

SAP de Bizkaia de 5 de julio de 2006

En Bilbao, a cinco de julio de dos mil seis.

Visto en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Srs. Magistrados, el procedimiento PRO.ORDINARIO L2 88/04, procedente del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Getxo y seguido entre partes: Como apelante Carlos Francisco representado por la Procuradora Sra. Basterreche Arcocha y como apelada que se opone al recurso María Esther representada por el Procurador Sr. Ors Simón y dirigida por la Letrado Sra. Acha Mancisidor.

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 29 de noviembre de 2004 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: Que, con imposición de costas a la parte actora Carlos Francisco, y con desestimación de su demanda, debo declarar y declaro la validez de la *clausula segunda* del testamento hecho por Carlos Francisco el 1 de agosto de 2002, y asimismo declaro la ineficacia de la donación efectuada por Juan Antonio a favor de Carlos Francisco por ser inoficiosa, en lo que exceda del quinto de libre disposición de la masa hereditaria."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandante 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 243/05 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. IGNACIO OLASO AZPIROZ.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La base fáctica en que se sustenta el pleito y, por ende, el recurso reside en el testamento otorgado por D. Juan Antonio el día 1 de Agosto de 2002 en el que dispuso, como cláusulas más relevantes, las siguientes:

Primera: Instituye heredera universal de todos sus bienes, derechos y acciones a su hija D^a María Esther), sustituida vulgarmente por sus descendientes.

Segunda: Dispone expresamente el testador que todas las donaciones recibidas por su hijo Carlos Francisco) del testador en vida de éste tengan el carácter de colacionables.

Tercera: Aparta y excluye de su herencia a su hijo y a los descendientes de éste, dado el comportamiento que ha mantenido el mismo con el testador a partir del fallecimiento de su madre.

El demandante y ahora recurrente D. Carlos Francisco ejerció acción contra su hermana D^a María Esther en solicitud de que se declarara la nulidad de la *cláusula segunda* antedicha ya que, habida cuenta del contenido de la *cláusula tercera, violentaba lo dispuesto en el artº 62-3*, en relación al *artº 53-1 y 55, todos ellos de la Ley de Derecho Civil y Foral del País Vasco*, así como los *artículos 1.035 y 1.036*, en relación al *artº 807, todos ellos del Código Civil Común* que es aplicable como derecho supletorio.

La demandada D^a María Esther se opuso a la demanda y ejerció acción reconvenzional en solicitud de que se obligara a D. Carlos Francisco a colacionar aquella parte de la donación recibida en vida del causante que excediera del quinto de libre disposición al que alude el *artº 55 párrafo segundo de la Ley Civil Foral del País Vasco*, por resultar inoficiosa en dicho exceso, por entender que el causante consideró a D. Carlos Francisco no como heredero forzoso sino como un extraño.

La sentencia dictada por el Juzgado de instancia desestima la demanda principal y estima la acción reconvenzional al considerar, con apoyo en los *artículos 818 y 1.036 del Código Civil*, que los donatarios, por el mero hecho de serlo y con independencia de su condición de herederos forzosos o de extraños, tienen obligación de colacionar en cualquier caso los bienes donados; pero sin que la sentencia entre a considerar un hecho que, según el planteamiento de la demanda, resulta básico cual es que el donatario y, a la vez, heredero forzoso del causante al que se le obliga a colacionar fue apartado expresamente de la herencia.

SEGUNDO.- El recurso de apelación interpuesto por D. Carlos Francisco debe ser estimado; como primera consideración y al objeto de salir al paso de las alegaciones que se hacen en la contestación a la demanda y en la demanda reconvenzional, procede apuntar que dicho señor en modo alguno tiene la consideración de extraño a efectos hereditarios sino que se trata de un hijo del causante y, por tanto, tiene la condición legal de heredero forzoso, lo que es indisponible para el testador.

En tal condición, tiene derecho a la legítima que, en territorio aforado, como es el caso, puede alcanzar hasta los cuatro quintos de la totalidad de los bienes del testador (*artº 55 Ley Civil Foral*); dichos bienes pueden recibirse, se insiste con cargo a la legítima al tratarse de un heredero forzoso, mediante donaciones en vida del causante o por vía de

partición de la herencia, si bien procede en ese momento la computación de aquellas, si realmente las ha habido, en la forma establecida por el *artº 62 de la misma Ley*, para que no exceda el 80% de la totalidad de los bienes del causante.

El problema que en este caso se plantea es estrictamente jurídico y reside en determinar algo que el Juzgador de instancia ha omitido, que es si el heredero forzoso (hijo) que en el testamento del causante es apartado o excluido expresamente de la herencia, debe devolver a la masa o caudal hereditario los bienes que el causante le donó en vida para que los mismos se repartan entre los demás herederos designados por el causante en su testamento; o, por el contrario, si esa donación es ya irrevocable y los herederos designados por el causante deben conformarse con los bienes existentes al momento del fallecimiento de aquél.

La cuestión no es dudosa desde la perspectiva tanto de la Ley Civil Foral como del Derecho Civil a aplicar de forma supletoria.

Es sabido, como recuerda la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 19 de Octubre de 2004, que los presupuestos básicos de la colación de los bienes donados pasan por las siguientes consideraciones:

1ª.- Estrictamente la colación es una operación particional, cuya finalidad no es, en sí misma, la protección de las legítimas, sino la de determinar lo que ha de recibir el heredero forzoso por su participación en la herencia (1035 y concordantes del Código Civil (véase SSTs 15-II-2001 y 19-VII-1982);

2ª.- Para que proceda la colación, han de darse los requisitos legales siguientes, que se recogen en el *art. 1035 de nuestro Código Civil* : primero, concurrencia de herederos forzosos en una misma sucesión; segundo, que uno o varios de ellos, hayan recibido del causante de la herencia, en vida de éste, determinados bienes o valores; tercero, que, tal recepción, la haya sido por vía de dote, donación u otro título lucrativo; y cuarto, que los bienes mismos o su valor, se traigan a la masa hereditaria, para ser computados en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición.

Por tanto, para que un heredero forzoso venga obligado a colacionar los bienes recibidos en vida del causante debe concurrir necesariamente a la sucesión en concepto de heredero, lo que asimismo se deduce de lo dispuesto en el *artº 1.036 del Código Civil*, que excluye de la obligación de colacionar al heredero forzoso que repudie la herencia; y también del *artº 62-3 de la Ley Civil Foral del País Vasco*, directamente aplicable al presente supuesto, que determina no haber lugar a colacionar cuando se aparte expresamente de la herencia a un heredero forzoso, que es lo que aquí ha ocurrido.

Mantener lo contrario, sería tanto como revocar de forma subrepticia y con efectos "post mortem" una donación aunque no concurren ninguno de los supuestos previstos legalmente para ello (*artículos 644 y 648 del Código Civil y artº 79 de la Ley Civil Foral*), ninguno de los cuales se citan por cierto, en la *cláusula segunda* del testamento cuya nulidad el recurrente pretende.

TERCERO.- La estimación del recurso supone, con revocación de la sentencia de instancia, la estimación de la demanda y la desestimación de la reconvención; ello conlleva, conforme al *artº 394 LEC*, la imposición a la demandada/reconviniente de las costas habidas en la primera instancia.

No procede una imposición expresa de las costas de esta alzada en aplicación del *artº* 398 *LEC*.

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 Carlos Francisco contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Guecho en el procedimiento ordinario nº 88/04 del que este rollo dimana, revocamos dicha resolución; y, con estimación de la demanda interpuesta por el citado recurrente, declaramos la nulidad de la *cláusula segunda* del testamento otorgado por D. Juan Antonio con fecha 1 de Agosto de 2002 y, en consecuencia, que el recurrente no está obligado a colacionar los bienes recibidos por donación del expresado causante con fecha 27 de Mayo de 2002; desestimamos la demanda interpuesta por vía reconvenzional por D^a María Esther.

Imponemos a esta última las costas habidas en primera instancia, sin pronunciamiento expreso en cuanto a las del recurso.

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