

## **STSJPV de 12 de abril de 1994**

En Bilbao, a doce de abril de mil novecientos noventa y cuatro.

Los antecedentes necesarios para el estudio de la sentencia se relacionan en su primer fundamento de derecho.

D.<sup>a</sup> Begoña y D.<sup>a</sup> Amelia A.A. promovieron juicio voluntario de testamentaría de la fallecida D.<sup>a</sup> Emilia A. V., que en aplicación del art. 1088 LECiv, continuó por los trámites del juicio declarativo ordinario de menor cuantía, en la que las antedichas promotoras demandaron a D. Rafael A.A. solicitando la partición y adjudicación de la herencia en tres partes iguales o subsidiariamente la partición y adjudicación en función del testamento de D. Juan A. E.

El demandado se opuso a la demanda y formuló reconvenición. El Juzgado de 1.<sup>a</sup> instancia núm. 3 de Bilbao dictó el 7-11-1991 Sentencia estimatoria de la demanda, condenando a practicar la adjudicación de la herencia de D.<sup>a</sup> Emilia A. V. mediante la división en tres partes iguales para cada hermano, con desestimación de las pretensiones del demandado respecto a la exclusión de bienes del inventario del caudal hereditario. La Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Bizkaia confirmó en grado de apelación dicha sentencia mediante la suya de 16-11-1993. El demandado D. Rafael A. A. interpuso recurso de casación civil foral.

El TSJ del País Vasco declara haber lugar al recurso interpuesto, casa y anula la sentencia recurrida y, revocando en parte la pronunciada en primera instancia, declara que el régimen económico habido en el matrimonio de D. Juan A. E. y D.<sup>a</sup> Emilia A. V. fue el de comunicación foral de bienes, y que la herencia de esta última se contrae a la mitad de los bienes pertenecientes a dichos cónyuges en el momento del fallecimiento de la causante D.<sup>a</sup> Emilia A. V., bienes que deberán ser adjudicados por terceras e iguales partes entre sus hijos, D.<sup>a</sup> María Begoña, D.<sup>a</sup> Amelia y D. Rafael A. A., sin hacer expresa imposición de costas, ni respecto de las causadas en este recurso, ni de las producidas en las dos anteriores instancias.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.**-Para el adecuado estudio de las cuestiones debatidas en este recurso, parece conveniente hacer relación de una serie de hechos que resultan fundamentales.

Con fecha 14 de febrero de 1920, se otorga una escritura pública de capitulaciones matrimoniales entre los futuros cónyuges D.<sup>a</sup> Emilia A. V. y

D. Juan A. y E., compareciendo también los padres de ambos, y por medio de dicho instrumento, los progenitores de la todavía novia, D.<sup>a</sup> Emilia, le donan una serie de bienes inmuebles, como anticipo de su herencia legítima, otorgando a dicha donación el carácter de dote inestimada; en el mismo documento, los futuros contrayentes se dan y confieren mutua y recíprocamente poder testatorio.

Celebrado el anunciado matrimonio, nacen del mismo tres hijos, M. Begoña, M. Amelia y Rafael A. A., litigantes en las presentes actuaciones.

Con fecha 4 de diciembre de 1933, fallece la esposa D.<sup>a</sup> Emilia A.

El 2 de diciembre de 1959, D. Juan A., haciendo uso del poder que su esposa le había conferido, otorga testamento en nombre propio y como comisario de aquélla.

Mediante escritura notarial de 22 de mayo de 1976, D. Juan A., invocando su condición de aforado vizcaíno, y el hecho de que, al fallecer su esposa, había quedado descendencia, manifiesta que se habían producido los efectos de la comunicación foral de acuerdo con la ley 1.<sup>a</sup> del Título XX del Fuero Nuevo de Vizcaya, por lo que solicitaba se inscribiera a su nombre, en pleno dominio, la mitad indivisa de parte de las fincas que su esposa había aportado al matrimonio. Dicha escritura fue inscrita en el Registro de la Propiedad en la forma interesada por su otorgante.

De las fincas recibidas en concepto de donación por D.<sup>a</sup> Emilia A. V., se dispuso enajenándolas, de varias de ellas, en vida de dicha señora y después de su fallecimiento se producen varias donaciones del cónyuge viudo, D. Juan A., como comisario de su esposa a favor de sus hijas D.<sup>a</sup> Begoña y D.<sup>a</sup> Amelia, y ventas a favor de terceros, en las que aparecen como vendedores, conjuntamente, el mencionado viudo, D. Juan, y sus hijos.

La primera consecuencia que se deduce de la relación de hechos anteriores, y a la luz del artículo 9, apartado 8 del Código Civil, es que la normativa aplicable a este recurso, será la contenida en el Fuero Nuevo de Vizcaya del año 1526, dada la condición de vizcaína aforada de la causante D.<sup>a</sup> Emilia A. V., condición aceptada por las partes litigantes.

**Segundo.**-El único motivo del recurso, por vía del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción en la sentencia recurrida, de la doctrina general básica de la ley 1.<sup>a</sup> del Título XX del Fuero Nuevo de Vizcaya de 1526, en relación a la Disposición Transitoria 1.<sup>a</sup> de la Compilación de Vizcaya de 1959, y los artículos 1315 y 1316 del Código Civil.

La resolución impugnada, confirmatoria de la citada en primera

instancia, considera que la aportación al matrimonio, por parte de D.<sup>a</sup> Emilia A., de los bienes que sus padres le donaron en concepto de dote inestimada, configura un régimen económico distinto e incompatible con el de comunicación foral, por lo que, en ningún momento, el esposo puede acceder a su propiedad, ni aun en el supuesto de disolución del matrimonio con descendencia.

La ley I del Título XX del Fuero Nuevo contempla dos posibilidades. En la primera de ellas prevé el supuesto de que, casados marido y mujer legítimamente, si tuvieren hijos o descendientes de ambos y quedaren vivos, siendo disuelto el matrimonio, todos los bienes de ambos, sean comunes a medias, entre el cónyuge viudo y los descendientes. En segundo lugar, si el matrimonio se disuelve sin descendientes y alguno de los cónyuges hubiere traído en dote o donación bienes raíces, se queden dichos bienes para quien los aportó o sus herederos, si aquél hubiere fallecido.

Esta normativa resulta de plena aplicación al proceso que origina el presente recurso, sin que sea obstáculo para ello el hecho de que la donación recibida por D.<sup>a</sup> Emilia A. V. de sus padres, fuera calificada como dote inestimada, puesto que, en definitiva, se trata de una aportación de bienes al matrimonio, enmarcada en el primero de los supuestos antes mencionados donde, de manera taxativa, se hace referencias a todos los bienes de ambos. A mayor abundamiento, debe señalarse que en el caso de disolución conyugal sin descendencia, la citada ley I del Título XX del Fuero Nuevo, hace expresa mención de los bienes dotales, lo que indica que los tales bienes se hallan también comprendidos en el supuesto contrario, es decir, cuando el matrimonio se disolvió con descendientes.

**Tercero.**-Descartado en la sentencia recurrida el régimen de comunicación foral, se aplican en la solución del debate, los artículos 1346, 1360, 1367 y 1372 del Código Civil en su redacción anterior a la reforma de 1981, como norma subsidiaria de la legislación foral, mas no resulta precisa tal subsidiariedad, cuando en el Fuero Nuevo aparecen suficientes normas relacionadas con la dote, cuales son las leyes I, II, III, IV, VII y IXX del Título XX, ley VII del Título XXI, ley III del Título XXIII, ley I del Título XXVI y ley XXII del Título XXXIV, sin que en ninguna de ellas se contradiga el sentido ni el contenido de la precitada ley I del Título XX, por lo que el régimen de comunicación foral debe considerarse como el único contemplado en el Fuero Nuevo.

**Cuarto.**-Como consecuencia de lo anteriormente expresado, resulta necesaria la estimación del recurso y la casación de la sentencia recurrida, así como la revocación de la sentencia pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia, que fue íntegramente confirmada por aquélla, con la

consiguiente desestimación de la demanda.

**Quinto.**-El artículo 1715.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que de ser estimado el recurso por motivos de infracción comprendidos en el núm. 4.º del artículo 1692, como es el caso, la Sala resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, por lo que habrá de replantearse el proceso desde el momento en que la sentencia de primera instancia fue recurrida.

El motivo por el que fracasara el procedimiento voluntario de testamentaría residió en la imposibilidad de formar el inventario de bienes relictos al fallecimiento de D. María Emilia A. V. ya que, mientras la parte hoy recurrida, las hijas D. Begoña y D.<sup>a</sup> Amelia, entendían que debían integrarse en él la totalidad de los bienes raíces que la causante había recibido de sus padres en concepto de dote, con exclusión naturalmente de las fincas después enajenadas, el hijo, D. Rafael, pretendía que se incluyese en el inventario solamente la mitad de aquellos bienes, puesto que la otra mitad había sido adquirida por su padre, cónyuge viudo de la mencionada causante, por comunicación foral, problema éste sobre el que ya nos hemos pronunciado al decidir el recurso de casación planteado, pero respecto del cual es menester incidir a la vista de lo actuado en la primera instancia.

Como se indicó en el primero de los Fundamentos Jurídicos, el cónyuge viudo, D. Juan A., el 22 de mayo de 1976, otorga escritura pública en la que manifiesta que, al fallecer su esposa con descendencia común a ambos, se había producido la comunicación foral y de acuerdo con la ley I del Título XX del Fuero Nuevo, hacía suya la mitad indivisa de los bienes aportados por su cónyuge al matrimonio; dicha escritura ocasionó en el Registro de la Propiedad los asientos correspondientes, de manera tal que la mitad indivisa de las fincas a que hacía referencia y a las que afecta la presente litis, aparecen inscritas a favor del mencionado esposo, D. Juan A.

Con posterioridad, el 12 de julio de 1976, una de las fincas que se mencionaba en la citada escritura de comunicación foral de 22 de mayo de 1976, es vendida a un tercero, transmitiendo por el padre la mitad, y los tres hijos, ahora litigantes, la otra mitad. Se trata, en concreto, de la mitad del monte sierra Arzubiaga-alde parte Norte) causada dicha transmisión por las inscripciones 5.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> de la finca núm. 2235 de Getxo. Esta actuación de las hijas, D.<sup>a</sup> Begoña y D.<sup>a</sup> Amelia A., evidencia que, en su día aceptaron y dieron conformidad a la comunicación foral de bienes en virtud de la cual adquirieron la mitad indivisa de la finca que transmitieron, por lo que su actual postura oponiéndose a la repetida comunicación foral, va contra sus propios actos jurídicamente válidos, lo que también supondría la desestimación de sus pretensiones, tal como han sido formuladas en estas

actuaciones.

La doctrina jurisprudencial ha definido los actos propios como aquellos que siendo expresión inequívoca del consentimiento se realizan u obedecen al designio de crear, modificar o extinguir algún derecho causando estado y definiendo de un modo inalterable la situación jurídica de su autor (SSTS 15 y 16 febrero 1988, entre otras) doctrina perfectamente aplicable al caso contemplado.

**Sexto.**-Determinado cuál sea el caudal hereditario, falta por señalar la disposición testamentaria o instrumento similar que fije los criterios de distribución de aquél entre los herederos.

Como ya se ha dicho, en la escritura de capitulaciones matrimoniales de 14 de febrero de 1920, la causante D.<sup>a</sup> Emilia A. y D. Juan A. se concedieron poder testatorio, mutua y recíprocamente, para que el sobreviviente de ellos dispusiera dentro o fuera del plazo legal que indefinidamente se prorrogaron, de cuantos bienes, derechos y acciones dejare el premuerto; D.<sup>a</sup> Emilia A. falleció el 4 de diciembre de 1933, y su viudo D. Juan A., haciendo uso de aquel poder, otorgó testamento el 2 de diciembre de 1959.

La sentencia dictada en primera instancia declaró la nulidad de esa disposición testamentaria, por considerar caducado el plazo para su ejercicio, por haber transcurrido con exceso el señalado en la ley III del Título XXI, dado que el mismo fenece un año después de llegar a la mayoría de edad el hijo más joven, en este caso D. Rafael, que alcanzó tal situación en el año 1949. Esta sentencia fue consentida por la parte demandante y la demandada formuló recurso de apelación, pero por motivos totalmente diferentes, con lo que, en este momento procesal, queda vedado el resolver sobre dicha cuestión en aras del principio de congruencia consagrado en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No obstante, conviene dejar constancia de que esta Sala, en Sentencia de 30 diciembre 1991, expuso su criterio de que la ley III del Título XXI del Fuero Nuevo no contiene una prohibición expresa respecto a la prórroga del plazo para la utilización del poder testatorio, siendo la costumbre más arraigada, en el supuesto de alkar poderoso o poder testatorio intercónyuges, la concesión de prórroga indefinida al esposo supérstite. A pesar de ello, el respeto al principio de congruencia, antes mencionado hace que la cuestión sea inamovible y la nulidad del testamento otorgado por D. Juan A. el 2 de diciembre de 1959 se mantenga.

**Séptimo.**-De acuerdo con lo anteriormente expresado, cuantos testamentos hubiera formalizado D. Juan A. con posterioridad al 2 de diciembre de 1959, como comisario de su difunta esposa, también serían

nulos, por lo que la designación de herederos de D.<sup>a</sup> Emilia A. V. habrá de sustentarse en otros instrumentos.

De las certificaciones expedidas por el Registro de la Propiedad se desprende que por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Bilbao, se dictó Auto con fecha 12 septiembre 1978 en el que se declararon herederos de D.<sup>a</sup> Emilia A. V. a sus tres hijos D.<sup>a</sup> Amelia, D.<sup>a</sup> M. Begoña y D. Rafael A. A., que habrán de serlo por partes iguales.

**Octavo.**-Dentro de los pedimentos contenidos en el suplico del escrito de contestación a la demanda, se solicitaba pronunciamiento sobre la herencia de los bienes relictos por D. Juan A. E. y en sentencia se decidió no resolver en aquel litigio pretensiones relativas a la herencia de dicho señor pues se trataba de materia ajena a un pleito que siempre se había orientado a la división y adjudicación de los bienes de la esposa y no del marido.

Dado que en el actual recurso de casación, aquella parte demandada reduce sus pretensiones a, exclusivamente, pronunciamientos sobre la herencia de D.<sup>a</sup> Emilia A. V., huelga en esta sentencia referencia alguna a la sucesión del otro cónyuge.

**Noveno.**-La estimación del recurso formulado por D. Rafael A. A. origina la casación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, lo que determina no hacer pronunciamiento expreso sobre las costas devengadas en este recurso, en virtud del contenido del artículo 1715.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por idéntica razón, tampoco procede hacer imposición de las causadas en el recurso de apelación, de acuerdo con el artículo 710 de la misma Ley, y respecto de las producidas en primera instancia, cada parte deberá abonar las causadas por ella, a tenor de lo dispuesto en el artículo 523 de la Ley Rituaria, toda vez que ninguna de las partes logró la estimación de la totalidad de sus pretensiones.

Procede la devolución del depósito constituido por la parte recurrente.