

## **SAP de Bizkaia de 2 de noviembre de 2001**

En Bilbao, a dos de noviembre de dos mil uno.

Vistos en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Srs. Magistrados, los presentes autos de Juicio de Menor Cuantía nº 59/98, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Gernika y seguidos entre partes: Como apelante María Purificación representada por el Procurador Sr. Martínez Guijarro y dirigida por el Letrado Sr. Apraiz Moreno y como apelada que se opone al recurso Sandra representada por la Procuradora Sra. Gorroño Menchaca y dirigida por la Letrado Sra. Ansotegui Gezuraga.

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 2 de Noviembre de 2001 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por Dña. María Purificación contra Dña. Sandra debo absolver y absuelvo a esta última de los pedimentos en ella contenidos con expresa condena en costas a la demandante y que estimando íntegramente la reconvención interpuesta por Dña. Sandra contra Dña. María Purificación debo aprobar y apruebo las operaciones particionales realizadas por el contador partidador dativo designado de mutuo acuerdo por las partes en virtud de las cuales: a) se establece que el caudal repartible está integrado únicamente por bienes que pertenecen a la sociedad conyugal de D. Miguel Ángel y Dña. Milagros . b) se reconoce como herederas testamentarias de D. Miguel Ángel a su hija Dña. Sandra en 5/6 partes y a su hija Dña. María Purificación en 1/6 partes y herederas abintestato de Dña. Milagros y de su hijo D. Lucio en 1/2 e iguales partes a Dña. Sandra y a Dña. María Purificación. c) se establece la forma de división y adjudicación de los bienes inventariados en razón de los aportados por las partes requeridas para ello, se proceda a entregar a cada uno de los interesados lo que en ellas le haya sido adjudicado y los títulos de propiedad con expresa condena en costas a la parte reconvenida."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación del demandante 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 324/01 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 JURÍDICOS**

PRIMERO.- Procede señalar, en primer lugar, que se ha tramitado todo un procedimiento declarativo absolutamente innecesario por cuanto se enmarca en el artº 1.088 de la LEC y, por tanto, en un juicio voluntario de testamentaría que en ningún momento se promovió; el asunto se inició por la solicitud de contador-partidor dativo por parte de Sandra como heredera de más del 50% del haber hereditario de sus padres, efectuándose la partición conforme al artº 1.057 del Código Civil, que solo precisaba la aprobación judicial en el supuesto de falta de aprobación expresa de todos los herederos, como fue el caso.

SEGUNDO.- Debiéndose de resolver, no obstante lo dicho, el recurso de apelación interpuesto por la demandada-reconviniente contra la sentencia dictada en el expresado juicio, aquél se fundamenta en dos alegaciones sustanciales: a) que el haber hereditario computado por el contador-partidor dativo en el cuaderno objeto de impugnación está constituido exclusivamente por bienes que proceden del tronco familiar de Milagros , madre de los litigantes, al haber sido donados por los padres de aquella vigente su matrimonio con Miguel Ángel ; por lo que, al fallecer este en el año 1.970, revertieron a su viuda y, en consecuencia, resulta irrelevante la disposición testamentaria otorgada por aquél; b) que, fallecida Milagros en el mes de febrero de 1.971, la recurrente había poseído en exclusiva los inmuebles desde esa fecha por lo que, cuando Sandra promueve y obtiene en abril de 1.997 la declaración de herederos abintestato de aquella, la recurrente ya había accedido a la propiedad de los bienes por usucapión conforme al artº 1.957 del Código Civil; c) se dice también, como alegación complementaria, que la actora Sandra va contra sus propios actos pues, al tramitar en Venezuela la declaración de herederos abintestato del hermano de las litigantes, Lucio , fallecido en 1995, manifestó en la oficina correspondiente que el mismo carecía de bienes, lo que supone aceptar que no le correspondía nada de la herencia de su madre Milagros , que ya había fallecido en ese momento, declaración que le vincula por tratarse de la hija de la causante estando, por tanto, en la misma situación que Lucio.

TERCERO.- Planteado el recurso en los anteriores términos, la primera de las afirmaciones de la recurrente no responde a la realidad; el matrimonio constituido por los padres de las litigantes, Miguel Ángel y Milagros, contraído en el año 1918 en territorio y con vecindad sujeta a fuero se regía por el régimen de comunicación foral; y los únicos bienes del matrimonio en el momento del fallecimiento de la madre Milagros era una donación "propter nupcias" recibida por esta de sus padres en el año 1924, esto es, vigente su matrimonio; todo lo anterior no solo no se ha negado sino que se reconoce expresamente tanto en la formulación de posiciones por parte de María Purificación a su hermana como en la contestación de aquella a la primera de las posiciones que esta le hace; por otra parte, es un hecho incontrovertido que, al fallecimiento de D. Miguel

Ángel , había tres hijos comunes del matrimonio, Sandra , María Purificación y Lucio; por tanto, aquellos bienes inmuebles no pertenecían ni se adjudicaron a Milagros como procedentes de su tronco cuando murió su esposo (artº 109-1 Ley Foral del País Vasco) sino que se consolidó la comunicación foral (artº 96 y 104) transformándose en una comunidad de bienes entre la cónyuge supérstite y los hijos del matrimonio; son hechos asimismo incontrovertidos que Miguel Ángel otorgó testamento, que no ha sido impugnado, en el que pretirió a su hijo Lucio , legó a su hija Sandra los tercios de mejora y libre disposición e instituyó herederos, por iguales partes a sus hijas Sandra y María Purificación en la legítima estricta; y que, fallecida Milagros , se dictó auto en el año 1997 en el que se declararon herederos abintestato a sus tres hijos, Sandra , María Purificación y Lucio , aunque este ya había fallecido en el año 1995 dictándose resolución en el año 1996 en la que se declaraban herederas abintestato del aludido Lucio sus hermanas Sandra y María Purificación ; conclusión de todo lo anterior es que los bienes de que se trata se transmiten a los herederos de uno y otro causante, padres de los aquí litigantes, siendo correcta la partición efectuada por el contador dativo, máxime cuando la viuda Milagros no hizo en vida uso del poder testatorio que se confirió en la escritura otorgada el 21 de Noviembre de 1.918, cláusula VII (folio 282 y siguientes).

CUARTO.- La recurrente aduce también, como queda dicho, que ha accedido a la propiedad de los inmuebles de que se trata por usucapión; no se ha negado por la contraparte que, en efecto, los haya poseído en exclusiva desde la fecha del fallecimiento de su madre, ocurrido en 1971, en cuya compañía vivía, residiendo sus hermanos Sandra y Lucio en Venezuela; pero hay que partir de la premisa, expuesta en el fundamento jurídico que antecede, de que al fallecimiento de Miguel Ángel los inmuebles recibidos en donación por sus suegros para el matrimonio contraído con Milagros no se adjudicaron a esta por razón del tronco del que procedían sino que se consolidó la comunicación foral del matrimonio y se transformó en una comunidad de bienes entre viuda e hijos; por tanto, si bien la posesión de los inmuebles por parte de D<sup>a</sup> María Purificación podía derivar del justo título que suponía el testamento de su padre y luego la declaración de herederos de su madre, no se realizaba dicha posesión en concepto de dueña sino en calidad de heredera y en beneficio de los demás herederos de los causantes, por lo que no podía beneficiarla exclusivamente a los efectos de usucapir la propiedad, ya que la misma condición de heredera, en virtud de idéntico título, tenía su hermana Sandra , por lo que el hecho posesorio era simplemente tolerado por esta (artº 1942 Código Civil) y a quien podía aprovechar, en todo caso, sería a la comunidad hereditaria formada por ambas (artº 1.933 Código Civil); en idéntico sentido, la STS de 24-7-98, fundamento jurídico octavo (El Derecho 1998/16252).

Ante tal situación, el hecho de que Sandra manifestara ante el órgano jurisdiccional de Venezuela que tramitó la declaración de herederos de su hermano Lucio que este carecía de bienes, no es sino puramente anecdótico y en modo alguno puede interpretarse en la forma pretendida por la recurrente, máxime cuando dicha declaración la perjudicaría igualmente a ella, ya que D<sup>a</sup> Sandra actuaba en aquél momento por sí y en su representación a medio del oportuno poder conferido para aquél trámite; el contexto aconseja interpretar que Sandra se refería a que su hermano carecía de bienes propios, particularmente en Venezuela donde vivía desde hacía muchos años, no a los bienes susceptibles de ser recibidos por vía hereditaria.

QUINTO.- Debiéndose de confirmar, por todo lo razonado y expuesto, la sentencia dictada por el órgano de primer grado, se imponen a la recurrente las costas causadas en la presente alzada, de conformidad con el artº 710 de la LEC.

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

### **FALLO**

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por María Purificación contra la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia nº 3 de los de Guernica en los autos de juicio declarativo de menor cuantía nº 59/98 de los que este rollo dimana, confirmamos íntegramente la expresada resolución, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

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