

Auto de la AP de Bizkaia de 29 de octubre de 2004

En Bilbao, a 29 de octubre de 2004

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por los procuradores Sr. Aguinagalde Madariaga y Sra. Urresti Elosegui en la representación que ostentan de D. Germán y D^a Asunción respectivamente se presentó escrito en el que solicitaba la aclaración o rectificación de la Sentencia de fecha 1 de Marzo de 2004 dictada por esta Sala en los extremos interesados.

SEGUNDO.- De dicha solicitud se dio traslado a las demás partes a fin de que alegaran lo que a su derecho conviniera.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los apelantes D. Germán y Dña. Asunción, interesan al amparo del *art. 214.3 de la LECn*, por error material manifiesto, que puede ser rectificado en cualquier momento, a diferencia del *art. 215 de la LECn*, sobre subsanación y complemento de sentencia, que se corrija la sentencia dictada el 1 de marzo de 2.004 y notificada el 16 de marzo de 2.004, a los efectos de que se incluya como pariente tronquero del causante D. Vicente, a Dña. Rosario, (hija de Dña. Aurora), junto con sus hermanos Dña. Marí Jose y de D. Juan Francisco, su tía Dña. Asunción y su primo D. Jose Luis.

SEGUNDO.- Dicha petición debe ser rechazada, a pesar de que no consta la oposición de Dña. Marí Jose y D. Juan Francisco "si la Audiencia Provincial así lo resolviese", al contravenir las normas que rigen la materia de derecho sucesorio.

Son presupuestos fácticos a tener en consideración que D. Vicente, soltero y sin descendientes, quien otorgó testamento del día 29 de mayo de 1.995, cuya cláusula primera fue declarada nula, falleció el 3 de marzo de 1.996, abriéndose la sucesión intestada a favor de los parientes troncales respecto de los bienes trocales, fecha en la cual habían premuerto sus hermanos D. Jose Luis, soltero y sin descendencia, Dña. Rosario, dejando como único hijo a D. Jose Luis, y Dña. Aurora, que había tenido tres hijos, Dña. Marí Jose, (madre de D. Germán, que falleció el 1 de febrero de 1.995, por tanto antes que su tío D. Vicente) y sus hermanos Dña. Marí Jose y D. Juan Francisco.

La solución desestimatoria pasa por analizar qué parientes tronqueros en la sucesión abintestato deben ser llamados a la herencia, y para ello debe tenerse en cuenta que, fallecida una persona, se abre su sucesión (*artículo 657 del Código Civil*) que es cuando se produce la vocación o llamamiento abstracto y general a todos los posibles herederos en ese momento, seguida de la delación u ofrecimiento concreto de la herencia a los mismos, que adquieren así el "ius delationis" o derecho de aceptar o repudiar la

herencia, de modo que la declaración de herederos troncales abintestato comprenderá a quienes estuviesen afectados por la vocación y delación en el tiempo de la muerte del causante, que es el momento de apertura de la sucesión. En conclusión, es la situación que exista al momento del fallecimiento del "de cuius" la que hay que tener en cuenta a la hora de efectuar la declaración de herederos, teniendo por tales a quienes lo sean en ese momento (Autos de la Audiencia Provincial de Sevilla de 24-5-99, de Zaragoza de 17-1-91, de Huesca de 20-3-97 y de Navarra de 11-5-99).

En consecuencia, en dicho momento adquirirían la condición de llamados a la herencia de D. Vicente, y, por ende, titulares del "ius delationis" respecto de dicha herencia, su hermana Dña. Asunción y sus sobrinos Jose Luis (en representación de la hermana premuerta Dña. Rosario) y Dña. Marí Jose y D. Juan Francisco (en representación de su hermana premuerta Dña. Aurora), éstos por derecho de representación de los arts. 71 y 72 de Ley 3/1992 de 1 de julio del Derecho Civil Foral del País Vasco, y los art. 924 y ss del Código Civil, que rigen como derecho supletorio en defecto de norma foral aplicable según el art. 3 de la Ley Foral

En definitiva, que la declaración de herederos abintestato habrá de comprender a las personas que tuvieran tal condición de herederos en la fecha de la muerte del causante, sin que lo sea Dña. Rosario que premurió a su tío D. Vicente.

En base a lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

SE DESESTIMA LA SOLICITUD DE CORRECCIÓN Y RECTIFICACIÓN de la sentencia de fecha 1 de marzo 2.004 dictada en el presente recurso de apelación interesada por DON Germán y DOÑA Asunción.

MODO DE IMPUGNACIÓN:

Contra el presente auto no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que proceden contra, en su caso, la resolución originaria que ya quedaron indicados al ser notificados (*artículo 267.7 LOPJ*). Los plazos para los recursos a que se refiere el anterior apartado se interrumpen, en su caso, por la solicitud y en todo caso comienzan a computarse desde el día siguiente a la notificación de este auto (auto 267.8 LOPJ).

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los/as Ilmos/as. Sres/as. que lo encabezan. Doy fe.

MAGISTRADOSEL/LA SECRETARIO