

## **SAP de Bizkaia de 7 de julio de 2000**

En la Villa de Bilbao, a siete de julio de dos mil.

Vistos por la Sección 5ª, Sección de Apoyo, de esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los presentes autos de juicio de menor cuantía número 27 de 1999, seguidos en primera instancia ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Bilbao, y del que son partes como demandante Dña. Aurora representada por el Procurador D. José Arzua Azurmendi y dirigido por el Letrado D. Juan Luis Gil López, y como demandada Dña. María Luisa, representada por la Procuradora Dña. Margarita Barreda Lizarralde, y dirigida por el Letrado Sr. Barayazarra, siendo Ponente en esta instancia el Ilmo. Sr. Magistrado D. PEDRO LUIS GARCIA MUÑOZ.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Por el juzgado de primera instancia se dictó con fecha 1-12-98 sentencia, cuya parte dispositiva dice literalmente: "FALLO: Que estimo la demanda interpuesta por Dña. Aurora, representada por el Procurador D. José Arzua Azurmendi, contra Dña. María Luisa, y declaro: a) que la actora es heredera forzosa de los bienes del causante D. Juan Pablo por ser hija del mismo y haber sido preterida por éste en su disposición testamentaria.

b) Asimismo procede reducir la institución de heredero en la persona de Dña. María Luisa, en la medida que quede a salvo la legítima de la actora en la proporción establecida en la Ley 3/92 de 1 de julio.

Y todo ello sin hacer pronunciamiento en materia de costas".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de Dña. María Luisa y admitido dicho recurso en ambos efectos se elevaron los autos a esta Audiencia previo emplazamiento de las partes. Una vez turnados a esta Sección, y personado en tiempo y forma el apelante, y personada también la parte apelada, se formó el correspondiente rollo y se siguió este recurso por sus trámites.

TERCERO.- En el acto de la vista y por el Letrado de la parte apelante se solicitó la revocación de la sentencia dictada y se dicte otra por la que se desestime la demanda con imposición de las costas en la 1ª instancia a la actora y sin expresa imposición de las costas en esta instancia.

La parte apelada interesó al desestimación del recurso de apelación interpuesto y la confirmación de la sentencia con imposición de costas al apelante.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos en ambas instancias se han observado las formalidades y términos legales, excepto el plazo para dictar sentencia debido a la acumulación de asuntos de preferente resolución.

### **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

PRIMERO.- Para la resolución de este recurso de apelación se ha de partir de estar en presencia de una controversia jurídica en la que los hechos están claros y probados como determina el Juzgado de Primera Instancia, sin que sea admisible la ampliación del juicio más allá de lo que es la pretensión principal: el ejercicio de la acción de preterición conforme al artículo 814 del C.c. en su modalidad de intencional, de modo que la demanda es clara y precisa en su acción de contenido declarativo, por lo que desde ahora rechazamos que exista ambigüedad y afirmamos que es indiferente conocer sobre qué bienes ha de recaer el eventual derecho legitimario de la actora, pues estamos hablando de una cuota; también nada descarga de la razón o no que tenga la demandante, el hecho de que la ejecución pueda suponer perjuicios a terceros, lo que se determinará precisamente en ese momento: en el de la ejecución con las posibles consecuencias de todo orden que allí se aprecien; ni es preciso inventario alguno por ahora, ni si son privativos todos, alguno o ninguno de los bienes que aparezcan. Solamente hemos de definir con criterios jurídicos si la actora, hija del fallecido Sr. Juan Pablo, fue preterida o no en el testamento que consta en los folios 353 y siguientes de fecha 4 de diciembre de 1.968 en el que confiere a la demandada Sra. María Luisa poder testatorio y la instituye y nombra por su única y universal heredera de todos sus bienes. Del mismo modo, rechazamos que deba ser llamado a juicio un tercero a quien se pudiera haber vendido bien del fallecido, ni que tenga naturaleza intrínsecamente reivindicatoria, pues tras esto subyace confundir la declaración que aquí se pretende con los efectos. Efectuaremos algunas consideraciones sobre la clase de acción que se ejercita.

SEGUNDO.- El artículo 814 del C.c. fue redactado totalmente por la reforma de 13 de mayo de 1.981, y en su párrafo 1º se contempla la preterición llamada "facta scienter", o con conocimiento de que en el testamento se está omitiendo a un heredero forzoso a sabiendas, como aquí ocurre; de la prueba practicada no existe duda que el testador Sr. Aurora conocía que tenía una hija e incluso podemos admitir que le incomodaba enormemente que en su presencia se hablara de ella o de algo relacionado con ella. El precepto supone la identificación de los efectos de la preterición intencional y desheredación injusta, por lo que han de descartarse antiguas cuestiones acerca del concepto de preterición por más que algunas se hayan incluido en el recurso; ciertamente, en el originario artículo 851 se había atenuado ya la distinción al no permitir impugnar la institución de heredero sino tan solo en cuanto perjudique a la legítima. El art. 814 del C.c contempla la preterición voluntaria como hemos visto, significada por la omisión de un heredero forzoso cuya existencia conoce el testador y que no puede tener más alcance que el previsto para el caso de desheredación que, según el art. 851 del C.c., anula la institución de heredero tan solo en cuanto signifique perjuicio al desheredado sin causa, con pervivencia de los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen la legítima del desheredado, por

ser en el terreno de los principios la solución más justa, equivalente y equiparable, toda vez que cuando el testador conoce la existencia de un heredero forzoso y, sin embargo, lo ignora en absoluto en el testamento omitiéndolo en él (preterición), o lo deshereda sin expresión de causa, o con una causa que contradicha no es probada, o que sea de las no establecidas por la Ley para desheredar; se está poniendo de manifiesto que el testador no quiso privar al preterido o desheredado de todo su patrimonio y, por tanto, que únicamente es de respetarle la legítima como porción que la Ley imperativamente le reconoce y de la que, por tanto, no puede verse privado, lo que en definitiva es consecuencia del reconocimiento en módulo interpretativo (acogido por el art. 675 C.c.), de que la voluntad del testador fue no dejar al heredero forzoso más que lo riguroso y estrictamente reconocido por la ley, y dado que el testamento que contenga preterición de heredero no determina su consideración de hecho y jurídica de "no perfecto", sino simplemente ineficaz en el aspecto de la institución de heredero que contenga omisión de herederos forzosos, ello ha de generar únicamente la reducción de la institución de heredero en lo que determina perjuicio de la legítima.

TERCERO.- En nuestro caso, pese a la oferta de interpretación que hace la representación de la demandada, el hecho rotundo de no recoger en su testamento el Sr. Juan Pablo los derechos de su hija, o (si se quiere aceptando la propuesta de la apelante) de hacer constar únicamente que se nombre heredera a la Sra. María Luisa "... excluyendo y apartando de su herencia a todos sus parientes no llamados a ella con el mínimo que consiente la legislación foral vizcaína" (folio 354), lleva a una conclusión inequívoca: se ha obviado el derecho de la demandante Sra. Aurora sin justa causa manifestada y probada, y ha concederse la declaración que pretende con su demanda, pues además de lo dicho anteriormente, la Ley parte del presupuesto de que el testador si quiere privar de la legítima, si quiere desheredar, puede hacerlo ampliamente existiendo causa, y si adopta una actitud pasiva deja que operen los derechos establecidos por la Ley; es decir, la dejación del testador tiene como motivo el no atender el problema y dar solo lo que la Ley cree justo. Quizá la manifestación de los testigos en el sentido de que el Sr. Aurora se sentía incómodo ante la conversación relativa a la existencia de una hija con la que no tenía trato alguno, guarde relación con la voluntad presunta suya de dejar actuar la Ley: no tengo trato pero tampoco declaro la desheredación y privación total de lo que corresponda mío a mi hija. En definitiva, asumiendo los argumentos del Juzgado de Primera Instancia en los demás aspectos, se ha de confirmar la sentencia, insistiendo en que tiene un contenido meramente declarativo y que abre un periodo de ejecución, con imposición de las costas a la apelante de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 710 de la L.E.C.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

### **FALLAMOS**

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador Margarita Barreda Lizarralde, en nombre y representación de María Luisa, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Bilbao de 1 de diciembre de 1.998 en Juicio de Menor Cuantía 477/97, DEBEMOS CONFIRMAR Y

CONFIRMAMOS dicha resolución con expresa imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada"

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Devuélvase los autos al Juzgado del que proceden con testimonio de esta sentencia para su cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.