

SAP de Bizkaia de 17 de febrero de 2010

En Bilbao, a diecisiete de febrero de dos mil diez

Vistos en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba indicados, los presentes autos de juicio verbal sobre inventario nº 1.417/08, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Bilbao y seguidos entre partes: Como apelante-demandada, D.ª Juliana representada por la procuradora Sra. Echebarria Gabiña y defendida por el letrado Sr. Cosme Duñabeitia Mendialdua, y, como apelada-demandante que se opone al recurso de apelación, D.ª Isabel, D.ª Carmela, D.ª Rosario, D.ª Virtudes y D. Carlos Daniel, representados por la procuradora Sra. Teresa Fariñas Garrido y defendidos por el letrado Sr. Gregorio Esteban Guereca; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 15 de mayo de 2009.

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 15 de mayo de 2009 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: Que debo desestimar y desestimo la impugnación formulada por la representación procesal de D.ª Juliana frente a D.ª Isabel, D.ª Carmela, D.ª Rosario, D.ª Virtudes y D. Carlos Daniel y en su virtud, establecer el inventario de los bienes hereditarios en los términos propuestos por los promotores de la división conforme al acta de formación de inventario de 4 de diciembre de 2008 que consta en las actuaciones. Se imponen a la impugnante D.ª Juliana las costas procesales causadas por el incidente de impugnación de inventario."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de la 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 nº 513/09 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 votación y fallo.

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

Ha sido Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado D. IGNACIO OLASO AZPIROZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El procedimiento en que nos encontramos tiene por objeto la partición judicial de la herencia de D^a Serafina, que otorgó testamento abierto el día 16 de Junio de 1.995, sin que sus seis hijos se pongan de acuerdo en el contenido o inventario de los bienes a repartir; todos ellos están de acuerdo en que forman parte de dicho inventario el dinero depositado en sendas cuentas en Caja Madrid y en la BBK, por importe conjunto de 83.697,25 euros; pero la hija y heredera D^a Juliana pretende que en el inventario se incluyan también, mediante su colación en la herencia, las cantidades percibidas por los seis coherederos, en vida de la causante y a partir del 7 de Noviembre de 1.988, por las talas de vuelos (árboles) que pertenecían a la causante como usufructuaria que era de los terrenos o pertenecidos en los que los mismos se ubican, usufructo que se reservó en las distintas escrituras otorgadas en la indicada fecha y en otra en el año siguiente, por las que donó a sus hijos, de diversas formas (individualmente o por grupos) la nuda propiedad de los referidos terrenos.

La sentencia dictada por el juzgado de instancia rechaza la oposición planteada por D^a Juliana a la propuesta de inventario presentada por sus otros cinco hermanos, acordando por tanto no haber lugar a la colación del dinero que la primera pretendía; y el argumento que el juzgador de instancia utiliza para llegar a esa conclusión es acudir a la presunción de que la voluntad real de la testadora (que es ley conforme al *artº 675 del Código Civil*) fue transmitir en vida a sus hijos tanto la nuda propiedad como el usufructo de los terrenos y pertenecidos, al objeto de que aquellos los aprovecharan desde el momento de la donación; considerando, por tanto, que el apartamiento que se contiene en todas y cada una de las escrituras de donación otorgadas por la causante el día 7 de Noviembre de 1.988 se extendía, no solo a la nuda propiedad que formalmente se transmitía sino también a los aprovechamientos forestales de los terrenos, por lo que no procede su colación con arreglo al *artº 62-3 de la Ley Civil Foral del País Vasco*; entendiéndose también el juzgador de instancia que la reserva del usufructo en las referidas escrituras de donación de la nuda propiedad no era sino una medida preventiva o de garantía adoptada por la donante por si en algún momento precisara de los frutos o aprovechamientos de los terrenos donados en nuda propiedad.

Resolución que es objeto de recurso por parte de D^a Juliana.

SEGUNDO.- El recurso ha de ser, obviamente, estimado.

La presunción judicial que resuelve la contienda en los términos que se acaban de indicar no resulta de indicios mínimamente objetivos o sostenibles y, por tanto, no puede prevalecer sobre la literalidad de las disposiciones efectuadas por D^a Serafina, primero como donante y luego como causante; así se infiere del propio *artº 675 del Código Civil*, en relación al *artº 1.281* y los demás concordantes; la presunción a la que acude el juzgador de instancia no puede apoyarse de ninguna manera en el conjunto de *disposiciones que suponen la escritura de donación otorgada por la causante el 15 de Marzo de 2001* como comisaria foral de su fallecido esposo, las escrituras de donación de nudas propiedades otorgadas el 7 de Noviembre de 1.988 y 14 de Junio de 1.989 y en el testamento abierto otorgado el 16 de Junio de 1.995, con legados a cuatro de los seis hijos y con distinto importe; ya que si a todo lo anterior añadimos las cantidades percibidas por los herederos por los aprovechamientos forestales, del conjunto de todo

ello no resulta un tratamiento unitario en lo económico a cada uno de los seis hijos (que es en lo que descansa la presunción del juzgador) sino, por el contrario, una desigualdad manifiesta entre todos ellos.

Por lo anterior, la base de la que hay que partir es que, por las razones que fueran, la causante quiso tratar de forma distinta a sus seis hijos; y en la definitiva partición de la herencia ya se verá si esa voluntad de la testadora, en unión de los bienes recibidos por los herederos por adelantado, es respetuosa con las legítimas que a los mismos corresponden; y, si no, habrá que arreglarlo en su día; pero, en este momento, lo que se trata de hacer es, simplemente, inventariar los bienes relictos; y, para hacerlo, hay que remitirse a los datos objetivos sobre la realidad de los mismos y no barajar presunciones que carecen del necesario apoyo para tenerlas por ciertas.

TERCERO.- En varias escrituras otorgadas el 7 de Noviembre de 1.988 y en otra dispuesta el 14 de Junio de 1.989, los cónyuges D. Jose Pablo y D^a Serafina donaron a sus hijos, de forma absolutamente irregular, individualmente y por grupos de hijos, diversos montes, terrenos o pertenecidos en nuda propiedad; en todas las escrituras se hizo constar que "respecto de lo donado", los donantes excluían a sus demás hijos y descendientes conforme a la Compilación del Derecho Civil Foral de Vizcaya; y, asimismo, que el derecho real de usufructo de los bienes objeto de donación se extinguiría al fallecimiento de aquél de los donantes que lo hiciera en último lugar; lo cual implica que el usufructo se lo reservaron expresamente y, por tanto, no era objeto de la donación; D. Jose Pablo falleció el 31 de Marzo de 1.993, por lo que desde aquél momento la única usufructuaria de aquellos montes y pertenecidos fue D^a Serafina, causante en la partición de la que este procedimiento trata.

Ha sido acreditado (folios 326 y siguientes) que a partir del año 1.994, el Servicio de Montes perteneciente al Departamento de Agricultura de la Diputación Foral de Bizkaia tramitó expedientes de aprovechamiento Forestal (Permisos de Corta) en favor de los hermanos Isabel Carlos Daniel Carmela Rosario Juliana Virtudes y en relación a aquellos terrenos de los que eran nudos propietarios desde el 7 de Noviembre de 1.988 y 14 de Junio de 1.989; y que, en virtud de los referidos permisos, dichos herederos ejecutaron talas y vendieron la correspondiente madera a la entidad Maderas Barrondo, S.A., en los ejercicios y por las cantidades siguientes:

- en el 2002, por D^a Isabel, por importe de 3.442,79 euros.
- en el 2003, por D^a Carmela por importe de 17.730 euros.
- en el 2.003, por D^a Virtudes, por importe de 17.730 euros.
- en el 2004, por D. Carlos Daniel, por importe de 29.551,77 euros.

Se ha acreditado también que en el ejercicio de 2004 Maderas Barrondo, S.A. adquirió madera a D^a María Teresa por importe de 29.551,77 euros; dicha señora es la esposa del heredero D. Carlos Daniel como consta en las escrituras de donación nº 893, 887 (de 7-11-88) y 662 (de 14-6-89).

La parte recurrida (cinco hermanos Isabel Carlos Daniel Carmela Rosario Juliana Virtudes, salvo D^a Juliana) pretende sostener que los referidos ingresos no dimanen de aprovechamientos forestales correspondientes al usufructo que D^a Serafina se reservó, sino que provienen del corte de la masa arbórea, maderas, tocones, maleza, etc. que

constituye el vuelo de los montes y terrenos de que se trata y que, por lo tanto, quedan comprendidas en la nuda propiedad de los mismos que fueron objeto de donación; y que, habiendo dispuesto la donante el apartamiento expreso de los demás herederos en las escrituras de donación antes referidas, no ha lugar a la colación pretendida, de conformidad con el *artº 62-3 de la Ley Civil Foral de Vizcaya*.

No compartimos semejante interpretación; como se observa en la certificación remitida por la Diputación Foral sobre el permiso de corta, los mismos tenían por objeto bien la entresaca, bien la corta a hecho, bien la primera, la segunda o la tercera clara, pero en todos los casos de pinos de la clase "insignis" de diversos años de antigüedad; la mayor parte de las donaciones de la nuda propiedad tuvieron lugar en el año 1.988 y una en 1.989; y los aprovechamientos provenientes de las talas autorizadas por la Diputación Foral se obtuvieron, como antes se ha señalado, a partir del año 2.002, es decir, 14 años después como mínimo; es evidente, teniendo en cuenta la naturaleza del pino "insignis", su desarrollo y capacidad de crecimiento, que los árboles existentes en los terrenos donados en el año 1.988 sin duda se desarrollaron en gran medida hasta el momento de su tala; e incluso es posible, insistimos, dada la naturaleza de esta especie arbórea, que la tala tuviera por objeto elementos que no estaban en los terrenos donados en el año 1.988 y que se plantaron más tarde; por ello, hay que concluir que se trata de rendimientos que forman parte del usufructo que se reservó la causante, de conformidad con el *artº 485 del Código Civil* a cuyo tenor

"el usufructuario de un monte disfrutará todos los aprovechamientos que pueda este producir según su naturaleza".

Por otro lado, el apartamiento "a los demás herederos" y "respecto de lo donado" que dispusieron los donantes en las escrituras de constante referencia otorgadas en los años 1.988 y 1.989 carecen de trascendencia alguna respecto a la colación que nos ocupa; ya que, incluso en el supuesto de que se entienda (tesis de los recurridos) de que la nuda propiedad que fue objeto de la donación y también del apartamiento incluyera los vuelos existentes en los terrenos y montes donados a la fecha de la donación, de lo que no hay duda es que el usufructo de dichos bienes quedaron fuera de ambas cosas (donación y apartamiento); de lo que hay que concluir que los frutos o aprovechamiento obtenidos deben de colacionarse por pertenecer a la causante D^a Serafina.

CUARTO.- Resta referirse al aprovechamiento obtenido por D^a María Teresa que, como antes se ha dicho, ascendió a la cantidad de 29.551,77 euros en el ejercicio del 2.004.

Si bien es cierto que se trata, como en los demás casos, de un rendimiento cuyo disfrute se reservó la causante de la herencia, dicha señora no está siendo parte en esta partición judicial y, en concreto, en el trámite de inventario; por tanto, en atención a lo dispuesto en el *artº 24* de la Constitución, no es posible dictar un pronunciamiento judicial que le perjudique, en la medida que D^a María Teresa no ha podido decir una sola palabra en defensa de sus intereses; sin que pueda entenderse que está representada por su esposo D. Carlos Daniel pues no hay constancia de que el cobro de 29.551,77 euros de Maderas Barrondo, S.L. lo hizo por cuenta y a nombre de este.

Por lo que se reservan las acciones de las que los herederos de la causante disponen contra la Sra. María Teresa para el recobro de la cantidad antedicha.

QUINTO.- Las costas causadas en la primera instancia se imponen a los promotores del expediente al haber sido rechazada la pretensión deducida en juicio, de conformidad con el *artº 394 LEC* ; sin pronunciamiento expreso sobre las costas habidas en el recurso, conforme al *artº 398* del mismo texto.

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

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

FALLAMOS

Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por D^a Juliana contra la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia nº 13 de los de Bilbao en el juicio verbal sobre inventario nº 1.417/08 del que este rollo dimana, revocamos dicha resolución; y, estimando la oposición vertida por dicha recurrente al inventario presentado por los hermanos D^a Isabel, D^a Carmela, D^a Rosario, D^a Virtudes y D. Carlos Daniel, declaramos la obligación de estos últimos, salvo Rosario, de colacionar y traer a la herencia de la causante D^a Serafina el valor actualizado a la fecha de la partición de las cantidades que tienen percibidas y que pertenecían a dicha causante, según se ha expuesto en el fundamento jurídico tercero de esta resolución.

Imponemos a los recurridos las costas causadas en la primera instancia, sin pronunciamiento expreso respecto de las habidas en el recurso.

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