C/ Barroeta Aldamar, 10 3ª Planta - Bilbao, Tel: 94-4016665 audiencia.s4.bizkaia@justizia.eus
NIG: 4801342120210003527
**0000975/2022** Sección: L4 **Recurso apelación familia LEC 2000 (Migración) / (Migrazioa)**
**Familia; apelazio-errekurtsoa; 2000ko PZL**

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por: Edmundo Rodriguez Achutegui, Maria Lourdes Arranz Freijo, Ana Garcia Orruño, Carolina Garcia Goni

URL firma electrónica./Sinadura elektronikoaren URLa:https://psp.justizia.eus/SCDD/Index.html

Fecha: 10/02/2023 14:23

CSV: 4802037004-dc922db12bca3a30bf781838f596510dBBMRAA==

# A U T O n.º 000119/2023

**TRIBUNAL QUE LO DICTA**:

**PRESIDENTA**: D.ª LOURDES ARRANZ FREIJO
**MAGISTRADO**: D. EDMUNDO RODRIGUEZ ACHUTEGUI
**MAGISTRADA**: D.ª ANA GARCÍA ORRUÑO

**LUGAR**: BILBAO (BIZKAIA)
**FECHA**: Ocho de febrero de dos mil veintitrés.

La Audiencia Provincial de Bizkaia – Sección Cuarta, constituida por quien se relaciona arriba, ha visto en trámite de rollo de apelación nº 975/2022 los presentes autos de jurisdicción voluntaria nº 824/2022 del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Barakaldo, en el que es parte apelante la Procuradora de los Tribunales D.ª , en nombre y representación de **D.ª** , con asistencia letrada de D.ª frente al auto de 29 de junio de 2022. Es parte apelada el **MINISTERIO FISCAL**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**1.-** Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Barakaldo se dictó en autos de jurisdicción voluntaria de familia nº 824/2022, auto de 29 de junio de 2022 cuya parte dispositiva establece:

> *"Que debo desestimar y desestimo la solicitud presentada por la Procuradora de los Tribunales Dña. , en nombre y representación de , relativa a dejar sin efecto el poder testatorio existente en favor de Dña. , recogido en la cláusula tercera del testamento otorgado con fecha 03/12/1986 por sin especial mención en cuanto a las costas causadas".*

**2.-** La representación de D.ª interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución alegando infracción legal e incorrecta valoración de la prueba por no haber accedido a dejar sin efecto el poder testatorio concedido por el fallecido D. a su cónyuge, D.ª , debido a la enfermedad de esta última, Alzheimer de larga evolución y estado avanzado, cuestión sobre la



EUSKO JAURLARITZA GOBIERNO VASCO

Administración de Justicia en Euskadi | Justizia Administrazioa Euskadin

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por: Edmundo Rodriguez Achutegui, Maria Lourdes Arranz Freijo, Ana Garcia Orruño, Carolina Garcia Goni
Fecha: 10/02/2023 14:23
URL firma electrónica./Sinadura elektronikoaren URLa:https://psp.justizia.eus/SCDD/Index.html
CSV: 4802037004-dc922db12bca3a30bf781838f596510dBBMRAA==

que no se había pronunciado la sentencia 10/2022, de 2 de enero, dictada por el mismo juzgado en autos de juicio verbal sobre capacidad nº 679/2021.

**3.-** El recurso se admite mediante diligencia de 16 de septiembre, dándose traslado al MINISTERIO FISCAL, que se adhiere a la petición del recurrente, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial.

**4.-** Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, con fecha 6 de octubre se mandó formar el Rollo de apelación, registrándose con el número de **rollo 975/2022,** turnándose la ponencia al Sr. Magistrado **D. Edmundo Rodríguez Achútegui**.

**5.-** En providencia de 14 de octubre se consideró innecesaria la celebración de vista, que no había sido solicitada por las partes.

**6.-** En resolución de 1 de diciembre se señaló para deliberación, votación y fallo el siguiente día 31 de enero de 2023.

**7.-** En la tramitación de este rollo se han observado las exigencias legales fundamentales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Sobre los términos del litigio**

**8.-** Al amparo de los arts. 61 y ss de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), se solicita por D.ª , hija de D.ª , que "*se deje sin efecto el poder testatorio*" que le había otorgado en su testamento quien fue su cónyuge, el fallecido D. , alegando que la primera sufre Alzheimer de larga evolución y estado avanzado, y que precisa dicha declaración para "*...liquidar ciertas cuestiones hereditarias que quedaban pendientes de la herencia de su padre*".

**9.-** Finalizados los trámites pertinentes, en los que se oyó a todos los herederos que no se opusieron, y al ministerio fiscal que tampoco lo hizo, el juzgado rechaza mediante el auto cuya parte dispositiva se ha reproducido en §1, que sea factible en esta clase de procedimiento adoptar tal decisión, y niega que la solicitud sea consecuencia de la sentencia 10/2022, de 2 de enero, dictada por el mismo juzgado en autos de juicio verbal sobre capacidad nº 679/2021, que desestimó la pretensión del ministerio fiscal respecto de la adopción de medidas de apoyo a Dª .

**10.-** Frente al auto antes mencionado se alza D.ª , que sostiene que no hay oposición de los hijos y herederos legitimarios del matrimonio, y que hay una petición de la notaría para poder liquidar ciertas cuestiones hereditarias que



EUSKO JAURLARITZA GOBIERNO VASCO
Administración de Justicia en Euskadi | Justizia Administrazioa Euskadin

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por: Edmundo Rodriguez Achutegui, Maria Lourdes Arranz Freijo, Ana Garcia Orruño, Carolina Garcia Goni
URL firma electrónica./Sinadura elektronikoaren URLa:https://psp.justizia.eus/SCDD/Index.html
Fecha: 10/02/2023 14:23
CSV: 4802037004-dc922db12bca3a30bf781838f596510dBBMRAA==

quedaban pendientes de la herencia de su padre. El Ministerio Fiscal se adhiere a la solicitud.

**SEGUNDO**.- **De los impedimentos procesales**

**11.-** La parte apelante discrepa de la resolución recurrida, que señala que no hay fundamento legal ni justificación a la petición que se ha realizado. El auto recurrido considera que no puede articularse entre las peticiones que pueden adoptarse conforme a las previsiones de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), pues no se refieren al albacea, realizar actos de disposición sobre la herencia, contador partidor dativo u otras prevista en tal norma. La resolución apelada destaca, además, que con ello se dejaría sin efecto un acto de última voluntad de un fallecido, el cónyuge de Dª .

**12.-** Efectivamente el Título IV de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria se refiere a los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos al Derecho Sucesorio. Allí se recoge previsiones sobre el albaceazgo, contadores-partidores dativos y aceptación y repudiación de herencia. No hay regulación de una pretensión como la que ahora se suscita en este procedimiento, pero tampoco la impide, puesto que el art. 1.2 LJV consideran expedientes de jurisdicción voluntaria "*todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso*". La citada ley recoge expedientes con objeto específico, pero también disciplina un trámite general para los que no lo tengan. Cualquier cuestión puede plantearse a través de este cauce procesal, pues el único requisito que la norma exige es que no exista controversia. No hay, por ello, impedimento procesal.

**TERCERO**.- **De las causas de extinción del poder testatorio**

**13.-** Consta acreditado que el difunto D. Echevarría, estando casado con D.ª , otorgó testamento el 3 de diciembre de 1986 en Santurtzi (Bizkaia), ante el notario (doc. nº 4 de la solicitud, folios 15 y ss de los autos), cuando ya contaban con cinco hijos comunes. En tal testamento el causante manifiesta en la cláusula tercera "*estar sujeto a la legislación especial vizcaína, con arreglo a la cual se regirá su sucesión*". En virtud del derecho que le reconoce dicha normativa, "*confiere a su citada esposa, poder para donar, distribuir y dividir los bienes que constituyan la herencia, entre sus hijos y demás descendientes comunes, en partes iguales o desiguales, con condiciones, exclusiones, apartamientos o sin ellos, por uno o varios actos de última voluntad o entre vivos, revocables o no, según su naturaleza, facultándole para que, entre tanto, es decir, hasta que realice la partición y adjudicación de la herencia, administre y usufructúe los bienes en que la misma consista, cumpla y exija obligaciones, cobre cantidades, retire numerario, dé recibos y cartas de pago, cancele hipotecas y otros derechos reales de garantía y, en general, represente a la herencia en juicio y fuera de él; pudiendo utilizar este poder durante cuarenta y cinco años*" (páginas 16 y 17 de los autos). Seguidamente se recogen disposiciones



EUSKO JAURLARITZA GOBIERNO VASCO
Administración de Justicia en Euskadi | Justizia Administrazioa Euskadin

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por: Edmundo Rodriguez Achutegui, Maria Lourdes Arranz Freijo, Ana Garcia Orruño, Carolina Garcia Goni
URL firma electrónica./Sinadura elektronikoaren URLa:https://psp.justizia.eus/SCDD/Index.html
Fecha: 10/02/2023 14:23
CSV: 4802037004-dc922db12bca3a30bf781838f596510dBBMRAA==

testamentarias "preventivas", por si Dª no hiciera uso del poder testatorio, lo hiciera solo en parte, o le premuriera. En ellas instituye herederos por iguales a sus cinco hijos y los demás que pudiera haber, con previsión de sustitución (cláusula cuarta, folio 17 de los autos).

**14.-** Esta previsión testamentaria constituye lo que el art. 19 *in fine* de la Ley 30 de julio de 1959, sobre Compilación del Derecho Civil Foral de Bizkaia y Álava, vigente al tiempo de otorgarse, denominaba "poder testatorio". Con arreglo a los arts. 15 y ss de la Compilación, D. nombró comisaria de su herencia a su esposa, D.ª , en los amplios términos y duración que se han expresado en el anterior párrafo. El poder sigue siendo válido y eficaz tras derogarse la Compilación, puesto que la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco, mantiene la institución en sus arts. 32 y ss, al disponer que el testador pueda encomendar, a uno o varios comisarios, tanto la designación de sucesor, como la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos. En sus Disposiciones Transitorias 2ª y 3ª, la Ley 3/1992 consagra la eficacia de los poderes testatorios otorgados con anterioridad a su aprobación, para los que incluso prevé la extensión de un derecho de usufructo en favor del cónyuge designado comisario, de no estar previsto, lo que no es el caso puesto que D. lo había constituido en favor de su esposa de manera expresa. Derogada la Ley 3/1992 por la vigente Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (LDCV), que también regula el poder testatorio en favor de comisario en sus arts. 30 y ss, la Disposición Transitoria 4ª conserva su eficacia, pues se refiere expresamente a "l*os poderes testatorios otorgados antes de la entrada en vigor de la Ley 3/1992, de 1 de julio*", para insistir en la atribución del usufructo vitalicio en favor del cónyuge que sea designado comisario, que no se extingue aunque se use tal poder. Por otro lado, la DT 1ª de la vigente Ley 5/2015 garantiza "*que las variaciones introducidas en esta ley no deben perjudicar los derechos adquiridos conforme a la legislación anterior*". En conclusión, el prolongado poder testatorio otorgado en 1986 por D. a favor de su cónyuge sigue vigente, pues no han transcurrido 45 años, las sucesivas normas citadas garantizan su pervivencia y no se ha extinguido expresamente.

**15.-** Situada así la cuestión, D.ª , segunda de las hijas del matrimonio, ha promovido este expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se pretende "dejar sin efecto" el referido poder testatorio concedido por su difunto padre a su madre. Para resolver se atenderá a que se ha acreditado que ésta padece una enfermedad que hoy tiene pronóstico irreversible, "Demencia degenerativa primaria, tipo Alzheimer con severo deterioro de funciones cognitivas con pérdida de memoria", como recoge el Doctor en el informe presentado como doc. nº 6 de la solicitud (folio 21 de los autos), impresión diagnóstica que ratifica el Centro de Salud Mental de que se presenta como doc. nº 5 (folio 20 de los autos), que objetiva "deterioro cognitivo moderado severo". Tales padecimientos propiciaron que la Fiscalía promoviera un Juicio Verbal especial sobre capacidad nº 679/2021, ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Barakaldo, frente a Dª , que concluyó con sentencia nº 10/2022, de 2 de enero, que aplicando las previsiones de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la



EUSKO JAURLARITZA GOBIERNO VASCO
Administración de Justicia en Euskadi | Justizia Administrazioa Euskadin

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por: Edmundo Rodriguez Achutegui, Maria Lourdes Arranz Freijo, Ana Garcia Orruño, Carolina Garcia Goni

URL firma electrónica./Sinadura elektronikoaren URLa:https://psp.justizia.eus/SCDD/Index.html

Fecha: 10/02/2023 14:23

CSV: 4802037004-dc922db12bca3a30bf781838f596510dBBMRAA==

que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, dicta un fallo desestimatorio de las medidas de apoyo en su favor "*al encontrarse protegida bajo la figura de la GUARDA DE HECHO ejercida por su hija* , *quien podrá solicitar en un proceso de jurisdicción voluntaria las autorizaciones concretas que resulten necesarias*" (doc. nº 1 de la solicitud, folios 7 y ss de los autos).

**16.-** Acudiendo a la habilitación que concede la Ley 8/2021 y la sentencia mencionada, D.ª , guardadora de hecho de su madre, reclama se deje sin efecto el citado poder testatorio, aún vigente, alegando constituye un impedimento para que pueda resolverse sobre la herencia de su fallecido padre. Esas dificultades que se relatan, aunque sea inespecíficamente, son reales porque el art. 36.1 LDCV previene que "*El cargo de comisario es, en todo caso, voluntario y gratuito, y sus facultades, mancomunadas o solidarias, son personalísimas e intransferibles*". La naturaleza personalísima e intransferible de las facultades que otorga el poder testatorio al comisario, supone su indelegabilidad y explica la solicitud de la hija, pues cierra cualquier posibilidad de actuar sobre la herencia del Sr. , sin que tampoco quepa que Dª , a la vista de su evidente incapacidad, pueda ejercitarlo. Y ello pese a que D. ya dispuso, para el caso de que no se ejercitara el poder testatorio, la institución como herederos de todos sus hijos habidos y por haber con derecho de representación.

**17.-** La solicitud que ahora se plantea podría tener fundamento, porque el art. 45.2 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, de aplicación por la sucesión normativa antes expuesta en §14, dispone que el poder testatorio se extinguirá "*Por muerte, imposibilidad o incapacidad sobrevenida del comisario*". Frente a los argumentos del auto recurrido, que afirma que sólo se extingue el poder por transcurso del plazo de 45 años concedido por el causante, la norma prevé otras causas que acaban de exponerse. Una de ellas es la imposibilidad sobrevenida, ya que el comisario, vigentes las facultades que le otorgó el testador, puede fallecer, ser declarado ausente, o quedar impedido física o intelectualmente. Tal imposibilidad se constata en este caso, puesto que D.ª no puede ejercitar el poder testatorio. Si acudiera a hacerlo, el notario lo rechazaría por el grave padecimiento que se ha acreditado, que impediría que se diera validez al ejercicio del poder testatorio. Es su "*Demencia degenerativa primaria, tipo Alzheimer con severo deterioro de funciones cognitivas*", según la descripción del facultativo que ha emitido informe, la que imposibilita tal ejercicio. Imposibilidad sobrevenida del comisario que podría justificar la extinción del poder testatorio, según el referido art. 45.2 LDCV.

**CUARTO**.- **Del conflicto de intereses**

**18.-** Otra objeción de la resolución recurrida sostiene que la reclamado afectaría a una disposición testamentaria de quien ha fallecido. Sin embargo, carece de relevancia. Los tribunales pueden declarar ineficaces, con las garantías correspondientes, las disposiciones testamentarias, como previene el art. 687 CCv y de deriva de los arts. 662 y ss del mismo texto legal. Es factible, en consecuencia,



EUSKO JAURLARITZA GOBIERNO VASCO

Administración de Justicia en Euskadi | Justizia Administrazioa Euskadin

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por: Edmundo Rodriguez Achutegui, Maria Lourdes Arranz Freijo, Ana Garcia Orruño, Carolina Garcia Goni

URL firma electrónica./Sinadura elektronikoaren URLa:https://psp.justizia.eus/SCDD/Index.html

Fecha: 10/02/2023 14:23

CSV: 4802037004-dc922db12bca3a30bf781838f596510dBBMRAA==

que una disposición testamentaria quede sin efecto por declaración judicial, a través del procedimiento contradictorio correspondiente.

**19.-** Pero como apunta el auto apelado, el elemento esencial que hay que tener en cuenta, en este caso, es que existe controversia y conflicto de intereses. Presupuesto de cualquier acto de jurisdicción voluntaria, como señala el antes mencionado art. 1.2 LJV, es que no concurra "*controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso*". En este caso la hay, porque los intereses de la comisaria entran en conflicto con los de sus herederos. Éstos pueden preferir que se reparta ya la herencia del padre, pero el poder testatorio concedido supone, mientras siga vigente, que la viuda es usufructuaria universal de la herencia del causante que le designó comisaria. Quien otorgó testamento, nombró comisaria a su cónyuge y le concedió poder testatorio para disponer de su herencia, dispuso expresamente que su viuda sería usufructuaria universal de su herencia. Si no lo hubiera hecho, también lo ordenan las disposiciones transitorias de las leyes 3/1992 y 5/2015, como se ha expresado en §14. Si ahora se accede a lo pretendido, el usufructo también se extinguirá, de modo que acoger la pretensión de la promotora, pese a la aquiescencia de los herederos, perjudicaría a la persona que padece las limitaciones antes expuestas.

**20.-** La pretensión planteada no cabe en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, pues la controversia debe sustanciarse en un proceso contencioso. Caso de dirigirse una demanda de esa clase contra D.ª y cuantas personas se ven concernidas por la herencia de D. , pretendiendo que se deje sin efecto el poder testatorio por imposibilidad para ejercitarlo, sería precisa la designación de un defensor judicial para la primera, como previene el art. 295-2º CCv, puesto que concurre conflicto de interés entre los herederos y la comisaria, que se vería privada del usufructo universal de la herencia de su difunto marido, que no la instituyó heredera en el "testamento preventivo" inmediatamente posterior al otorgamiento del poder testatorio, al que hemos aludido en §13.

**21.-** Por todas las razones que se han expuesto hasta aquí es procedente la desestimación del recurso de apelación.

**QUINTO.- Depósito para recurrir**

**22.-** De conformidad con la DA 15ª.9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), procede decretar la pérdida para el apelante del depósito consignado para recurrir.

**SEXTO.- Costas de apelación**

**23.-** Conforme al art. 398.1 LEC, aplicable por remisión de los arts. 8 y 20.2 LJV, procede imponer al apelante las costas del recurso de apelación, si es que se han devengado.



EUSKO JAURLARITZA GOBIERNO VASCO

Administración de Justicia en Euskadi | Justizia Administrazioa Euskadin

Firmado por: Edmundo Rodriguez Achutegui, Maria Lourdes Arranz Freijo, Ana Garcia Orruño, Carolina Garcia Goni

Fecha: 10/02/2023 14:23

URL firma electrónica./Sinadura elektronikoaren URLa:https://psp.justizia.eus/SCDD/Index.html

CSV: 4802037004-dc922db12bca3a30bf781838f596510dBBMRAA==

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

# PARTE DISPOSITIVA

**I.- ACORDAMOS DESESTIMAR** el recurso de apelación formulado por la Procuradora de los Tribunales D.ª , en nombre y representación de D.ª , frente al auto de 29 de junio de 2022, dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Barakaldo, en procedimiento de jurisdicción voluntaria nº 824/2022.

**II.- DECRETAR** la pérdida para la parte apelante del depósito consignado para recurrir.

**III.- CONDENAR** al apelante al pago de las costas del recurso de apelación.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** No cabe recurso.

Lo acuerdan y firman Sus Señorías. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

*Ebazpen honen testua zabaldu ahal izan izango zaie ebazpena eman den prozesuan interesdunak ez diren alderdiei, soilik baldin eta aurretiaz disoziatu badira testu horretako izaera pertsonaleko datuak eta erabat errespetatu badira intimitaterako eskubidea, babes-behar berezia duten pertsonen eskubideak edota biktimen edo kaltedunen anonimotasunaren bermea, bidezkoa denean.*

*Ebazpen honetako datu pertsonalak ezingo dira laga, ezta ezagutarazi ere, legeen aurkakoak diren helburuekin.*