



Roj: **STSJ PV 2923/2021 - ECLI:ES:TSJPV:2021:2923**

Id Cendoj: **48020310012021100125**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **14/12/2021**

Nº de Recurso: **26/2021**

Nº de Resolución: **8/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MANUEL AYO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Bilbao, núm. 3, 21-04-2020 (proc. 849/2019) ,
SAP BI 2307/2021,
STSJ PV 2923/2021**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO SALA DE LO CIVIL Y PENAL

EAEko AUZITEGI NAGUSIA

ARLO ZIBILEKO ETA ZIGOR-ARLOKO SALA

BARROETA ALDAMAR, 10-1ª planta - C.P./PK: 48001 Bilbao

TEL.: 94-4016654 **FAX:** 94-4016997

Correo electrónico/ Helbide elektronikoa: tsj.salacivilpenal@justizia.eus / an.zibilzigorsala@justizia.eus

NIG PV/IZO EAE: 48.04.2-19/025776

NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.42.1-2019/0025776

Recurso de casación Tribunal Superior de Justicia / Kasazio-errekurtsa Auzitegi Nagusia 26/2021

SR. PRESIDENTE IGNACIO JOSE SUBIJANA ZUNZUNEGUI

SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D.ª NEKANE BOLADO ZÁRRAGA

D. ROBERTO SAIZ FERNÁNDEZ

D. FRANCISCO DE BORJA IRIARTE ÁNGEL

D. MANUEL AYO FERNÁNDEZ

SENTENCIA N.º: 8/2021

En Bilbao, a 14 de diciembre de dos mil veintiuno.

Vistos por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, integrada por los/as Magistrados/as arriba reseñados, en el recurso de casación contra la sentencia que con fecha 26 de julio de 2021, dictó el Audiencia Provincial de Bizkaia. Sección Quinta, como consecuencia de autos de Recurso apelación juicio verbal LEC 2000 297/2020 seguidos ante el citado órgano, cuyo recurso fue interpuesto por D.ª Dulce , representada por la procuradora D.ª CRISTINA PALACIO QUEREJETA y asistida del letrado D. UNAI ESQUIBEL MUÑIZ, interviniendo como recurrido la DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO - ADMINISTRACION DEL ESTADO- MINISTERIO DE JUSTICIA-asistido y representado por el letradoª ABOGADO DEL ESTADO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Bizkaia en su Rollo 297/2020, dimanante del Juicio Verbal 849/2019 del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Bilbao, promovido como parte apelante por Dª Dulce y como parte apelada el Abogado del Estado, representante legal de la Administración del Estado (en este caso, Dirección General de los Registros del Notariado, Ministerio de Justicia), dictó sentencia en fecha 26 de julio de 2021, resolución contra la que la procuradora Cristina Palacio Querejeta en nombre y representación de Dª Dulce interpuso recurso de casación dentro del plazo.

SEGUNDO.- En resolución de 20 de octubre de 2021, se tuvieron por recibidas las anteriores actuaciones, acordándose incoar recurso de casación civil, acusar recibo, y designar Magistrado Ponente.

Personadas en tiempo y forma la parte recurrente y recurrida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 483.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acordó pasar las actuaciones al Magistrado Ponente para que instruyera y sometiera a la deliberación de la Sala lo que hubiera de resolver sobre la admisión o no del recurso de casación.

TERCERO.- Por auto de 2 de noviembre de 2021, se declara competente esta Sala para conocer el recurso de casación interpuesto por Dª Dulce, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, con fecha 26.07.2021 en el Rollo 297/2020.

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de fecha 8 de noviembre de 2021, de conformidad con lo dispuesto en el art 485 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, se acordó dar traslado del escrito de interposición, a la parte recurrida, para que en el plazo de veinte días formalizase su oposición por escrito y se manifestase sobre la celebración de vista.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de fecha 2 de diciembre de 2021, se tiene por presentado escrito de oposición dentro de plazo por la Abogacía del Estado, se tiene por evacuado el traslado conferido y quedan las actuaciones pendientes de deliberación y fallo.

.- Ha sido ponente D. MANUEL AYO FERNÁNDEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habiéndose interpuesto el recurso de casación invocando tres motivos de impugnación los cuales fueron todos ellos admitidos por el interés casacional y siendo estos los relativos a (i) infracción del artículo 48 LDCV, en lo que se refiere a la naturaleza de la legítima

(ii) infracción del artículo 51 LDCV, en cuanto al apartamiento y (iii) finalmente a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 81 a) del Reglamento Hipotecario y estando todos ellos relacionados entre sí, debemos de analizar en conjunto tales motivos.

SEGUNDO.- A). El recurrente pretende con su recurso obtener un pronunciamiento en que se fije doctrina casacional en relación a estos preceptos y que se fijen como criterios correctos en la aplicación de las normas infringidas los siguientes:

a) En relación al artículo 48 de la Ley de Derecho Civil Vasco 5/2015, de 25 de junio :

(i) La legítima en Derecho civil vasco es una legítima colectiva, en la que el testador está obligado a transmitir dicha porción a sus legitimarios, pero pudiendo entre ellos elegir a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita, siendo además esta legítima atribuible por títulos diversos, entre los que figura el legado. Es, por lo tanto, esta forma de legítima un límite que sólo opera frente a la posibilidad de que el testador favorezca a terceros no legitimarios.

(ii) No concurriendo a una sucesión sino legitimarios, como ocurre en este caso, e independientemente del grado de parentesco de estos, ningún legitimario tiene derecho a exigir su concurrencia a la sucesión a título de legado o de herencia, de las disposiciones de las que ha sido apartado, sin que sea necesaria la prestación de su consentimiento para formalizar la partición, o la adjudicación del legado, si ha existido el correspondiente apartamiento, sea este expreso o tácito, como ocurre en el supuesto que nos ocupa. Máxime teniendo en cuenta que la preterición, intencional o no, produce los efectos del apartamiento en el Derecho civil vasco.

b) En relación al artículo 51 de la Ley de Derecho Civil Vasco 5/2015, de 25 de junio :

(i) El apartamiento, sea expreso o tácito, garantiza la libertad de testar, tan propia del Derecho civil vasco, permitiendo al testador elegir a sus legitimarios sin necesidad de respetar el grado de parentesco, pero siempre con respeto a la legítima colectiva. De ahí que solo deba predicarse la nulidad del testamento cuando sean

preteridos todos los legitimarios, y, más claramente aún, que los legitimarios tengan derecho frente a terceros que no gocen de tal cualidad, cuando se lesione la legítima colectiva.

(ii) Ninguna de las dos circunstancias se dan en la sucesión a la que afecta el recurso interpuesto. La interpretación correcta de este artículo debe llevar a entender que los legitimarios apartados expresa o tácitamente en un testamento, bien sea en una delación a título particular como legado o bien en una con carácter general, como heredero, siempre que los beneficiarios de dichas disposiciones sean otros legitimarios (como se ha expuesto, con independencia del grado de parentesco), nada pueden o tienen que reclamar en dicha sucesión, y, por lo tanto, huelga su concurso en la correspondiente partición hereditaria o aceptación de legado.

c) En relación al artículo 81 a) del Reglamento Hipotecario, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Derecho Civil Vasco 5/2015, de 25 de junio:

(i) No se requiere la concurrencia de todos los legitimarios para la inscripción de la aceptación del legado, puesto que los legitimarios no llamados al legado han sido apartados tácitamente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 48 y 51 de la Ley de Derecho Civil Vasco 5/2015, de 25 de junio, cumpliéndose así lo exigido por dicho precepto hipotecario y no existiendo ningún posible perjuicio de legítima.

Además, pretende que se declare la inscribibilidad de la escritura autorizada por el notario de Bilbao D. Andrés Urrutia Badiola, de fecha 10 de octubre de 2018, bajo el número 1675 de su protocolo de aceptación de legado, ordenando al Registrador practicar su inscripción en los términos que resultan de la misma.

B). Para el debido entendimiento de lo que se pretende por el recurrente debemos señalar los antecedentes de esta problemática y de donde deriva la misma y al respecto, según la Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida estos son los siguientes:

...en el testamento otorgado en su día por D^a Inmaculada, madre de la actora D^a Dulce, aquella legó a su esposo el tercio de libre disposición en pleno dominio, además de su cuota legal usufructuaria, y dispuso una serie de legados en favor de sus seis hijos, facultando a cada uno de los legatarios a tomar posesión de los mismos, relativos a diversos inmuebles de su propiedad -viviendas y locales, con los negocios en ellos ubicados-, según refleja la cláusula tercera del testamento, otorgado el día 6 de junio de 2013, e instituyó herederos en el resto de sus bienes, derechos y acciones por partes iguales a sus seis hijos, habiéndole correspondido a D^a Dulce, entre otros inmuebles, la vivienda litigiosa sita en la CALLE000 n° NUM000, de Bilbao, a la que se refiere la Escritura pública de 10 de octubre de 2018 de manifestación y aceptación de legado, cuya inscripción en el Registro de la Propiedad fue denegada por el Sr. Registrador de la Propiedad n° 2 de Bilbao, decisión que fue confirmada por la calificación sustitutoria del Sr. Registrador de la Propiedad de Durango en fecha 13 de marzo de 2019 y tras la interposición del correspondiente recurso gubernativo por el Notario autorizante de la Escritura de 10 de octubre de 2018, de manifestación y aceptada de un legado, la Dirección General de los Registros y del Notariado dictó Resolución el día 4 de julio de 2019, publicada en el BOE de 27 de julio de 2019, antecedente de este recurso.

En segundo lugar, el artículo 81 del Reglamento Hipotecario, dispone literalmente lo siguiente:

" La inscripción a favor del legatario de inmuebles específicamente legados se practicará en virtud de:

a) Escritura de manifestación de legado otorgada por el propio legatario siempre que no existan legitimarios y aquél se encuentre facultado expresamente por el testador para posesionarse de la cosa legada.

a) Escritura de partición de herencia o de aprobación y protocolización de operaciones particionales formalizada por el contador-partidor en la que se asigne al legatario el inmueble o inmuebles legados.

a) Escritura de entrega otorgada por el legatario y contador-partidor o albacea facultado para hacer la entrega o, en su defecto, por el heredero o herederos.

a) Solicitud del legatario cuando toda la herencia se hubiere distribuido en legados y no existiere contador-partidor, ni se hubiere facultado al albacea para la entrega.

Cuando toda la herencia se distribuya en legados, los que no sean de inmuebles determinados se inscribirán mediante escritura de liquidación y adjudicación otorgada por el contador-partidor o albacea facultado para la entrega o, en su defecto por todos los legatarios".

C). Abordando los motivos indicados en su estrecha relación, resumimos esencialmente los argumentos facilitados por el recurrente en la forma siguiente:

(i). En cuanto al artículo 48 LDCV referido a la naturaleza jurídica de la legítima se señala que teniendo en cuenta las circunstancias de la sucesión en concreto y que en este caso concurren solo descendientes legitimarios en la sucesión defiriéndose ésta por título de legado en bienes concretos a legitimarios también concretos y siendo los bienes restantes, como herederos, para todos los legitimarios por partes iguales, no se respeta la naturaleza

de la legítima de Derecho civil vasco ya que en este supuesto los descendientes legítimos tienen derecho a una legítima colectiva que se concreta y singulariza en cada título sucesorio por medio del apartamiento correspondiente, ya sea expreso o tácito según resulta del artículo 48 infringido.

Asimismo, argumenta que los legitimarios no mencionados en cada una de las disposiciones, a título de legado o de herencia, se hallan apartados tácitamente de cada una de estas disposiciones y no hay nada que salvaguardar ni procede mecanismo de defensa alguna de sus derechos inexistentes tras el apartamiento tácito efectuado por la testadora para cada disposición sucesoria.

Por último, la definición de la legítima en el Derecho civil vasco como *pars valoris bonorum* o *pars valoris* resulta irrelevante en este caso en que los descendientes legitimarios no concurren con terceros; si concurrieren con terceros sería el supuesto en que los mecanismos de defensa para salvaguardar los derechos de los legitimarios tendrían sentido.

(ii). En relación al artículo 51 LDCV en cuanto regula el apartamiento y su configuración específica se señala que el apartamiento expreso o tácito excluye entre los legitimarios cualquier derecho de los sujetos apartados que resultan desvinculados de la disposición efectuada, en este caso el legado, desde el momento en que la misma es eficaz como ocurre con la aceptación del legado efectuada en escritura pública por la recurrente. Si en la sucesión concurren terceros no legitimarios, el legitimario conservaría sus derechos frente a terceros según el artículo 51.3 LDCV pero no entre legitimarios ya que, en el caso enjuiciado, al no existir terceros no legitimarios, no hay lesión alguna de la legítima colectiva sino concreción de la misma en legítima individual a través del apartamiento tácito.

Lo afirmado anteriormente se sustenta en el artículo 51.2 LDCV cuyo sentido es que, no obstante la libertad de testar del Derecho civil vasco, esta no puede ser obviada por el testador para olvidar la existencia de la legítima colectiva, bien sea a través del apartamiento de todos los legitimarios o de su preterición, lo que no se da en el supuesto enjuiciado.

Es suficiente que uno de los legitimarios hijos o descendientes sea designado como receptor de la legítima para evitar esa nulidad y en este caso, sin concurrencia de terceros no legitimarios resalta a primera vista que las disposiciones efectuadas a título de legado son suficientes para ello, dada la libertad de la testadora para cubrir el importe de la legítima y para entender que cada una de las disposiciones suponen el apartamiento tácito de los legitimarios no designados en ella.

(iii). Por último, en cuanto al artículo 81.a) del Reglamento Hipotecario, regulador de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la sucesión testada efectuada a través de legado, tras reiterar que a través del apartamiento tácito se ha individualizado el derecho del legitimario a su legítima colectiva, habiendo sido apartados los restantes legitimarios del legado que además se ha consumado a través de la aceptación del mismo por la legatario recurrente, se señala que de ahí que carece de fundamento el consentimiento de los demás legitimarios que fueron nombrados herederos de los restantes bienes, derechos y acciones pero que fueron apartados de forma tácita de dicho legado, para la inscripción de legado a favor de un legitimario ya que la disposición en cada legado y en el resto de los bienes de la herencia supone un apartamiento tácito para cada legado y para el resto de los bienes de la herencia para los no mencionados en cada una de las disposiciones.

D). Para la fijación de la doctrina casacional que se interesa con amplitud por la recurrente, debemos hacer unas consideraciones sobre la legítima de los descendientes y el apartamiento expreso o tácito previsto en los artículos 48 y 51 LDCV y a tal respecto debemos indicar que la sentencia recurrida en modo alguno pone en entredicho el carácter de legítima colectiva que posee la establecida en el primero de los preceptos indicados, lo cual significa, a diferencia del Derecho Civil Común, en que la legítima es individual, que la legítima les corresponde a todos los hijos o descendientes en cualquier grado -artículo 47 párrafo I LDCV-, estando obligado el causante a transmitir la legítima a sus legitimarios pero con la particularidad de que la legítima es también de libre elección porque el causante puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita -artículo 48.2 LDCV- pudiendo así el causante disponer de la legítima a favor de sus nietos o descendientes posteriores, aunque vivan los padres o ascendientes de aquellos -artículo 51.1 LDCV-, concretando así la legítima e individualizándola en relación al o los legitimarios designados, pudiendo atribuir la legítima a título de herencia, legado o de otro modo - así por pacto sucesorio o mediante donaciones-.

En cuanto al apartamiento, una vez que se ha superado la limitación establecida en la LDCFPV que exigía la voluntad expresa del causante de apartar de su herencia a descendientes, remarquemos que el mismo puede ser expreso o tácito - artículo 48.2 LDCV, señalándose inclusive que la omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito -artículo 48.3 LDCV- y que la preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso equivale también a su apartamiento - artículo 48.4 LDCV-; además, y esto es esencial, el legitimario que hubiese sido apartado expresa o tácitamente conservaría sus derechos frente a terceros cuando el testamento lesione la legítima colectiva -artículo 51.3 LDCV-.

Fijadas esas conclusiones que se derivan de la literalidad de los preceptos mencionados y que por ende no constituyen doctrina casacional, lo que nos interesa a estos efectos y teniendo en cuenta los antecedentes de la situación producida consistente en que la testadora distribuyó la legítima entre sus hijos en forma de legados, atribuyéndoles así los inmuebles de los que era titular y con independencia de que en el resto de bienes les nombrase herederos, 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.

A partir de esta circunstancia, no se puede compartir el planteamiento de la sentencia recurrida compartiendo el sentido de la Resolución de la D.G.R.N. de 4 de julio de 2019 en que a pesar de lo que se ha fundamentado de que la legítima vasca es colectiva y que el apartamiento puede hacerse de forma expresa o tácita, sin embargo se considera que los legitimarios no apartados disponen de unos mecanismos de defensa para salvaguardar sus derechos aunque sean mínimos porque aunque legítima colectiva, sigue teniendo naturaleza de "pars valoris bonorum" y es que, en efecto, la cuestión de si dicha legítima es *pars valoris*, *pars bonorum* o *pars valoris bonorum* no resulta trascendente a los efectos del planteamiento que se ha efectuado para la inscripción de la escritura de adjudicación y aceptación del legado con el que se benefició a la recurrente, sino que lo relevante y a diferencia de lo indicado en dichas resoluciones, es que los demás legitimarios fueron apartados tácitamente respecto al bien inmueble que le fue adjudicado a la recurrente y por ello no tiene ningún razón de ser que como mecanismo de defensa de sus derechos legitimarios los que hubiesen sido apartados tengan que consentir para el otorgamiento de la escritura pública del bien inmueble que le fue adjudicado mediante legado a la recurrente.

La intervención de los legitimarios podría tener sentido si el legado del bien inmueble hubiese sido adjudicado a un tercero no legítimo y dicho legado pudiese mermar sus derechos en cuanto a la legítima colectiva en tanto que con dicho legado se estuviese disponiendo en cuantía superior a los dos tercios de los que libremente pudiese disponer el causante, pero no siendo esta la situación existente no cabe que los legitimarios apartados pudiesen reclamar contra los demás legitimarios por lo que a estos se les haya adjudicado y por esa misma razón no es exigible el consentimiento de estos para el otorgamiento de la escritura pública.

La consecuencia de no ser exigible dicho consentimiento conlleva que hagamos unas consideraciones finales sobre el artículo 81.a) RH que desde la perspectiva del Derecho Civil Vasco debe ser entendido en el sentido de que en estas circunstancias en que se ha producido el apartamiento tácito de los demás legitimarios respecto a los bienes inmuebles que no les hubiesen sido adjudicado mediante legado, ello equivale a la inexistencia de legitimarios a los efectos de la inscripción prevista en dicho precepto.

Por consiguiente, debemos fijar como doctrina casacional lo siguiente:

Cuando concurren a una sucesión solo legitimarios en su condición de hijos o descendientes en cualquier grado, en relación a los bienes que hubieran sido adjudicados a cada uno de ellos mediante legado, se consideran apartados tácitamente los demás, resultando innecesario el consentimiento de los apartados para el otorgamiento de la escritura pública de manifestación y aceptación de legado cuando el testador haya autorizado al legionario para posesionarse de la cosa legada.

TERCERO.- En el ámbito de las costas, y siendo estimada la pretensión casacional, de conformidad con lo previsto en los artículos 394 y 398 LECivil, no procede la condena en costas a ninguno de las partes litigantes, haciendo extensivo este pronunciamiento a las anteriores instancias procesales.

FALLAMOS

Que **ESTIMANDO** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Dulce contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 5ª, de fecha 26 de julio de 2021 recaída en el Recurso de Apelación de juicio verbal núm. 297/2020, **DEBEMOS CASAR Y CASAMOS** dicha resolución, **fijando la doctrina casacional en los términos indicados en el Fundamento de Derecho Segundo y ordenando que se proceda a la inscripción por el Registrador de la Propiedad de la escritura autorizada por el notario de Bilbao D. Andrés Urrutia Badiola, de fecha 10 de octubre de 2018, bajo el número 1675 de su protocolo de aceptación de legado, sin imposición de costas procesales en ninguna de las instancias.**

Así por esta nuestra Sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, 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 los/las Ilmos./Ilmas. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el Ilmo. Sr. Presidente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS