

## **SAP de Bizkaia de 8 de junio de 2000**

En la Villa de Bilbao, a ocho de junio de dos mil.

Vistos en grado de apelación ante la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial integrada por los Ilustrísimos Señores Magistrados del margen los presentes autos de Juicio de Menor Cuantía nº 425/97 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Bilbao y seguidos entre partes: Como apelante: Dª Araceli representada por el Procurador Sr. Francisco Ramón Atela Arana y dirigida por el Letrado Sr. Josu Garai Isasi; y como apelado: Dª Juana, Dª Olga, Dª María Ángeles Y Dª Blanca representados por la Procuradora Sra. Gorriñobeascoa Echevarría y dirigidos por la Letrada Dª María Caballero; y Gloria, Gerardo Y HEREDEROS DE Alejandro, en situación de rebeldía procesal.

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.- Que la referida Sentencia de instancia, de fecha 9 de Junio de 1.998 es del tenor literal siguiente: FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Atela Arana en nombre y representación de Dª Araceli contra Dª Gloria, Dª Araceli, Dª Juana, D. Gerardo, Dª Blanca, Dª Olga y Herederos de D. Alejandro debo absolver y absuelvo a los citados demandados de las pretensiones deducidas frente a los mismos, imponiendo a la actora el abono de las costas causadas en esta instancia.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación que se interpondrá por escrito ante este Juzgado en término de quinto día. Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo".

SEGUNDO.- Que publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de Dª Araceli se interpuso en tiempo y en forma Recurso de Apelación que, admitido en ambos efectos por el Juzgado de Instancia y emplazadas las partes para ante este Tribunal y subsiguiente remisión de los autos, comparecieron las partes por medio de sus Procuradores; ordenándose a la recepción de autos y personamientos efectuados la formación del presente Rollo al que correspondió el número de Registro y que se sustanció con arreglo a los trámites de su clase.

TERCERO.- Que hecho el oportuno señalamiento y convocadas las partes para la vista del Recurso, se celebró este ante la Sala el pasado día 7 de Junio en cuyo acto, la parte apelante solicitó por medio de su Letrado, la estimación del recurso y la revocación de la Sentencia de instancia.

La parte apelada solicitó del Tribunal la confirmación de la Sentencia de instancia, por sus propios fundamentos, con imposición de costas al apelante.

Terminado el acto, quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para deliberación y resolución.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente recurso, se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada Dña. MARIA CONCEPCION MARCO CACHO.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- Alega la parte recurrente en primer término incongruencia de la Sentencia al no estimar parcialmente la nulidad del cuaderno particional cuando en su fundamentación establece la nulidad en que incide el cuaderno impugnado al incluir en el haber de la madre de la apelante un bien que ostentaba carácter troncal y por tanto de exclusiva propiedad del padre, y en este sentido al menos parcialmente se estima sus pedimentos; en todo caso reitera las tres acciones ejercitadas en demanda, a saber, nulidad del cuaderno particional, al no realizarse conforme a las normas de derecho imperativo cuales son las reglas establecidas en el artículo 108 de la Ley Foral de 1992, rescisión por lesión de su legítima y falta de adición de bienes en el cuaderno particional a la hora de inventariar los bienes existentes en la herencia y que se adjudicaron para sí en exclusividad una serie de demandados.

Las alegaciones que se efectúan en fundamento de su recurso parte de la premisa de la aplicación de la Ley Foral al ser la vigente al momento de realizar el cuaderno particional; y estar acreditado que al tiempo de contraer matrimonio los padres de los litigantes se efectuó bajo el régimen de la comunicación foral; siendo que cuando se efectuó el acto cuya nulidad se insta concurrían bienes troncales cuya adquisición al 50% a la madre era nula por infringir las reglas del artículo 108 de Ley Foral de 1992; efectuándose por su parte una nueva valoración del haber hereditario partiendo de los valores que constan en el cuaderno particional y considerando que se han infringido con carácter subsidiario la legítima de su patrocinada; por último solicita que se adicione los enseres denominados como ajuar doméstico que al momento del fallecimiento del padre de los litigantes, subsistía y que se lo adjudicaron alguno de los demandados.

SEGUNDO.- En primer lugar habiéndose alegado incongruencia omisiva de la Sentencia debe reseñarse que conviene en primer término realizar un somero estudio del principio procesal de disposición de las partes y el cual se haya íntimamente ligado con el de congruencia recogido en el art 359 de la L.E.C.

Así respecto de ello cabe indicar que se trata de un principio que disciplina y delimita el grado de vinculación al que ha de verse sometido el órgano jurisdiccional con respecto al objeto del proceso. Es el núcleo esencial del principio de disposición de las partes, el que la parte "deberá", "podrá" y se le reconociera la parte la que determinara y fijara cuál es el interés que pretende se tutele por el juzgador, siendo también ellas- las partes procesales- las únicas dueñas para finalizar el proceso a su instancia con anterioridad a que se dicte sentencia por el juez. Conjuntamente con lo expuesto e íntimamente ligado a él, se encuentra el principio de congruencia reseñado en el art 359 de la L.E.C, y

conforme al cual al Juez le incumbe la carga de ser congruente en sus resoluciones con lo instado y pretendido por las partes, guardando una mínima relación con las pretensiones ejercitadas por los litigantes, sin que ello obste a su vez a que el tribunal o el juzgador en virtud del iura novit curia, resuelva la acción ejercitada realmente por el litigante a pesar de la denominación o confusión que del derecho el mismo pudiera incurrir. A su vez principios de congruencia obligan a que no se conceda ni mayor de lo pretendido -ultra petita- ni distinto de lo instado -extra petita- ni menor de lo interesado -cifra petita- conocido también por omisión del juzgador, resultando que la concurrencia de alguno de estos supuestos traería a colación la vulneración del art. 24 de la C.E. y subsiguientemente la nulidad de la resolución.

Conforme a lo explicitado no aprecia el Tribunal que el Juzgador infrinja los principios mencionados, siendo que en Sentencia se han resuelto cada una de las acciones ejercitadas efectuándose al respecto una desestimación de la demanda; y ello porque aún cuando se califique de un determinado bien como troncal no procede estimar como dice la Sentencia, ningún efecto en cuanto al total de la valoración ya que en nada afecta a los derechos de la apelante; siendo así que se desestiman todos los pedimentos por lo que no se ha concedido pedimento ni distinto de lo solicitado ni más ni menos de lo expresamente pedido por las partes.

TERCERO.- Estimamos que para la válida resolución de la litis debe ser especificado en primer término cual son las normas de aplicación; cierto que el matrimonio de los padres de los litigantes se efectuó bajo el régimen de comunicación foral, y el cual cesa a la muerte de uno de los cónyuges con hijos comunes en cuyos supuestos la masa se distribuye entre ambos al 50%; la diferencia estriba en la cuantificación y reglas que para distribuir tal porcentaje y como debe ser aplicado; este extremo será analizado desde la perspectiva de concurrencia o no al momento del fallecimiento de uno de los cónyuges de bienes troncales o bienes raíces; siendo que como indica el Juzgador en 1980, Erandio pertenecía a Bilbao y por tanto no se sitúan, salvo una de las fincas del haber hereditario del padre aceptado tal extremo por todos, dentro del territorio foral; en este sentido la partición testada del padre deberá ser realizada según las normas vigentes al momento del fallecimiento; y en este sentido bajo las disposiciones del derecho común al situarse Erandio como localidad a la que no se le aplicaba el derecho foral; de forma tal que el cuaderno particional realizado ante Notario en 1994 se realiza conforme a las disposiciones del derecho civil, debiéndose distribuir el total del caudal hereditario al 50% entre ambos cónyuges; es más consistiendo el acuerdo particional en un mero acto de ejecución del testamento del padre, no habiendo sido impugnado el testamento -véase que en el cuaderno particional se respeta la voluntad del testado, en cuanto a la cuantificación del porcentaje de  $\frac{1}{4}$  que se atribuye a la apelante en unas determinadas fincas -mal puede ser alegada la nulidad de partición, cuando se correlacionan la distribución de los porcentajes de los bienes habidos conforme a lo dispuesto en el testamento.

De lo expuesto resulta que la nulidad pretendida del cuaderno particional, no procede ser declarado.

CUARTO.- El siguiente punto en cuanto a la valoración de los bienes que conforman la masa yacente, y cuál debe ser determinado el momento de fijación de su valor; se discrepa nuevamente con la interpretación que realiza la parte apelante; por un lado dicha petición, debe ir acompañada de la concurrencia efectiva de la rescisión por lesión

de su legítima estricta; siendo así que en el cuaderno particional se le otorga un haber de cinco millones seiscientos catorce mil pesetas (5.614.000 ptas.) y dicha cantidad no merma su derecho de legítima porque aun partiendo del valor total de 60.000.000 ptas. que se otorga al 50% del padre, ocurre que la legítima estricta de dicha apelante se contendría en unos dos millones de pesetas por tanto, la cantidad que se le adjudica supera la misma y por tanto no puede ser afectada de ninguna de las maneras su legítima estricta.

Solicita la parte apelante que se indique el cuaderno particional que debe estar establecido como válido, consideramos que la prueba pericial del proceso y que efectúa una nueva valoración de los bienes ya al tiempo de 1.980 ya al momento de efectuar el dictamen, no puede ser traída como dictamen a la hora de fijar el acuerdo particional que debe seguir, porque entendemos que la prueba pericial debía haberse efectuado no a efectuar nuevas valoraciones sino indicar en qué errores incurre aquella efectuada por Contador Partidor legítimo; en este sentido y en relación a lo expuesto si la valoración que se efectúa en el cuaderno particional de 1.994 no afecta a la legítima de la parte apelante no se llega a comprender en que afecta el interés de esta parte considerando que debe surtir sus plenos efectos.

Por último y en cuanto a la falta de adición de bienes como los que constituyen el ajuar doméstico como indica el Juzgador, ocurre que la prueba de su existencia corresponde a quien alega su existencia, y ninguna prueba se contiene al respecto, siendo por tanto que ha de partirse de la premisa de que únicamente los bienes declarados e inventariados son los que se recogen en el cuaderno particional, rechazándose igualmente tal pretensión.

QUINTO.- Desestimando íntegramente el recurso de apelación procederá imponer las costas a la parte recurrente.

Vistos los preceptos legales citados en esta sentencia y en la apelada, y demás pertinentes y de general aplicación.

### **FALLAMOS**

Con desestimación del recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Araceli contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Bilbao en autos de Juicio de Menor Cuantía nº 425/97 de fecha 6 de Junio de 1.998, debemos confirmar como confirmamos dicha resolución con imposición de las costas de esta alzada al apelante.

Devuélvanse los autos al Juzgado del que proceden con testimonio de esta sentencia para su cumplimiento.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por el mismo Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe.