

## SAP de Bizkaia de 27 de abril de 2011

En Bilbao, a veintisiete de abril de dos mil once.

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 procedimiento ordinario nº 507/06, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Barakaldo y seguidos entre partes: Como apelantesdemandantes Esmeralda, Oscar, Inés, Ruperto, Marcelina, Patricia (herederos de D. Everardo), Salvadora, Marí Trini (heredera de D.ª Jacinta ), Jose Daniel, Jesús Manuel y Ángel Daniel, representados por la procuradora Sra. Maria Larrasquitu Concepción y defendidos por el letrado Sr. Nazario Oleaga Paramo, como apelada-demandada D. Arcadio, representado por la procuradora Sra. Ana Fernández Samaniego y defendido por el letrado Sr. Juan Cruz Hidalgo Ibañez, y demandados rebeldes Leopoldo y Romualdo ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 27 de julio de 2010.

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 27 de julio de 2010 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: ESTIMAR parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora María Larrasquitu Concepción, en nombre y representación indicada y que consta en autos, frente a don Arcadio y herederos de doña Antonieta y en su virtud, declaro:

1.- No haber lugar a la declaración de herederos abintestado respecto de los bienes troncales de don Aureliano a favor de doña Jacinta, a don Everardo, a doña Salvadora, a don Jesús Manuel, a don Jose Daniel, a don Ángel Daniel, a doña Antonieta, a doña Inés, a doña Esmeralda y a don Oscar.

2.- La nulidad de los actos de disposición de bienes troncales, provenientes de la herencia de don Aureliano, a favor de don Arcadio y, concretamente, los contenidos en la escritura de aceptación y adjudicación de herencia de fecha 4 de noviembre de 1999, referentes a las siguientes fincas nº NUM000, nº NUM001, nº NUM002, nº NUM003,

nº NUM004, nº NUM005, nº NUM006, nº NUM007, inscritas en el Registro de Barakaldo, acordando la cancelación de las inscripciones registrales.

3.- Sin pronunciamiento sobre costas."

**SEGUNDO.-** Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de los *demandantes* 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 877/10 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 la Ilma. Sra. Magistrada D.<sup>a</sup> REYES CASTRESANA GARCÍA.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Para resolver la presente alzada debemos considerar:

1º.- D. Aureliano, falleció en Barakaldo-Cruces, de donde era vecino, el 25 de diciembre de 1998, en estado de soltero, sin descendencia, ascendencia ni hermanos.

2º.- Dicho causante falleció bajo la vigencia del testamento abierto autorizado por el Notario de Bilbao D. Vicente María el Arenal Otero el 2 de julio de 1992, en el cual "Instituye universal heredero a su primo carnal D. Arcadio, sustituido vulgarmente por la única hija de éste, D.<sup>a</sup> África, apartando de esta institución a los demás parientes nombrados con el mínimo establecido en la legislación foral vizcaína"

3º.- Al momento de su fallecimiento, el causante D. Aureliano tenía inscritas en el Registro de la Propiedad de Barakaldo diversas fincas que procedían del común tronco de los abuelos paternos, D. Jose Francisco y D.<sup>a</sup> Francisca, adquiridas a su vez por herencia de sus padres D. Genaro y D.<sup>a</sup> Bárbara, en virtud de escritura de aceptación y adjudicación de herencia de 3 de junio de 1.942 <doc. nº 54 a los folio 81 y ss de autos>, fincas registrales nº NUM000, NUM001, NUM002, NUM003, NUM004, NUM005, NUM006 y NUM007 <docs. nº 46 a 53, a los folios 73 y ss> D. Arcadio en escritura de aceptación y adjudicación de herencia de fecha 4 de noviembre de 1.999 se

ha adjudicado estas fincas registrales, figurando como titular registral de las mismas <folios 170 y ss de autos>.

4º.- A la fecha del óbito, D. Aureliano tenía primos paternos como colaterales tronqueros de los bienes procedentes de sus abuelos paternos: (1) D.<sup>a</sup> Jacinta, D. Everardo y D.<sup>a</sup> Salvadora ; (2) D. Jesús Manuel, D. Jose Daniel y D. Ángel Daniel ; (3) D.<sup>a</sup> Antonieta y D.<sup>a</sup> Inés, y (4) D.<sup>a</sup> Esmeralda y D. Oscar.

5º.- Promovido expediente de declaración de herederos abintestato, seguido con el nº 143/04 por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Barakaldo, se dictó Auto de fecha 29 de septiembre de 2.004, declarándose sobreseído el expediente, por oposición de D. Arcadio, al amparo del *art. 1.817 de la LEC de 1.881* <doc. nº 43 de la demanda, a los folios 64 y ss>

6º.- En base a ello se promovió Juicio Verbal, con el nº 1.074/04 ante el mismo Juzgado, en el que se desestimó la declaración de herederos abintestado de D. Aureliano, respecto de los bienes troncales procedentes del tronco común de sus primos paternos, como nietos todos ellos de D. Jose Francisco y D.<sup>a</sup> Francisca, por décimas e iguales partes, a D.<sup>a</sup> Jacinta, D. Everardo y D.<sup>a</sup> Salvadora, D. Jesús Manuel, D. Jose Daniel y D. Ángel Daniel, D.<sup>a</sup> Antonieta y D.<sup>a</sup> Inés y D.<sup>a</sup> Esmeralda y D. Oscar, con fundamento en el *art. 912 del Código Civil*, porque el finado otorgó testamento disponiendo de la totalidad de sus bienes, según sentencia recaída el 30 de noviembre de 2.005 y el auto aclaratorio de 21 de diciembre de 2005, que son firmes <doc. nº 44 y 45 de autos, a los folios 66 y ss de autos>

7º.- Con fecha 28 de abril de 2006 se promovió la presente demanda de juicio ordinario por D. Everardo y D.<sup>a</sup> Salvadora y D.<sup>a</sup> Marí Trini (ésta hija de D.<sup>a</sup> Jacinta ), D.<sup>a</sup> Esmeralda y D. Oscar, D.<sup>a</sup> Inés, D. Jesús Manuel, D. Jose Daniel y D. Ángel Daniel, contra D. Arcadio, que fue ampliada a D.<sup>a</sup> Antonieta <folio 225 y ss de autos>, interesando igualmente (1) la declaración de únicos herederos abintestato del causante D. Aureliano, respecto de los bienes troncales procedentes del tronco común con sus primos paternos, como nietos de D. Jose Francisco y D.<sup>a</sup> Francisca, en los términos anteriormente solicitados, así como (2) la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos de disposición de bienes troncales, provenientes de la herencia de D. Aureliano, a favor de D. Arcadio, y muy concretamente los contenidos en la escritura de aceptación y adjudicación de herencia de 4 de noviembre de 1999 otorgada ante el Notario de Bilbao D. José María Fernández Hernández, con el nº. 2.240 de su protocolo, con la consiguiente nulidad de las inscripciones registrales que dimanen de aquella.

La sentencia de primera instancia desestima la petición de declaración de herederos abintestado en base a que el causante otorgó testamento abierto de todos sus bienes, y declara la nulidad de los actos de disposición de bienes troncales provenientes de la herencia de D. Aureliano, a favor de D. Arcadio, y, concretamente, los contenidos en la escritura de aceptación y adjudicación de herencia de 4 de noviembre de 1999, en virtud

de los *art 17 y 24 de la Ley 3/1992, de 1 de julio del Derecho Civil Foral del País Vasco.*

8º.- Contra la misma se ha interpuesto recurso de apelación por la parte demandante mostrando su disconformidad con la desestimación de la acción ejercitada de declaración de herederos de los bienes troncales de D. Aureliano.

Alega la procedencia de la declaración de herederos de los bienes troncales de D. Aureliano en aplicación del *art. 912 apartado 2º del Código Civil*, al estimar que cuando en el testamento el causante dispone "apartando... a los demás parientes no nombrados con el mínimo establecido en la legislación foral vizcaína", el mínimo establecido en esta legislación para los parientes tronqueros habrá de estar constituido por los bienes troncales que procedan de la misma línea troncal, debiendo designarse nominativamente cuáles son estos colaterales troncales. Los apelantes interpretan dicha disposición testamentaria en el sentido de que en el testamento no se nombra a pariente "de la misma línea de los bienes troncales" e instituye heredero a su primo carnal D. Arcadio, que no es de la misma línea (la paterna) sino de otra diferente o distinta (la materna), con lo que realmente no aparta a los parientes paternos, sino que simplemente los pretere, dejando sin disposición testamentaria la sucesión hereditaria de tales troncales por la línea paterna. Vuelven a reiterar que son herederos abintestato de los bienes troncales paternos de D. Aureliano, ya que no dispuso de todos sus bienes, al excluir los bienes troncales que por respeto ineludible legal debe remitirlos o transmitirlos a los legitimarios (parientes tronqueros en este caso)

**SEGUNDO.-** No puede aceptarse la tesis por la parte apelante, puesto que esta cuestión ya fue resuelta en sentencia de 30 de noviembre de 2005 recaída en el Juicio Verbal 1074/04 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Barakaldo, que desestimó la misma pretensión de que se declararan herederos abintestato en los mismos términos que aquí se interesan, resolviendo que el testamento otorgado por el causante D. Aureliano instituye universal heredero a D. Arcadio, por lo que le nombra heredero de todos los bienes, derechos, acciones y obligaciones, sin distinción alguna entre los bienes que pudieran o no ser troncales, siendo de aplicación lo dispuesto en el *apartado 1º del art. 912 del Código Civil*, porque el finado otorgó testamento disponiendo de la totalidad de sus bienes, siendo de aplicación en este caso la institución de la cosa juzgada.

Ahora bien, la sentencia de primera instancia ha declarado la nulidad de los actos de disposición de bienes troncales, provenientes de la herencia de D. Aureliano, a favor de D. Arcadio y concretamente los contenidos en la escritura de aceptación y adjudicación de herencia de fecha 4 de noviembre de 1.999, y ello al amparo del *art. 17. 2 y 3 (" En virtud de la troncalidad, el titular de los bienes raíces solamente puede disponer de los mismos respetando los derechos de los parientes tronqueros" y " Los actos de disposición que vulneren los derechos de los parientes tronqueros podrán ser impugnados en la forma y con los efectos que se establecen en el presente Fuero Civil")* y 24 ("*Los actos de disposición de bienes troncales realizados a título gratuito,*

*intervivos o mortis causa, a favor de extraños o de parientes que no pertenezcan a la línea preferente de quien tramite, serán nulos de pleno derecho"), ambos de la Ley 3/1992 de 1 de julio del Derecho Civil Foral del País Vasco, éste último coincidente con el art. 10 de la Compilación de 1959. Teniendo en consideración el art. 465.4 de la LECn, la nulidad del acto de disposición de bienes troncales a favor del primo materno que no pertenece a la línea paterna de donde provienen los bienes troncales, ha sido estimada en la sentencia de primera instancia y no discutida en esta alzada, por lo que, en su consecuencia, declaramos que los bienes troncales contenidos en la escritura de aceptación y adjudicación de herencia de fecha 4 de noviembre de 1.999, referentes a las fincas registrales nº NUM000, NUM001 NUM002, NUM003, NUM004, NUM005, NUM006 y NUM007 corresponden, por décimas e iguales partes, a D.ª Jacinta, D. Everardo y D.ª Salvadora, D. Jesús Manuel, D. Jose Daniel y D. Ángel Daniel, D.ª Antonieta y D.ª Inés y D.ª Esmeralda y D. Oscar. No podemos acoger íntegramente la pretensión revocatoria de la parte apelante puesto que para declarar abierta la sucesión forzosa es necesario que previamente se declare la ineficacia del testamento otorgado por vulneración de los derechos de los parientes tronqueros, lo que no ha sido peticionado en el suplico de la demanda, aunque en sus razonamientos jurídicos se refería a la nulidad de la disposición a favor del primo materno de los bienes troncales procedentes de los abuelos paternos en virtud de lo dispuesto en el art. 24 de la Ley 3/1992 de Derecho Civil Foral del País Vasco.*

Debemos rechazar la oposición del demandado basada en la condición de parientes de quinto grado para negar derecho alguno a los hijos-herederos de los primos paternos del causante, de conformidad con el art. 72 de la Ley Foral, de D.ª Jacinta (fallecida el 27 de febrero de 2003), de D.ª Antonieta (fallecida el 7 de diciembre de 2003) y D. Everardo (fallecido el 21 de noviembre de 2008). La solución desestimatoria pasa por analizar qué parientes tronqueros deben ser llamados, 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 declaración 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 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 ).

**TERCERO.-** Lo expuesto conlleva a no efectuar pronunciamiento alguno en materia de costas procesales de la primera y de esta segunda instancia, al amparo de lo establecido en los *artículos 394.2º y 398.2º* de la LECn.

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 parcialmente el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Esmeralda Y DON Oscar, DOÑA Inés, DON Ruperto, DOÑA Marcelina Y DOÑA Patricia (herederos de D. Everardo ), DOÑA Salvadora, DOÑA Marí Trini (heredera de D.<sup>a</sup> Jacinta ) y DON Jose Daniel DON Jesús Manuel Y DON Ángel Daniel, representados por la Procuradora D.<sup>a</sup> María Larrasquitu Concepción, contra la sentencia dictada el 27 de julio de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Barakaldo, en los autos de Procedimiento Ordinario nº 507/06, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la declaración de nulidad de los actos de disposición de bienes troncales, provenientes de la herencia de D. Aureliano, a favor de D. Arcadio, y concretamente, los contenidos en la escritura de aceptación y adjudicación de herencia de fecha 4 de noviembre de 1999, referentes a las fincas inscritas nº NUM000, NUM001 NUM002, NUM003, NUM004, NUM005, NUM006 y NUM007 del Registro de la Propiedad de Barakaldo, acordando la cancelación de las inscripciones registrales, y, en consecuencia, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS parcialmente la misma en el sentido de declarar que dichos bienes troncales corresponden, por décimas e iguales partes, a D.<sup>a</sup> Jacinta, D. Aureliano y D.<sup>a</sup> Salvadora, D. Jesús Manuel, D. Jose Daniel y D. Ángel Daniel, D.<sup>a</sup> Antonieta y D.<sup>a</sup> Inés y D.<sup>a</sup> Esmeralda y D. Oscar, y todo ello sin imposición de las costas procesales causadas en la primera y en esta segunda instancia.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

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