

## **STSJPV de 12 de noviembre de 1990**

En Bilbao, a doce de noviembre de mil novecientos noventa.

Vistos por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, integrada por los Magistrados del margen, el recurso de casación contra la sentencia que con fecha 9 de Marzo de 1990, dictó la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, como consecuencia de autos de juicio ordinario de Menor Cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Bilbao, sobre solicitud de nulidad de institución de herederos, cuyo recurso fue interpuesto por D. José Luis, representado por el Procurador D. Germán Apalategui Carasa y asistido del Letrado D. Francisco Javier Nerecán Rivilla y como recurridos, personados, D.<sup>a</sup> Elena, D.<sup>a</sup> Mónica-Sofía y D. Alonso, representados por el Procurador D. Germán Ors Simón y asistidos del Letrado D.<sup>a</sup> Begoña Acha, y como recurridas no personadas, D.<sup>a</sup> María Rocío y D.<sup>a</sup> Miren Josune Felisa y D.<sup>a</sup> María Lourdes.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.**— Por el Procurador D. Germán Apalategui Carasa en nombre de D. José se dedujo demanda de menor cuantía sobre solicitud de nulidad de institución de herederos contra D.<sup>a</sup> Elena, D.<sup>a</sup> Mónica-Sofía y D. Alfonso, D.<sup>a</sup> María Rocío, D.<sup>a</sup> Miren Josune Felisa y D.<sup>a</sup> María Lourdes, y en cuya demanda se alegó: que D.<sup>a</sup> Felisa falleció en Bilbao el 11 de Octubre de 1986 en estado de viuda, bajo testamento otorgado el 11 de Agosto de 1981, habiendo tenido de su matrimonio con D. José Luis dos únicos hijos, vivos en la actualidad, de los que uno es el demandante y la otra su hermana D.<sup>a</sup> María Mercedes según los documentos que presenta. En el testamento de referencia, son de interés las disposiciones por las que lega por partes iguales indivisas a sus nietas Mónica-Sofía y María Elena, hijas de su hija, la mitad indivisa que corresponde a la testadora, en el piso segundo derecha de la casa núm. 0 de la calle L.V. en el término de Romo, barrio de Las Arenas, Anteiglesia de Guecho y en lo que haya de puertas para adentro, separando y apartando de dicho legado a sus dos citados hijos y demás descendientes conforme a la Legislación Foral Vizcaína, instituyendo y nombrando herederos, en el remanente de todos sus demás bienes, derechos y acciones, a sus nietos María Rocío, María Elena, José Alfonso y Mónica-Sofía y Miren Josune Felisa y María Lourdes, los cuatro primeros hijos de su hija María Luisa Mercedes y las dos últimas, hijas de su hijo José Luis, en la proporción de un 25% a su nieta Mónica-Sofía y a cada uno de los otros cinco citados nietos un 15%. Separa y aparta de dicha institución de herederos, a sus dos citados hijos y demás descendientes al amparo igualmente de lo establecido en la Legislación Foral Vizcaína, nombrando albacea contador partidor, a cualquier Notario con plazo de tres años, a contar de la fecha del requerimiento para ejercer el cargo, por cualquiera de los herederos, pero si éstos actúan por unanimidad, al hacer la partición, quedará sin efecto este nombramiento. Alega los fundamentos de derecho que estima pertinentes y termina suplicando se dicte sentencia con los

siguientes pronunciamientos: 1.– Se decrete la protección de legítima contra los instituidos herederos testamentarios, declarando legitimarios o herederos forzosos de la testadora a sus dos únicos hijos por nulidad de la institución a favor de los nietos. 2.– Deberá reducirse en la cuantía procedente para preservar la legítima del Art. 21 de la Compilación el legado a favor de sus nietas Mónica-Sofía y M. Elena efectuado por la causante. 3.–Imponiendo las costas a los demandados.

**Segundo.**— El Procurador D. Germán Ors Simón en nombre de D.<sup>a</sup> M. Elena, D.<sup>a</sup> Mónica-Sofía y D. Alfonso, contestó a la demanda deducida de contrario, oponiéndose a la misma, manifestando su conformidad en cuanto a la exposición fáctica pero no así con que se haya producido preterición intencional de los hijos vivos, toda vez que se les aparta conforme a fuero, y la Legislación Foral Vizcaína autoriza la libre distribución de la herencia forzosa entre los herederos llamados sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos. Invocó los fundamentos de Derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictase sentencia por la que se declare válido el testamento y las disposiciones de éste, declarando como legatarios a D.<sup>a</sup> M. Elena y D.<sup>a</sup> Mónica en la cuantía dispuesta por D.<sup>a</sup> Felisa, así como herederos a D.<sup>a</sup> M. Elena, D.<sup>a</sup> M. Rocío, D. José Alfonso y D.<sup>a</sup> Mónica-Sofía y Miren Josune Felisa y M. Lourdes, condenando en costas a la parte demandante por su manifiesta temeridad.

**Tercero.**— Declarados en situación de rebeldía los demandados no comparecidos, D.<sup>a</sup> M. Lourdes, se convocó a las partes a la comparecencia prevenida en el Art. 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acordándose recibir el pleito a prueba a fin de que en el término de ocho días propusieran la que estimaran conveniente, a la que ambas renunciaron, quedando los autos pendientes de sentencia.

**Cuarto.**— Por el Magistrado-Juez del Juzgado de La Instancia n.º 3 de los de Bilbao se dictó sentencia con fecha 19 de Octubre de 1987, estimando la demanda en la que se ejercita acción personal de protección de legítima, declarando legitimarios o herederos forzosos de D.<sup>a</sup> Felisa, a sus dos únicos hijos D. José Luis y D.<sup>a</sup> María Luisa Mercedes y la nulidad de la institución de herederos efectuada por la testadora a favor de sus nietos demandados, hijos a su vez, de los dos hijos antes nombrados, según se les instituye en el testamento otorgado ante el Notario de Guecho D. Javier de Obieta y Chalbaud el 11 de Agosto de 1981 al n.º 1.140 de su protocolo. En su razón y para preservar la legítima y a los herederos forzosos a quienes corresponde y en la cuantía que determina la Compilación, deberá reducirse, en su caso, el legado a favor de sus nietas Mónica-Sofía y M. Elena. Todo ello con imposición de costas a los demandados.

**Quinto.**— Apelada la anterior resolución por la representación de la parte demandada, y sustanciada la alzada con arreglo a Derecho, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, dictó sentencia con fecha 9 de Marzo de 1990, revocando la del Juzgado y absolviendo a los demandados de los pedimentos del demandante a quien se le deberán imponer las costas de la instancia, sin hacer especial

pronunciamiento respecto de las causadas en la alzada.

**Sexto.**— Por el Procurador D. Germán Apalategui Carasa en nombre y representación de D. José Luis, se ha interpuesto contra la anterior sentencia, recurso de casación, al amparo del siguiente motivo.

Primero y único.— Por infracción de Ley y de la doctrina concordante, al amparo del Artículo 1.692 ordinal quinto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por infracción de los artículos 22 apart. 1.º y 23 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava, aprobada por Ley 42 de 1959.

**Séptimo.**— Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción, se señaló día para la Vista que ha tenido lugar el día 26 de Octubre próximo pasado.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. José María Satrustegui Martínez.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.**— El único motivo del recurso de casación, y al amparo del Artículo 1.692-5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se fundamenta en infracción de los Artículos 22-1.º y 23 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava de 30 de Julio de 1959, el primero de cuyos preceptos citados, dispone que la herencia forzosa se defiende a los hijos y descendientes legítimos con derecho de representación a favor de su descendencia legítima.

La parte recurrente, y en su día demandante, pretende la nulidad de dos disposiciones testamentarias, otorgadas en el ámbito del Derecho Foral Vizcaíno. Se trata, en primer lugar, de la institución de un legado a favor de sus nietos, con apartamiento de hijos de la causante; en segundo término, una institución de herederos, también a favor de varios nietos, e igualmente apartando a los hijos, uno de los cuales es, precisamente, el actor y actual recurrente.

La Sentencia cuya casación se insta, rechaza las peticiones deducidas en la demanda, por entender que la vigente Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya autoriza las denunciadas instituciones de legado y herederos a favor de nietos, aun viviendo hijos de la causante, uno de ellos, padre de los beneficiados por el testamento en cuestión.

**Segundo.**— El reproche jurídico que entraña el recurso, tiene su basamento primero en un argumento de tipo histórico, puesto que la Ley 11 del Título XX del Fuero Nuevo establecía que todo hombre o mujer que hubiere hijos de legítimo matrimonio, podía dar en vida o por testamento a uno de sus hijos o hijas legítimos, o a nieto y descendiente de su hijo o hija legítimo que hubiese fallecido, todos sus bienes, muebles y raíces, apartando a los otros hijos o hijas y descendientes, aunque fuesen de legítimo matrimonio y manteniendo, que la actual Compilación vigente en modo alguno

ha modificado aquella disposición.

Sobre este aspecto de la cuestión, ha de señalarse que la Compilación de 1959, no puede ser calificada como un texto de carácter meramente continuista y recopilador, respecto del Fuero que le precedía, ya que en su preámbulo o exposición de motivos se indica que la Ley de Bases de 11 de Mayo de 1988 ordenó al Gobierno la elaboración de uno o varios proyectos de Ley en los que se contuvieran las instituciones forales que conviniera conservar, no todas, y, ciertamente, la comparación de ambos textos, Fuero y Compilación, delata que, aún conservándose las instituciones de configuración autónoma fundamentales, las diferencias entre ambos son abundantes.

Habrà pues de estarse a la interpretación de los actuales preceptos de la Compilación, sirviendo la invocación histórica antes mencionada, como un elemento informativo, pero nunca decisorio de la cuestión litigiosa.

**Tercero.**— La libertad testatoria es una de las instituciones de configuración autónoma en torno a las cuales se polariza el Derecho Foral Vizcaíno, según viene a declarar el Preámbulo de la Compilación, libertad que, por otra parte, no es sólo predicable de este territorio de Vizcaya, puesto que, aún en grado mayor, se establece en la legislación civil de la Tierra de Ayala, y en los derechos forales de Navarra (Ley 149) y Aragón (Art. 119).

Es, precisamente, en aras de aquella libertad testatoria, por lo que el Artículo 23 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava, dispone que el testador podrá distribuir libremente la herencia forzosa entre los herederos comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior —descendente, ascendente y colateral— o elegir a uno sólo apartando a los demás.

Respecto de la línea descendente, materia de este recurso, el Artículo 22- 1.º de la Compilación, establece que la herencia forzosa se defiere a los hijos y descendientes legítimos con derecho de representación a favor de su descendencia legítima.

Prescindiendo, por ahora, del inciso referente al derecho de representación, resulta claro que los herederos forzosos en esta línea, son los hijos y demás descendientes, ya que la conjunción "y" equipara a ambos, los agrupa y acumula, y en modo alguno subordina a los citados en segundo término.

En suma, se amplía el grupo de herederos forzosos dentro del cual, el causante podrá elegir el más idóneo, apartando a los demás, ya que esta disposición, ni contradice, ni siquiera limita en modo alguno el principio general de libertad de disposición testatoria dentro de la línea descendente establecida en el Artículo 23 de la Compilación.

El Artículo 917 del Código Civil, ley supletoria según la Disposición Final 2º del actual Derecho Foral Vizcaíno, establece que la línea descendente une al cabeza de

familia con los que descienden de él, sin restricción alguna, como tampoco la hace el repetido Artículo 23, ni en materia de reservas los artículos 36 y 37, ni respecto a la sucesión de bienes donados o dotados para un matrimonio, el Artículo 38, todos ellos de la Compilación.

Es así un criterio uniforme el de equiparación de grados dentro de la línea descendente, criterio que, evidentemente, no es conforme con la Ley 11 del Título XX del Fuero Nuevo, pero es el aplicable en la actualidad.

No es contrario a aquella equiparación de grados, el hecho de que a la hora de discernir la preferencia para ejercitar la saca foral o derecho preferente de adquisición de bienes troncales, el Artículo 51 tenga en cuenta el grado de proximidad a la raíz, pues se trata de instituciones diferentes. En sucesión testamentaria, priva la libertad decisoria del causante, y elige a quien prefiere, dentro de la línea. En materia de saca foral, se trata de defender la afección de los bienes troncales a la familia, y se establece un orden de preferencia, no solamente respecto del grado, sino incluso respecto de la mayor o menor propiedad de que sean titulares quienes lo ejerciten, orden de preferencia minucioso, preciso y necesario, en evitación de acumulación de acciones y consiguiente división de la propiedad troncal.

**Cuarto.**— Respecto al derecho de representación establecido en el Artículo 22-1.º de la Compilación, resulta claro que se concede a la descendencia de los hijos y descendientes legítimos del causante, y será operativo en el supuesto de que, existiendo un poder testatorio y después de fallecido el causante, muera a su vez un heredero forzoso, hijo o descendiente, dejando descendencia concebida con posterioridad al fallecimiento del decuius, momento en el cual esta descendencia podría suceder por representación, pues el Artículo 924 del Código Civil, entiende por tal el derecho que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar.

En este sentido, llama la atención la cláusula 4.ª del testamento cuya nulidad se pretende, en cuanto que manda que los nietos designados herederos y legatarios, serán sustituidos en sus respectivos haberes, caso de premoriencia, por sus respectivos herederos, disposición ésta que, por vía de sustitución, viene a producir los mismos efectos previstos en el artículo 23-1.º por vía de representación.

**Quinto.**— El rechazo del único motivo del recurso, conlleva la imposición de costas, prevista en el Artículo 1.715-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que se haga pronunciamiento respecto del depósito al no haber sido constituido, ante la disconformidad de las sentencias de instancia, según el Artículo 1.703 de la misma Ley procesal.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autorización que nos confieren la Constitución y el Estatuto de Autonomía del País Vasco.

## **FALLAMOS**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por la representación de D. José Luis, contra la Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de fecha nueve de Marzo de mil novecientos noventa, condenando a dicha parte recurrente, al pago de las costas de este recurso. Líbrese a la mencionada Audiencia, la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra Sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación— Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando celebrando Audiencia Pública en el día de su fecha. Certifico en Bilbao a doce de Noviembre de mil novecientos noventa.