

SAP de Bizkaia de 14 de mayo de 1998

En Bilbao, a catorce de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

Vistos en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Srs. Magistrados, los presentes autos de Juicio de Menor Cuantía nº 661/94, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Barakaldo y seguidos entre partes: Como apelantes ... y ... representado por el Procurador ... y asistido del Letrado ... y como apelado ... representado por el Procurador ... y asistido del Letrado ... y como apelada (allanada)

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 5 de Febrero de 1.996 es de tenor literal siguiente: "FALLO: Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Fuente en nombre y representación de D. Manuel contra Dª Dolores, Dª Dolores N. y Dª María, DEBO DECRETAR Y DECRETO la nulidad del testamento otorgado por D. Manuel ante el Notario de Barakaldo D. Juan Antonio Villena en fecha 6 de noviembre de 1984, imponiéndose las costas procesales a las demandadas que se opusieron a la demanda".

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de los demandados 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 núm. 245/96 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento y la vista del recurso, se celebró ante la Sala el pasado día 12 de Mayo de 1.998 en cuyo acto: Con asistencia del Sr. Letrado Sr. Zugazaga como apelante y Sra. Dª Ana Bermejo en sustitución de Gómez Yañez como apelado.

El Letrado de la parte recurrente solicitó la revocación de la Sentencia de instancia y se dicte otra por la que se desestime la demanda interpuesta.

El Letrado de la parte recurrida solicita la confirmación de la Sentencia de instancia Solidariamente se solicita la nulidad del apartado en que se nombre comisario a la esposa que establece el usufructo universal.

Terminado el acto, quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para la deliberación y resolución.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite el Ilmo. Sr.

Magistrado DON ENRIQUE GARCIA GARCIA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las apelantes sostienen que incumbía al demandante demostrar que su padre no cumplía la condición de vizcaíno infanzón y que por tanto no podía otorgar testamento con arreglo al Derecho Foral, reprochándole el no haber conseguido probarlo. Aciertan los recurrentes en su argumentación sobre la carga de la prueba, pero no así en cuanto a la valoración del resultado de la practicada en el litigio.

El examen del material probatorio incorporado a las actuaciones demuestra que:

1º) D. Manuel era natural de Cambicia (Orense), donde nació el 24 de Abril de 1.939 (según la notificación expedida por el Registro Civil de Castro-Caldelas obrante al folio núm. 6 de autos).

2º) Tras residir D. Manuel en Baracaldo por algún tiempo, vivió la mayor parte de su vida en Francia, no retornando de modo estable a Baracaldo hasta el año 1.984 (según la prueba de confesión de la demandada D^a María (folio núm. 151), sin que conste que haya estado empadronado en dicha localidad (según reseña el certificado del padrón de Baracaldo incorporado al folio núm. 12).

3º) El 6 de noviembre de 1.984 D. Manuel otorgó testamento abierto ante al notario de Baracaldo D. Juan A. Villena, donde declaraba ser vecino de Baracaldo, en el Paseo P. núm. 16, que estaba casado en únicas nupcias con D^a Dolores y que tenía tres hijos (D^a Dolores N., D^a María y D. Manuel) y que se hallaba sujeto al Derecho Civil Foral de Vizcaya, por lo que, entre otras previsiones, legaba a su esposa el usufructo universal de todos sus bienes y confería poder testatorio a ésta para disponer libremente de todos o parte de ellos si sus hijos no respetaban el legado a favor de aquélla (según consta en la escritura testamentaria obrante a los folios núm. 9 y 10 y en la certificación del Registro General de Actos de Ultima Voluntad del folio núm. 7).

4º) El 16 de mayo de 1.985 D. Manuel en su localidad natal de Cambicia (Orense), según figura en la certificación literal de defunción incorporada al folio núm. 6 de autos.

5º) No consta en el Registro Civil declaración de D. Manuel de haber querido adquirir la vecindad civil de Derecho Foral ni tampoco que el finado hubiese residido en algún momento de su vida durante diez años de modo continuado en la localidad de Baracaldo.

Tal relación fáctica evidencia que el causante no adquirió la vecindad civil foral vizcaína conforme al art. 14 del C. Civil. Por lo tanto, se hallaba sometido al Derecho Civil común como ley personal para regir su sucesión por causa de muerte (art. 16.1 del C. Civil), el cual prevalecería además, en caso de duda, por corresponder al de su lugar de nacimiento, según señala también el citado artículo 14 del C. Civil. Y conforme a este texto legal, en concreto según el art. 670 del C. Civil, el testamento por comisario sólo puede ser considerado como nulo de pleno derecho (sent. T.S. 31 de diciembre

1931 y 4 diciembre 1975), por lo que la resolución recurrida adoptó un criterio correcto al declararlo así y ordenar la apertura de la sucesión intestada (art. 912.1 del C. Civil).

SEGUNDO.- La alegación de los recurrentes de que debería vedarse al actor la impugnación del testamento porque éste aceptó la herencia e intervino en la escritura notarial de 20 de diciembre de 1.990 de partición de la misma (folios núms. 63 a 67 de autos), argumentando que ello supondría ir en contra de sus propios actos y vulnerar el art. 997 del C. Civil, introduce un aspecto delicado en esta discusión.

Porque, ciertamente, existen múltiples precedentes jurisprudenciales de sanación del testamento a causa de la conducta de los legitimados para ejercitar la acción de nulidad, cuando realizaron un comportamiento incompatible con el ejercicio ulterior de una acción tendente a cuestionar la eficacia de la disposición testamentaria (por infracción del principio "adversus factum suum quis venire non potest").

Ahora bien, no debe perderse de vista que el supuesto contemplado en autos no lo es de mera anulabilidad sino de nulidad radical o inexistencia del testamento, puesto que el C. Civil, en su art. 670, prohíbe terminantemente el dejar al arbitrio de un tercero la formación de aquél o la subsistencia del nombramiento de herederos, siendo esto último lo que precisamente determinó D. Manuel en la escritura de última voluntad de 6 de noviembre de 1984 (folios núms. 9 y 10 de las actuaciones), al otorgar poder testatorio a su esposa con este fin. El testamento por comisario es una figura suprimida y expresamente vedada por norma imperativa del C. Civil (art. 6.3. del C. Civil), por lo que debe considerarse su otorgamiento un acto inexistente, que no puede producir efecto jurídico alguno y que, por tanto, no puede llegar a consolidarse por el asentimiento, expreso o tácito, de quienes podrían impugnarlo. Por lo tanto, procede declarar su ineficacia, al margen de la conducta desplegada por el actor y de las consecuencias que de ello pudieran derivarse.

TERCERO.- Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar confirmada la resolución impugnada, tal como señala el art. 710 de la L.E.C. EDL2000/77463

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a Dolores N. y D^a María contra la sentencia dictada el 5 de febrero de 1.996 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barakaldo, en el juicio de menor cuantía núms. 661/94 del que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, imponiendo a la parte apelante las costas derivadas de esta alzada.

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

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