



Roj: **SAP BI 730/2017 - ECLI: ES:APBI:2017:730**

Id Cendoj: **48020370042017100193**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **4**

Fecha: **27/04/2017**

Nº de Recurso: **654/2016**

Nº de Resolución: **319/2017**

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

Ponente: **ANA BELEN IRACHETA UNDAGOITIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN CUARTA
BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - LAUGARREN SEKZIOA

BARROETA ALDAMAR 10-3ªplanta - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016665

Fax / Faxes: 94-4016992

NIG PV / IZO EAE: 48.04.2-14/030898

NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.42.1-2014/0030898

A.p.ordinario L2 / E_A.p.ordinario L2 654/2016 - E

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Bilbao / Bilboko Lehen Auzialdiko 3 zk.ko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 1203/2014 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Nicanor , Ruperto y Gema

Procurador/a/ Prokuradorea: JULIO GONZALEZ JIMENEZ Abogado/a / Abokatua: OSCAR IGNACIO BIDEA RODRIGUEZ

Recurrido/a / Errekurritua: Carlos Jesús , Alejandro , Bernabe y Diego

Procurador/a / Prokuradorea: MARTA ARRUZA DOUEIL

Abogado/a/ Abokatua: JESUS JAVIER FERNANDEZ DE BILBAO PAZ

SENTENCIA nº 319/2017

ILMAS. SRAS.

D.ª ANA BELÉN IRACHETA UNDAGOITIA

D.ª LOURDES ARRANZ FREIJO

D.ª REYES CASTRESANA GARCÍA

En BILBAO (BIZKAIA), a veintisiete de abril de dos mil diecisiete.

La Audiencia Provincial de Bizkaia - Sección Cuarta, constituida por las Ilmas. Sras. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario 1203/2014 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Bilbao, a instancia de **D. Nicanor , D. Ruperto y D.ª Gema** apelante - demandado, representados por el Procurador Sr. JULIO GONZALEZ JIMENEZ, y defendido por el Letrado Sr. OSCAR IGNACIO BIDEA RODRIGUEZ, contra **D. Carlos Jesús , D. Alejandro , D. Bernabe y D. Diego** apelados- demandantes, representados por la Procuradora Sra. MARTA ARRUZA DOUEIL y defendidos por el Letrado Sr. JESUS JAVIER



FERNANDEZ DE BILBAO PAZ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 30 de mayo de 2016 .

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 30 de mayo de 2016 es del tenor literal siguiente:

" FALLO

1.- Debo **ESTIMAR Y ESTIMO** la demanda formulada por la representación procesal de D. Diego , D. Alejandro , D. Bernabe y D. Carlos Jesús frente a D. Nicanor , D. Ruperto y D^a Gema , declarando la nulidad parcial de la cláusula primera del testamento de D. Gumersindo , autorizado el día 6-11-2007 por el Notario de Bilbao D. Andrés M^a Urrutia Badiola bajo el n^o 1.468 de su Protocolo, párrafo séptimo, en la que se establece un reconocimiento de deuda de 25.000.000 de pesetas (150.253,03?) a favor de los demandados y ordena el pago de la misma, debiendo estar y pasar los demandados por dicha declaración, realizando todos los actos necesarios para que se lleven a efecto el anterior pronunciamiento.

2.- La parte demandada deberá abonar las costas causadas en el presente procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandada 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 n^o **654/16 de Registro** y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para la celebración de vista.

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

Ha sido Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada **D.^a ANA BELÉN IRACHETA UNDAGOITIA.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Diego , D. Carlos Jesús , D. Bernabe y D. Alejandro formularon demanda contra D.^a Gema , D. Ruperto y D. Nicanor , en la que ejercitan acción de nulidad del testamento que otorgó con fecha 6 de noviembre de 2007 D. Gumersindo , padre de los actores, fallecido el 4 de septiembre de 2013, en el que lega a los demandante 2/3 de sus bienes y a los demandados el tercio de libre disposición y reconoce un crédito a favor de estos, derivado de un préstamo, por importe de 25.000.000 ptas., 150.000 euros, a devolver por los actores por iguales partes, por simulación de deuda en fraude de los derechos legítimos, o por donación simulada en fraude de los derechos legítimos de los actores, y, en último lugar, por dolo o error como vicio del consentimiento inducido por un tercero, y en cuyo suplico solicitan que se declare la nulidad absoluta del testamento o, subsidiariamente, se anule la cláusula primera en la que se efectúa el reconocimiento de deuda a favor de los demandados, se condene a los demandados a realizar los actos consecuencia del anterior pronunciamiento y se les impongan las costas procesales.

Los demandados, que se opusieron a la demanda, afirmaron la realidad de la deuda que justificaron aduciendo que D. Gumersindo se encontraba en situación de precariedad económica por su afición al juego, situación no conocida por sus hijos por no haber mantenido relación con su padre desde la separación matrimonial, que tuvo lugar el 22 de marzo de 1992, y que en tal situación le efectuaron un préstamo el 1 de enero de 1995 por el importe declarado en el testamento, que la deuda así como los intereses correspondientes habían sido reconocidos por el difunto en escritura pública de fecha el 28 de diciembre de 2005 y que como consecuencia del impago se interpuso una demanda de ejecución de título no judicial ante el Juzgado de Primera Instancia n^o 4 de Bilbao, ENJ 28/08, sin que se solicitara la adopción de medidas de ejecución. Además, excepcionaron la falta de legitimación activa por constar nombrado un contador partidor designado por el testador, de conformidad con lo dispuesto en el art. 904 y 905 del CC , por un plazo de dos años a contar desde el momento de su aceptación, que no había precluido en el momento de la interposición de la demanda.

La sentencia de primera rechaza la excepción al considerar precluido el plazo del contador partidor para el ejercicio de las funciones, aprecia fraude de la legítima en el reconocimiento de deuda por falta de acreditación de la realidad de la deuda y estima la demanda y declara la nulidad del reconocimiento de deuda por importe



de 25.000.000 ptas. (150.253 euros) y condena a los demandados a la realización de los actos consecuencia de tal declaración, con imposición de costas.

Frente a dicha sentencia se alzan los demandados, que postulan su revocación y el dictado de otra en su lugar que desestime la demanda y condene a los demandantes al pago de las costas procesales, alegando, como fundamento del recurso, que no ha sido posible aportar prueba documental de la entrega del dinero por no conservar la entidad en la que se realizó el traspaso de datos de entonces, que no se ha acreditado la voluntad de D. Gumersindo de defraudar la legítima de sus herederos, y tampoco de vicio o defecto invalidante en la declaración de voluntad del Sr. Gumersindo .

SEGUNDO.- Como se ha dicho en el fundamento precedente, los demandados recurrentes admiten que no han aportado prueba documental de la entrega a D. Gumersindo de la suma de dinero que este dijo haber recibido de aquellos, cuya devolución imponía a los herederos en la cláusula testamentaria cuya nulidad se postula por falsedad de la causa expresada e ilicitud de la causa verdadera.

El artículo 1277 CC del Código civil presume la concurrencia de causa en los contratos y su licitud, desplazando la carga de la prueba de la inexistencia de causa o la diversidad entre la causa declarada y la real a quien lo afirma.

El artículo 1276 del mismo cuerpo legal señala que la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad sino se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita estando obligado quien lo niega a probar que existía otra o bien que ciertamente la causa no existía.

Por su parte, el artículo 1275 dispone que los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes y a la moral.

Sobre la ilicitud de la causa, la STS 23 Septiembre 2014 dice en el F.D. sexto párrafo 5º:

"Como declara la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 83/2009, de 19 de febrero , con cita de las anteriores sentencias núm. 395/2007, de 27 de marzo , y de 13 de marzo de 1997 , « la ilicitud causal que prevé el artículo 1275, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, supone la concurrencia de causa, pero resulta viciada por oponerse a las Leyes o a la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquél imprime a la voluntad la dirección finalista ilícita y reprobable del convenio (Ss. de 8-2-1963, 2-10-1972, 22-11-1979, 14-3 y 11-12-1986), descansando a su vez la ilicitud de la causa en la finalidad negocial inhumana o ilegal común a todas las partes (Ss. de 22-12-1981 y 24-7-1993) ».

En la sentencia de esta Sala núm. 215/2013, de 8 de abril , antes citada, apreciamos la existencia de causa ilícita en un supuesto en que los legítimos derechos de la demandante como socia de una sociedad habían sido defraudados mediante la transmisión del bien que constituía el patrimonio social a otra sociedad de la que solo formaban parte el resto de socios de la sociedad transmitente, bajo la apariencia de una compraventa, justamente porque la causa del negocio «no era otra que defraudar los legítimos derechos de la única hermana que no formaba parte de la sociedad adquirente».

En sentencias anteriores como las de STS 15 de febrero y 1 de abril 1984 se declara que la ilicitud de la causa reside en el objeto del contrato y también en aquellos contratos que aun no constando en si elementos de manifiesta antijuricidad, son ilícitos por el matiz inhumano o fraude de ley que reviste la operación en su conjunto, destacando como elemento característico el ataque o lesión a un interés general o moral STS 15 Febrero y 1 Abril 1984 .

Pues bien, en el caso del resultado de las pruebas que se concluye, en coincidencia con la Juez "a quo", que los demandados no entregaron a D. Gumersindo la suma de 25.000.000 ptas. (150.000 euros), que se expresa como causa del reconocimiento de deuda a favor de aquellos que se realiza en el testamento.

Los demandados que reconocen que no se ha aportado documento de la entrega del dinero a D. Gumersindo , carencia que justifican en la organización de la entidad bancaria en la que D. Gumersindo tenía la cuenta, que únicamente almacena los datos durante diez años, tampoco han aportado documento que justifique la salida de dinero de las respectivas cuentas en la fecha en la que se data el préstamo (año 1995). Al reconocimiento de deuda que se realizó en documento público en el año 2005 (doc. 4 contestación), no se acompañó ningún documento privado que consigne movimientos de entrada y salida de dinero, ni en la escritura se consignó dato alguno sobre la procedencia del dinero que se afirma prestado, cantidad aportada por cada una de los prestamistas cuenta en la que se ingresó el dinero, ni ningún otro dato indicativo de movimiento de copia. En la fecha en la que se data el préstamo D. Gumersindo no tenía ninguna deuda con entidades públicas, tampoco después, y no se ha demostrado que tuviera alguna deuda con particulares, y se señala que los demandados justifican el préstamo en las deudas contraídas por D. Gumersindo y en la imposibilidad de hacer frente a las



mismas con su patrimonio. Pero respecto al patrimonio del Sr Gomersindo , de los documentos que obran en autos resultan los siguientes datos: en el año 1992 D. Gomersindo obtenía ingresos anuales de 2.570.778 ptas. en calidad de pensionista, de lo que se sigue que en los años siguientes sus ingresos alcanzaron a esa suma como mínimo; en los años 1993 y 1994 vendió dos inmuebles, una vivienda en la c/ DIRECCION000 y una plaza de garaje en la c/ DIRECCION001 por los que obtuvo un total de 7.800.000 ptas., equivalentes a 46.878,95 euros y era propietario de un local en la Travesía de Trauco que vendió en el año 2000; que el año 1991 abrió una cuenta a plazo; que en el año 2000, antes de vender la lonja, contrató un depósito a plazo de 39.065,79 euros y los apuntes realizados en de la cuenta de la BBK a partir del 12 en 2004 hasta su fallecimiento indican que los gastos de D Gomersindo eran menores que sus ingresos.

Por otra parte, es indiscutido que D Gomersindo no tuvo relación con los actores desde que se produjo la ruptura de la relación matrimonial con la madre de estos D^a Reyes .

Así, no sólo no hay rastro de desplazamiento de dinero de D. Nicanor , D. Ruperto y de D.^a Gema a D. Gomersindo , sino que se ha demostrado que el Sr. Gomersindo tenía patrimonio más que suficiente para cubrir las atenciones de su propia persona y sus obligaciones.

Y demostrada la falsedad de la causa expresada en el testamento como justificación del reconocimiento de deuda realizado a favor de los demandados correspondía a estos la carga de probar la concurrencia de una causa real y verdadera, que ni siquiera han legado.

En tales circunstancias, procedería declarar la nulidad de la cláusula testamentaria de reconocimiento de deuda en todo caso por falsedad de causa expresada sin que se haya demostrado la existencia de otra verdadera y lícita.

Pero es que, además, de los datos que se han relacionado se concluye que el reconocimiento de deuda realizado por D. Gomersindo en su testamento a favor de D. Nicanor D. Ruperto y de D.^a Gema tenía por finalidad defraudar los derechos legitimarios de los demandantes, sus hijos y herederos forzosos, a quienes conforme a la normativa vigente cuando se abrió la sucesión correspondía dos tercios del caudal hereditario (art. 808 CC), pues formalmente se les reconocen sus derechos pero por la vía del reconocimiento de deuda se les priva de los bienes en lo que hacer efectiva la legítima.

TERCERO.- Dado que lo expuesto y razonado comporta la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia se imponen al recurrente las costas causadas en esta instancia (Art. 398 LEC)

CUARTO.- La disposición adicional 15^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 9, aplicable a este caso, que la inadmisión del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, determinará la pérdida del depósito.

Vistos los artículos citados y los de legal y pertinente aplicación.

En nombre de S.M. el Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español, y su Constitución

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Julio Gonzalez Jimenez en representación de D. Nicanor , D. Ruperto y D.^a Gema contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de Bilbao en los Autos de Procedimiento Ordinario nº 1203/2014 de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos la sentencia apelada, con expresa imposición al recurrente de las costas causadas.

Transfírase el depósito por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen a la cuenta de depósitos de recursos inadmitidos y desestimados.

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 interponer 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 si se 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 el Banco Santander con el número 4704 0000 00 0654 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 el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos (DA 15ª 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.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por las Ilmas. Sras. Magistradas que la firman y leída por Ilma. Sra. Magistrada Ponente el día 12 de mayo de 2017, de lo que yo la Letrada de la Admón. de Justicia certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ