



Roj: **STSJ PV 1186/2024 - ECLI:ES:TSJPV:2024:1186**

Id Cendoj: **48020310012024100048**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **10/06/2024**

Nº de Recurso: **5/2024**

Nº de Resolución: **4/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación ordinaria**

Ponente: **FRANCISCO DE BORJA IRIARTE ANGEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiko Arlo Zibileko eta ZigorArloko Sala

C/ Barroeta Aldamar, 10 1ª Planta - Bilbao

0000005/2024 Recurso Casación Ordinaria / Kasazio-errekurtso arrunta

NIG: 4802742120190002368

Sección Nº 3 de la Audiencia Provincial de Bizkaia 0000270/2022 - 0 Recurso apelación procedimiento ordinario LEC 2000 (Migración)

EXCMO. SR. PRESIDENTE:

D. Ignacio José Subijana Zunzunegui

ILMA. SRA. MAGISTRADA:

D.ª Nekane Bolado Zárraga

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS.

D. Roberto Saiz Fernández

D. Francisco de Borja Iriarte Ángel

D. Manuel Ayo Fernández

SENTENCIA N.º: 000004/2024

En Bilbao, a 10 de junio de 2024.

Vistos por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, integrada por la Magistrada y los Magistrados arriba reseñados, en el recurso de casación contra la sentencia que con fecha 11 de enero de 2024, dictó la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bizkaia, en el Recurso de apelación procedimiento ordinario nº 270/2022 seguidos ante el citado órgano, cuyo recurso fue interpuesto por D.ª Adela , representada por la procuradora D.ª Ana Maria Idocin Ros y asistida del letrado D. Gontzal Aizpurua Ondaro, interviniendo como recurridas D.ª Alejandra y D.ª Casilda , representadas por la procuradora D.ª Esther Asategui Bizkarra, y asistidas del letrado D. Bernardino Maiztegui Mugica.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En su Recurso apelación procedimiento ordinario n.º 270/2022, dimanante del Procedimiento ordinario nº 426/2019 del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Durango, promovido por D.ª Adela , la Sección Nº 3 de la Audiencia Provincial de Bizkaia, dictó sentencia en fecha 11 de enero de 2024, resolución contra la que la procuradora D.ª Ana Maria Idocin Ros en nombre y representación de D.ª Adela , preparó recurso de casación, el cual dentro del plazo, ha sido interpuesto por la referida procuradora.

SEGUNDO.- En resolución de 28 de febrero de 2024, se tuvieron por recibidas las anteriores actuaciones, acordándose incoar recurso de casación civil, acusar recibo y, designar Magistrado Ponente.

TERCERO.- Personadas en tiempo y forma la parte recurrente y recurrida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 483.2 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), se acordó pasar las actuaciones a la sección de admisión para que se pronunciase sobre la admisión del recurso.

CUARTO.- Por Auto de 7 de marzo de 2024, se declara la competencia de esta Sala para conocer el recurso de casación interpuesto por D.^a Adela , representada por la procuradora Sra. D.^a Ana María Idocin Ros, contra sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bizkaia, con fecha 11 de enero de 2024 en el Recurso de apelación procedimiento ordinario nº 270/2022 y se admite a trámite el recurso interpuesto frente a la meritada sentencia.

QUINTO.- Una vez admitido a trámite el Recurso de Casación, se acuerda dar traslado del escrito de interposición, a la parte recurrida, para que en el plazo de **VEINTE DÍAS** formalizase su oposición por escrito y manifestase si consideraba necesario la celebración de vista. Por la Procuradora Sra. D.^a Esther Asategui Bizkarra, en nombre y representación de D.^a Alejandra y D.^a Casilda , se ha presentado escrito dentro plazo, formulando oposición al recurso de casación. **SEXTO.-** Por diligencia de ordenación de 16 de abril de 2024, se une a las actuaciones el escrito de impugnación del recurso y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 786.1 LEC, dar cuenta al Magistrado Ponente a fin de que el Tribunal resuelva.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco de Borja Iriarte Ángel.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes

I.1 D.^a Elvira , fallecida el 17 de septiembre de 2016, otorgó testamento abierto ante el notario de Bergara D. Roberto Oliver Puértolas el 11 de abril de 2005 con el número 288 de su protocolo.

En el mismo, hace constar que se halla acogida al Derecho común, y realiza, en lo que nos interesa, las siguientes disposiciones:

SEGUNDA.- LEGA a sus hijos **DON Anton , DOÑA Casilda , DOÑA Inocencia Y DOÑA Alejandra** laporción de legítima estricta que a cada uno de ellos corresponda.

TERCERA.- Sin perjuicio del legado anterior, instituye heredera a su hija **doña Adela** , que será sustituida vulgarmente por su estirpe de descendientes; es deseo de la testadora que se le adjudiquen todos los bienes de su herencia, facultándole para pagar en metálico la legítima estricta de sus hermanos.

I.2 D.^a Adela otorgó el 20 de febrero de 2018 ante el notario de Bergara D. Francisco Javier Díez Ortiz escritura de aceptación de la herencia de su madre, adjudicándose el pleno dominio de la vivienda localizada en la DIRECCION000 de Bergara, de titularidad de la causante.

Esta vivienda era, conforme a la documentación obrante, el único bien que integraba el patrimonio de la finada.

I.3 D.^a Alejandra y D.^a Casilda interpusieron demanda de juicio ordinario solicitando la nulidad de la escritura referida en el expositivo anterior y la cancelación de la inscripción registral de la misma en el Registro de la Propiedad de Bergara.

La demanda fue turnada al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Durango, que, previo el trámite legal, dictó sentencia estimado íntegramente la demanda e imponiendo las costas a la demandada.

I.4 Frente a la referida sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por tres motivos: error en la valoración de la prueba, infracción de ley y falta de motivación.

El recurso fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial de Bizkaia -sección tercera- en sentencia de 11 de enero de 2024, limitándose la estimación a la imposición de las costas de oficio al existir dudas de hecho y de derecho.

I.5 Es también un antecedente ajeno al procedimiento pero relevante para una eventual interpretación del testamento que el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Durango en sentencia de 19 de septiembre de 2017 declaró nula por simulación contractual la escritura de compraventa de la nuda propiedad del piso localizado en la DIRECCION000 de Bergara otorgada por D.^a Elvira a favor de su hija Adela .

SEGUNDO.- El recurso interpuesto frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia -sección tercera- en sentencia de 11 de enero de 2024

II.1 La representación procesal de D.^a Adela interpuso recurso de casación alegando la infracción de los artículos 48 y 51 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (en adelante, Ley 5/2015 o LDCV).

Sustentaba su interés casacional en la inexistencia de doctrina sobre las cuestiones objeto del debate que trataremos a continuación.

TERCERO.- Alcance y contenido de la legítima estricta.

III.1 Fundamentación del recurso.

III.1.a La parte recurrente plantea el tratamiento que debe darse a los hijos o descendientes instituidos legatarios de la legítima estricta cuando concurren con otro u otros descendientes instituidos herederos; especialmente cuando a éstos se les atribuyen todos los bienes de la herencia con la facultad de pagar los legados con bienes ajenos a la herencia.

III.1.b A estos efectos considera la *ratio decidendi* de la sentencia de la Audiencia Provincial:

Ahora bien, ciertamente, desde la citada prueba, y pese a la argumentación que despliega la parte apelante, la prueba testifical no desvirtúa la voluntad afirmada de la Sra. Elvira de dejar la vivienda a la Sra. Adela, que como bien pone de manifiesto la parte apelada, y resulta del testamento, era favorecer a la misma con la determinación y adjudicación de dicho bien, lo que no obsta ni ello implica en su consideración voluntad de desheredación del resto de sus hijos.

Basta, a nuestro entender, la precedente consideración al objeto de determinar la desestimación en este punto del recurso de apelación.

III.1.c Parte de la vulneración de la normativa vasca en materia de legítimas que es la aplicable a la sucesión de D.^a Elvira habida cuenta los hechos que hemos relatado en el Fundamento de Derecho Primero. Bajo la referida normativa no existe la legítima estricta que deban recibir todos y cada uno de los hijos.

Adicionalmente manifiesta que existe apartamiento tácito de las hijas demandantes, que no se hizo expresamente porque no era posible conforme a la ley personal en el momento del otorgamiento, pero que esa era la voluntad. Voluntad erróneamente interpretada por la Audiencia Provincial.

Finaliza proponiendo a esta Sala la fijación de doctrina en relación con los derechos que se derivan de la institución como legatario de la legítima estricta.

III.2 Fundamentación de la oposición.

Se manifiesta que el deseo de la testadora no era que la heredera se adjudicase la totalidad de los bienes de la herencia, sino que se le adjudicasen, por lo que no procede la autoadjudicación. Además, no se instituye una heredera universal y luego se establecen unos legados, sino que la redacción es la inversa, se establecen los legados y en el remanente se instituye heredera.

Tampoco acepta que exista un único bien en la herencia, en tanto pueden aparecer otros que no están en la escritura de aceptación, no habiendo participado los coherederos en las operaciones particionales.

En conclusión, considera que debe desestimarse el recurso a la vista de las instituciones hereditarias efectuadas en el testamento.

III.3 Determinación del Derecho aplicable

La primera cuestión que debemos determinar es bajo que normativa debe interpretarse el testamento otorgado por D.^a Elvira.

III.3.a A la luz de los antecedentes descritos en el Fundamento de Derecho Primero nos encontramos ante un conflicto de aplicación temporal de la norma, habida cuenta que entre el otorgamiento del testamento y el fallecimiento de D.^a Elvira entró en vigor la Ley 5/2015.

Esta cuestión ya ha sido tratada en dos de nuestras sentencias, en concreto en la de 20 de julio de 2018 (ECLI:ES:TSJPV:2018:2296) y 17 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TSJPV:2022:2805); en esta última fijamos la siguiente doctrina:

Una interpretación integrada de las Disposiciones Transitorias 2^a y 12^a del Código Civil por remisión de la Disposición Transitoria 1^a de la LDCV implica que las circunstancias del testamento -incluyendo no sólo la validez del testamento desde una perspectiva formal, sino todo lo relativo a la validez de la institución de heredero incluida la preterición- deben ser analizadas a la luz de la ley vigente en el momento de su otorgamiento, esto es, la Ley 3/1992, salvo en lo que a las legítimas -y el reparto y adjudicación de la herencia se refiere-, en que será de aplicación la LDCV, vigente en el momento del fallecimiento del causante.

Por tanto, desde una perspectiva de derecho temporal la legítima que corresponde a D.^a Alejandra y D.^a Casilda debe determinarse a la luz de la LDCV.

III.3.b Adicionalmente la sentencia de la Audiencia Provincial plantea los efectos que tiene para resolver nuestra cuestión la creación, con la entrada en vigor de la Ley 5/2015, de la vecindad civil vasca; porque, tal y como rezaba en su testamento D.^a Elvira tenía vecindad civil común en el momento de otorgar el testamento y vasca en el momento de su fallecimiento.

Para resolver esta cuestión, por remisión del artículo 16.1 CC, debemos acudir al artículo 9.8 del mismo cuerpo legal:

8. La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes.

En primer lugar, la norma remite a la ley personal -vecindad civil- en el momento del fallecimiento, en este caso la vasca. El segundo párrafo del precepto establece el principio *favor testamenti* para los supuestos de conflicto móvil, de forma que será válido el testamento otorgado según la ley personal que lo era en el momento de otorgamiento, pero siempre que respete el sistema de legítimas de la *lex sucessionis* en su totalidad, que el legislador considera inatacable; la norma preserva la validez del testamento otorgado bajo la antigua vecindad civil en todo lo que no se oponga al sistema global de legítimas de la adquirida, a diferencia del tercer inciso, sólo limitado a las legítimas de los descendientes.

Es decir, desde esta perspectiva la sucesión se rige por el derecho civil vasco, por ser esta la vecindad civil de D.^a Elvira en el momento de su fallecimiento, conservando su validez el testamento otorgado bajo su vecindad civil común, que será ejecutado respetando el sistema de legítimas de la normativa vasca.

III.3.c Es decir, en todo caso la legítima que corresponde a las demandantes en origen, hoy recurridas en casación, debe determinarse conforme a la LDCV.

III.4 Determinación del concepto legítima estricta a la luz de la Ley 5/2015.

Sentado lo anterior debemos determinar si existe o no una legítima estricta en la LDCV y cómo debe interpretarse la mención hecha en el testamento de D.^a Elvira a la legítima estricta que legaba a varios de sus hijos. Para ello debemos partir del principio de libertad civil consagrado en el artículo 4 de la LDCV:

De acuerdo con el principio de libertad civil, tradicional en el Derecho civil vasco, las leyes se presumen dispositivas y la renuncia a los derechos de ellas derivados será válida en tanto no contraríen el interés o el orden público ni perjudique a tercero.

III.4.a La legítima aparece regulada en el artículo 48 LDCV de la siguiente manera:

- 1. La legítima es una cuota sobre la herencia, que se calcula por su valor económico, y que el causante puede atribuir a sus legitimarios a título de herencia, legado, donación o de otro modo.*
- 2. El causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita.*
- 3. La omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito.*
- 4. La preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento.*

Legítima que, en el supuesto de los descendientes, el artículo 49 de la misma norma cuantifica en un tercio del caudal hereditario.

El apartamiento, institución necesaria para el completo entendimiento del sistema vasco de legítimas, aparece en el artículo 51 de la Ley 5/2015:

- 1. El causante podrá disponer de la legítima a favor de sus nietos o descendientes posteriores, aunque vivan los padres o ascendientes de aquéllos.*
- 2. La preterición de todos los herederos forzosos hace nulas las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial.*
- 3. El heredero forzoso apartado expresa o tácitamente conserva sus derechos frente a terceros cuando el testamento lesione la legítima colectiva.*

Es decir, que nos encontramos ante una legítima colectiva, no existiendo una obligación legal de dejar a todos los hijos una cuota mínima; de hecho, sería posible apartar de la herencia a todos los hijos e instituir heredero a un descendiente de ulterior grado (art. 51.1 LDCV).

De la simple lectura de la Ley 5/2015 se desprende que no existe la legítima estricta con ese nombre, ni, lo que es más importante, existe una institución que conceptualmente pueda asemejarse a ella, de lo que se deriva, como dice Gorka Galicia [[1] Galicia Aizpurua, Gorka, "Capítulo XVI. Limitaciones a la libertad de disposición por causa de muerte. Régimen Legitimario General. Especialidades en Bizkaia" en la obra colectiva *Manual de Derecho Civil Vasco*, (2ª Edición) Barcelona, 2023, p. 383.] que *ningún legitimario podrá reclamar a otro por lesión de su (inexistente) legítima estricta...* Por tanto, la causante, conforme a la ley que rige su sucesión, podía haber apartado a sus otros descendiente de la herencia, por lo que debemos determinar si la institución como legatarios en la porción de legítima estricta -institución propia del Derecho común y ajena al vasco- supone su apartamiento tácito o si conservan el derecho a recibir la legítima estricta regulada en el Código Civil, que era la norma que regulaba su sucesión en el momento de testar pero no en el momento de su fallecimiento.

III.4.b La cuestión ha sido igualmente controvertida en los Tribunales y otros órganos jurídicos, por lo que de acuerdo con el mandato unificador contenido en el artículo 2.3 Ley 5/2015, procede dar un repaso a sus pronunciamientos.

La primera institución en pronunciarse fue la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en Resolución de 12 de junio de 2017 (BOE núm. 159, de 5 de julio de 2017) que, en primer lugar, realizó una interesante acotación al decir, que

No se trata de un problema de interpretación de un testamento sino de aplicación de la Ley.

Entrando ya a un supuesto idéntico al nuestro, la Resolución de 12 de julio de 2017 (BOE núm. 178, de 27 de julio de 2017) dijo:

...el artículo 48 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco establece lo siguiente: «El causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita», y en el artículo 49 dispone que: «La cuantía de la legítima de los hijos o descendientes es de un tercio del caudal hereditario». De la interpretación conjunta de ambos preceptos, se deduce que la legítima «estricta» en el sentido del Derecho común ha desaparecido, existiendo una legítima amplia global o colectiva, tal como ocurre en el derecho foral de Aragón, y tal como existía antes en el Fuero de Vizcaya, en el que la cuantía era de cuatro quintas partes de la herencia. En consecuencia, la norma vasca no contempla derecho mínimo alguno al descendiente que no haya sido llamado en cuantía cierta y determinada, lo que ocurre en este expediente en el que se le reduce a lo mínimo que por ley le pueda corresponder. Todo esto, siempre que haya sido designado como heredero otro hijo o descendiente en la herencia, lo que ha ocurrido en el expediente, por lo que se ha de concluir en que el otro hijo está excluido de la herencia.

Criterio administrativo que fue confirmado por las Resolución de 20 de diciembre de 2018 (BOE núm. 24, de 28 de enero de 2019).

Entre las Audiencias Provinciales se han producido criterios dispares, algunos en el sentido de la sentencia impugnada, esto es, confirmando el derecho de los instituidos legatarios a recibir la legítima estricta del Código Civil, otras en el mismo sentido que la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Empezando por estas últimas, la sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de 27 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:APSS:2020:491) se enfrenta a un supuesto en el que se realizan prelegados a dos de los hijos y se instituye herederos a los tres hijos, de tal suerte que al momento de abrirse la sucesión los prelegados tenían un valor superior al de la totalidad de la herencia, con lo que el tercer hijo -no prelegatario- no recibía nada, a pesar de los derechos que tenía en el momento de otorgarse el testamento bajo el régimen común. Impugnada la partición por éste, se desestima la pretensión:

En el caso de autos no se da un apartamiento expreso, que no se contempla el Código Civil salvo en supuestos de desheredación por las causas legalmente previstas (arts.848 y siguientes del Código Civil), pero se ha de concluir que la testadora tácitamente buscaba dar preferencia a unos legitimarios frente a otros, adjudicándoles tantos objetos singulares que no quedó caudal hereditario para afrontar la legítima del único legitimario al que no se le legó cosa alguna.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 20 de marzo de 2022 (ECLI:ES:APBI:2022:718) igualmente considera que la atribución de la legítima estricta no da lugar a derecho alguno bajo la normativa vasca:

...mas al dejarle lo mínimo posible frente a la atribución del resto del caudal hereditario a su hija junto con lo declarado por las testigos lo que evidencian es que ella quería aparta a su hijo y con ello nada dejarle, por lo que

como entiende la Juzgadora esta era su voluntad cuando falleció, permitida por la regulación de las legítimas conforme a la ley foral vigente a la fecha de su fallecimiento, por lo que la desestimación de la demanda en este punto y, para el caso de autos, es acorde a Derecho. Finalmente, la sentencia de la misma Audiencia de 20 de mayo de 2022 (ECLI:ES:APBI:2022:1245) confirma el tácito apartamiento de un descendiente injustamente desheredado conforme al CC de aplicación en el momento de otorgar el testamento; descartada la concurrencia de la causa de desheredación no se acude a las consecuencias que para ello se derivarían del 814 CC -preterición de un heredero forzoso- sino que se interpreta el testamento a la luz del sistema de legítimas existente en el momento del fallecimiento.

Por el contrario, la sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de 13 de mayo de 2019 (ECLI:ES:APSS:2019:539) manifiesta que:

Por tanto resulta claro que en este caso la ley que rige la sucesión permite cumplir la disposición del testamento que el causante de las partes hoy litigantes otorgó el 29 de octubre de 2009 en la cual el causante legó a todos y cada uno de los legitimarios "lo que por legítima les corresponda", resultando intrascendente a estos efectos que la Ley 5/15 no utilice el término "legítima estricta", pues lo relevante es que se contemple también en ella la existencia de la legítima y su cuantía. El hecho de que la Ley 5/15 permita al testador que otorgue testamento bajo su vigencia apartar a uno o varios de sus legitimarios no significa que deban dejarse sin efecto las legítimas acordadas en testamentos anteriores a la entrada en vigor de la Ley, pues tal conclusión contradice abiertamente lo dispuesto en la Disposición Transitoria 12 CC antes citada.

III.4.c A la luz de todo lo expuesto, debemos empezar diciendo que, como bien planteaba la Dirección General de los Registros y del Notariado, nos encontramos ante una cuestión de legalidad, no de interpretación del testamento; la cuestión es si existe en el Derecho Civil Vasco la legítima estricta y qué contenido tiene o, si, por el contrario, el legado hecho a D.^a Alejandra y D.^a Casilda está vacío de contenido, y, por tanto, nada tienen derecho a recibir de la herencia de su madre.

Cuestión a la que debemos dar una respuesta negativa; no existiendo una legítima estricta en la ley que rige la sucesión de D.^a Elvira y habiéndose instituido heredera a una descendiente, el legado a las restantes decae por carecer de contenido. Como dice Francisco Lledó [[2] Lledó Yagüe, Francisco, " Artículo 48. La legítima" en la obra colectiva *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*, Madrid, 2020, p. 463], refiriéndose a la sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de 13 de mayo de 2019 antes citada, que considera errónea:

...el nombramiento de heredero universal en favor del nieto subsume la legítima colectiva, individualizándola en el nieto y por ende aparta tácitamente a los otros legitimarios, que realmente esta era la voluntad del testador.

No podemos aplicar una institución del Derecho común a una sucesión sometida al Derecho Civil vasco, aunque la misma aparezca en un testamento otorgado conforme a aquél; en el sistema sucesorio vasco la eventual legítima individual no surgirá de la ley, sino del acto dispositivo del causante o instituyente, que elige a uno o unos y aparta al resto (A. Urrutia) [[3] Urrutia Badiola, Andrés María, "Capítulo II. De las limitaciones a la libertad de testar" en la obra colectiva *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*. Madrid, 2016. p. 86]. Interpretación de la ley que, por otro lado, ha venido siendo la aplicada en la práctica totalidad de sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, por lo que, en este caso, la función unificadora no hará sino confirmar las doctrina mayoritaria.

Las legítimas no pueden entenderse únicamente como un mínimo a que tiene derecho el heredero, sino también como un máximo en la limitación a la libertad del testador. Las Disposiciones Transitorias del Código Civil -y el artículo 9.8 CC- nos remiten a las legítimas de la nueva ley, sean estas superiores o inferiores: si la legítima establecida en la LDCV fuese superior a la legítima estricta del Código no habría dudas de que el legitimario tendría derecho a aquélla, con independencia de lo que diga el testamento, ¿por qué si disminuye -o si desaparece- hemos de dudar? No puede interpretarse el sistema de legítima como el derecho a recibir la más alta de todas las que eventualmente han podido regir la sucesión, sino el derecho a recibir la aplicable en el momento del fallecimiento. Cuando falleció la causante la ley a tener en cuenta carecía del concepto legítima estricta, es más, carecía del concepto legal de legítima individual o de los hijos, siendo el grupo de los legitimarios el de los descendientes en general, asimilable en todo caso a la legítima colectiva o larga del Código; como ya decíamos más arriba, han sido llamados como legatarios a un legado inexistente, y por lo tanto sin efecto (art. 869 CC).

Por último, debemos traer aquí, nuestra sentencia de 14 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TSJPV:2021:2923) que toca tangencialmente la cuestión al tratar la inscripción en el Registro de la Propiedad de un legado ordenado en un testamento otorgado bajo el Código Civil en una sucesión sometida a la Ley 5/2015 diciendo:

...desde la perspectiva del Derecho Civil Vasco y no por tanto desde la del Derecho Civil Común, al diferir la legítima en forma de legados concretos de bienes inmuebles para cada uno de los legitimarios, lo que hizo la testadora fue ir apartando tácitamente a los demás de la sucesión en relación con cada legado efectuado, por lo que los apartados carecen de derechos sucesorios en relación con el mismo.

Es decir, que ya hemos sentado la doctrina de que puede interpretarse que existen apartamientos tácitos en un testamento sometido al Código a los efectos de una sucesión vasca en tanto esa voluntad pueda inferirse del testamento, a pesar de que conforme a la ley de su otorgamiento la cuestión se hubiese determinado de otra manera.

Porque excluidos las litigantes de la herencia de su madre la institución de heredera de una de las hijas colma las exigencias de la Ley 5/2015 en relación con la sucesión forzosa.

III.4.d Sin embargo, sentada la cuestión legal, y vistas las alegaciones de la parte recurrida, vamos a despejar también la relativa a la interpretación del testamento que ha sido planteada en la contestación al presente recurso.

Como describíamos en el Fundamento de Derecho Primero, y consta en la sentencia de la Audiencia Provincial, la instituyente dejó a la mayoría de sus hijos la menor cuota hereditaria que era posible conforme a la normativa común, de aplicación en el momento de testar: la legítima estricta regulada en el 808 CC. Adicionalmente realizó una venta simulada del inmueble que constituía el único o notoriamente principal bien hereditario -en este sentido, la parte actora no ha pedido más que la anulación de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la meritada venta, sin ningún tipo de restitución adicional, de lo que podemos inferir que no existe otro patrimonio, o que éste es ínfimo- por lo que es más razonable pensar que la voluntad de D.^a Elvira era que sus hijos instituidos legatarios no recibiesen nada, estando dispuesta incluso a *vaciar ilegalmente* los mínimos derechos legales que les atribuía en testamento; nada se ha hecho para probar la existencia de otros bienes, como por ejemplo solicitar en el procedimiento la documentación tributaria relativa a la sucesión o indagar en alguna entidad financiera de especial presencia en la zona.

No cabe acoger que si la voluntad de la testadora fuese que no recibiesen nada podía haberles desheredado, porque la notoria realidad es que sólo cabe desheredar bajo el Código Civil en los limitados supuestos regulados en los artículos 852 y siguientes del mismo, y que se trata de motivos que han venido siendo interpretados por el Tribunal Supremo de manera restrictiva, siendo así que hasta la sentencia de 3 de junio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2484), mucho después de otorgarse el testamento, no se abrió la puerta a la desheredación por maltrato psicológico o por abandono. Todo ello asumiendo que existían motivos para desheredarles, asumiendo que no era simplemente un deseo de la testadora falto de fundamento alguno más allá de su mera voluntad (voluntad -sin necesidad de justificación alguna- que es determinante para apartar a los descendientes que se desee bajo la ley personal que rige su sucesión).

Por todo ello debemos concluir que la voluntad de la testadora era apartar a la mayoría de sus hijos, si ello hubiese sido posible, o, al menos, que esta conclusión es mucho más razonable que la contraria: les dejó lo menos que la ley le permitía y, además, intentó vaciar de contenido económico su herencia para que no recibiesen ni ese mínimo.

III.5 Doctrina de esta Sala

A la luz de lo dicho anteriormente procede fijar como doctrina de esta Sala:

Debe entenderse apartado de las sucesiones sometidas al Derecho Civil Vasco al descendiente instituido legatario en la porción de legítima estricta en testamento otorgado conforme al Código Civil cuando concurra con otro u otros descendientes instituidos herederos o legatarios.

CUARTO.- Caracterización de la legítima de los descendientes

IV.1 La representación procesal de D.^a Adela impugna la decisión de la sentencia en relación con la necesidad de que los legatarios debieron concurrir al otorgamiento de la escritura de partición de la herencia de D.^a Elvira , porque aún en el supuesto de que tuviesen algún derecho hereditario no era necesaria su participación.

Desarrolla los motivos legales y jurisprudenciales por los que cree que la legítima de los descendientes es del tipo *pars valoris*, partiendo de la redacción del artículo 48.1 LDCV; adicionalmente recuerda nuestra sentencia de 14 de diciembre de 2021 en la que fijamos doctrina en relación con el otorgamiento de escrituras de aceptación por legatarios sin el concurso de otros descendientes.

Finaliza pidiendo de esta Sala el dictado de doctrina relativa a la caracterización de la legítima de los descendientes como *pars valoris* y a la posibilidad del instituido heredero de ejecutar la partición sin el concurso de los restantes descendientes.

IV.2 La representación procesal de D.^a Alejandra y D.^a Casilda manifiesta que la cuestión planteada *podría carecer de especial relevancia jurídica en orden a la resolución de esta concreta controversia que concita el presente recurso*. Sea cual sea la interpretación que se dé a la cuestión es irrelevante para interpretar el contenido del testamento o la voluntad de la testadora.

IV.3 Es decir, que la siguiente cuestión a determinar es la caracterización de la legítima, esto es, si se trata de una legítima *pars bonorum*, *pars valoris bonorum* o *pars valoris*, con las consecuencias que ello tendrá para los derechos del legitimario cuyos derechos puedan verse conculcados o en la necesidad de su concurrencia a los actos particionales.

IV.3.a El marco legal para la discusión es el artículo 48.1 LDCV que regula la legítima de los descendientes de la siguiente manera:

1. La legítima es una cuota sobre la herencia, que se calcula por su valor económico, y que el causante puede atribuir a sus legitimarios a título de herencia, legado, donación o de otro modo.

A estos efectos debemos traer aquí la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 25 de julio de 2023 (BOE núm. 231, de 27 de septiembre de 2023) que acertadamente -y de manera acotada- describe el contenido de una u otra legítima:

Sin entrar en un análisis exhaustivo de la doctrina científica sobre este particular, se puede afirmar que es pacífica la opinión de que la legítima se concibe como una «pars valoris» cuando el legitimario solamente tiene un derecho de crédito para reclamar el valor económico de su legítima; como una «pars valoris bonorum» cuando, como en el caso anterior, el legitimario tiene un derecho de crédito para reclamar el valor económico de su legítima, pero además existe una afección real de todos los bienes de la herencia a la satisfacción de dicho derecho; como una «pars bonorum» cuando el legitimario tiene derecho a percibir el valor de su legítima en bienes de la misma herencia del causante, aunque, eso sí, a través de cualquier título (herencia, legado o donación) y como una «pars hereditatis» cuando el legitimario tiene derecho a percibir el valor de su legítima en bienes de la misma herencia del causante, pero no por cualquier título, sino a título de heredero.

(...)

La legítima concebida como «pars valoris bonorum» no difiere sustancialmente de la legítima concebida como «pars valoris». La diferencia simplemente está en la garantía reforzada que tiene el legitimario «pars valoris bonorum» al tener afectos realmente a la satisfacción de su crédito los bienes de la herencia, pero en ambos casos el legitimario ostenta simplemente frente al heredero un crédito por el valor económico de su legítima, el cual se puede pagar, en uno y otro caso, indistintamente, con bienes hereditarios o extrahereditarios.

Según la caractericemos de uno u otro modo diferirá, como hemos dicho, la forma de protección del legitimario y la libertad de acción del heredero a la hora de efectuar las operaciones particionales.

IV.3.b Siguiendo la sistemática anterior debemos partir de que sólo existen sobre la cuestión las sentencias de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 3 de julio de 2020 (ECLI:ES:APBI:2020:1558) que, por remisión a la sentencia de instancia que confirma parece decantarse por una legítima *pars bonorum* o, al menos, *pars valoris bonorum* y la de 26 de julio de 2021 (ECLI:ES:APBI:2021:2307), casada por la nuestra de 14 de diciembre de 2021.

La antes citada resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 25 de julio de 2023 adapta su doctrina anterior a nuestra tantas veces citada sentencia de 14 de diciembre de 2021 diciendo:

En la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, no se concibe la legítima ni como una «pars hereditatis», ni como una «pars bonorum», a diferencia del Código Civil, donde es clarísima la concepción de la legítima de los descendientes como «pars bonorum».

Para concluir que nos encontramos ante una legítima *pars valoris bonorum* de naturaleza colectiva, por lo que resuelve que debe inscribirse la escritura de aceptación de la herencia otorgada por los herederos instituidos, sin que sea necesaria la comparecencia del resto de los legitimarios.

La cuestión ha sido tratada ampliamente en el mundo académico; siendo mayoritario el sector que se ha decantado por considerar que la legítima de los descendientes es *pars valoris*; así Andrés Urrutia [[4] Urrutia Badiola, Andrés María, "Capítulo II... op. cit., p. 87], que matiza la apreciación para los supuestos en que existan en la herencia bienes sujetos a la troncalidad en los que nos encontraríamos ante un supuesto de *pars rerum*. Igualmente se decanta por esta calificación Francisco Lledó [[5] Lledó Yagüe, Francisco, op. cit., p. 464] para quien

...la legítima colectiva sería una portio debita en el haber líquido, al que habrán de sumarse las donaciones otorgadas por el causante (art. 58 LDCV).

Iñigo Revilla [[6] Revilla Fernández, Iñigo Guillermo, "Sobre el carácter de la actual legítima vasca como *pars valoris*". *Egiunea, Revista del Colegio Notarial del País Vasco*, núm. 17, julio - diciembre de 2023, p. 66 y ss.] se inclina igualmente por la legítima *pars valoris*, destacando que una limitación a la libertad del testador como la que supone un sistema de *pars bonorum* debe ser determinada expresamente por la Ley, como hace el artículo 806 CC, y que no existe precepto análogo en nuestra normativa. Adicionalmente nos recuerda que el artículo 56.1 LDCV únicamente hace referencia a la intangibilidad cuantitativa de la legítima:

1. No podrá imponerse a los hijos y descendientes, sustitución o gravamen que exceda de la parte de libre disposición, a no ser en favor de otros sucesores forzosos.

Finalmente se inclina igualmente por la consideración de *pars valoris* Javier Oñate Revilla [[7] Oñate Cuadros, Francisco Javier, "Abran paso a la libertad civil (II)". *Egiunea, Revista del Colegio Notarial del País Vasco*, núm. 7, agosto-octubre de 2020, p. 16] destacando la diferencia de redacción del art. 48.1 LDCV con la legítima del cónyuge viudo, que sí caracteriza como de *pars valoris bonorum* vistas las referencias a los bienes del causante en los artículos 52.1 y 53.2 LDCV. Al autor las diferentes redacciones le llevan a diferentes conclusiones.

Por el contrario, Gorka Galicia [[8] Galicia Aizpurua, Gorka, *op. cit.*, pp. 384 y ss.] se decanta por una legítima *pars bonorum* o, a lo sumo, *pars valoris bonorum*; por un lado, valora las razones que pueden llevar a considerarla *pars valoris*: el principio de libertad civil, la propia redacción del precepto o que habla de valor económico, la posibilidad de que pueda ser atribuida a título de herencia, legado, donación o de otro modo, considerando que la mención a *de otro modo* se refiere a dinero extraherencial. Por el contrario, destaca que la ley no dice expresamente que la responsabilidad del heredero sea personal, ni se descarta la afección real de los bienes al pago de la herencia, afección que se materializa en la autorización al comisario-administrador que deben prestar alguno de los legitimarios para disponer a título oneroso de ciertos bienes, o los derechos del cónyuge viudo, para cuyo pago se afectan los bienes de la herencia.

IV.3.c A la luz de todo lo expuesto, debemos determinar que la legítima de los descendientes en el derecho civil vasco debe caracterizarse como de *pars valoris*, como una cuota ideal de la herencia, de forma que los eventuales derechos del legitimario frente al heredero se configura como un crédito personal abonable con bienes de la propia herencia o ajenos a la misma.

La única salvedad se produciría en el supuesto de que existan bienes troncales, pues el derecho sobre ellos del pariente tronquero prevalece sobre la institución hereditaria; en el caso en que existan bienes troncales y no troncales el régimen será mixto, existiendo dos masas patrimoniales de bienes Galicia [[9] Urrutia Badiola, Andrés María, "Legítima sucesoria y donación: su relación en el Derecho civil vasco", *Revista Jurídica del Notariado*, nº 117, julio-diciembre de 2023, p. 360.].

Alcanzamos esta conclusión por la propia redacción de la ley, por el sentido propio de las palabras - art. 3.1 CC-; como dice Gorka Galicia la mención al cálculo por un valor económico no puede entenderse como una obviedad -siempre el derecho a la herencia hay que calcularlo- sino como que el legislador, más allá de la mejor o peor técnica, algún significado quería dar a aquella frase, y no puede ser otro que *el de reducir la consistencia de la legítima a la propia de un derecho de crédito abonable en metálico extrahereditario* [[10] Galicia Aizpurua, Gorka, *op. cit.*, pp. 385.]. También se inclinan por la interpretación lingüística del precepto, por el sentido de las palabras, Andrés Urrutia [[11] Urrutia Badiola, Andrés María, "Legítima sucesoria ..., *op. cit.*, p. 354] o Javier Oñate [[12] Oñate Cuadros, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 15] para quien es determinante que la ley hable de una cuota *sobre la herencia* y no una *cuota de la herencia*. Dicho esto, apartarse del sentido más razonable de la letra de la Ley requiere fundamentaciones especialmente sólidas que aquí no se dan.

Es manifiesta la falta de claridad de la Ley 5/2015 en esta materia, pero esa circunstancia no nos puede llevar a negar la existencia de un cambio en el legislador, o a forzar la aplicación del CC, sea por su carácter supletorio, sea por eventuales antecedentes históricos en el Derecho de algunos de los Territorios del País Vasco.

El legislador ha modificado sustancialmente la redacción del precepto aquí tratado en relación al vigente bajo la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, que claramente se decantó por el principio *pars bonorum*; así su artículo 55.1 decía:

la legítima de los descendientes se halla constituida por los cuatro quintos de la totalidad de los bienes del testador.

Como se desprende de la simple lectura, la redacción de este precepto, la mención a los bienes del testador, es tan contradictoria con la hoy enjuiciada que, en ningún caso podemos ver una continuidad, sino que es más razonable considerar que el sistema de la Ley 5/2015 rompe con el anterior de manera radical, al menos en lo que a la legítima de los descendientes se refiere, que da lugar a una nueva legítima vasca [[13] Urrutia Badiola, Andrés María, "Legítima sucesoria ..., *op. cit.*, p. 352].

Menos aún podemos acudir a conceptos del Código Civil para rellenar pretendidas lagunas, pues su supletoriedad -art. 3.1 LDCV- lo es en segundo grado, esto es, agotado el sistema de fuentes del Derecho civil vasco: las disposiciones de la Ley 5/2015, la costumbre y los principios generales del Derecho que lo inspiran.

Sustenta también nuestra conclusión la inexistencia de una mención en la LDCV -ni implícita ni explícita- a la obligación de satisfacer al legitimario su derecho con bienes de la herencia; bajo la luz de principio de libertad civil, coincidimos con la doctrina citada más arriba en que las limitaciones a las facultades del testador deben derivar directamente de la ley, no de su interpretación.

Porque, por ejemplo las limitaciones establecidas en el artículo 43.5 LDCV para las transmisiones onerosas por parte del comisario de determinados bienes -no todos- parecen más de control patrimonial constante fiducia que relacionadas con los derechos sucesorios, en tanto el comisario puede en todo caso realizar las atribuciones a título gratuito que quiera, sin el concurso de ninguno de los legitimarios. Parece forzado extraer de ese dato una afección de los bienes de la herencia pendiente de ejercicio al pago de las cuotas legitimarias de unos indeterminados herederos, cuando no sabemos si finalmente va a haber herencia o legitimarios con derecho a recibirla, en tanto estos pueden fallecer y aquella se puede perjudicar. Y cuando el comisario puede, en cualquier momento, y sin el concurso de nadie, dar todo a quien quiera, siempre dentro de los parámetros impuestos por el instituyente.

IV.3.d Consecuencia de lo anterior es que el heredero podrá otorgar los documentos particionales que sean necesarios, aunque no sea legitimario, y siempre que no existan bienes sujetos a troncalidad y se respeten los derechos del cónyuge viudo.

La especial vinculación de los bienes troncales hace que cuando existan éstos los parientes tronqueros deban asistir al otorgamiento de los documentos particionales que afecten a éstos; se exceptúa de esta obligación de comparecencia de los parientes tronqueros el supuesto en que el heredero sea a su vez pariente tronquero respecto de los bienes de la herencia, en tanto no se perjudicarían los derechos de otros.

Finalmente, debemos recordar que el otorgamiento de los documentos particionales en nada limita las facultades de cualquier persona que considere afectados sus derechos por el testamento para iniciar las acciones legales que estimen pertinentes.

IV.4 Doctrina de esta Sala

A la luz de lo dicho anteriormente procede fijar como doctrina de esta Sala:

La legítima de los descendientes, a salvo de los derechos que pudieran derivarse de la troncalidad, es de naturaleza pars valoris, de suerte que su derecho se configura como un crédito del legitimario frente al instituido heredero.

El heredero, aunque no sea legitimario podrá otorgar por sí sólo todos los actos particionales, sin que sea necesaria la concurrencia de los legitimarios, siempre que se respeten los derechos derivados de la troncalidad y los que correspondan al cónyuge viudo.

QUINTO.- Consecuencias jurídicas

V.1 En aplicación de la doctrina sentada anteriormente debemos estimar el presente recurso y casar por infracción de ley la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia -Sección Tercera- de 11 de enero de 2024 dictada en el procedimiento ordinario 426/2019.

En consecuencia, debemos desestimar la demanda interpuesta por D.^a Alejandra y D.^a Casilda interesando la anulación de la escritura otorgada el 20 de febrero de 2018 ante el notario de Bergara D. Francisco Javier Díez Ortiz y la inscripción registral derivada de la misma.

SEXTO. - Costas y depósito para recurrir.

VI.1 Siendo estimada la pretensión casacional, de conformidad con lo previsto en los artículos 394 y 398 LEC, no procede la condena en costas a ninguno de las partes litigantes, haciendo extensivo este pronunciamiento a las anteriores instancias procesales.

VII.2 La Disposición Adicional 15^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial, regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 8, aplicable a este caso, que la estimación del recurso determinará la devolución del depósito.

En virtud de la potestad jurisdiccional que nos viene conferida por la Constitución y en nombre de S.M. el Rey,

FALLAMOS



ESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a Adela contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bizkaia el 11 de enero de 2024 en el Recurso de apelación procedimiento ordinario nº 270/2022, que **CASAMOS Y ANULAMOS**.

DESESTIMAMOS la demanda interpuesta por la representación procesal de D.^a Alejandra y D.^a Casilda instando la nulidad de la escritura de aceptación de la herencia de D.^a Elvira .

DECLARAMOS DE OFICIO las costas de todo el procedimiento.

DECLARAMOS COMO DOCTRINA de esta Sala la manifestada en los Fundamentos de Derecho III.5 y IV.4 anteriores.

Esta sentencia es firme y frente a ella no cabe recurso.

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

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.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Presidente, y la Ilma. Sra. Magistrada y los Ilmos. Srs. Magistrados que la firman y leída por el Excmo. Sr. Presidente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.