

## **SAP de Bizkaia de 17 de abril de 2002**

En Bilbao, a diecisiete de abril de dos mil dos.

En nombre de S.M. el Rey, por la autoridad que le concede la Constitución.

Vistos por la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los presentes autos de juicio de Menor Cuantía número 405/01, seguidos en primera instancia ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Barakaldo y del que son partes como demandante D. Rosendo, representado por la Procuradora Sra. Saenz Tuñón y dirigida por la Letrado Dña. Rosa Arancón Martínez, y como demandadas Dña. Isabel y Dña. Catalina, representadas por la Procuradora Sra. Fernández Samaniego y dirigidas por la Letrado Dña. Olga Macia Olaeta, siendo Ponente en esta instancia el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE ANGEL ODRIOZOLA FERNANDEZ

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Por el juzgador de primera instancia se dictó con fecha 08-05-01 sentencia cuya parte dispositiva dice literalmente: "FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales, Dña. SONIA SAENZ TUÑÓN, en nombre y representación de D. Rosendo, contra Dña. Isabel y Dña. Catalina, Debo declarar y declaro que resulta de aplicación a los testamentos de los causantes la Ley Civil Foral del País Vasco, debiendo, en su consecuencia, declarar la plena y total validez del Cuaderno Particional realizado en su día y aportado a los autos así como el Acta de la Junta de fecha 27 de octubre de 1999, celebrada ante este Órgano Jurisdiccional, con el Contador-Partidor y las diferentes representaciones procesales de las partes litigantes. Se imponen las costas a la parte demandante".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de D. Rosendo, y admitido dicho recurso se elevaron los autos a esta Audiencia, previo emplazamiento de las partes y se turnaron a esta Sección Quinta donde se formó el correspondiente rollo y se siguió el recurso por sus trámites.

TERCERO.- En el acto de la vista por la parte apelante se solicitó la estimación del recurso y la revocación de la sentencia, y que se dite nueva resolución, en los términos interesados en su escrito de formalización del recurso.

Por la parte recurrida se solicitó la desestimación del recurso formulado de contrario y la confirmación de la sentencia, con imposición de costas en esta alzada a la parte recurrente.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos en ambas instancias, se han observado las formalidades y términos legales.

## **FUNDAMENTO DE DERECHO**

No se acepta la fundamentación jurídica de la resolución recurrida.

ÚNICO.- Se alza la actora no aceptando el cuaderno particional afectante a la herencia de sus progenitores. En la demanda se solicitaba declaración de heredero único testamentario, de manera principal, y subsidiariamente, otorgamiento a coherederos de legítima estricta conforme al Código Civil, en la alzada se mantiene la posición suplicante.

La cuestión se centra en interpretar los testamentos, con identidad literal, de los finados, lo que dará pie, a la formación de un caudal relicto y al reparto del mismo. Inicialmente debe indicarse la aplicación del Derecho Civil Vizcaíno, de manera bifrontal, dos motivaciones, la congruencia con la súplica principal de la demanda, expresamente se señala declaración de único heredero en aplicación del derecho foral explicitado, y la propia expresividad del contenido de las disposiciones testamentarias, en las cuales, existe indicación de ser el testador de vecindad civil vizcaína, por residir en territorio aforado desde hace más de veinte años, y es observable, en solidificación, disposición cuarta en la que se otorga al cónyuge poder testatorio, institución que sigue la tradición constante del pueblo vizcaíno de consignación en las capitulaciones de testamento, de la institución jurídica referenciada, "alkar-poderoso" o poder testatorio.

Fijado el derecho aplicable, no hay porqué acudir a la supletoriedad del Código Civil, no queda sino interpretar las disposiciones segunda y tercera de los testamentos, debiendo realizar una labor integradora.

En la segunda se lega la legítima estricta a las codemandadas y en la tercera se instituye heredero universal de todos los bienes al actor. De la literalidad se extrae: A) Que no ha existido apartamiento de ninguno de los herederos y B) Que no hay exclusión en la legítima de la parte actora.

La primera afirmación es preclara a la luz del art. 54 de la Ley Foral, en la cual, se establece la libertad absoluta de testar en lo que afecta a la sucesión forzosa, se pueden distribuir libremente la totalidad de los bienes, es posible, máxima expresión, otorgar todo a uno apartando a los demás, e incluso preferir el grado remoto al próximo. Para que se realice el apartamiento no es necesaria fórmula especial, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separar de la sucesión. En las actuaciones, ni expresamente, ni vía deductiva, se manifiesta voluntad de separación, es más, la literalidad, expresamente se lega la legítima estricta, opera en el sentido de fijar con claridad una realidad de institución en calidad de heredero.

Por otro lado con respecto a la segunda de las afirmaciones, simplemente reseñar la ausencia de expresión escriturada, pudiendo hacerlo con absoluta libertad, y la literalización, de instituir como heredero universal, lo que en vía deductiva, pone de manifiesto una intención de mejora, la cual dejaría de plasmarse si se interpretara asépticamente la disposición segunda, vulnerando claramente el espíritu del querer testamentario, que emerge con claridad de la disposición tercera, debiendo realizarse

una interpretación completiva de ambas disposiciones, siendo ajena a razón cualquier partición, que desconozca la manifiesta voluntad de mejora, extraída ésta, de forma abierta, en la disposición fijando derecho sobre totalidad.

Ante dos evidencias, no apartamiento, y manifiesta voluntad de mejora, interpretando completivamente clausulado, mera aplicación del art. 55 de la Ley Foral, los tres herederos, entran en la legítima de los 4/5 de la totalidad de los bienes, apartado primero del artículo, quedando, otorgándose, el quinto restante, de libre disposición, al actor.

Lo precedente conlleva afirmar el no ajustarse a derecho, la no validez del cuaderno particional afectante al caudal relicto dimanante de los testamentos, objeto de la litis. En consecuencia no discutiéndose el haber hereditario, plasmándose la aplicación del derecho foral, simplemente señalar que el mismo deberá repartirse de la forma precedentemente expuesta, los tres herederos por partes iguales se reparten la legítima, las cuatro/quintas partes de los bienes, otorgándose al heredero, actor, apelante, el quinto restante de libre disposición. Todo lo cual nos lleva a una estimación parcial del recurso, con revocación de la instancia, sin costas ni en la instancia ni en la presente alzada.

### **FALLAMOS**

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Rosendo, contra la sentencia de data 8 de mayo de 2001, dictada por le Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Baracaldo, en menor cuantía 661/99, de que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos la referida resolución, consecuentemente, declarando la no validez del cuaderno particional obrante en autos, se manifiesta, que el reparto del haber hereditario, deberá realizarse conforme a la fundamentación jurídica de la presente resolución, es decir, las cuatro-quintas partes de los bienes en calidad de legítima se reparten a partes iguales entre los tres herederos, otorgándose el quinto restante de libre disposición al heredero, actor en la litis, apelante en la alzada. No se imponen expresamente costas ni en la instancia, ni en la presente alzada, ante estimaciones parciales de demanda y recurso.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.