



Roj: **SAP VI 400/2016 - ECLI: ES:APVI:2016:400**

Id Cendoj: **01059370012016100210**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2016**

Nº de Recurso: **271/2016**

Nº de Resolución: **223/2016**

Procedimiento: **Recurso apelación procedimiento ordinario LEC 2000**

Ponente: **MARIA MERCEDES GUERRERO ROMEO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA. SECCIÓN PRIMERA

ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA. LEHEN SEKZIOA

AVENIDA GASTEIZ 18-2ª planta - C.P./PK: 01008

Tel.: 945-004821

Fax / Faxes: 945-004820

NIG PV / IZO EAE: 01.02.2-14/009373

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.42.1-2014/0009373

A.p.ordinario L2 271/2016 - A

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : UPAD Civil - Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Vitoria-Gasteiz / Zibileko ZULUP - Gasteizko Lehen Auzialdiko 6 zenbakiko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 710/2014 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Josefina

Procurador/a/ Prokuradorea:AZUCENA RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Abogado/a / Abokatua: ALEJANDRO TORIBIO FERNANDEZ DE PINEDO

Recurrido/a / Errekurritua: Marino , Oscar y Nuria

Procurador/a / Prokuradorea: JESUS MARIA DE LAS HERAS MIGUEL, JESUS MARIA DE LAS HERAS MIGUEL y PALOMA BAJO MARTINEZ DE MURGUIA

Abogado/a/ Abokatua: ANDRES GARRIDO ALVAREZ, ANDRES GARRIDO ALVAREZ y JUAN MANUEL RODRIGUEZ FERNANDEZ

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. Dª. Mercedes Guerrero Romeo, Presidenta, D. Iñigo Madaria Azcoitia y D. Iñigo Elizburu Aguirre, Magistrados, ha dictado el día veintisiete de junio de dos mil dieciseis,

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA nº 223/16

En el recurso de apelación civil, Rollo de Sala nº 271/16 procedente del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Vitoria-Gasteiz, Autos de Juicio Ordinario nº 710/14, promovido por Dª **Josefina** , dirigida por el Letrado D. Alejandro Toribio Fernandez de Pinedo y representada por la Procuradora Dª Azucena Rodriguez Rodriguez, frente a la sentencia nº 28/16 dictada el 17-02-16 , siendo parte apelada Dª **Nuria** , dirigida por el Letrado



D. Andres Garrido Alvarez y representada por el Procurador D. Jesús M^a De las Heras Miguel, y **D. Marino y Oscar** , dirigidos por el Letrado D. Juan Manuel Rodriguez Fernandez y representados por la Procuradora D^a Paloma Bajo Martinez de Murguia, siendo Ponente la Ilma. Sra. Presidenta **D^a. Mercedes Guerrero Romeo**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Vitoria-Gasteiz se dictó sentencia cuyo **FALLO** es del tenor literal siguiente:

" Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por doña Josefina , en nombre y representación de la menor doña Juana , representada por la Procuradora Sra. Rodríguez contra doña Nuria representada por la Procuradora doña Paloma Bajo, y contra don Marino y don Oscar representados por el Procurador Sr. De las Heras, debo absolver, y absuelvo, a los demandados de las pretensiones contra ellos ejercitadas en este procedimiento.

Las costas procesales se imponen a la parte actora."

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación de **D^a Josefina** , recurso que se tuvo por interpuesto con fecha 29-03-16 dándose el correspondiente traslado a la contraparte por diez días para alegaciones, presentando la representación de **D^a Nuria y de D. Marino y Oscar** , escritos de oposición al recurso planteado de contrario, elevándose seguidamente, los autos a esta Audiencia Provincial con emplazamiento de las partes.

TERCERO .- Comparecidas las partes y recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, con fecha 10-05-16 se mandó formar el correspondiente Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia a la Ilma. Sra. Presidenta D^a Mercedes Guerrero Romeo y tras los trámites que son de ver en el Rollo, por providencia de 19-05-16 se señaló para deliberación, votación y fallo el 21-06-16.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Antecedentes. La sentencia de instancia. *Motivos de recurso*.

Resultan de relevancia para la resolución del presente litigio los siguientes antecedentes:

D. Amador falleció en Vitoria el día 24 de noviembre de 2.012 habiendo otorgado testamento abierto el 27 de septiembre de 2.009.

En este testamento legaba a sus cuñados, hermanos de su difunta esposa, D^a Emma y D. Celestino , por partes iguales, todas las fincas, tanto rústicas como urbanas, situadas en Pampliega (Burgos). El remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, instituía herederos por partes iguales a sus sobrinos, Marino y Oscar .

Con fecha 24 de septiembre de 2.010 nació Juana , hija de Amador y de la actora, Josefina .

El 8 de febrero de 2.013 se formalizó en la Notaria de D^a Nuria la aceptación y partición de la herencia de D. Amador .

En esta partición se adjudicó a la menor Juana una cuota hereditaria por valor de 126.000 euros, que correspondía la legítima estricta y a la mejora.

La cuota de libre disposición, por valor de 63.000 euros se adjudicó a sus dos sobrinos Marino y Oscar .

Con fecha 19 de marzo de 2.013 el Registrador de la Propiedad nº 1 de Vitoria dictó un acuerdo de calificación negativa para la inscripción de los asientos solicitados por la Notario D^a Nuria . Argumentaba que en este caso existe una preterición no intencional de la menor Juana por parte de su padre que otorgó testamento antes de su nacimiento, por lo que hubiera podido exigir la anulación de dichas disposiciones testamentarias.

La parte actora solicita en su demanda se declare la nulidad de la escritura de aceptación y partición de la herencia del fallecido Amador otorgada el 8 de febrero de 2.013 en la Notaria de D^a Nuria . Que se realice nueva escritura de aceptación y partición de la herencia de D. Amador declarando única heredera de todos sus bienes a Juana . Y que se condene a Marino y Oscar , sobrinos del causante, a restituir la suma de 31.500 euros cada uno de ellos más los intereses legales desde el 20 de diciembre de 2.013, con la responsabilidad solidaria de Nuria .

La sentencia de instancia desestima la demanda por considerar que se ha respetado la voluntad del causante plasmada en las disposiciones testamentarias. Y es que la cláusula cuarta del testamento otorgado el día 27



de enero de 2.009 indica que se reconoce su legítima estricta a las personas a quien legalmente corresponda y que en este testamento no hayan sido mencionadas ni individualmente ni genéricamente como herederas, legatarias, o sustitutas. El contenido de esta cláusula por si sola haría inútil el debate, pero además, la preterición entendida como la omisión en el testamento de uno o más herederos forzosos no se habría producido en el presente caso por cuanto hay una mención expresa que recoge los derechos que por ley le corresponderían a la menor, pese a no mencionarla expresamente con su nombre y apellidos. La sentencia añade que la parte actora estuvo presente en la Notaria cuando se aceptó y se procedió a la partición y adjudicación de los bienes que ahora se cuestiona y mostró su plena conformidad. Que el causante redactó un nuevo testamento que no llegó a firmar, hecho que debe interpretarse como voluntario, pretendía ratificar el testamento de 2.009 que instituye herederos a los dos sobrinos y reconoce la legítima estricta a quien corresponda, es decir, a la hija que nació con posterioridad.

La actora se alza contra la sentencia alegando infracción del art. 814 CC y jurisprudencia que lo desarrolla, la preterición de la hija debió anular las disposiciones testamentarias de su progenitor. En este caso el testador omitió a su única legitimaria, en el testamento ignoró su existencia, por lo que procede la anulación de las disposiciones testamentarias. La sentencia comete dos errores, entra a conocer de la voluntad del testador y a partir de ahí deduce la intención del causante, cuando la deducción lógica es que, de haber conocido a su hija, ésta sería la única heredera. Solicita se revoque la sentencia y se estime el recurso.

SEGUNDO.- Régimen interpretativo del art. 814 CC . Conclusiones.

En primer lugar debe señalarse que la interpretación rectora del artículo 814 en relación con la preterición no intencional de hijos y descendientes, lejos de descansar en la mera literalidad del apartado segundo, esto es, la anulación de la institución de herederos, se apoya en la voluntad testamentaria (voluntas testatoris) como ley suprema de la sucesión, tal y como establece su párrafo final: "A salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador" y confirma sistemáticamente el citado apartado segundo, en donde la referida anulación de la institución de heredero se realiza sin perjuicio de "las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título".

En este sentido conviene recordar la reciente sentencia del TS de 10 de diciembre de 2.014 que cita la de 15 de enero de 2.013: *"la conservación de los actos y negocios jurídicos (favor contractus) se erige como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico patrimonial que comporta, entre otros extremos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que pueda presentar la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, posibilitando el tráfico patrimonial y la seguridad jurídica"*. Doctrina jurisprudencial que ha resultado de aplicación en el ámbito del Derecho de sucesiones como un reforzamiento de los principios entroncados del "favor testamenti" y del "favor partitionis", SSTTS de 30 de octubre de 2012 , 4 de enero de 2013 , y de 3 de noviembre de 2014 .

En esta línea, y en segundo lugar, tal y como destaca la Sentencia de 3 de noviembre de 2014 , la interpretación sistemática que a estos efectos cabe establecer entre los artículos 764 y 814 del Código Civil da preferencia a la validez testamentaria aun en el supuesto de que carezca de institución de heredero o que dicha institución resulte ineficaz.

Por último, y en tercer lugar, en la interpretación del precepto debe tenerse en cuenta lo ya vertido acerca del principio de conservación del testamento y de la partición realizada ("favor testamenti y favor partitionis"), particularmente ejemplificado en la puntualización técnica del artículo 1080 del Código Civil , que alude técnicamente a la no rescindibilidad de la partición, y su encaje sistemático con los citados artículos 764 y 814 del Código Civil . Principio que, entre otros extremos, determina que la voluntad manifestada por el testador (675 del Código Civil) siga siendo el criterio rector para la interpretación de las cuestiones que suscite la institución de heredero o, como en este caso, la determinación patrimonial del derecho hereditario del heredero preterido.

Partiendo de estos principios debe señalarse que la sentencia recurrida concuerda sustancialmente con el citado régimen, respetando la validez de lo ordenado por el testador. La interpretación sistemática del testamento por la juez de instancia ha sido correcta, de la cláusula cuarta se infiere que se respetará la legítima caso que, como el presente, aparezca una hija con posterioridad a su muerte. Solo en caso que el testamento hubiese incluido una declaración de voluntad expresa en el acto dispositivo realizado, distinta de la mera omisión de asignación de bienes del caudal relicto, podría interpretarse de forma diferente el testamento.

En esta línea debe recordarse que la rescindibilidad de la partición no obsta a la vigencia de las mandas o legados ordenados por el testador, en la medida que no resulten inoficiosas respecto de la salvaguarda de la legítima que en este caso corresponde a la hija menor. Y que después de reservar la legítima para la



menor corresponderá a los sobrinos nombrados en el testamento la parte que corresponda del tercio de libre disposición como se hace en la partición realizada por la Notario.

La juez hace una interpretación de la voluntad del testador, estando en el hospital llamó al Notario y redactó un nuevo testamento, pero no llegó a firmarlo, hecho que interpreta de la única forma posible, su deseo fue mantener el testamento realizado en el año 2.009 con sus disposiciones, de lo contrario pudo revocarlo unos días antes de fallecer. La Sala comparte esta interpretación.

No podemos estimar las pretensiones de la recurrente, se ha basado en la calificación del Registrador de la Propiedad para ejercitar la demanda y lo cierto es que no fue acertada en este caso. Procede confirmar todos los argumentos de la sentencia de instancia que no repetimos en aras al principio de economía procesal. El recurso no puede prosperar.

TERCERO.- Que las costas de esta instancia se abonarán por la recurrente ex art. 394 y 398 LEC .

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso interpuesto por Josefina representada por la procuradora Azucena Rodríguez Rodríguez contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Vitoria en el procedimiento Ordinario nº 710/14, **CONFIRMANDO** la misma; y con expresa imposición de costas al recurrente.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de CASACIÓN ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, si se acredita interés casacional. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrán interponerse recurso extraordinario por INFRACCIÓN PROCESAL ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de casación y 50 euros se si trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en Banco Santander con el número 0008-0000-06-0271-16. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un " Recurso" código 06 para recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos (DA15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Con certificación de esta sentencia, remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.