

SAP de Bizkaia de 6 de julio de 2007

En Bilbao, a seis de julio de 2007.

Visto en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Srs. Magistrados, el procedimiento PRO.ORDINARIO L2 1027/05, procedente del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Barakaldo y seguido entre partes: Como apelante Lucía representada por la Procuradora Sra. Basterreche Arcocha y dirigida por el Letrado Sr. Monje Balmaseda; y como apelado que se opone al recurso Sergio representado por la Procuradora Sra. Landa Moreno y dirigido por el Letrado Sr. Valbuena Pinto.

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 14 de Febrero de 2005 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Sergio contra Dña. Lucía debo:

A) DECLARAR Y DECLARO el carácter troncal de la participación que correspondiere al causante D. Mauricio respecto al bien siguiente:

Derechos hereditarios pertenecientes al causante en la siguiente finca urbana.

Octava parte indivisa de una casa (exceptuando el local en la planta baja a la izquierda que declaran estar vendido) situada en Baracaldo en CASA000 señalada con el n.º NUM006. Mide los edificado 11 metros de fachada principal y espalda, por 9,5 m. de fondo, o sea una superficie de 104,50 m. Consta de planta baja, piso principal o primero, segundo y camarote habitable que recibe la cubierta del tejado. En la fachada de dicha casa, situada al Oeste, tiene terreno antuzano, que mide una superficie de 86,96 m. En la fachada izquierda entrando al Norte y en parte de la fachada, tiene una tejavana que mide 60 m. A la espalda, al costado derecho de la casa y en el costado izquierdo de la tejavana un terreno que mide 140,50 m. dentro de la que existe un pozo séptico con sus instalaciones. Su superficie total de la casa y terreno 393,50 m2, linda la casa y terrenos por su frente al oeste con carretera de Retuerto a El Regato: por la derecha entrando al Sur con propiedad del Sr. Esteban, izquierda o Norte con resto de terreno de la vendedora Dña. Cristina de las Cuevas y espalda o Este con resto de finca de dicha vendedora.

Inscripción. Tomo NUM000 del archivo, Libro NUM001 de Baracaldo, Folio NUM002, Finca NUM003 Inscripción NUM004 y NUM005.

B) DECLARAR Y DECLARO la nulidad radical parcial del testamento otorgado por el causante D. Mauricio en fecha 12.01.1966 ante el Notario de Baracaldo, D. Constantino Prieto González, protocolo n.º 90; en cuanto supone la designación como heredera del causante, respecto del bien troncal referido al punto anterior de su cónyuge Dña. Lucía, existiendo colateral tronquero, con derecho preferente a la herencia.

C) DECLARAR Y DECLARO la apertura de la sucesión intestada, respecto a dicho bien troncal.

D) DEBO DESIGNAR Y DESIGNO como única heredera abintestato sobre el bien troncal referido a la letra A) de la hermana del causante Dña. Blanca o Sofía.

E) CONDENAR Y CONDENO a la demandada a estar y pasar por estas declaraciones realizando cuantas actuaciones sean precisas para la eficacia de los referidos pronunciamientos.

En cuanto a las costas cada una de las partes abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandada 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 398/06 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. Magistrado DÑA. REYES CASTRESANA GARCÍA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia dictada en la primera instancia, por la que se estima la pretensión ejercitada por D. Sergio, declarando la nulidad parcial del testamento otorgado por D. Mauricio de fecha 12 de enero de 1.966 en el que instituye heredera de sus bienes a su cónyuge Dña. Lucía, en cuanto al bien troncal consistente en los derechos hereditarios que tuviera en la octava parte indivisa de una casa señalada con el nº NUM006 en CASA000 en Baracaldo, al existir colateral tronquero con derecho preferente, como es la hermana Dña. Blanca, se ha interpuesto recurso de apelación por la demandada Dña. Lucía, en base a la alegación de que el Juzgador de Instancia incurre en error en la interpretación de la troncalidad, sosteniendo que no existen parientes tronqueros respecto del mencionado inmueble porque al morir Dña. Blanca se extinguen los derechos que la misma pudiera tener sobre la parte indivisa de su hermano D. Mauricio, en cuyos términos ha quedado planteada la presente alzada.

SEGUNDO.- Son presupuestos fácticos que deben ser tenidos en consideración para resolver esta alzada, los siguientes:

A) La CASA000 nº NUM006 de Barakaldo, finca registral nº NUM003, fue adquirida por D. Margarita, constante su matrimonio, junto con sus siete hermanos, por octavas e iguales partes, el 13 de abril de 1.945.

B) Dña. Margarita estuvo casada con D. Ángel Jesús, de cuyo matrimonio nacieron 2 hijos, D. Mauricio y Dña. Blanca.

(1) D. Mauricio estuvo casado con Dña. Lucía, de cuyo matrimonio no existieron hijos.

(2) Dña. Blanca se casó con D. Jesús Luis, de cuyo matrimonio no tiene descendientes.

C) D. Mauricio, falleció el 9 de septiembre de 1.975, mediante testamento otorgado el 16 de enero de 1.966, en el que, además de legar a su esposa el quinto de su herencia de libre disposición, instituye heredera, a falta de descendientes y ascendientes, a su esposa Dña. Lucía.<doc. nº 8 y 9 a los folios 19 y ss de autos>.

Su esposa Dña. Lucía falleció el 6 de julio de 1.994, otorgando su última voluntad testamentaria el 20 de febrero de 1.987 por la que instituye y nombra heredera a su hermana Silvia, que premurió a la testadora, ya que su óbito fue el 23 de abril de 1.994, por lo que le sustituye en los derechos hereditarios su única hija Dña. Lucía, que es la demandada en este pleito.

D) Dña. Blanca falleció el 20 de diciembre de 1.998 en estado de viuda, bajo testamento otorgado el 17 de septiembre de 1.992 <doc. nº 12 y 13 de autos, a los folios 28 y ss> por el que nombra heredero a su primo carnal D. Sergio (hijo de su tío materno, D. Juan Ignacio), que es el demandante en este juicio.

TERCERO.- En virtud de la STS de 18 de septiembre de 2.006 la legislación aplicable por razones de derecho transitorio es la vigente en el momento del fallecimiento. Determinando el fallecimiento de una persona la apertura de la sucesión (*art. 657 CC*), de la disposición transitoria duodécima del CC se infiere el principio de que los derechos a la herencia se rigen por la legislación vigente en el momento del fallecimiento. La *disposición transitoria primera de la Ley 3/1992* se acoge a él, al establecer que las relaciones sucesorias se regirán con arreglo a las disposiciones transitorias del Código Civil que fueren aplicables.

En consecuencia, al acontecer el fallecimiento de D. Mauricio en 1.975, es de aplicación la hoy derogada *Ley de 30 de julio de 1.959 sobre Compilación del Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava*, que fue derogada por la actual *Ley 3/1992 de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco*.

Como ya se dijo en la Sentencia de 1 marzo de 2.004, dictada por esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, si bien referida a la *Ley 3/1992 de 1 de julio de Derecho Civil Foral del País Vasco*, que no modifica apenas la más destacada peculiaridad del Derecho Civil de Bizkaia, sino que se esfuerza en definir los elementos personal y real, "... a través de la troncalidad se trata de proteger el carácter familiar de los bienes, de manera que su titular sólo puede disponer del mismo respetando los derechos de los parientes tronqueros, de ahí que cuando se realicen actos de disposición

que los contravengan, la Ley les reconoce a éstos la posibilidad de impugnarlos, en función de la naturaleza.

Han de observarse tres elementos esenciales en la relación troncal, que son: el elemento real o bien raíz familiar, el elemento personal o de parentesco, y el elemento causal que esta conexión entre bienes troncales y parientes tronqueros...."

Analizándolos en relación con el supuesto planteado, se llega a las siguientes conclusiones:

a) No se ha discutido la concurrencia del elemento objetivo o real, es decir la cualidad de bien troncal de la casa nº NUM006 de CASA000 de Barakaldo, por ser inmueble radicante en Barakaldo, (*art. 6*).

b) En el elemento subjetivo o personal, se debe abordar quienes son los parientes tronqueros que pueden aspirar con preferencia a la adquisición, o lo que es lo mismo, el presunto tronquero con derecho a adquirirlos. Según el *art. 7 de la Compilación de Derecho Civil de 1.959* son parientes tronqueros, en la colateral, los parientes que lo sean por la línea paterna o materna de donde proceda la raíz troncal, siendo que el *art. 8 declara que en la colateral, llega hasta el cuarto grado civil*.

c) El elemento causal, entendido como razón o causa de que un bien raíz cualquiera esté ligado a un familia troncal, esta conexión entre bienes troncales y parientes tronqueros es el elemento causal. De la regulación de la troncalidad en la *Ley Civil Vasca cabe sostener dos conclusiones*: 1º.- El título de adquisición es indiferente. Cualquiera que sea el medio de adquisición (donación, compraventa, permuta, herencia o legado) los bienes se hacen troncales. 2º.- No es, en cambio, indiferente la persona de la que se adquieren los bienes. Si proceden de un extraño, la troncalidad se inicia y los bienes solamente son troncales para los descendientes del adquirente. En cambio, si se adquieren de un pariente, la troncalidad continúa y la parentela troncal mantiene sus preferencias según líneas y grados, siempre que descienda del primer adquirente.

Partiendo que el tronco es el ascendiente que primero poseyó la raíz, y el "tronco común" es un ascendiente común que haya poseído en algún momento el bien raíz, respecto de los parientes tronqueros del sujeto, (que lo son los colaterales hasta el cuarto grado civil, inclusive, por la línea paterna o materna de donde proceda la raíz troncal), en el caso enjuiciado, el ascendiente común que poseyó los bienes raíces es Dña. Margarita, madre de D. Mauricio y Dña. Blanca. Así el *art. 9.2 de la Compilación de Derecho Civil* establece que "todos los bienes raíces sitos en el Infanzonado que hayan pertenecido al tronco común del heredero y del causante de la herencia".

Ninguno de los litigantes pertenece a dicha rama, al no ser descendientes del primer adquirente del bien raíz dentro de la familia: el demandante D. Sergio, es sobrino materno (hijo de D. Juan Ignacio) de Dña. Margarita, quien inició la rama troncal, y primo carnal y heredero de Dña. Blanca; mientras que la demandada Dña. Lucía es sobrina y heredera de Dña. Lucía, casada y a su vez heredera de D. Mauricio.

CUARTO.- En consideración a lo hasta ahora razonado es obvio que debe prosperar el recurso de apelación, y revocar la sentencia dictada en la primera instancia, por falta de legitimación activa del actor D. Sergio al no ostentar la condición de pariente tronquero. El demandante D. Sergio no es pariente tronquero, al no pertenecer al tronco común, -

que se inicia con Dña. Margarita -, del causante de la sucesión. No pueden ejercitar la acción de nulidad por vulneración de la troncalidad personas distintas de los parientes tronqueros.

Resulta evidente que a ningún ascendiente común a D. Oscar y a D. Mauricio ha pertenecido la participación indivisa del inmueble, NUM007 parte de la casa nº NUM006 de la CASA000 de Barakaldo, (heredando por partes iguales de su madre Dña. Margarita, sus hijos D. Mauricio y Dña. Blanca) por lo que D. Sergio tiene la consideración de extraño en la sucesión de D. Mauricio ; requisito que es exigido en el *art. 9.2* de la *Compilación de Derecho Civil de Vizcaya y Alava*, por lo que carece de acción para ejercitar la acción de nulidad derivada de la infracción del *art. 10 de la Compilación de 1.959*, que establece que "los vizcaínos, aunque residan en territorio distinto del foral de Vizcaya, si hubiere parientes tronqueros, sólo podrán disponer a título gratuito intervivos o mortis causa de los bienes troncales en favor de aquéllos".

Es cierto que Dña. Blanca, que falleció en 1.998, como pariente tronquera, tenía legitimación activa, para haber influido en el orden sucesorio, impugnando la eficacia del testamento de la parte indivisa del inmueble de su hermano D. Mauricio, que falleció en 1.975, (23 años antes) a favor de su esposa Dña. Lucía.

La legitimación activa de Dña. Sergio para ejercitar la acción de nulidad del testamento de D. Mauricio al amparo de la defensa de la troncalidad en virtud del *art. 10* de la *Compilación de Derecho Civil*, en absoluto puede estar justificado en su condición de heredero testamentario de la única pariente tronquera, en base a la transmisión o delación hereditaria contemplada en el *art. 1.006 del Código Civil*, porque la cualidad personal y subjetiva de ser pariente tronquero no es transmisible a sus herederos, al amparo del *art. 659 del Código Civil*, "La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte", siendo intransmisibles, entre otros, los derechos personalísimos, los de parentesco y filiación, así como los cargos de derecho privado que implican un verdadero officium o intuitu personae, como es la cualidad de "pariente tronquero"

QUINTO.- Lo expuesto conlleva la desestimación de la demanda en su día ejercitada por D. Sergio, por lo que las costas procesales causadas en la primera instancia, deben ser impuestas al demandante, en virtud del *art. 394.1º de la LECn*.

SEXTO.- Al estimarse el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia recurrida, por Dña. Lucía, no ha lugar a efectuar pronunciamiento alguno en materia de las costas procesales causadas en esta segunda instancia, de conformidad con el *párrafo 2º del art. 398 de la LECn*.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso de autos, 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 el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Lucía, representada por la Procuradora Dña. Paula Basterreche Arcocha, contra la sentencia dictada el 14 de febrero de 2.006 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barakaldo, en los autos de Procedimiento Ordinario nº 1.027/05, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la misma, en el sentido de que desestimando la demanda interpuesta por D. Sergio contra Dña. Lucía, debemos absolver y absolvemos a la demandada de las pretensiones contra ella ejercitadas y contenidas en la demanda, con expresa imposición de las costas procesales causadas en la primera instancia al demandante y sin pronunciamiento respecto de las causadas en esta alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, 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 el día 16 de julio de 2007, de lo que yo la Secretario certifico.