

SAP de Álava de 14 de enero de 2004

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. D. Jaime Tapia Parreño, Presidente en funciones, y D. Iñigo Elizburu Aguirre, y D^a Silvia Víñez Argüeso, Magistrados, ha dictado el día catorce de Enero de dos mil cuatro.

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA N° 4/04

En el recurso de apelación civil rollo de Sala n° 350/03, procedente del Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Amurrio, Autos de Juicio Ordinario n° 139/03, promovido por D. Baltasar dirigido por el Letrado D. Juan Carlos Lázaro Palomino y representado por la Procuradora D^a Soledad Burón Morilla, frente a la sentencia dictada en fecha 01.03.03, siendo apelados D. Diego y D^a Beatriz dirigidos por el Letrado D. Gonzalo Vidorreta Lasa y representados por el Procurador D. Federico de Miguel Alonso. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Iñigo Elizburu Aguirre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la mencionada fecha se dictó por el Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Amurrio, sentencia cuya parte dispositiva dice: "Con desestimación íntegra de la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Sra. Burón, en nombre y representación de D. Baltasar contra D. Diego y D^a Beatriz, debo declarar no haber lugar a los pronunciamientos interesados en ella, imponiendo al actor las costas procesales causadas".

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución, se interpuso, recurso de apelación, por la representación de D. Baltasar, recurso que se tuvo por interpuesto por providencia de fecha 02.10.03, dándose traslado a la otra parte por diez días para alegaciones. Por la representación de D. Diego y D^a Beatriz, fue presentado, en fecha 15.10.03, escrito de oposición al recurso formulado de contrario, elevándose, posteriormente, los autos a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, en fecha 28.10.03 se formó el rollo de apelación, registrándose, turnándose la ponencia y señalándose para la deliberación, votación y fallo el día 02 de Diciembre de 2003.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida excepto en el pronunciamiento relativo a las costas PRIMERO.- Tanto en la instancia como en esta alzada la cuestión básica que se ha planteado es si el testamento otorgado por la ascendiente de los litigantes, en el que se aparta al actor, pero sin concederle ningún bien, ha de ser considerado nulo o válido (posición respectivamente de la parte actora y demandada), discutiéndose, de manera subsidiaria, la consecuencia jurídica que ha de llevar aparejada tal declaración judicial, una vez declarada por el órgano judicial la nulidad o validez total o parcial de tal acto mortis causa.

No se debatió en la primera instancia del litigio que la causante tenía la vecindad civil ayalesa en el momento de morir (*art. 9.8 CC en relación al art. 14.1 del CC*) y que, por ello, la sucesión se rige por el *Capítulo II del libro II de la Ley 3/1992, de 1 de julio*, de Derecho Civil Foral del País Vasco (en adelante LDCFPV).

En todo caso, como la vecindad civil es una cuestión de orden público, o de ius cogens, de modo que, cuando se plantea cualquier cuestión de Derecho Interregional en el que debe ser aplicado el estatuto personal, los órganos judiciales han de examinar y determinar la efectiva vecindad civil del causante, como punto de conexión para determinar la legislación civil aplicable, comprobamos que efectivamente por los datos existentes en las actuaciones, es razonable concluir que la madre de los litigantes tenía tal vecindad civil ayalesa (*arts. 14. 5.2º y 14.6 CC*), lo que determina que sea aplicable aquella normativa civil antes mencionada.

Muchas consideraciones históricas y doctrinales se podrían hacer sobre el Fuero de Ayala, pero no es éste el lugar conveniente para hacerlo, sino que simplemente debemos centrarnos en dilucidar la cuestión que se nos plantea.

Ahora bien, sí podemos señalar que ya en su primera redacción, de 1373, se recoge la libertad de testar y el apartamiento. El pilar fundamental del Fuero de Ayala lo constituye la libertad sucesoria, y el texto de 1992, en especial el *artículo 134*, regla básica de este verdadero sistema de Derecho Civil, hasta el punto de que ha habido autores que han estimado que no sería precisa una mayor regulación, recoge esencialmente la redacción de 1487, con unas pequeñas adaptaciones.

Según opinión bastante unánime de la doctrina (Rueda Díaz de Rábago, Uriarte Zulueta, Celaya), la legítima a partir de la LDCFPV queda configurada como una legítima formal o simbólica. El carácter de formal implica que el causante cumple su obligación legitimaría con la mención del heredero forzoso. Lo único que se le exige es que mencione claramente en su testamento o acto de disposición a los herederos forzosos, aunque sea simplemente con esa mención de apartarlos.

Los textos antiguos antes citados e incluso la Compilación de Vizcaya y Álava de 1958 apenas regulaban el apartamiento, una institución que efectivamente como alega el actor y apelante, es diferente de la desheredación, pero, frente a ese laconismo de los textos antiguos, la nueva Ley trata y regula con extensión el tema del apartamiento.

SEGUNDO.- Como nos indica Rueda Díaz de Rábago (uno de los autores del Anteproyecto de Ley que dio lugar a la LDCFPV, dentro la comisión formada por la Diputación Foral Alavesa) y esta Sala conoce, la intención de esta nueva regulación fue

evitar peticiones de legítima por quienes han sido, directa o indirectamente, privados de ella. Se pretende- continúa este autor-(El Fuero de Ayala Trae la Reforma de 1992, pág. 170) evitar las reclamaciones que pueden plantear, por motivos formales, personas acerca de las cuales conste, directa o indirectamente, la voluntad del causante de excluirles de la herencia. Para ello, según señala aquél, se huyó de las fórmulas sacramentales, y se desarrolló el apartamiento tácito, pensando sobre todo en aquellos supuestos en que roza con instituciones protectoras de la legítima, desheredación y preterición, y en los casos en que no exista el asesoramiento legal, como testamentos ológrafos, o intención sucesoria directa, como las donaciones.

Por ello, Uriarte Zulueta (verdadero especialista y maestro de muchos juristas en el Derecho civil ayalés) afirma en su trabajo sobre el Fuero de Ayala, en la obra colectiva Derecho Civil Vasco (Consejo General del Poder Judicial y Gobierno Vasco, página 236), que la fórmula con poco o mucho, como quisieren o por bien tuvieren, aparte de ser ya un anacronismo sin contenido real, pues siempre se entendió que el apartamiento es una mera exclusión y que bastaba con mencionar al excluido, sin necesidad de dejarle mucho, poco, ni nada, en la actual redacción, dado que la *Ley de 1992* ha admitido el apartamiento tácito, con más razón había que entender tal expresión legal, es decir, no es preciso dejarle nada, y basta la mera exclusión.

Añade también que lo mismo ocurre en Navarra, con los cinco sueldos febles o carlines y la robada de tierra en los montes comunes, que la *Ley 267 de la Compilación de 1 de marzo de 1973* obliga a dejar a cada heredero forzoso, pero cuyo carácter puramente formal y falta de contenido patrimonial está expresamente reconocido por la Ley. En este sentido, sobre la falta de contenido patrimonial en relación a Navarra, se pronunció la Sala de lo civil del Tribunal superior de Justicia de Navarra en la sentencia de 3 de marzo de 1994 (recurso 29/1993, Pte. Rodríguez Ferrero).

Por si pudiera existir alguna duda sobre esta cuestión, otro autor relevante del Derecho Civil Vasco, Adrián Celaya, en la obra Comentarios al Código Civil y Compilaciones Ferales, más concretamente al analizar el *art. 136 de la LDCFPV (pág. 574)*, con respecto a esta cuestión, señala que, al igual que en la nueva redacción del Fuero de Bizkaia, no tiene ninguna trascendencia real el separar con bienes (con poco o mucho), puesto que se trata de un mero formalismo. El acuerdo de 1487 y la costumbre histórica imponían en efecto, según afirma aquel autor, el apartamiento con bienes (como ya había indicado previamente este mismo profesor en los Comentarios de Edersa a la Compilación de Vizcaya y Álava de 1958), y esta es la postura histórica en la que parece que se basa el recurrente, pero hoy- concluye Celaya- se le ha despojado de todo contenido, admitiendo incluso el apartamiento tácito, de modo que esta exigencia se ha convertido en un requisito anacrónico e incluso se llega a confundir el apartamiento con la preterición Y más adelante, en esa misma línea en la misma obra, indica que también es ocioso discutir, a la vista de la nueva regulación legal, si el apartamiento ha de hacerse con bienes o no, pues resulta evidente la respuesta negativa.

Pues bien, esta Sala (uno de cuyos Magistrados es también especialista en la materia y ha inspirado la redacción de esta resolución) asume esta tesis unánime de la doctrina científica, puesto que se corresponde con el actual maree normativo del apartamiento, y no puede aceptar la postura de la parte apelante.

TERCERO.- Respondiendo de manera más concreta a las alegaciones del recurrente, se puede reconocer que históricamente, como defendió el propio Profesor Celaya en su

obra en la que cementaba el *art. 62 de la Compilación de 1958*, el apartamiento debía ser expreso y que se debía apartar con algo.

Según una cierta opinión doctrinal, la costumbre, que durante muchos siglos completó la única regla que constituía en materia civil el Fuero de Ayala, efectivamente imponía tal obligación de apartar con algo. Aun más, al redactar la Compilación, no se suprimió la obligación de apartar con algo, poco o mucho, lo que hizo pensar a algunos autores que, aunque se pudiera llegar a reducir la herencia del apartado a algo simbólico o insignificante, era preciso ese apartamiento con algo.

Podría, pues, discutirse, si antes de la promulgación de la LDCFPV, tenía algún contenido patrimonial en el Fuero de Ayala ese poco o mucho, con que había de apartarse al heredero, pudiendo entenderse incluso que antes y después de la Compilación, y hasta que entra en vigor el Texto Civil de 1992, tal fórmula no era sacramental, a diferencia de la forma solemne establecida por el *art. 267* del Fuero Nuevo de Navarra.

Y todas las reflexiones que el actor refleja en la demanda y reproduce esencialmente en la apelación se refieren a viejos Autores, que fueron, es de reconocer, verdaderas autoridades en la materia en el siglo XX, pero el recurrente no refleja una sola opinión doctrinal actual que avale su tesis, porque sencillamente no existe, aunque a su vez se puede aceptar que la posición mantenida por el actor tenía un cierto aval histórico y doctrinal, pero la tesis jurídica defendida por otros autores se refería a la legislación previa (la *Ley de 1437* y la *Compilación de 1958*).

Ahora bien, sentado lo anterior, después de la entrada en vigor del nuevo Texto Foral civil, teniendo en cuenta la eficacia del apartamiento tácito y los perfiles del mismo que elige la LDCFPV, que representan un esfuerzo de la aversión por la sucesión forzosa o porque el legislador pueda presumir en contra de la libertad del disponente, la posición del apelante no tiene peso alguno.

Como hemos señalado, se ha tratado de evitar, precisamente con la legislación vigente, peticiones como las que formula el actor apelante, en la idea de que debe primar por encima de formalismos enervantes la voluntad del testador, que en este supuesto litigioso es clara, y nadie discute.

La fórmula histórica del Fuero pudo tener en su día un contenido patrimonial, lo que tampoco es pacífico (según nos indica Uriarte Zulueta), pero no es cierto, como alega el apelante, que tal situación no haya podido cambiar, porque no ha variado la redacción de la norma, ni ha variado el contenido del apartamiento, puesto que, como hemos expuesto, toda la regulación complementaria sobre el apartamiento ha ido encaminada a reforzar esa tesis también reflejada por los autores (Uriarte Lebario), de que el apartamiento era un mera exclusión y no tenía contenido patrimonial.

El impugnante insiste en el recurso, como había aducido en la instancia, en la idea de la diferencia entre desheredación y preterición, y es cierto que son figuras distintas, pero el legislador de 1992 ha querido evitar el peligro de acudir, como derecho supletorio, al código Civil y de llegar a un resultado como el que pretendía en cierta forma el recurrente, esto es, el legitimario respecto del cual consta expresamente la voluntad del causante de no dejarle nada (que es nuestro supuesto) podría llegar a recibir más que aquel otro legitimario a quien el causante ha querido dejar algo más que al primero. Y esto se ha evitado equiparando la desheredación injusta al apartamiento tácito (*art.*

135.1 LDCFPV), esto es, que aquel a quien expresamente se excluye de la herencia reciba sólo aquel derecho puramente formal con el que podría haber sido excluido sin siquiera citar motivo, justo o injusto.

De modo que, aun en el supuesto de que se considerara que ese apartamiento expreso de la ascendiente de los litigantes respecto del actor constituye en realidad una desheredación injusta, como consta, sin ninguna vacilación, la voluntad de la testadora de apartar y excluir al demandante, la misma se considerarla un apartamiento tácito, y tendría el mismo valor jurídico que aunque no le hubiese excluido expresamente, que no hubiese sido citado, y por canto, no se le hubiese dejado poco o mucho.

Finalmente, el apelante aduce que la interpretación que se hace en la sentencia combatida (y por consiguiente en ésta), sería contraria al *art. 33 de la CE*.

Probablemente la alegación de esa posible contradicción entre Fuero de Ayala y Constitución se haya podido hacer tomando en consideración la reflexión que sobre esta cuestión lleva a cabo el profesor Victor Angoitia en su artículo Una aproximación al Fuero de Ayala, publicado en la obra colectiva La tierra de Ayala (página 324), pronunciándose este autor en contra de tal posición (manteniendo, por cierto, la pérdida del carácter ritual que había acompañado al apartamiento en su formulación histórica, hasta quedar hoy vacío de contenido); tesis que comparte esta Sala, puesto que son las leyes civiles las que, en definitiva, han de fijar el contenido del derecho a la herencia, y tal precepto constitucional se ha de interpretar en consonancia con otras normas constitucionales, y en particular con el *art. 149.1.8 de la Constitución* que garantiza y protege los Derechos Civiles propios de aquellos lugares, Regiones, hoy Comunidades Autónomas, en las que históricamente existió un Derecho Civil Foral, como sin duda es el caso de Ayala, y permite que los Parlamentos de esas Comunidades Autónomas, a través igualmente del ejercicio de la competencia reconocida en los respectivos Estatutos de Autonomía(en el caso del País Vasco, el *art. 10.5 del Estatuto de Gernika*) puedan conservar, modificar y desarrollar tales Derechos Civiles, en este supuesto el derecho civil ayales.

Y si se quiere, en el mejor de los supuestos para el apelante esto es lo que ha hecho el legislador vasco, al regular el apartamiento, puesto que, aceptando dialécticamente la tesis histórica que ha mantenido el recurrente, se habría pasado de una situación en la que el apartamiento tenía un contenido económico, obligando a apartar con algo, a otra en la que ya no lo tiene y es posible el apartamiento tácito, con esa interpretación amplia de esta institución.

CUARTO.- Por lo demás, aunque se hubiese declarado o sentado que el apartamiento debía ir acompañado de una atribución de bienes, tampoco la consecuencia jurídica habría sido la nulidad del testamento que se postulaba en la demanda, si bien con carácter subsidiaria, parecía mantenerse la posibilidad de una decisión menos radical que tampoco se especificaba, puesto que la LDCFPV regula los efectos de la falta de apartamiento, conforme a la Ley.

En realidad, aquélla no regula los efectos de la falta de apartamiento, sino la preterición no intencional, lo que, como dice Celaya en la obra señalada (página 576) pone de relieve que el verdadero requisito formal no es el apartamiento sino la no preterición (y en nuestro caso litigioso no hay preterición en absoluto).

Pero, en definitiva, como resalta Rueda Díaz de Rábago, el legislador vasco, con los *artículos 137 y 138 de la LDCFPV*, no ha querido una sanción tan estricta como la del Código Civil, que puede llegar a anular todas las disposiciones patrimoniales o la institución de heredero, y, por el contrario, ha fijado una consecuencia particular que no es otra que el heredero forzoso (en este supuesto habría sido el actor) podría reclamar su legítima, y la institución de heredero y demás disposiciones testamentarias se reducirían en cuanto perjudiquen a dicha legítima (*art. 137*), pero, como en este supuesto se trata de un descendiente, tendría derecho a percibir tanto como el menos favorecido de los demás legitimados no preteridos, y, como mínimo, la legítima estricta (*art. 138*).

Como, según alega la parte apelada y no se ha discutido, el actor recibió una finca de sus padres y una hija de aquél recibió también alguna cantidad, se deberían eventualmente haber tomado en consideración tales disposiciones para determinar los derechos del actor, pero nunca hubiese procedido, reiteramos, tal nulidad interesada de manera principal.

Esto bien entendido en el supuesto de que hubiésemos establecido que se había producido el defecto alegado por el actor en el apartamento, lo que no podemos en absoluto asumir, por las razones que hemos expuesto a lo largo de esta resolución y que también esencialmente se exponían en la resolución atacada, por lo que hemos de rechazar el recurso de apelación.

QUINTO.- En el que podríamos denominar segundo motivo del recurso de apelación se solicita que se revoque el pronunciamiento de la sentencia de la instancia que le ha condenado al pago de las costas procesales, ya que se trataría de una cuestión jurídica, sobre la que la doctrina científica se ha manifestado de manera diversa, sin que existan resoluciones judiciales que resuelvan este tema, solicitando que se aplique la excepción prevista en el *apartado primero del art. 394.1 LEC*, puesto que habrían existido serias dudas de derecho.

El motivo ha de prosperar, dado que efectivamente aprecia la Sala que concurrían al inicio del litigio tales serias dudas de derecho en el asunto controvertido relativo al alcance del apartamento sin dejar ningún bien, según se ha justificado en esta sentencia, y, si en algún caso cabe apreciar tal excepción al principio de vencimiento objetivo previsto en aquella norma adjetiva civil, debe ser precisamente éste, lo que viene corroborado por el hecho de que tampoco existían precedentes judiciales específicos referentes a este extremo controvertido.

Por otro lado, contestando a los argumentos que opone la parte apelada al impugnar en este extremo en el recurso de apelación, si bien es cierto que el recurrente en primer término solicitaba la nulidad del testamento, petición que suponía un intento de quebrantar la voluntad de la madre de los litigantes, lo que es contrario al principio inspirador fundamental básico de todo el Derecho sucesorio y en especial del Derecho civil ayalés (al concederle tal libertad absoluta de testar), en la demanda también se ejercitaba subsidiariamente, para el caso de mantener parcialmente el acto jurídico, una acción, un tanto oscura, que pretendía que se abriera la sucesión conforme a la declaración que se realizara, de modo que permitía en cierta forma la aplicación de los *arts. 137 ó 138 de la LDCFPV*, respetando la voluntad de la ascendiente común, lo que permite entender que la pretensión deducida en la demanda no era totalmente contraria al ordenamiento civil jurídico aplicable al caso.

En fin, aunque se ajusta a la realidad que la parte actora no hacia ninguna referencia a la finca recibida en vida de sus progenitores (resulta indiferente las cantidades que haya podido recibir otra descendiente, hija del actor), alguna postura doctrinal (por ejemplo Celaya en los Comentarios a la Compilación de 1958, página 430) mantuvo que la obligación del apartamiento con poco ó mucho se debía cumplir en cada uno de los actos dispositivos intervivos o mortis causa en que se transmita el patrimonio hereditario, y este con cierta racionalidad, se podría sostener con la actual regulación, si tenemos en cuenta la dicción del *art. 134 de la Ley* citada, puesto que tal precepto indica que tal disposición con mucho o poco se puede hacer por título universal (testamento) o particular (donación), a pesar de que no hayamos compartido esta tesis de la obligación de hacer disposición de algún bien a favor del apartado con la actual normativa.

En definitiva, se trata de un tema lo suficientemente novedoso (la LDCFPV es relativamente nueva) y discutible jurídicamente (existían autores que han defendido históricamente la tesis del recurrente) para que, como hemos indicado, no proceda el pronunciamiento sobre costas en la instancia, aplicando la previsión contenida en el *artículo 394. 1 LEC*.

SEXTO.- No procede tampoco pronunciamiento sobre las costas del recurso de apelación, conforme al *art. 398.2 LEC*, al haberse estimado parcialmente el recurso de apelación.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dña. Soledad Burón Morilla, en nombre y representación de D. Baltasar, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera instancia número uno de Amurrio, en los autos de juicio ordinario número 139/03, el día uno de septiembre de 2003, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución, en el sentido de no ser procedente la imposición de las costas de la instancia a la parte actora, sin especial pronunciamiento sobre las costas del recurso de apelación.

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

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