo otorgó testamento notarial con las dos cláusulas siguientes:

a) Lega a Doña Florencia... con cargo al quinto de libre disposición el usufructo universal y vitalicio de todos sus bienes, derechos y acciones, con relevación de hacer inventario y prestar fianza...."

b) Para el supuesto de que adquiera la vecindad civil común, ordena lo siguiente: lega a Doña Florencia.... con cargo al tercio de libre disposición, el usufructo universal y vitalicio de todos sus bienes, derechos y acciones, con relevación de hacer inventario y prestar fianza...."

B) Don Leopoldo falleció sometido al fuero de Vizcaya y sus hijos y legitimarios impugnan el testamento solicitando la declaración de nulidad parcial de la cláusula transcrita sub a) en el sentido de "limitando por tanto dicho usufructo única y exclusivamente a los bienes no troncales incluidos en dicho caudal"

Para centrar la cuestión debatida nos encontramos con dos pretensiones: la que pide la nulidad parcial de la cláusula en cuanto constituye un usufructo sobre bienes troncales y la del demandado, quien entiende que si bien estamos en presencia de bienes troncales, primero el usufructo no entraña causa de nulidad pues no afecta a los bienes troncales y, segundo, para el caso de que afecte cuantitativamente a los bienes troncales lo que debe proceder no es su nulidad, sino el cálculo de la base sobre que han de establecerse las legítimas pues en la herencia existen bienes troncales y no troncales; y la legítima deberá calcularse sobre la suma total de los bienes.

SEGUNDO.- En punto a si el usufructo entraña un gravamen prohibido por el *art. 60 de la Ley Foral* coincidimos plenamente con la sentencia recurrida; el usufructo es un gravamen y, en cuanto afecte a bienes troncales, el mismo es nulo de pleno derecho. Pero conviene ahora entrar en la cuestión relevante en el presente procedimiento.

TERCERO.- Discrepan las partes sobre el modo en que debemos calcular el quinto sobre el que puede libremente disponer el testador; las tesis enfrentadas son:

a) Del caudal relicto deben ser restados los bienes troncales que, en tesis del demandante, quedan excluidos para el cálculo de las legítimas; por tanto el quinto de libre disposición lo habremos de calcular sobre el resultado de restar del haber partible los bienes troncales.

b) La tesis de la demandada y recurrente es la de aplicación del *art. 62 de la Ley Foral* : para el cálculo de las legítimas se han de sumar todos los bienes de la herencia (troncales más no troncales); y será una vez efectuado ese cálculo que se reduzca el legado, pues no existen bienes no troncales suficientes para pagarlo, o que no se reduzca, pues al existir suficientes bienes no troncales los legitimarios tronqueros deberán recibir en pago de su legítima y en primer lugar los bienes troncales; por el resto, si hubiera, bienes no troncales y el usufructo abonarlo en su integridad sobre bienes no troncales.

Por ello no estaríamos en presencia de una cláusula nula, sino de una disposición que podría ser reducida por inoficiosa *ex art. 817 del Código civil*, consecuencia muy distinta de la declaración de nulidad de la cláusula aquí predicada.

Para resolver la opción que se nos plantea hemos de acudir al principio general de que la Ley de la herencia es la voluntad del testador, si bien constreñida por las disposiciones imperativas como en este caso es la legislación civil vasca y su regulación de las legítimas de los descendientes y los bienes troncales; ahora bien, una cosa es entender que la troncalidad entraña una serie de límites y otorga determinados derechos a ciertas personas y otra muy distinta es por esta vía reducir la capacidad de *disposición del testador del modo y manera en que pretende la parte demandante, estableciendo dos regímenes sucesorios*: uno el de los bienes troncales que quedaría extramuros de la herencia y otro el de los bienes no troncales, de suerte que los parientes tronqueros podrían percibir más de las cuatro quintas partes de la herencia pues percibirían los bienes troncales sin computarlos en la legítima más su parte de legítima íntegramente en los bienes no troncales.

Y en el presente supuesto la legataria percibiría el usufructo de la quinta parte sobre un caudal mermado, al haber restado del mismo los bienes troncales.

Para evitar estos supuestos se ha dictado la norma contenida en el *art. 62 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco*, conforme al cuál "para el cálculo de la cuota de legítima se tomará el valor de todos los bienes de la sucesión al tiempo se perfeccione la delación sucesoria, con deducción de las deudas y cargas. Los bienes troncales del causante se computarán para el cálculo de la cuota de legítima y se entenderán imputados en primer lugar al pago de la misma, salvo disposición expresa en contrario del testador"

Por tanto y en el presente caso, cuando se efectúe la partición, los bienes troncales se computarán para el cálculo de la cuota legítima pues el testador no ha dispuesto otra cosa; se aplicarán al pago de las legítimas y el usufructo se constituirá sobre bienes no troncales, reduciéndolo sólo en el caso de que no hubiera bienes no troncales sobre que constituirlo.

Lo anterior entraña la estimación del recurso y mantenimiento de la validez del testamento en su integridad.

CUARTO.- Estimado el recurso, procede imponer a los demandantes las costas de primera instancia, sin dictar particular pronunciamiento en punto a las de esta 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. el Rey.

### **FALLAMOS**

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Florencia contra Sentencia dictada por la Sra. Juez de 1<sup>a</sup> Instancia n<sup>o</sup> 2 de los de Gernika y Lumo en autos de procedimiento ordinario n<sup>o</sup> 512/06, de que el presente rollo dimana, debemos revocar y revocamos la misma; con desestimación de la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Marta, D<sup>a</sup> Africa, D<sup>a</sup> Sara y Don Ernesto contra dicha recurrente, debemos absolver y absolvemos la misma, manteniendo la validez del testamento otorgado por Don Leopoldo con fecha 4 de enero de 2.001 ante el Notario de Bilbao Don Miguel Velasco Pérez; imponiendo a los demandantes las costas de primera instancia y sin dictar particular pronunciamiento en las de la presente apelación.

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