

## **SAP de Bizkaia de 7 de abril de 2009**

En Bilbao, a siete de abril de dos mil nueve.

Visto en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados en el margen reseñados, el procedimiento ORDINARIO N° 1.262/07, procedente del Juzgado de 1ª Instancia n° 4 de Bilbao y seguido entre partes: Como partes apelantes Guillerma Y Justa representadas por la Procuradora Sra. Serralta García y dirigida por el Letrado Sr. de Aristegui Fernández y como parte apelada que se opone al recurso Borja representada por el Procurador Sr. Atela Arana y dirigido por la Letrado Sra. Prieto Domínguez; y Martina demandada-allanada.

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 9 de Abril de 2008 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: Estimo íntegramente la demanda presentada D. Borja, representado por el Procurador Sr. Atela contra Dª Guillerma, Dª Justa, representada por el Procurador Sr. Serralta, Dª Martina representada por la procuradora Sra. Amman.

Se declara: 1) la nulidad de pleno derecho de la escritura de aceptación de herencia y de donación otorgada ante el Notario de Bilbao D. Eduardo Ares de Parga el 12 de julio de 2003.

2) La nulidad de las inscripciones registrales realizadas al amparo de esta escritura.

3) La nulidad de todos los actos jurídicos e inscripciones registrales realizados con posterioridad, reponiendo la situación jurídica y registral al estado en el que se encontraba con carácter previo al otorgamiento de la escritura anulada y de las inscripciones registrales realizadas a su amparo.

4) Se condena a las codemandadas a reintegrar los bienes que se han adjudicado a la comunidad hereditaria formada tras el fallecimiento de D. Silvio recobrando así lo bienes y derechos que ostentaba al momento de su fallecimiento.

Se condena en costas causadas en este pleito al demandante a Dª Guillerma y Dª Justa. En cuanto a las costas de la demanda contra Dª Martina cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad".

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 429/08 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.- Don Silvio falleció el día 25 de abril de 2.003 en estado de casado con D<sup>a</sup> Justa, de cuyo matrimonio hubieron cuatro hijos. Al momento de su fallecimiento el matrimonio se encontraba sometido al régimen de comunicación foral y Don Silvio tenía la condición de aforado vizcaíno.

Falleció Don Silvio bajo testamento otorgado el día 16 de octubre de 1.989, cuya *disposición segunda* establecía, literalmente, lo siguiente:

"De conformidad con el *art. 831 del Código civil* atribuye a su nombrado cónyuge, siempre que no haya contraído nuevas nupcias, la facultad de distribuir a su prudente arbitrio, la herencia del testador entre sus hijos y descendientes comunes haciendo también las mejoras que estime convenientes, pero respetando las legítimas estrictas y las mejoras y demás disposiciones del causante"

"Podrá el cónyuge del testador ejercitar estas facultades en uno o varios actos, inter vivos o mortis causa, a título universal o singular, y con cargo a cualquiera de los tercios hereditarios. Podrá también imponer las cargas, modos, condiciones, sustituciones o reservas que estime convenientes, incluso la reserva para sí del usufructo vitalicio, y hacer uso de las facultades que establecen los *arts. 841 y 1.056 del Código civil*. Y tendrá para todo ello un plazo de cincuenta años, a contar del fallecimiento del testador"

"Atendiendo a lo dispuesto en el *art. 675 del mismo Código*, declara su intención de que todas las disposiciones de este testamento se interpreten en el sentido más favorable a la amplitud de las facultades

del cónyuge viudo, a quien nombra albacea y administrador de su herencia".

Mediante escritura pública otorgada el día 12 de junio de 2003 por D<sup>a</sup> Justa, ya viuda, con sus dos hijas Doña Guillerma y D<sup>a</sup> Justa, D<sup>a</sup> Begoña hace uso de las facultades conferidas en dicha testamento como si se tratara de un poder testatorio sometido a la Ley Foral del País Vasco (y así lo indica expresamente); divide la comunicación foral adjudicándose la mitad de su valor; aparta de la herencia de su difunto marido a los otros dos hijos; y dona a sus dos hijas comparecientes los bienes, reservándose la viuda la plena propiedad de los bienes depositados en la Caja Laboral y el usufructo vitalicio.

Estima el demandante que la escritura que dejamos mencionada es nula de pleno derecho y solicita su declaración como tal, la de las inscripciones practicadas a su amparo y la restitución a la masa hereditaria de los bienes; la sentencia estima íntegramente la demanda.

SEGUNDO.- La parte recurrente insiste en su consideración de que el testamento que nos ocupa debe ser interpretado en el sentido de un poder testatorio sometido a la Ley Civil Foral del País Vasco donde, como quiera que la legítima es meramente formal, el apartamiento efectuado por D<sup>a</sup> Begoña de dos de sus hijos se acomoda perfectamente al contenido del testamento y a la voluntad expresada por el testador, debiendo respetarse la misma y por ello mantenerse la validez de la escritura y revocarse la sentencia recurrida.

En este punto coincidimos plenamente con la sentencia recurrida sin que quepa entender que cabe la posibilidad de aplicar al supuesto enjuiciado las normas sobre poder testatorio y desheredación establecidas por la Ley Civil del País Vasco. Cuando otorga Don Silvio su testamento el mismo es perfectamente válido conforme a la Ley Civil Común, pues a la misma se encuentra sometido; ello por remisión expresa del *art. 9, 8 del Código civil*, conforme al cual "las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la que rija su sucesión"; y el cálculo que debemos hacer para cuantificar el poder de disposición de D<sup>a</sup> Justa no es otro que el del *art. 831 en su redacción conforme a la Ley 11/1.981, de 13 de mayo*, pues tal es la voluntad del testador y sus facultades legales.

Continúa señalando el mismo *art. 9, 8, del Código civil* que "las legítimas se ajustarán, en su caso, a ésta última", es decir, a la Ley que rija la sucesión, que no es otra que la nacional del causante al momento de su fallecimiento. Aquí debemos tomar en consideración el argumento de la parte recurrente en que señala que las legítimas a las que debemos atender son las señaladas por la Ley Civil Foral del País Vasco, Ley que rige la sucesión de Don Silvio al haber fallecido éste ostentando la condición de aforado vizcaíno; y que, como se trata de legítimas formales, puede la viuda apartar a los hijos al estar facultada para ello.

Esta interpretación extensiva de las facultades de D<sup>a</sup> Justa propiciada por la parte recurrente no la compartimos coincidiendo con la sentencia recurrida. Sus facultades quedaron señaladas por el testamento que nos ocupa y su remisión expresa al *art. 831 del Código civil*; y la voluntad del testador hace explícita referencia a los tercios señalados por el Código civil pues, como es bien sabido, en la norma foral vasca no se contempla ni el tercio de mejora ni el tercio de legítima estricta, quedando ambos englobados en el concepto más amplio de legítima. Si sus facultades deben ser establecidas en función de tales conceptos, no cabe acudir ahora a la cuantificación que de la legítima hace la norma foral pues no coincide con la de derecho común utilizada por el causante.

Tampoco cabe entender que el causante lo que estableció fue un poder testatorio a favor de D<sup>a</sup> Justa; con posterioridad al otorgamiento del testamento tiempo y ocasión tuvo el causante para otorgar nuevo testamento con poder testatorio, para el cual estaba capacitado primero por facultar el *art. 13 de la Ley Civil Foral* a los vizcaínos no aforados para otorgar testamento por comisario y, segundo, por haber adquirido la condición de vizcaíno aforado antes de su fallecimiento. Además en ningún caso el

causante dispuso la posibilidad de apartar a alguno de sus hijos, para quienes estableció el respeto de las legítimas estrictas, límite del que no podía excederse D<sup>a</sup> Justa al ejercitar las facultades que le habían sido conferidas en el testamento.

En conclusión coincidimos con la sentencia recurrida en este primer aspecto y entendemos que D<sup>a</sup> Justa se excedió de sus facultades cuando, atribuyéndose el papel de comisario foral, apartó a dos de sus hijos de la herencia de su marido. Es en este apartamiento de los hijos en relación con la herencia de su padre que la escritura debe ser considerada nula.

TERCERO.- Pero sentado lo anterior razón asiste al recurrente cuando señala que la escritura que nos ocupa no es nula en cuanto a las donaciones que en la misma se efectúan. Las donaciones efectuadas por D<sup>a</sup> Justa merecerán el calificativo de inoficiosas para el caso de que con las mismas se haya perjudicado el derecho de legítima estricta del demandante.

Como dejamos antes señalado D<sup>a</sup> Justa tenía como límite de sus facultades las legítimas estrictas de sus cuatro hijos y es este el límite que ha infringido con las donaciones reflejadas en las escrituras de mérito.

Por ello lo que la parte podrán pedir es una reducción de las donaciones efectuadas en dicha escritura, nunca su nulidad; y su reducción habrá de hacerse en el modo y medida en que las mismas infrinjan la legítima estricta de los dos herederos apartados de la herencia que, cuantitativamente hablando, se corresponde con 2/12 partes del caudal relicto. Las restantes 10/12 partes entraban dentro de las facultades que le correspondían a D<sup>a</sup> Justa y deben ser respetados los actos jurídicos en el modo y medida en que se muevan dentro de dicho límite y favorecen a las dos demandadas.

CUARTO.- Concluyendo de lo anterior coincidimos con la petición de nulidad parcial de la escritura otorgada por D<sup>a</sup> Justa en punto al apartamiento que hace en la misma de sus dos hijos; no así en cuanto al resto de las pretensiones de la parte demandante, procediendo la revocación parcial de la sentencia.

QUINTO.- Estimada parcialmente la demanda y el recurso, no procede dictar particular pronunciamiento en las costas de ambas instancias.

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 parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Guillerma y D<sup>a</sup> Justa, contra Sentencia dictada por el Ilmo Sr. Magistrado Juez de 1<sup>a</sup> Instancia n<sup>o</sup> 4 de los de Bilbao en autos de procedimiento ordinario n<sup>o</sup> 1262/07, de que el presente rollo dimana, debemos revocar y parcialmente revocamos la misma; con estimación parcial de la demanda interpuesta por Don Borja contra la misma, debemos declarar y

declaramos parcialmente nula la escritura pública otorgada el día 12 de junio de 2003 por D<sup>a</sup> Justa, Doña Guillerma y D<sup>a</sup> Justa, ante el Notario de Bilbao Don Eduardo Ares de Parga, en tanto en cuanto D<sup>a</sup> Justa aparta de la herencia de Don Silvio a sus dos hijos Don Borja y D<sup>a</sup> Martina; desestimando las restantes pretensiones de la demanda y sin dictar particular condena en las costas de ambas instancias.

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

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente el día 23 de abril de 2009, de lo que yo la Secretario Judicial certifico.